

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه

یافته‌های حقوقی

سال دوم ❁ شماره چهارم ❁ خزان و زمستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سرمدیر: دکتر محمدعارف راشد

دبیر اجرایی: محمدحسن همتی

ویراستار: محمدعلی نظری

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: دکتر محمدعارف راشد، دکتر عبدالخالق فصیحی، دکتر جواد اصغری، دکتر محمدعیسی هاشمی،

دکتر محمد پناهی، دکتر محمدحسن همتی، دکتر محمدعیسی عالمی «بصیر» و دکتر نجیب‌الله حکیمی.

• دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی»، مقالات صاحب‌نظران، پژوهشگران و دانش‌پژوهان حقوق را برای نشر می‌پذیرد.

• مقالات، آرای نویسندگان آن‌ها است و لزوماً بیانگر دیدگاه نشریه «یافته‌های مدیریت آموزشی» نمی‌باشد.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص)، آمریت نشرات.

تلفن: ۰۷۸۹۰ ۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://em.miu.edu.af>

ایمیل: em.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۴۰۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۰۰۰ کلمه نباشد.

راهنمای تنظیم شکلی مقاله علمی

۴. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت کند:
۵. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin 16 و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 پررنگ (Heading 3) با این فونت تعریف شود.
- در پاورقی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود: عنوان وظیفه مؤلف اول با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin 10).
- اگر مقاله دو مؤلف یا بیشتر دارد: عنوان وظیفه مؤلف دوم با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۶. در متن اصلی تیترها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
- ✓ تیتر اصلی با فونت B Nazanin 14 و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود
- ✓ تیتر فرعی با فونت B Nazanin 12 و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود
- ✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal) با این فونت تعریف شود

راهنمای تنظیم ساختاری مقاله علمی

۷. چکیده: عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 معمولی. چکیده باید موضوع و هدف مقاله را به اختصار بیان کند، به روش و مهم‌ترین یافته‌های تحقیق اشاره کند. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص معلوم در زمان گذشته استفاده شود. از علائم اختصاری پرهیز شود. ذکر سابقه و اهمیت موضوع در این قسمت لازم نیست.
۸. واژگان کلیدی: حداقل ۵ و حداکثر ۷ واژه که به صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin 10) ایتالیک باشند.
۹. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می‌پردازد.
۱۰. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۱۱. نتیجه‌گیری: نتیجه متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارت پردازی، آورده می‌شود.
۱۲. ارجاع‌دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد. مثال: (توحیدی، ۱۴۰۰، ص ۵۴).
۱۳. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند. مثال: توحیدی، محمدعلی، (۱۴۰۰)، تاریخ اسلام (۱)، کابل: انتشارات المصطفی (ص).

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعة المصطفی (ص) العالمية در افغانستان ۱
- سخن سردبیر ۳
- انتقال ریسک قراردادهای فروش بین المللی کالا از منظر قوانین افغانستان ۵
سهیلا کوشا
نادره رشید
- حقوق مالی زن در شریعت اسلامی و قوانین افغانستان ۲۵
گیتا رضایی
- بررسی ابعاد جنایات جنسی به عنوان جنایت علیه بشریت ۵۹
محمد امیر قاسمی شاهی
- ارزیابی رعایت مبنای جمع ناپذیری اهداف کیفر بایکدیگر ۹۳
محمد اقبال حقیار
سید باقر محمدی

پیام ریاست نمایندگی جامعة المصطفی (ص) العالمية در افغانستان

پیشرفت بشر، در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، قلم‌به‌دستان و اندیشه‌ورزانی است که به دور از انگیزه‌های خودپرستانه و سودجویانه، عمر پر برکت خویش را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند و هرگز ارزش والای حق و حقیقت‌جویی و گوهر گران‌بهای تقوا و فضیلت را به متاع دنیا ارزان نفروخته و دل پاک و تابناک خود را به جاه و مقام زودگذر نباخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها به عمل آمده است.

در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در منابع معرفتی اسلامی مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به عنوان وارثان انبیا الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است. چراکه در چارچوب تفکر اسلامی، حیات برتر انسانی، در گرو اندیشه و ایمان است؛ لذا، فرزانه‌گانی که با قلم و اندیشه‌شان مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزند، حق عظیمی بر بشریت دارند و شایسته‌ترین ستایش‌ها و قدردانی‌اند.

بدون تردید، گسترش علم و دانش از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است. رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش بدست می‌آید. آموزش و پژوهش به‌مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو می‌توان به تعالی و شکوفایی رسید. جامعه علمی و اکادمیک افغانستان در سال‌های اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزشی برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد که تحقیق و پژوهش هنوز در این کشور جایگاه مناسبش را پیدا نکرده و کمتر مورد اقبال بوده است. این در حالی است که نیل به پیشرفت مادی و معنوی در گرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

امروزه یکی از ابزارهای کارآمد و مؤثر توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل است که نشریات دانشگاهی به بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده‌اند. گروه‌های علمی دانشگاهی برای

پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به منظور توسعه دانش بشری، نشریه‌های علمی پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی یا گزارش‌های آموزشی اعضای هیأت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند.

نمایندگی جامعة المصطفی^(ص) در افغانستان همواره نسبت به توسعه علم و پژوهش همراه معنویت اهتمام داشته است. این دانشگاه، با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز اکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد نموده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش، و با عنایت به این‌که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام ورزیدن به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشریاتی، به ویژه در حوزه مجلات علمی، مد نظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه جامع مدیریت نشریات علمی (سیناوب)، دوازده مجله علمی تخصصی ایجاد گردید و مرتب به صورت دوفصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شوند. سامانه مدیریت نشریات علمی سیناوب برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌آورد که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهانی در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار گیرد.

در اینجا لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه تحقق این مهم را فراهم آورده و بستر بسط معارف را گسترده‌اند، قدردانی کنم و برای همه عزیزان توفیقات روز افزون الهی را استدعا نمایم.

سخن سردبیر

نهاد تعلیم و تربیت، سازنده‌ترین و مؤثرترین نهاد علمی و اجتماعی است که مسئولیت پرورش نیروهای انسانی جامعه را به عهده دارد. به خاطر وسعت و گستردگی قلمرو فعالیت‌های آموزشی و پرورشی، به‌خصوص در دنیای معاصر که تعلیم و تربیت یک امر عمومی و فراگیر شده است، نیاز به مدیریت آموزشی بیش از هر زمان دیگر احساس می‌شود. زیرا اداره سازمان‌های پیچیده و متنوع آموزشی، آن‌هم در سطوح مختلف تعلیم و تربیت، به مدیران آموزش‌دیده و دانش تخصصی عمیق و گسترده، نیاز دارد. به همین دلیل یافته‌های مدیریت آموزشی و گرایش‌های متنوع آن، به‌منظور تأمین جدیدترین نظریات و روش‌ها و نیز تربیت مدیران آموزشی متخصص و متعهد، اهمیت و ضرورت مضاعف یافته است.

اگر به کالبدشکافی مدیریت و رهبری آموزشی بپردازیم و آن را با سایر گرایش‌های مدیریت مقایسه کنیم، متوجه می‌شویم که این رشته علمی از اهمیت ویژه برخوردار است. مدیریت آموزشی رشته علمی جدید و بین‌رشته‌ای است که عمدتاً با منابع انسانی جامعه سروکار دارد. درون‌داد و برون‌داد آن نیروهای انسانی و فرآیند کار آن نیز روی منابع انسانی جامعه است. به همین دلیل موفقیت در این عرصه علمی، موفقیت در عرصه‌های مختلف علمی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و غیره را در پی خواهد داشت. زیرا اساسی‌ترین سرمایه هر جامعه منابع انسانی آن است، به هر پیمانه که نیروهای انسانی جامعه خوب و موفق تربیت شود، به همان پیمانه جامعه به موفقیت و توسعه نائل خواهد شد.

درواقع قدرت و عظمت هر کشوری در گرو چگونگی فعالیت‌هایی است که در مدارس و مکاتب آن انجام می‌شود؛ زیرا منشأ و پیمانه قدرت هر جامعه‌ای تا حد زیادی به قدرت معلمان و محصلان آن برمی‌گردد. چنانکه رشد محصلان و معلمان هر کشوری وابسته به مدیریت آموزشی سالم، روزآمد و مؤثر می‌باشد. از سوی دیگر مدیریت آموزشی سالم و باکیفیت، نیازمند یافته‌های غنی، سالم، به‌روز و مؤثر

در عرصه‌های مختلف مدیریت آموزشی است؛ بنابراین می‌توان ادعا کرد که نقش مدیریت آموزشی در رشد و توسعه جامعه تعیین‌کننده و بی‌بدیل است.

دانشگاه بین‌المللی المصطفی^(ص) - افغانستان که دغدغه تربیت نیروهای انسانی متخصص و متعهد را دارد، می‌کوشد در انکشاف و توسعه کشور محروم و جنگ‌زده افغانستان نقش اساسی و مؤثر ایفا نماید. این دانشگاه با درک اهمیت و جایگاه مدیریت آموزشی از سویی و درک ضرورت و نیازمندی جامعه محروم و جنگ‌زده افغانستان به آن از سوی دیگر، این رشته علمی را در مقطع ماستری راه‌اندازی کرده است تا با تربیت نیروهای انسانی متخصص و متعهد در عرصه‌های مختلف مدیریت آموزشی، سهم مؤثر خود در انکشاف علمی کشور اسلامی افغانستان را ایفا نماید.

دوفصلنامه یافته‌های مدیریت آموزشی که شماره چهارم آن را پیش رو دارید، به این منظور راه‌اندازی شده است تا بستر مناسبی فراهم گردد که از یک سو آخرین یافته‌های مدیریت آموزشی در اختیار محققان، اساتید و محصلان علاقه‌مند به این رشته قرار گیرد و از سوی دیگر زمینه را برای نشر آثار پژوهشی آنان مهیا سازد. ضمن سپاس فراوان از اساتید و محققان گرامی که با ارسال مقالات ارزشمند خود سبب غنای این نشریه علمی گردیده‌اند، همچنان چشم‌به‌راه مقالات پژوهشی محققان و صاحب‌نظران این عرصه خطیر و بسیار مهم هستیم.

انتقال ریسک قراردادهای فروش بین المللی کالا از منظر قوانین افغانستان

سهیلا کوشا^۱

نادره رشید^۲

چکیده

ریسک تلف و خسارتی است که در یک زمان معین به موجب قرارداد بر اثر فعل و ترک فعل به طرف مقابل وارد می شود. در تجارت بین المللی انتقال ریسک موضوع مهم و اساسی میان تاجران است. به عبارتی، ریسک بیانگر خسارت یا تلف ناشی از حوادث و اتفاقات غیر قابل پیش بینی در مبيع است و خسارت آن بر یکی از طرفین تحمیل می گردد. از نظر قوانین کشورها نحوه انتقال آن متفاوت است. لذا سازمان ملل در این عرصه تلاش بر یکسان سازی قوانین حاکم بر قراردادهای فروش بین المللی کالا کرده است. ولی برخی از کشورهای عضو این سازمان، نظیر افغانستان، این معاهده را نپذیرفته است. این تحقیق با روش تحقیق توصیفی - تحلیل درصدد پاسخ گویی به این سؤال بوده است که انتقال ریسک در قراردادهای فروش بین المللی کالا در قوانین افغانستان چگونه است؟ نتایج این تحقیق، نشان می دهد که انتقال ریسک در یک قرارداد از زمان انعقاد قرارداد، انتقال مالکیت و تسلیم اموال، صورت گیرد. قانون گذار افغانستان اولاً طرفین قرارداد را در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد آزاد گذاشته است. ثانیاً فقره های ماده (۴۰) قانون قراردادهای فروش تجارتی و اموال و ماده (۶۴۰) قانون تجارت، مربوط به شیوه و زمان انعقاد قرارداد است. بر اساس بنده (۵) ماده (۳) قانون قراردادهای فروش تجارتی و اموال و بند (۱) ماده (۶۴۲) قانون تجارت، شیوه انتقال مالکیت پذیرفته شده است.

کلیدواژگان: ریسک، انتقال، خریدار، فروشنده، قراردادهای فروش بین المللی کالا، قوانین افغانستان.

۱. استادیار دانشگاه پیام نور تهران، (نویسنده مسئول): تلفن تماس: ۰۹۱۲۳۰۴۴۴۷۰؛ ایمیل: dr.koosha@jonoub.tpu.ac.ir

۲. دانش آموخته مقطع ماستری رشته حقوق بین الملل دانشگاه پیام نور مرکز افغانستان - کابل.

مقدمه

گسترش روزافزون نیازهای بشری و عدم امکان خودکفایی کشورها، در فراهم نمودن تجارت و فروش کالاهای بین‌المللی نقش اساسی دارد. یکی از شایع‌ترین و مهم‌ترین این روابط که بخش عمده نیازهای بشری از طریق آن فراهم می‌گردد، معاملات تجارتي بین‌المللی است. این معاملات شامل «صدور کالاها از یک کشور به کشوری دیگری» می‌شود که مبتنی بر قرارداد فروش بین‌المللی کالاها صورت می‌گیرند و می‌تواند باعث بروز انتقال ریسک، در قراردادها شود. زیرا طرفین قرارداد تابع کشورهای مختلف بوده و با نظام‌های حقوقی ملی متفاوت قراردادهای فروش بین‌المللی کالا منعقد شده‌اند. به‌طور قطعی اولین مسئله‌ای که پیش روی طرفین مطرح می‌شود این است که چه مقرراتی بر این روابط حاکم است و در مقام حل اختلاف باید به نظام حقوقی کدام کشور مراجعه نمود. وجود چنین مسائلی باعث گردید که اعضای سازمان ملل متحد در سال ۱۹۸۰ اقدام به تصویب کنوانسیون در جهت ایجاد مقرراتی متحدالشکل برای حکومت بر روابط تجاری در زمینه خرید و فروش بین‌المللی کالا بنمایند. متعاقب تصویب این مقرر که به کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بین‌المللی کالا موسوم گردیده است، کشورهای زیادی عضویت خود را اعلام و سعی در هماهنگ ساختن نظام حقوق ملی خود با آن نمودند. ولی کشورهای که عضو کنوانسیون نشده‌اند، هنوز انتقال ریسک در قراردادهای فروش بین‌المللی کالا برایشان حل نشده است.

تاکنون، افغانستان عضویت خود را به این کنوانسیون اعلام نکرده است. از همین رو باید با توجه به مفاد «قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال» که در سال ۱۳۹۳ مصوب شده است، موضوع انتقال ریسک در قراردادهای فروش بین‌المللی کالا حل و فصل گردد. اما اگر به دلیل تفاوت داشتن نظام حقوقی طرفین قراردادهای فروش بین‌المللی کالا، ریسک و ابهام بروز کند، طرفین از کدام قانون اطاعت و مشکل را حل و فصل نماید، به‌صورت روشن در قانون داخلی افغانستان بیان نگردیده است. لذا این مشکل نگارنده را واداشت تا انتقال ریسک در قراردادهای فروش بین‌المللی

کالا را از منظر قوانین داخلی این کشور مورد بحث قرار دهد.

۱. مفهوم ریسک

کلمه ریسک در رشته‌های مختلف معناهای متفاوت دارد. به‌طور کلی، ریسک به معنی احتمال تلف و یا خسارت حاصل از حادثه‌ای خارجی است. به عبارت دیگر، ریسک تلف و خسارتی است که در یک زمان معین به موجب قرارداد بر اثر فعل و ترک فعل به طرف مقابل را وارد شده باشد (رحیمی فرد، ۱۳۸۷، ص ۸-۳۲). پس می‌توان گفت تبعات خسارت یا تلف حادث در لحظه انتقال ریسک، بر عهده خریدار قرار می‌گیرد. به عبارتی، خریدار مکلف است تعهدات قراردادی خود را ایفا نموده و ثمن معامله را پرداخت کند. در چنین شرایطی خریدار نمی‌تواند به عدم ایفاء تعهدات متقابل فروشنده، استناد نموده و مطالبه خسارت کند و باید کالای خسارت‌دیده را قبض نماید.

اصطلاح ریسک در قانون افغانستان دقیق تعریف نشده است، ولی در ماده (۸۰) قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، به مفهوم خسارت آمده است: «هرگاه نقش یکی از طرفین سبب وارد شدن ضرر به منافع شخصی و یا ملکیت طرف مقابل گردد، طرف متضرر می‌تواند مطابق اصول قرارداد یا قانون نافذ خواهان جبران خسارت گردد.» چنانکه در ماده (۴۵) قانون مدنی نیز به همین مفهوم آمده است: «شخصی که حقوق شخصی او مورد تجاوز قرار می‌گیرد، می‌تواند علاوه بر مطالبه منع تجاوز در صورت وقوع ضرر، طالب جبران خساره گردد».

۲. مفاهیم مشابه ریسک

در ادبیات حقوقی، مفاهیم متعددی را می‌توان یافت که تا حد زیادی معنی ریسک را به ذهن متبادر می‌کنند:

۲-۱. ضمان معاوضی

ضمان معاوضی، دو کلمه مستقل است. ضمان در لغت به معنای بر عهده گرفتن و

کفالت کردن، و معاوضی به معنی عوض کردن چیزی با چیزی دیگر یا مبادله کردن آمده است (دهخدا، ۱۳۸۴، ص ۹۸۳-۲۸۴۲). در اصطلاح حقوقی ضمان تعهد به رد مثل یا قیمت مال تلف شده است؛ یعنی هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است. اما معاوضه عقدی است که به موجب آن دو طرف دو چیزی را بدون این که یکی را ثمن و دیگری مثنی بپندارند، باهم مبادله می نمایند. با این مقدمه می توان گفت، هرگاه در عقود معاوضی تلف یا اتلاف موضوع معامله به حکم قانون موجب ضمان گردد، ضمان ضامن از همان مال تلف شده حساب می شود و این ضمان را ضمان معاوضی گویند (رحیمی فرد، ۱۳۸۷، ص ۳۵).

به عبارت دیگر، «مسئولیت حفظ و نگهداری کالای فروخته شده تا زمان تسلیم کالا برای فروشنده است و مسئولیت خریدار برای حفظ و نگهداری ثمن شخصی اش تا زمان تسلیم آن به بایع است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۴۳۲)؛ بنابراین، فروشنده مکلف است تا زمان تسلیم کالا به خریدار، در برابر تلف از آن محافظت کند و اگر تلفی در این اثناء واقع شد، بر عهده خود او است و حتی بر ثمن پرداختی خریدار در صورتی ندارد که ثمن را خریدار پرداخته باشد و اگر هم خریدار ثمن را نپرداخته باشد، حق مطالبه آن را ندارد. در ماده (۶۳۴) قانون مدنی افغانستان آمده است: «هرگاه تغییر در مال قبض شده، به اثر نقصان صورت گرفته باشد، صاحب مال می تواند، اعاده مال مذکور را با جبران خساره مطالبه نماید. مگر اینکه نقص ناشی از عمل مالک باشد.»

۲-۲. فورس ماژور

رویدادهای فورس ماژور عموماً حوادثی هستند خارج از کنترل طرفین که به دو صورت قوه قهریه و خطرات سیاسی می باشند. شرط تحقق قوه قاهره، آن است که اتفاق پیش آمده، حادثه‌ای «خارجی، غیر قابل پیش بینی و غیر قابل رفع» باشد که متعهد را از انجام تعهد باز دارد و در صورت وقوع آن، علی رغم عدم اجرای تعهد از سوی متعهد، وی ملزم به جبران خسارت وارده نیست. البته اقدام شخص ثالث هم ممکن است به عنوان یک اقدام خارج از کنترل متعهد و در مواردی غیر قابل پیش بینی

و غیر قابل اجتناب باشد. مثلاً، ممکن است توسط متصدی حمل و نقل یا هر شخص ثالث دیگری نظیر دزد و راهزن اقدامی صورت بگیرد که کالا تلف شود (اسدی، ۱۳۹۲، ص ۶۶).

خطرات سیاسی نیز عبارت است از: «تغییر رژیم‌ها، جنگ‌های داخلی و یا ملی»؛ چون هر کدام از این‌ها می‌تواند تأثیرات بسزایی بر اجرایی قراردادهای بین‌المللی داشته باشد. چراکه ممکن است صادرکننده با طرف قرارداد خود از کشوری دیگری، در حالی قرارداد منعقد سازد که روابط کشور متبوع وی با کشور متبوع طرف قرارداد، در وضعیت عالی و مطلوب باشد، ولی با تغییر رژیم و یا انقلاب، این وضعیت دگرگون گردد و امکان اجرای قرارداد نباشد (مسعودی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۲).

۲-۳. مفهوم قرارداد

قرارداد در لغت به معنی قول، شرط، پیمان و دستور است (دهخدا، ۱۳۸۴، ص ۷۸۲). قرارداد در اصطلاح عبارت است از توافق بین چند طرف که از لحاظ قانونی الزام آور است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸۱)، در واقع قرارداد بر اثر توافق، حقوق و تعهداتی ایجاد می‌کند که محکمه می‌تواند شخص مقصر را مکلف به پرداخت خسارت نمایند و یا «قررداد (عقد) عبارت است از آن که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری کنند و یا مالی را تملیک نمایند و مورد قبول آن‌ها قرار بگیرد (امامی، ۱۳۵۷، ص ۱۲).

قانون‌گذار افغانستان با همین مفهوم عقد را در ماده (۱۸۳) قانون مدنی بدین ترتیب تعریف نموده است: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». ولی در ماده (۳) قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، قانون‌گذار قرارداد و انواع آن را تعریف و مشخص کرده است. در بند (۱) این ماده، قرارداد را با اندک تفاوت تعریف کرده و صریحاً اشخاص حقیقی و حکمی را بیان نموده است. طبق این قانون افغانستان قرارداد، عقدی است که به منظور ایجاد، تعدیل، انتقال یا ازاله حق، در حدود احکام این قانون، بین اشخاص حقیقی یا حکمی منعقد می‌گردد». در بند (۵) این ماده،

قرارداد فروش را عقدی دانسته است که به موجب آن فروشنده مالکیت مال را در برابر عوض به خریدار انتقال می‌دهد. بنابراین هرکس می‌تواند بوسیله اراده خودش در حدود قانون، خود را در مقابل دیگری از طریق «بیع، اجاره، عاریه و ...» متعهد سازد و یا مالی را به دیگری تملیک کند.

۲-۳-۱. مفهوم قرارداد فروش بین‌المللی کالا

یکی از مباحث مهم در تجارت بین‌الملل، تنظیم و انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی است. قراردادهای تجاری بین‌المللی از سه کلمه تشکیل گردیده است که عبارتند از: «قرارداد»، «تجاری» و «بین‌المللی». قرارداد به توافقی اطلاق می‌شود که روابط دو یا چند طرف را مشخص می‌کند. این روابط می‌تواند در زمینه «خرید و فروش، اجاره، رهن، ضمانت و یا اعطای تسهیلات مالی» باشد.

قرارداد تجاری به آن دسته از قراردادهایی اطلاق می‌شود که برای مقاصد کسب و کار و رفع نیازهای تجاری منعقد می‌شوند. قراردادهای که برای رفع نیازهای شخصی منعقد می‌شوند، قرارداد مصرف‌کننده نامیده شده است. ولی اگر هدف از انعقاد قرارداد، کسب کار و تحصیل درآمد باشد، این قرارداد از نوع قرارداد تجاری است. قید بین‌المللی مبین این امر است که طرفین قرارداد از فراسوی مرزها با یکدیگر معامله می‌کنند تا قرارداد منعقدشده در دو طرف مرز قابل اجرا درآید.

اما اگر قراردادها که در چارچوب یک کشور منعقد شود، جزء قراردادهای داخلی بوده، به آن قرارداد تجاری بین‌المللی گفته نمی‌شود (شیروی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۵). بر مبنای این نوع قراردادهای بین‌المللی، صدور کالا از یک کشور به کشوری دیگر امکان‌پذیر می‌گردد. (رحیمی فرد، ۱۳۸۷، ص ۸)؛ به عبارت دیگر قراردادهای فروش بین‌المللی کالا، بیع میان خریداران و فروشندگانی است که در سطح بین‌المللی به حرفه تجارت کالا اشتغال دارند. یک طرف قراردادهای فروش بین‌المللی کالا را واردکننده و طرف دیگر را صادرکننده می‌نامند.

۲-۳-۲. قانون حاکم بر قرارداد

از آنجا که نظام‌های حقوقی ملی اصولاً دارای مقررات متحدالشکل نیستند، یک

قرارداد واحد ممکن است در نظام‌های حقوقی مختلف منجر به حقوق، تعهدات و نتایج متفاوتی شود. پس طرفین باید یک قاعده واحد را برای حاکمیت بر قراردادهای خود انتخاب کنند. در صورت عدم درج یک قاعده حاکم، وضعیت آینده قرارداد در صورت بروز مشکل نامعلوم می‌شود. لذا هیچ عاقلی تمایل ندارد سرنوشت قرارداد خود را در حد توان در ابهام قرار دهد و باید به طور مطمئنی مشخص کند. از این رو، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به طرفین امکان می‌دهد تا آثار قرارداد را به نحوی مطمئن‌تری پیش بینی و از بروز نتایج نامطلوب و غیر قابل انتظار اجتناب کنند (شیروی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۸). در ارتباط با این نیاز تجاری و به خاطر فراهم آمدن شرایط مطمئن‌تری برای انجام معاملات، اصل آزادی قرارداد به عنوان یک قاعده مبنایی مورد قبول بیشتر نظام‌های ملی واقع شده است.

از آنجا که عمده نظام‌های حقوقی ملی، تعیین قانون حاکم توسط طرفین را به رسمیت شناخته و آن را تأیید می‌کنند، قانون‌گذار افغانستان نیز در فقره (۲) ماده (۴) قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال، بیان نموده است: «طرفین می‌توانند توافق نمایند که قرارداد خویش را مطابق قانون کشور دیگر یا میثاق بین‌المللی قابل تطبیق تنظیم نمایند. در صورت بروز اختلاف، محاکم افغانستان مکلف‌اند مطابق قانون مورد توافق طرفین مذکور در قراردادشان، قضیه را رسیدگی نماید. مگر این که عقد چنین قرارداد صریحاً مطابق قوانین نافذ کشور ممنوع گردیده باشد.» براساس مفاد این ماده، در انعقاد قرارداد مشروع، طرفین اختیار دارند که قانون یکی از کشورهای طرف قرارداد یا کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ را بر قرارداد منعقدشده حاکم بدانند. به شرط این که آن قرارداد خارج از افغانستان منعقد گردد؛ چون در بند (۲) همین ماده صریحاً بیان گردیده است: «قراردادهای که میان اتباع افغانستان و اتباع خارجی در داخل کشور عقد می‌گردد» این قانون (قانون افغانستان) بر آن حاکم است. چنانکه قرارداد فروش بین‌المللی کالا میان تبعه افغانستانی و خارجی در داخل افغانستان منعقد گردد در صورت بروز اختلاف محاکم افغانستان رسیدگی می‌نماید.

۲-۳-۳. شرایط تشکیل دهنده قرارداد

معاملات و فروش کالاها زمانی که اشخاص در سطح بین‌المللی انجام می‌دهند، قطعاً بر اساس یک قرارداد و تفاهم‌نامه صورت می‌گیرند تا بر مبنی قانون منعقد گردیده باشد. قانون‌گذار افغانستان برای انعقاد قرارداد فروش کالاها، تجارتی، شرایطی مقرر کرده است که به آنها اشاره می‌شود:

الف) پیشنهاد (ایجاب)

ایجاب در اصطلاح علم حقوق، اعلام اراده کسی است که دیگری را به عقد بستن می‌خواند؛ به طوری که اگر مورد قبول قرار گرفت هر دو به مفاد آن پایبند باشند. ایجاب، اخبار از واقعیتی نیست، بلکه ایجاد و تأسیس یک اثر حقوقی و وسیله ابراز قصد درونی است. اگر مقصود فروشنده‌ای از ادای واژه «فروختم» اخبار از فروشی باشد که پیش از آن اتفاق افتاده است، چنین جمله‌ای ایجاب نیست، بلکه قضیه‌ای است که از واقعیتی خبر می‌دهد و ممکن است موافق یا مخالف با واقع باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۸۴).

قانون‌گذار افغانستان در فقره (۱) ماده (۱۰) قانون قراردادهای تجارتی و فروش اموال، ایجاب را برای انعقاد قرار شرط دانسته است. در فقره (۱) ماده (۱۱) این قانون آمده است: «ایجاب، اظهار اراده یکی از طرفین عقد به صورت شفاهی یا تحریری به طرف یا طرف‌های دیگر بوده و به صیغه ماضی، حال یا امر از طریق وسایل موجه بیان شده باشد». برای ایجاب دو شرط را مهم دانسته شده است؛ «اولاً باید مشخص و معین باشد؛ ثانیاً مبین قصد پیشنهادکننده، مبنی بر متعهد ماندن وی در مقابل قبول طرف دیگر باشد».

ب) قبول

قبول در لغت به معنای پذیرش و پذیرفتن است. در اصطلاح عبارت است از رضایت به ایجاب ابرازشده برای انعقاد قرارداد (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ص ۱۵۰۷). قانون‌گذار افغانستان در فقره (۱) ماده (۱۲) قانون قراردادهای تجارتی و فروش اموال، قبول را بدین ترتیب تعریف کرده است: «قبول، اظهار رضایت شفاهی یا تحریری

جانب مقابل ایجاب کننده به شرایط مندرج پیشنهاد می باشد که به صیغه ماضی، حال یا امر از طریق وسایل مروجہ بیان می گردد». قبول هم باید غیر مشروط و غیر مقید باشد. در غیر این صورت، علاوه بر رد ایجاب اصلی، ایجاب متقابل تلقی می شود (کلایوم، ۱۳۹۵، ص ۱۴۰). چنانکه در ماده (۲۱) این قانون یادشده، صریحاً بیان گردیده است: «اظهار رضایت شفاهی یا تحریری توسط پیشنهادگیرنده، مبنی بر قبول پیشنهاد قبول شمرده نشده، بلکه پیشنهاد جدید محسوب می گردد که شامل قیود و شروط بوده و اساساً ماهیت پیشنهاد را تغییر می دهد».

ج) موضوع و هدف

موضوع قرارداد، مال یا عملی است که طرفین قرارداد متعهد به تسلیم یا انجام آن می باشند. اولاً، باید دارای ارزش مادی و معنوی باشد. ثانیاً، در زمان بستن قرارداد موجود و معین باشد و در صورت موجود نبودن، باید کیفیت و کمیت آن مال معلوم و توصیف شده باشد تا طرف واگذارکننده متعهد به انجام تولید و ساخت آن با مشخصاتی باشد که تعریف و توصیف گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۸۳). در ماده (۱۳) قانون افغانستان بیان گردیده است که موضوع و هدف قرارداد، می تواند اموال منقول و غیر منقول و یا ملکیت مادی یا معنوی باشد و یا منافع ناشی از اموال، کار، خدمات خاص باشد که به صورت صریح و معین باشد و از ابهام فاحش جلوگیری شود تا امکان پذیر گردد.

د) سبب

سبب در لغت به معنی رسن و هرچه دیگری که بدان پیوسته شود، آمده است (دهخدا، ۱۳۸۴، ص ۱۱۷۹۸). قانون گذار یکی شرایط قرارداد را سبب بیان نموده که منظور از سبب همان مقصد است که باعث انگیزه انعقاد قرار گردیده است. طبق ماده (۱۴) قانون افغانستان «سبب مقصد اصلی قرارداد می باشد که باید موجود، معتبر و مشروع بوده و مغایر نظم و آداب عامه نباشد». در ماده (۵۹۳) قانون مدنی افغانستان آمده است: «وجود سبب مشروع در هر وجیهه، حالت اصلی پنداشته می شود، مگر این که دلیل به نفی آن موجود گردد».

ه) زمان

در کلیه قراردادهای باید تاریخی که طرفین بر انتقال مال یا انجام کاری توافق می‌کنند، درج شود. مدت قرارداد در برخی از قراردادهای مثل قراردادهایی که موضوع آن ارائه خدمات یا انجام کار می‌باشد و یا در قرارداد اجاره، از جمله ارکان تشکیل دهنده آن می‌باشد. چون تاریخ از جمله شرایط صحت و اساسی آن است؛ به نحوی که اگر مدت اجاره معلوم نباشد، اساساً قرارداد باطل است. توصیه می‌شود تاریخ را هم به صورت عددی و هم به صورت حرفی درج کنند؛ زیرا از نظر حقوقی آثار بسیار مهمی خواهد داشت. در مواردی ممکن است تاریخ انتقال یا تاریخ انجام کار غیر از تاریخ تنظیم قرارداد باشد. لذا در بند جداگانه‌ای تحت عنوان مدت قرارداد باید زمان دقیق آغاز و پایان کار تصریح شود. اگر تاریخ شروع قرارداد به دلیلی از قلم بیفتد و در قرارداد ذکر از آن نشود، تاریخ امضاء قرارداد تاریخ آغاز آن محسوب می‌شود.

۲-۴. انتقال ریسک قراردادهای فروش بین‌المللی کالا در قانون افغانستان

فروش بین‌المللی کالا متفاوت از بیع داخلی است و این تفاوت تنها شامل وصف بیرون مرزی نمی‌شود، بلکه عناصر دیگری مانند فاصله مکانی و مدت اجرای عقد را می‌توان به عنوان وجه تمایز آن دو ذکر کرد که هر دو در فروش بین‌المللی کالا طولانی‌تر از بیع داخلی هستند و یا استفاده از پول خارجی به عنوان ثمن در معاملات خارجی تقریباً الزامی است. مهم‌ترین تفاوت میان بیع داخلی و فروش بین‌المللی کالا را باید در ملاحظات حقوقی و اقتصادی در نظر گرفت. با توجه به اینکه فروش بین‌المللی کالا، در اقتصاد کشورها اثرات مثبت و منفی زیادی دارد، دولت‌ها با وضع قوانین و مقررات مختلف به صورت گوناگونی در آن مداخله می‌کنند؛ زیرا فروش بین‌المللی کالا ارتباط نزدیک با نظم عمومی می‌یابد (رحیمی فرد، ۱۳۸۷، ص ۴۷).

از این‌رو، انتقال ریسک از فروشنده به خریدار در قراردادهای تجاری از دیرباز بحث برانگیز بوده و از اهمیت زیادی برخوردار است و در بسیاری از نظام‌های حقوقی، موضوع تدوین قانون قرار گرفته است. شورای ملی افغانستان هم قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال را در سال ۱۳۹۳ به تصویب رساند و خیلی از مشکلات

معاملات تجاری با تصویب این قانون حل گردیده است. زیرا قبلاً فروشندگان و خریداران مطابق قانون مدنی یا قانون تجارت، معاملات را انجام می دادند، ولی با توجه به عنصر خارج مرزی جوابگو نبودند. بنابراین، انتقال ریسک بر قراردادها معمولاً از سه طریق «تاریخ انعقاد قرارداد، زمان انتقال مالکیت، زمان تسلیم کالا به خریدار» صورت می گیرند که در قسمت های بعدی مورد بررسی قرار می گیرند.

۲-۴-۱. تاریخ انعقاد قرارداد

بسیاری از حقوق دانان به اتفاق نظر بر این باورند که ریسک در زمان انعقاد قرارداد به خریدار منتقل می شود و این را یک اصل می دانند، حتی در مواردی که کالا در قبض خریدار نباشد یا حق مالکیت به وی منتقل نشده باشد، مگر توافق طرفین بر خلاف آن صورت گرفته باشد. به عبارت دیگر، عقد سبب انتقال ریسک است و از زمان انعقاد قرارداد فروش کالای مورد معامله تحت مسوولیت خریدار قرار می گیرد (رحیمی فرد، ۱۳۸۷، ص ۴۹).

اگر کالای موضوع قرارداد فروش بین المللی کالا، در اثر حادثه ای از بین رفته و یا معیوب و ناقص گردد، تلف یا خسارت حاصله از مال خریدار محسوب می شود. همان طور که گفته شد تسلیم کالا در این اصل، نقشی در انتقال ریسک ندارد و کالا بعد از تحقق عقد تا هنگام تسلیم به خریدار یا نماینده او یا متصدی حمل و نقل، در نزد فروشنده امانت است (یوسفی، ۱۳۷۶، ص ۲۵). لذا قانون گذار افغانستان در رابطه به تاریخ انعقاد قرارداد، در فقره (۱) ماده (۴۰) قانون قراردادهای فروش تجاری و اموال، بیان کرده است که «طرفین می توانند توافق کنند تا یک یا هر دو طرف آنها حق داشته باشند قرارداد را در مدت زمانی رد یا تأیید نمایند که در آن قرارداد فروش بین المللی کالا تعیین شده است. هر گاه این مدت در قرارداد فروش بین المللی کالا تعیین نگردد، در آن صورت مدت مذکور همان مدتی است که در معاملات مشابه، مروج و معمول می باشد، مگر آنکه مدت معمول، وجود نداشته باشد که در آن صورت خود این حق باطل و بی اثر است».

پس طبق مفاده این ماده، با نوشتن متن و امضای قرارداد فروش بین المللی کالا،

قرارداد لازم‌الاجرا نمی‌باشد؛ مگر این‌که طرفین به محض امضا، قرارداد را تأیید کرده و زمان رد و تأیید را قید نکرده باشند. زیرا قانون‌گذار افغانستان در انعقاد قرارداد به طرفین حق مشروط «رد یا تأیید» را داده است. ولی هرگاه این مدت در قرارداد فروش بین‌المللی کالا تعیین نگردد، در آن صورت همان مدت که در معاملات مشابه معمول است، یعنی هرآنچه که در عرف خاص آمده است، قابل تأیید است.

اما اگر عرف در رابطه ساکت بوده یا موجود نباشد، این حق، باطل و بی‌اثر است. در آن صورت مطابق بند (۲) فقره (۲) همین ماده «در صورت که طرفین قرارداد را تأیید کنند، در آن صورت قرارداد متذکره اعتبار از همان تاریخ عقد، نافذ و لازم‌الاجرا می‌گردد». لذا در اینجا می‌توان صریحاً گفت که در صورت تأیید قرارداد فروش بین‌المللی کالا، تاریخ زمان انعقاد قرارداد، همان تاریخی می‌باشد که طرفین قرارداد را تأیید کرده‌اند و قرارداد اثر قانونی دارد.

در ماده (۶۴۰) قانون تجارت افغانستان بیان شده است: «بعد از تکمیل عقد در قرارداد فروش بین‌المللی کالا اگر خسارتی به مبیع واقع شود، ولو اتفاقاً باشد، عائد به مشتری است. اگر خساره ناشی از تقصیر و یا حيله بايع و یا معایب مبیع باشد، مربوط به بايع است». پس اگر خسارت ناشی از تقصیر و یا حيله بايع یا معایب اموال فروخته‌شده نباشد، خسارت به مشتری منتقل می‌شود.

این اصل بر اساس این استدلال است که با انعقاد قرارداد فروش بین‌المللی کالا، خریدار متعهد به پرداخت بهای کالا و فروشنده متعهد به تحویل کالا می‌شود که مستلزم تعهد به انتقال مالکیت کالا نمی‌باشد. از این رو، تلف کالا قبل از تحویل آن، موجب از بین رفتن تعهد فروشنده به تحویل کالا می‌شود. چرا که تعهد وی مشروط بر وجود کالا است. اما از آنجا که تعهد خریدار مشروط به تحویل گرفتن کالا نیست، تعهد وی به پرداخت باقی می‌ماند. این تعریف حکایت از آن دارد که غایت تعهد فروشنده، تحویل کالا نیست؛ بلکه در نتیجه تکمیل قرارداد، تعهد وی وعده به تحویل کالا در میزان معین می‌باشد. بنابراین، مالکیت و ریسک تا زمان تحویل، بین خریدار و فروشنده تقسیم می‌شود. یعنی فروشنده مالک کالا باقی

می‌ماند، اما ریسک بر عهده خریدار است. چون اصل بر این است که فروشنده همیشه در زمان انعقاد قرارداد آماده برای تحویل کالا به خریدار است و انتقال زود هنگام ریسک، بهای تنبلی خریدار برای تحویل گرفتن کالا می‌باشد. از سوی دیگر تشخیص ریسک مربوط به تلف کالا، در اثر خطای فروشنده مشکل است (رحیمی فرد، ۱۳۸۷، ص ۵۰).

چنانکه قانون‌گذار افغانستان در ماده (۶۴۱) قانون تجارت، شرایطی را بیان کرده است که خسارت بر بایع تحمیل می‌شود. این ماده بیان می‌دارد «در احوال ذیل بعد از تکمیل عقد قرارداد فروش بین‌المللی کالا، خسارتی که به مبیعه برسد، به بایع مربوط است:

شرط اول این که مبیعه مشخص و معین نبوده و برای اثبات ماهیت آن علائمی وضع نشده باشد که از دیگر اشیای همجنس تفریق و تمیز شود.

دوم، مبیعه‌ای که برای تسلیم وزن، تعداد و اندازه نمودن آن لازم است، قبل از وزن کردن، تعداد آن تغییر و یا تلف شده باشد. اما اگر مشتری با وجود اخطار برای وزن کردن، تعیین تعداد و اندازه نمودن، حاضر نشده باشد و یا شخصی را از طرف خود نفرستاده باشد، در این صورت خسارت عاید مشتری است.

سوم، تسلیم مبیعه به آینده شرط شده باشد.

چهارم در حال آماده بودن مشتری برای تسلیم گرفتن مبیعه، بایع با وجود اخطار مبیعه را تسلیم نداده باشد. پس در صورت این شرایط ریسک یا همان خسارت بر بایع منتقل می‌گردد، اما در غیر آن بر خریدار تحمیل می‌شود.

۲-۴-۲. زمان انتقال مالکیت

یک اصل و قاعده مهم از نظر حقوقدانان در انتقال ریسک این است که انتقال ریسک تابع انتقال مالکیت است. ریسک زمانی به خریدار منتقل می‌شود که مالکیت کالا به وی منتقل شده باشد. بسیاری از مدافعان حقوق طبیعی در خصوص حقوق بیع، طرفدار این اصل هستند و بیان می‌دارند که جدایی مالکیت از ریسک خلاف واقع می‌باشد و زمانی انتقال ریسک صورت می‌گیرد که مالکیت کالا از فروشنده به

خریدار انتقال شده باشد و خیلی از کشورهای جهان مانند فرانسه، انگلیس، ایتالیا و هند این را پذیرفته‌اند. لذا اصل بر این است که ریسک کالا تا زمان که مالکیت آن منتقل نشود، بر عهده فروشنده است. اما ریسک بعد از انتقال مالکیت، بر عهده خریدار است، حتی اگر بهای کالا را نپرداخته باشد و یا اینکه کالای مورد نظر را تحویل نگرفته باشد (یوسفی، ۱۳۷۶، ص ۳۰). ولی اگر صریحاً در قرارداد بیان شده باشد که انتقال مالکیت از زمان انعقاد قرارداد است، حتی اگر بهای کالا پرداخت نشده باشد انتقال ریسک به خریدار متحمل می‌شود.

قانون‌گذار افغانستان در بند (۵) ماده (۳) قانون قراردادهای تجارتنی و فروش اموال، صریحاً بیان نموده است که «قرارداد فروش، عقدی است که به موجب آن فروشنده مالکیت مال را در برابر عوض به خریدار انتقال می‌دهد». پس مطابق مفاد این ماده ریسک اموال در قرارداد فروش بین المللی کالا به محض انعقاد قرارداد به خریدار منتقل می‌شود.

۲-۴-۳. زمان تسلیم کالا به خریدار

یکی از تعهداتی که در قرارداد فروش بین المللی کالا، باید مورد توجه قرار گیرد و فروشنده مکلف به انجام آن است، تسلیم مبیع به خریدار است. در واقع تا زمانی که مبیع به خریدار تحویل نگردیده نمی‌توان بیع را تمام شده تلقی کرد. چراکه علاوه بر آثاری که بر عنصر «تسلیم» در عقد بیع مترتب می‌گردد، چه بسا تحولاتی قبل از آن روی دهد و سرنوشت بیع را دگرگون نماید. به همین منظور تسلیم کالا به خریدار از جمله تعهدات بایع است (ناظم، ۱۳۹۸، ص ۸۵).

بر این اساس، هر گونه تلف و نقصی که پیش از تسلیم، در کالای مورد معامله واقع شود، بر عهده کسی است که متعهد به انتقال آن کالا می‌باشد (فروشنده) و از لحظه حصول و تحقق تسلیم، کلیه زیان‌ها و خسارت‌های حاصله در آن کالا بر عهده خریدار است و فروشنده در قبال آن مسوولیت و تعهدی ندارد. زیرا با انجام تسلیم کالا، قرارداد فروش بین المللی کالا به طور کامل اجرا گردیده است و کالا تحت سلطه و اختیار خریدار است. در صورتی که در معرض تلف یا آسیب قرار بگیرد،

ریسک آن بر عهده خریدار خواهد بود و موجبی برای تحمیل مسوولیت بر فروشنده وجود ندارد (همتی، ۱۳۷۴، ص ۲۸).

به عبارت دیگر، ریسک بر عهده کسی است که کنترل فیزیکی و تصرف کالا را بر عهده دارد. تعریف تسلیم متضمن مفهوم تصرف و تغییر متصرف کالا، از فروشنده به خریدار می باشد، تسلیم خواه فیزیکی، واقعی یا حکمی و فرضی باشد، متصرف را قادر می سازد تا حقوق مالکانه خود را بر آن اعمال کند. با توجه به این که متصرف کالا، بهترین فرد برای بیمه و کنترل کالا می باشد، به نظر می رسد این شیوه مناسب ترین نظریه برای تعیین زمان انتقال ریسک به خریدار یا فروشنده باشد (علوم یزدی، ۱۳۸۰، ص ۶۹).

بنابراین، به نظر نگارنده در قراردادهای فروش بین المللی کالا، بایع نمی تواند در همان زمان که مبیع را به خریدار می فروشد، کالا را تسلیم کنند. زیرا احتمال بر این است که خریدار نتواند اموال خریداری شده را آنی تحویل بگیرد، از این رو مطابق بند (۲) ماده (۳) قانون افغانستان در قراردادهای تجارتی و فروش اموال، به محض انعقاد قرارداد، مالکیت به خریدار انتقال پیدا می کند. چون «قرارداد فروش عقدی است که به موجب آن فروشنده مالکیت مال را در برابر عوض به خریدار انتقال می دهد»؛ ولی ممکن است به صورت فیزیکی در تصرف خریدار قرار نگیرند. مگر اینکه مبیعه در قرارداد توافق شده، موجود نباشد که هر زمان مبیعه آماده برای انتقال گردید و بعد از انتقال و اطلاع به خریدار، ریسک به خریدار انتقال می یابد. در این صورت زمانی که کالا در اختیار شخص ثالثی است، خریدار کنترل و سلطه بر آن دارد، ریسک به خریدار انتقال می شود و شخص انتقال دهنده مکلف به انتقال مبیعه است. اگر بین خریدار و فروشنده توافق شود تا پس از فروش، کالا در اختیار فروشنده باشد، در اینجا فروشنده به عنوان وکیل یا امین او باقی بماند، فروشنده فقط نقش امین و نگهداری مال را دارد، ولی تصرف مالکانه در آن مال ندارد. زیرا وی فاقد چنین قصدی است. از اینرو نمی تواند در حالی که تصرف مادی و فیزیکی کالا را در اختیار دارد، تصرف حکمی و فرضی آن بر دیگری انتقال دهد (رحیمی فرد، ۱۳۸۴، ص ۶۰).

قانون‌گذار افغانستان در بند (۱) ماده (۶۴۲) قانون تجارت پیش بینی نموده است «خسارتی که از رهگذر حمل و نقل مبیعه، ذریعه کمیسه کار نقلیه یا حمل و نقل دهنده عاید می‌گردد، سر از تاریخ تسلیم مبیعه از طرف بایع به آن کالاها مربوط به مشتری است. اگر راجع به طرز حمل و نقل مبیعه شرطی موجود باشد، بایع مکلف است تا این شرط را مراعات کند». طبق مفاد این ماده خسارتی که از طرف شخص ثالث بر مبیعه وارد می‌شود، متوجه خریدار است نه بایع. در نتیجه تسلیم در همه اشکالش وقتی محقق می‌شود که فروشنده از اعمال سلطه و کنترل خود بر کالا دست بردارد. اعمال سلطه و کنترل فروشنده بر کالا، زمانی خاتمه می‌یابد که مال هنوز در تصرف فیزیکی او است، با تغییر وصف و ویژگی تصرف (از تصرفات مالکانه به غیر مالکانه)، یا با پایان یافتن تصرف و کنترل مادی او بر کالا، مثلاً زمانی که کالا را به خریدار یا به متصدی حمل و نقل تحویل می‌دهد. بنابراین، زمانی تسلیم محقق می‌شود که فروشنده از سلطه و کنترل خود بر کالا به نفع خریدار صرف نظر کرده باشد، یا اینکه خریدار را قادر ساخته باشد تا خود کنترل و استیلای بر کالا را در اختیار گیرد.

نتیجه گیری

امروزه روابط کشورها به یک امر مهم و ناگسستنی در جهان تبدیل شده است. به دلیل نیازهای بشری تلاش برای واحدسازی و جهانی شدن اقتصاد کشورها است تا بتوان از این طریق ضرورت‌ها و نیازمندی‌های بشری آسان‌تر و راحت‌تر حل گردد. معمولاً این روابط در بخش‌های متفاوت خصوصی و عمومی طی یک قرارداد دویا چندجانبه صورت می‌گیرند و براساس آن کشورهای عضو یا طرفین قرارداد بر اجرایی کردن آن مکلف می‌گردند. یکی از قراردادهای مهمی که در بین اشخاص خصوصی کشورها منعقد می‌شود، قرارداد فروش بین المللی کالا و فروش اموال است که مطابق آن کالاها به اشخاص خصوصی سایر کشورها فروخته و برای آن‌ها صادر می‌گردد. نکته مهم در قرارداد فروش بین المللی کالا میان اشخاصی از دو کشور مختلف، انتقال ریسک است. زیرا اکثر اموال در شرایط متفاوت ممکن است تلف و نابود گردد

و باعث خسارت یکی از طرفین شود. لذا چنین قراردادها باید مطابق قانون، تهیه و ترتیب و مورد قبول طرفین قرار گیرند تا در آینده اگر اختلاف به وجود آید، به راحتی حل و فصل شود.

سازمان ملل متحد برای یکسان سازی قانون در رابطه به قراردادهای تجاری بین المللی تلاشی زیاد کردند «کنوانسیون بیع بین المللی کالا را در سال ۱۹۸۰ به تصویب رساند، ولی آنچه را که توقع داشتند، نتیجه نداد. زیرا برخی کشورهای عضو سازمان ملل، مثل افغانستان این کنوانسیون را تصویب نکرده است. لذا اختلافات ناشی از انتقال ریسک در قرارداد فروش بین المللی کالا، بین اتباع افغانستان و اتباع سایر کشورها باید طبق قانون قراردادهای تجارتی و فروش اموال افغانستان حل و فصل گردد که در سال ۱۳۹۳ توسط شورای ملی تصویب شده است و خیلی از مشکلات تجاری افغانستان را در بخش داخلی حل کرده است. اما مشکل انتقال ریسک در قراردادهایی را که طرفین قرارداد را برای انتخاب قانون واحد و یا پذیرفتن میثاق های بین المللی آزاد قرارداده است و جهت صادرات و واردات است، حل نکرده است. چون در این قراردادها مسئله مهم تعیین قانون حاکم بر اساس مقررات تعارض قانون (کشور فروشنده و خریدار) است.

به طور کلی انتقال ریسک در قراردادهای فروش بین المللی کالا، در قانون داخلی افغانستان به دو صورت انجام می شود. اول اینکه در زمان انعقاد قرارداد فروش بین المللی کالا و تأیید قرارداد طبق فقره (۱) ماده (۴۰) قانون قراردادهای فروش تجارتی و اموال، «طرفین می توانند توافق کنند که یک یا هر دو طرف بتوانند قرارداد را در مدت زمانی که در آن قرارداد تعیین شده، آن قرارداد فروش بین المللی کالا رد یا تأیید نمایند. با تأیید شدن این قرارداد مطابق بند (۲) فقره (۲) همین ماده، در آن صورت، اعتبار قرارداد فروش بین المللی کالا از زمان متذکره یا از همان تاریخ عقد، نافذ و لازم الاجرا می گردد». لذا در اینجا می توان صریحاً گفت که در صورت تأیید قرارداد، تاریخ زمان انعقاد قرارداد، همان تاریخی است که طرفین قرارداد را تأیید کرده اند و قرارداد اثر قانونی دارد. در ماده (۶۴۰) قانون تجارت افغانستان بیان شده

«بعد از تکمیل عقد خسارتی که به مبیعه واقع می‌شود، ولو اتفاقاً باشد، عائد به مشتری است. اگر خسارت ناشی از تقصیر و یا حيله بايع و یا معايب مبيعه باشد، مربوط به بايع است.» پس اگر خسارت ناشی از تقصیر و یا حيله بايع یا معايب اموال فروخته شده نباشد، خسارت بر مشتری انتقال می‌شود.

دوم اینکه انتقال ريسک از طريق، انتقال مالکیت صورت می‌گیرند. قانون‌گذار افغانستان در بند (۵) ماده (۳) قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، صریحاً بیان کرده است: «قرارداد فروش، عقدی است که به موجب آن فروشنده مالکیت مال را در برابر عوض به خریدار انتقال می‌دهد». پس ريسک اموال فروخته‌شده مطابق مفاد این ماده، به محض انعقاد قرارداد به خریدار منتقل می‌شود و تا تسلیم کالا به مشتری فروشنده به عنوان امین و امانت می‌باشد. زمانی که فروشنده آن کالا را جهت انتقال به شخص ثالث تحویل می‌دهد، کنترل و سلطه مربوط به خریدار گردیده و ريسک به خریدار انتقال می‌شود و شخص انتقال‌دهنده مکلف به انتقال مبیعه است. در بند (۱) ماده (۶۴۲) قانون تجارت افغانستان آمده است، خسارت که از رهگذر حمل و نقل مبیعه ذریعه کمیسه کار نقلیه یا حمل و نقل‌دهنده عاید می‌گردد، سر از تاریخ تسلیم مبیعه از طرف بايع به آنها، مربوط به مشتری است. اگر راجع به طرز حمل و نقل مبیعه شرط موجود باشد، بايع مکلف است این شرط را مراعات کند. طبق مفاد این ماده خسارتی که از طرف شخص ثالث بر مبیعه وارد می‌شود، متوجه خریدار می‌شود نه بايع.

فهرست منابع و مآخذ

۱. اسدی، لیدا، (۱۳۹۱-۱۳۹۲)، «روش‌های حقوقی تخصیص ریسک در قراردادهای BOT»، پایان نامه کارشناسی حقوق تجاری اقتصادی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲. اشمیتوف، کلايوام، (۱۳۹۴)، حقوق تجارت بین‌الملل، ناشر، انتشارات سمت، چاپ دوم.
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۵۷)، حقوق مدنی، ج ۴، ناشر، نشر اسلامی، چاپ چهاردهم.
۴. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، ناشر، انتشارات محراب فکر، جلد سوم، چاپ اول.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲)، دائرة المعارف حقوق، ناشر، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۶. رضایی، روح الله، (۱۳۹۸) «راهکارهای عملی پیش‌گیری و مدیریت خطر تقلب در اعتبارات اسنادی»، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، شماره ۱۶، پاییز و زمستان.
۷. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۵)، حقوق تجارت بین‌الملل، ناشر، انتشارات سمت، چاپ اول.
۸. علوم‌ی یزدی، حمید رضا، (۱۳۸۰)، «مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال ۳، شماره ۵، پائیز و زمستان.
۹. علیجانی، محسن، جنیدی، لعیبا، (۱۳۹۹)، «تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی»، فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۳، شماره ۸، پاییز.
۱۰. قانون تجارت مصوبه ۱۳۳۶.
۱۱. قانون قراردادهای فروش تجاری و اموال، مصوب سال ۱۳۹۳ شورای ملی.

۱۲. قانون مدنی افغانستان، سال ۱۳۵۵، هـ. ش.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، قواعدعمومی قراردادهای، ناشر، شرکت سهامی انتشار، جلد اول، چاپ سوم.
۱۴. محمدرحیمی فرد، مریم، (۱۳۸۷)، «انتقال ریسک در قراردادهای فروش بین‌المللی کالا در حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۱۵. مسعودی، علیرضا، (۱۳۹۱) «ضمانت نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل»، ناشر، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۲.
۱۶. میرمحمدصادقی، حسین، (۱۳۷۷)، مرور بر حقوق قراردادهای در انگلستان، ناشر، انتشارات حقوقدانان تهران، چاپ اول.
۱۷. همتی، یوسف، (۱۳۷۴)، «مقایسه تطبیقی انتقال ضمان معاوضی در حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی.
۱۸. یوسفی، حشمت‌الله، (۱۳۷۶)، «انتقال خطر یا ضمان در قراردادهای بین‌المللی بر مبنای اینکوئترمز با بررسی در حقوق مدنی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز.

حقوق مالی زن در شریعت اسلامی و قوانین افغانستان

گیتا رضایی^۱

چکیده

در نظام حقوقی مالی اسلام، حمایت از حقوق زنان به شکلی است که تمام ابعاد زندگی او را در بعد طبیعی انسانی و معنوی شامل می‌شود. حقوق مالی زوجه در زمان برقراری عقد زوجیت و حتی پس از انحلال نکاح، آیات و روایات زیادی را به خود اختصاص داده است و این امر نوعی مصونیت قانونی زنان را در مسائل مالی و اقتصادی به ارمغان می‌آورد تا ایشان در سایه برخورداری از کرامتی خاص در خانواده و جامعه بتوانند در مسیر تأمین اهدافشان و حفظ نفس و حفظ نسل حرکت کنند. حقوق مالی زنان در اسلام شامل سه نوع مالکیت اصلی و بالذات، تبعی و حمایتی است. منظور از مالکیت اصلی، این است که زنان همانند مردان به تبع اشتغال و کار مفید اقتصادی از آن برخوردار می‌گردند و تحت عنوان حق اکتساب یاد می‌شود. مالکیت تبعی به واسطه نسبت و سبب، به زنان تعلق می‌گیرد؛ مانند ارث و دیه که در پی آن حقوق مالی به عنوان وارث یا اولیا دم به زنان اختصاص می‌یابد. مالکیت حمایتی نیز برای زنان از سوی قانون‌گذار اسلامی جعل شده است که از سوی برای آنان مسئولیت مالی در قبال همسر و فرزندان قرار نداده و از سوی دیگر حق دریافت مهریه، نفقه، حق مسکن، اجرت‌المثل و شیربهای متاع به هنگام طلاق، نفقه در دوره عده، و نیز حمایت‌های حکومت اسلامی از زنان را در مورد خاص جهت جلوگیری از فقر و تنگدستی آن‌ها پیش‌بینی نموده است. در ماده ۴۸ قانون اساسی افغانستان نیز بیان می‌دارد که زنان حق کار را دارد و از کار آن‌ها حمایت می‌نماید و همچنین در مواد مختلف قانون مدنی افغانستان از حقوق مالی زنان سخن به میان آمده است: مثلاً در ماده ۱۰۲ قانون مدنی، در باره حق داشتن مهر و در ماده ۱۱۷ حق داشتن نفقه و سایر حقوق مالی زنان سخن گفته شده است.

واژگان کلیدی: حقوق مالی، شریعت اسلامی، قوانین، حقوق زن.

۱. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی المصطفی، کابل، افغانستان.
تلفن: ۰۷۰۵۲۰۴۹۶۰؛ ایمیل: gitarezai15@gmail.com

مقدمه

ارزش خانواده، بیش از هر چیز بر پایه مودت و دوستی بین اعضای آن، به خصوص زن و شوهر استوار است و اگر این جریان بر اساس دوستی و تفاهم و برکنار از خودخواهی‌ها ادامه یابد، زوجین به آرامش و سکون در کنار یکدیگر و در نهایت به کمال انسانی مورد نظر خواهند رسید. در میان مکاتب حقوقی، دین مبین اسلام، نظام معاشرتی ویژه‌ای در روابط مردان و زنان در دو حوزه اجتماع و نهاد خانواده تشریع کرده است که از سویی بر مبانی انسان‌شناختی قرآن و اسلام استوار است و از دیگر سو، ناظر به اهداف و چشم‌اندازهایی است که اسلام برای اصیل‌ترین و بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی، یعنی خانواده ترسیم می‌کند. از همین رو تعبیر «تَسْكُنُوا إِلَيْهَا» در آیه ۲۱ سوره روم اشاره به این واقعیت دارد که آرامش، مقام و موقعیتی است که انسان در پهنه هستی باید بدان دست یابد و از دیدگاه قرآن وظیفه خانواده زمینه‌سازی برای همین هدف است، چه برای زن و شوهر و چه برای فرزندان. زیرا الفت زن و شوهر و تعامل آن دو با نیروی عشق و محبت و در مسیر کمال، سنگ‌بنای شخصیت روحی و روانی فرزندان را می‌نهد. بر اساس این اندیشه خواسته انسان‌های دغدغه‌مند از نگاه قرآن این است که می‌گویند:

«رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا» (فرقان، ۷۴)؛
 خدایا ما را از جانب همسران و فرزندانمان نورچشمی بخش و ما را رهبر پرهیزگاران گردان. در واقع این آیه بر اهمیت خانواده و پیشاهنگی آن در تشکیل جامعه نمونه انسانی اشاره دارد؛ چنانکه پیوندهای سالم و درخشان را آرمان پرهیزکاران معرفی می‌کند.

به‌رغم دلالت‌های روشن قرآن راجع به جایگاه حقوق غیر مالی زن، متأسفانه در برخی جوامع اسلامی، زن در خانواده یا در جامعه مورد ستم قرار دارد و از جهت برخورداری از امنیت و حیثیت در جایگاه مناسب خود نیست. البته این بدان معنا نیست که زن در کشورهای اروپایی از وضع بهتری برخوردار و از موقعیت شایسته انسانی بهره‌مند است، بلکه در آنجا نیز زن به شکل‌های دیگر مورد ستم است.

واقعیت این است که زن در طول تاریخ نه از سوی دشمنان، بدخواهان و مهاجمان شرق و غرب، بلکه گاه از سوی نزدیک‌ترین عضو خانواده خود مورد بی‌مهری قرار گرفته و به دلیل موقعیت‌های اجتماعی، خانوادگی، فرهنگی، گاه عدم اطلاع از حقوق خود ناگزیر بی‌مهری‌ها را به جان خریده است.

۱. مفاهیم

۱-۱. حق

حقّ در لغت: حقّ در لغت از ریشه (ح-ق-ق) است. اصل حقّ مطابقت، یکسانی، هماهنگی و درستی است؛ مثل مطابقت پایهٔ درب؛ درحالی‌که در پاشنهٔ خود با استواری و درستی می‌چرخد. راغب اصفهانی، یکی از وجوه حقّ را این‌گونه بیان می‌کند: «حقّ یعنی هر کار و سخنی که برحسب واقع آن‌طور که واجب است و به‌اندازه‌ای که واجب است و در زمانی که واجب است انجام می‌شود؛ چنان‌که می‌گوییم، کار تو حقّ است و سخن تو نیز حقّ.» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ص ۲۳۴). ابن منظور حقّ را در اصل به معنای مطابقت و موافقت می‌داند و معتقد است حقّ نقیض باطل و به معنای وجوب و ثبوت است و در موارد مختلف به کار می‌رود:

الف) ایجادکنندهٔ چیزی بر اساس حکمت؛

ب) شیء ایجادشده بر اساس حکمت؛

ج) اعتقاد به چیزی آن‌گونه که هست (ابن منظور، ۱۴۱۴، ص ۱۲۲).

قرشی، حقّ را به معنای مطابقت و وقوع شیء در محل خویش می‌داند که در تمام مصادیق قابل تطبیق است. در قاموس، حقّ به وجود ثابت و صدق گفته شده و ضد باطل است (کاتوزیان، ۱۳۷۹).

حقّ در اصطلاح کاربرهای متفاوتی دارد که به برخی آن‌ها اشاره می‌شود:

الف) در اصطلاح فقه: «حقّ» در فقه به دو معنی به کار می‌رود: یکی «حقّ» در مقابل «حکم»؛ به این معنی که در قانون اموری پیش‌بینی شده که شخص می‌تواند به قصد خود برخی از آن‌ها را تغییر دهد، این امور قابل تغییر را «حقّ» می‌گویند.

دوم «حق» به معنای نوعی از مال است در مقابل عین، دین، منفعت و انتفاع (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۲۱۶).

ب) در اصطلاح حقوق: «حق» توانایی و قدرتی است که حقوق هر کشور به اشخاص می‌دهد تا از مالی به طور مستقیم استفاده کنند و یا انتقال مال و انجام دادن کاری را از دیگران بخواهند.

۱-۲. حقوق

حقوق در معانی مختلفی به کار می‌رود:

الف) جمع حق به معنای حق جزئی و حق کلی است؛ حق جزئی به هر حقی گفته می‌شود که شخص معین در موضوع معین داشته باشد، مانند حق مالکیت که بر مال معین اطلاق می‌شود و حق کلی، حقی را گویند که به حسب اعتبار قانون‌گذار و صرف نظر از موارد خاص خارجی مقرر شده است. مانند حق رأی دادن (جعفری لنگرودی، ۲۷۳۱، ص ۳۲).

ب) گاهی مقصود از حقوق، «علم حقوق» است؛ یعنی دانشی که به تحلیل قواعد حقوقی و سیر تحول آن می‌پردازد؛ مانند حقوق مدنی، حقوق اساسی، حقوق کیفری، و غیره.

ج) برای تنظیم روابط مردم و حفظ نظم در اجتماع، حکومت برای هر کس اختیاراتی در برابر دیگران می‌شناسد و توان خاصی به او می‌بخشد. این امتیاز و توانایی را «حق» می‌نامند که جمع آن «حقوق» است. به این قسم از حقوق، «حقوق فردی» هم گفته می‌شود؛ مانند حق حیات، حق مالکیت، حق آزادی شغل و ... بخشی از این حقوق گاهی با عنوان «حقوق بشر» مورد حمایت قرار می‌گیرد.

د) واژه «حقوق» در معانی دیگری نیز به کار می‌رود؛ مانند استعمال آن در ترکیب‌های زیر: «حقوق کارمندان» دستمزد کارکنان، «حقوق دیوانی» پولی که دولت بابت ثبت اسناد رسمی از دو طرف معامله می‌گیرد.

۲. مالکیت و استقلال مالی زن در اسلام

۱-۲. اصل استقلال مالی و اهلیت تملک زن

مراد از «اهلیت تمتع»، صلاحیت برای دارا بودن حقوق است. طبق قانون مدنی، هر انسانی، اعم از زن و مرد در هر وضعیتی و در هر سن از اهلیت تمتع برخوردار است و می‌تواند دارای حق شود و از جمله می‌تواند مالک مال گردد؛ که در اینجا به بیان موادی از قانون مدنی می‌پردازیم.

- اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود.
- هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.

پس در اصل اهلیت تمتع و صلاحیت برای دارا بودن حقوق تفاوتی به جهت مرد یا زن بودن وجود ندارد (رسولی، ۱۳۷۶، ص ۱۲۳).

۲-۲. حقوق زن در آیات قرآن

«لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ» (نساء، ۳۲)؛ که هر یک از مرد و زن از آنچه اکتساب کنند بهره‌مند شوند.

«لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ» (نساء، ۷) مردان را از آنچه پدر و مادر و خویشاوندان ارث می‌گذارند، نصیبی است و زنان را از آنچه پدر و مادر و خویشاوندان ارث می‌گذارند، نصیبی است.»

شان نزول آیات فوق مربوط به مسائل مالی زنان و مردان است. پس از نزول آیه ارث، زمزمه‌هایی به وجود آمد و زنان آرزو می‌کردند که مثل مردان سهم بیشتری می‌پردازند. از این رو خواست خود را نزد پیامبر (ص) بیان نمودند و در همین زمان این آیه نازل شد و خداوند ضمن نهی از چنین درخواست‌هایی، فرمود: مردان و زنان هر کدام از کوشش و تلاش و موقعیت خود بهره‌ای دارند.

الف. آیات صریح در مالکیت زنان

۱. ارث: «لِّلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا.»؛ مردان را از آنچه پدر و مادر و خویشاوندان ارث می‌گذارند، نصیبی است و زنان را از آنچه پدر و مادر و خویشاوندان ارث می‌گذارند، نصیبی است؛ چه کم و یا زیاد این سهمی تعیین شده است. (نساء، آیه ۷)

در فرهنگ عرب جاهلی، ارث مال کسی بود که بتواند در وقت جنگ، اسلحه به دست گرفته، در میدان نبرد با دشمنان بجنگد و از حریم قبیله دفاع کند. در این فرهنگ، اموال میت نصیب مردان فامیل می‌شد، گرچه از اقوام دور بودند؛ زیرا تنها مردان از عهده این مهم برمی‌آمدند. در نتیجه، زنان و کودکان از ارث بهره‌ای نداشتند (طاهری‌نیا، ۱۳۸۴، ص ۶۱). در چنین فضایی، قرآن با قاطعیت تمام و با تصریح به «نساء» در برابر «رجال»، در جمله‌ای مستقل، حکم ارث زن را در کنار حکم ارث مرد بیان کرد.

لام در «للنساء» لام اختصاص است و دلالت دارد بر اینکه بخشی از اموال میت سهم زن است و به او اختصاص دارد. تصریح به «نساء» در برابر «رجال» و داخل کردن لام اختصاص به هریک از آنها، حاکی از اهمیت این مسئله و حساسیتی است که مردم عصر نزول، نسبت به مالکیت زن بر ارث داشتند. قرآن زنان را نیز مانند مردان، مالک بخشی از ارث دانست و با تشریع ارث زنان، بر فرهنگ بی‌اساس عرب جاهلی، خط بطلان کشید؛ زن را همچون مرد مالک دانست و این تفاوت را از میان برداشت.

۲. دستمزد: «لِّلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ» (نساء، آیه ۳۲)؛ مردان را نصیبی است از آنچه به دست می‌آورند و زنان را نصیبی.

کسب، در فرهنگ‌های واژه‌شناسی، به طلب‌روزی، جمع کردن و سود بردن معنا شده است. «اکتساب» که افتعال از این ماده است، همان معنا را می‌رساند، با این تفاوت که «کسب» مطلق بوده و به هرگونه بهره و درآمدی گفته می‌شود،

اما «اكتساب»، ویژه بهره‌هایی است که انسان با اختیار و قصد تحصیل می‌کند (طاهری‌نیا، ۱۳۸۴، ص ۶۱).

واژه‌های «کسب» و «اكتساب» در قرآن، معمولاً در تلاش معنوی و عمل شایسته و ناشایست به کار رفته‌اند، اما در این آیه به معنای تلاش مادی نیز تفسیر شده‌اند. در این آیه نیز «نساء» در کنار «رجال» به طور مستقل ذکر شده است. «لام» اختصاص که دال بر مالکیت است، بر هر دو عنوان داخل شده است (رسولی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۵). بنابراین، معنای آیه بر اساس یکی از وجوهی که گفته شده، آن است که هر یک از مرد و زن، مالک بهره‌ای است که از طریق تجارت و زراعت و مانند آن‌ها عایدش می‌شود؛ امری که دلالت دارد بر اینکه زن و مرد در شایستگی مالکیت بر اشیا و اموال تفاوتی ندارند. زن نیز مثل مرد مالک دارایی‌هایی است که از طریق کسب و تلاش مادی به دست می‌آورد یا از طریق مهر و ارث و نفقه عایدش می‌گردد.

ب. آیات وجوب پرداخت اموال زنان

۱. مهر: «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» (نساء، آیه ۴)؛ به هنگام ازدواج، مهر زنان را که بخشی از سوی شما به آنان است، بپردازید.

«آتوا» فعل امر به معنای «اعطوا» است. در مخاطب آن دو احتمال است: یکی شوهران، دیگری اولیا. مرحوم طبرسی احتمال اول را با ظاهر آیه موافق دانسته است. «صدقات» جمع «صدقه» به معنای مهر و چیزی که زوج به هنگام ازدواج، برای همسرش پیشکش می‌کند. اضافه آن به ضمیر «هن» دلیل بر اختصاص و مالکیت زن نسبت به صداق است. آیه (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ) خطاب به هر کدام از دو گروه پیش گفته باشد، بر وجوب پرداخت مهریه به زنان دلالت دارد؛ بنابراین، بر اولیا یا شوهران واجب است که مهریه زنان را در اختیارشان بگذارند. این خطاب علاوه بر اثبات استحقاق زن نسبت به مهر، استقلال او در تصرف را نیز بیان می‌کند؛ زیرا لازمه وجوب پرداخت مهریه و قرار دادن آن در اختیار زن، جواز هرگونه تصرف در آن است.

«فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً» (نساء، ۲۴)؛ زنانی را که متعه

می‌کنید (به عقد موقت خود در می‌آورید) مهرشان را بدهید که بر شما واجب است. «أَجُور» جمع أجْر، در این آیه، عین یا منفعتی است که مرد در ازدواج موقت به زن می‌پردازد. اضافه «اجور» به «هنّ» دلیل بر اختصاص آن به زن و مالکیت وی نسبت بر مهر است. امر «آتوهُنّ» خطاب به مردانی است که قصد ازدواج موقت دارند؛ آنان را موظف کرده که مال یا منفعتی که برای زن منظور می‌کنند به وی بپردازند. امر به پرداخت اموال زنان به خودشان، مستلزم جواز تصرف آن‌ها در آن است؛ بنابراین، امر در این آیه نیز علاوه بر اثبات مالکیت زن بر مهر، استقلال وی در اداره آن را نیز اثبات می‌کند.

۲. مزد شیر: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» (طلاق، ۶)؛ پس اگر زنان برای شما به فرزند شیر می‌دهند دستمزد آن‌ها را بدهید. استدلال به این آیه نیز همچون آیات سابق است؛ به این بیان که امر به پرداخت دستمزد شیر به زنان، علاوه بر اصل مالکیت زن نسبت به آن مال، بر استقلال وی در اداره آن نیز دلالت دارد. (رسولی، ۱۳۷۶، ص ۱۵۶)

ج. آیات دال بر جواز تصرف

۱. هبه: «فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْنًا مَرِيئًا» (نساء، آیه ۴)؛ اگر آنان چیزی از آن (مهر) را با رضایت خاطر به شما ببخشند، حلال و گوارا مصرف کنید. جمله «طَبَنَ عَنْ شَيْءٍ نَفْسًا» به معنای بخشیدن چیزی با رضایت خاطر است. آیه شریفه در آغاز، به مردان دستور داده است که مهریه زنان را در اختیارشان بگذارید. معنای این جمله آن است که مهر ملک زنان است و مردان نباید آن را نزد خود نگه دارند و نمی‌توانند در آن تصرف کنند. اکنون خطاب به شوهران می‌فرماید: اگر زنان با رضایت خاطر مقداری از مهر را به شما ببخشند، مجازید در آن تصرف کنید.

جمله «فَكُلُوهُ هَنَيْنًا مَرِيئًا» جواب شرط است. امر «كُلُوا» خطاب به شوهران است و بر جواز تصرف آنان در اموالی که بدان‌ها هبه شده دلالت دارد. مجاز شمردن تصرف شوهران در این مال موهوب از سوی خداوند، خود دلیل بر مشروعیت بخشش‌های زن از اموال خود است؛ زیرا اگر این‌گونه تصرف برای زن مجاز نبود،

اموال زن از نظر شرعی به شوهر منتقل نمی‌گردید و در نتیجه، به شوهر اجازه تصرف در آن داده نمی‌شد؛ بنابراین، از آیه فهمیده می‌شود که «هبه» که نوع خاصی از نقل و انتقال و تصرف در اموال است، برای زن جایز می‌باشد. زن می‌تواند بخشی از اموال خود را به شوهر ببخشد.

۲. صلح: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء، آیه ۱۲۸)؛ و اگر زنی از طغیان و سرکشی یا اعراض شوهرش بیم داشته باشد، مانعی ندارد با هم صلح کنند و صلح بهتر است. ابوبصیر می‌گوید: از امام صادق^(ع) درباره این آیه پرسیدم: امام فرمود: درباره مردی است که همسر خود را دوست ندارد و تصمیم گرفته است او را طلاق دهد. زن که به طلاق و جدایی راضی نیست، به وی می‌گوید: مرا به همسری نگاه دار، من نیز از حقوقی که بر گردن تو دارم می‌گذرم و از مال خود به تو می‌دهم و تو را نسبت به حقی که در روز و شب بر تو دارم، حلال می‌کنم.

همچنین از امام صادق^(ع) نقل شده است: این آیه مربوط به موردی است که مردی از همسر خویش خوشنود نیست و می‌خواهد او را طلاق دهد، زن نیز از جدایی و طلاق ناخرسند است. وی در برابر عدم طلاق، بعضی از حقوقش مثل قسم و نفقه را با شوهر مصالحه می‌کند. این صلح جایز است (محقق، ۱۳۸۸، ص ۷۶).

بنابراین، آیه در ارتباط با نشوز مرد است. قرآن در موردی که مرد ناشز شده و حاضر به ادامه زندگی نیست، راهکار مصالحه را پیشنهاد کرده است. بر اساس این آیه، زن می‌تواند در چنین موردی برای جلب توجه مرد و دل‌گرم کردن وی، برای ادامه زندگی و حفظ کانون خانواده، بخشی از حقوق مالی یا غیر مالی خود را، مثل حق نفقه و قسم با مرد مصالحه کند. در نتیجه، این آیه نیز نوع دیگری از تصرف در اموال را که به آن «صلح» گفته می‌شود، به زن اجازه داده است.

۳. عفو: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَنَّ» (بقره، آیه ۲۳۷)؛ و اگر زنان را پیش از آمیزش طلاق دهید، در حالی که مهری برای آنان تعیین کرده‌اید، نصف آنچه را تعیین کرده‌اید (به آن‌ها

بدهید) مگر آنکه آن‌ها (حق خود را) ببخشند.

شرح مفردات: «يَعْفُونَ» از ریشه «عفو» است. برای این واژه، معانی متعددی مثل درگذشتن از گناه و ترک عقاب، حلال‌ترین مال، گذشت، بخشش و معروف ذکر شده که در اینجا به معنای «گذشتن از مال» است. این کلمه میان دو صیغه جمع مذکر (صیغه سوم) و جمع مؤنث (صیغه ششم) مشترک است؛ اما مراد از آن در این آیه، به قرینه سیاق و روایتی که در تفسیر آن وارد شده، جمع مؤنث و فاعل آن زنان مطلقه است.

«فَنِصْفُ» جواب شرط است. تقدیر آن «فعلیکم نصفُ» یا «فلهنَّ نصفُ ما قدرتم» است؛ یعنی نصف مهر بر عهده شما واجب، یا نصف مهر را زن مالک می‌شود.

جمله «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ» استثنائیه و مورد عفوزن را از وجوب پرداخت نصف مهر استثنا کرده است.

آیه خطاب به مردان می‌فرماید: اگر همسری اختیار و برای وی مهری تعیین کردید و پیش از عروسی او را طلاق دادید، بر شما واجب است نیمی از مهری را که معین کرده‌اید به وی بپردازید، مگر آنکه زن از آن مال درگذرد و به شما ببخشد که در این صورت، پرداخت آن نصف بر شما واجب نخواهد بود. این آیه، عفوزن نسبت به نصف مهر را مشروع دانسته است؛ زیرا اگر زن از نظر شرعی مجاز به عفو از مال خود نبود و نمی‌توانست شوهر را از وجوب پرداخت مهر عفو کند حالت عفوزن از سایر حالات استثنا نمی‌شد. در نتیجه، در این آیه خداوند متعال زن را صاحب اختیار مال خود قرار داده است و به او اجازه داده که از مهر صرف‌نظر کند. (طوسی ۱۴۰۹، ص ۲۳۴)

۴. فدیة: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» (بقره، آیه ۲۲۹)؛ اگر بترسید که حدود الهی را رعایت نکنند مانعی برای آنان نیست که زن فدیة و عوضی بپردازد (و طلاق بگیرد).

آیه در ارتباط با طلاق «خُلْع» نازل شده و «افتدت به» کنایه از خُلْع است.

«افتدی» از ریشه «فدیه» و «فداء» است. «فدیه» عبارت است از: مال یا چیزی که به جای چیز دیگر قرار داده شود تا ضرری را از شیء دوم برطرف کند و بلاگردان آن شود؛ مثلاً، به مالی که برای آزادسازی اسیر پرداخت می‌شود، «فدیه» می‌گویند. مقصود از «افتداء» در این آیه، عوضی است که زن به شوهر می‌پردازد تا از وی طلاق گرفته، خود را از بند زوجیت او آزاد کند.

در آغاز این آیه آمده است: «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا» (بقره، آیه ۲۲۹)؛ برای شما حلال نیست که چیزی از آنچه را به آن‌ها داده‌اید پس بگیرید. سبب آن نیز واضح است؛ زیرا آنچه به عنوان مهر پیشکش می‌شود، به زن اختصاص یافته، ملک او می‌شود و کسی نمی‌تواند در ملک دیگری بدون اجازه و رضایت مالک، تصرف کند. سپس بیان داشته است: «إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» (بقره، آیه ۲۲۹)؛ مگر اینکه دو همسر بترسند که حدود الهی را برپا ندارند. در این مورد، به زن اجازه داده شده است که برای رهایی خود از پیمان زناشویی، بخشی از اموال خود را به شوهر بدهد و به مرد نیز اجازه داده شده است که در این مال تصرف کند؛ بنابراین، در این آیه نیز خداوند به زن اجازه داده است که در مال تصرف کند و از آن در راه خروج از پیمان زوجیت استفاده کند.

د. وصیت: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يَوْصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينَ» (نساء، آیه ۲۲)؛ و برای شما نصف میراث زنانان است، اگر آن‌ها فرزندی نداشته باشند؛ و اگر فرزندی داشته باشند، یک چهارم از آن شماس، پس از انجام وصیتی که کرده‌اند و ادای دین آن‌ها. آیه سهم ارث شوهر از همسر خویش را، پس از اخراج بدهی‌های زن و پس از عمل به وصیت وی مقرر کرده است. معنای این سخن آن است که وصیت زن مشروع است و او هم می‌تواند مثل مرد نسبت به بخشی از اموال خود برای بعد از وفاتش تصمیم بگیرد؛ آن را به کسی منتقل کرده یا در راه خاصی مصرف کند.

۲-۳. عدم جواز تصرف در مال شخص مسلمان بدون رضایت او

این جمله دلالت بر یک قاعده عام دارد و آن، اینکه در اموال هیچ کس اعم از مرد

یا زن نمی‌توان بدون رضایت او تصرف کرد؛ بنابراین تا وقتی که تخصیصی وارد نشده است که به شوهر اجازه تصرف در اموال زن را بدهد، طبق این قاعده، مرد حق هیچ گونه دخالتی در اموال زن را ندارد. همچنین اسلام با تشریع سهم الارث، مهر و نفقه و حق مطالبه اجرت در مقابل کارهای خانگی، بر استقلال اقتصادی زن نیز تأکید کرده و مردان را موظف به رسمیت شناختن این حقوق نموده است. در انواع مختلف حقوق، مالکیت و استقلال در تصرف اموال منقول و غیر منقول سایر شئون تابعه آن از تجارت، عطیه و بخشش، رهن، قرض، صلح، شرکت، مضاربه و سرمایه‌گذاری، حواله، کفالت، وقف، قوانین افلاس و محجوریت، اجاره، کشاورزی و مزارعه، باغداری، مساقات، ضمان، عاریه، وصیت و واگذاری اموال به اشخاص، شفعه، قراردادهای بازگانی و غیر آن، جعاله و احیای اموات، برای زنان و مردان تبعیضی وجود ندارد و آنان در این حقوق مساوی‌اند (ابن عابدین، ۱۲۷۵، ص ۶۴۳).

دین مقدس اسلام برای زنان تصرفات و حقوق گوناگون اقتصادی و مالی را قائل شده است؛ یعنی زنان می‌توانند مالی را به دست آورند و هم برایشان حق داده شده است که به‌عنوان مالک در آن تصرف کنند و یا آن را نگهدارند؛ البته این نکته نیز قابل ذکر است که زنان در همه شیئون اجتماعی و اقتصادی و سیاسی‌شان باید سه مورد ضروری را رعایت کنند: یکی حفظ حجاب اسلامی، دوم عدم اختلاط و خلوت با نامحارم و سوم اذن خروج از خانه که در ذیل آن را به بررسی می‌گیریم:

۲-۴. زنان و حق اشتغال

هرگاه به قرآن کریم و احادیث نبوی^(ص) رجوع شود، به روشنی واضح می‌گردد که اسلام با صراحت برای زنان حق مالکیت قائل شده است و برای آنان به‌عنوان یک انسان مستقل حق داده است که مانند مرد تصرف مالکانه داشته و معاملات تجارتي انجام دهد. قرآن کریم در این زمینه می‌فرماید: «وَلَا تَمْنُنَّ مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ وَسَأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا» (نساء، آیه ۳۴)؛ زنهار آنچه را خداوند به (سبب) آن بعضی از شما را بر بعضی (دیگر) برتری داده آرزو نکنید. برای مردان از آنچه (به

اختیار) کسب کرده‌اند بهره‌ای است و برای زنان (نیز) از آنچه (به اختیار) کسب کرده‌اند بهره‌ای است و از فضل خدا درخواست کنید که خدا به هر چیزی داناست. این آیه شریفه مؤید حق یکسان و مساوی زنان برای جستجو و کسب و کار و درآمد آنان است. به اساس شریعت اسلامی شوهر بدون اذن (اجازه) زن در مال و ملکیت او تصاحب مالکانه نمی‌تواند، یعنی آن را نه فروخته، نه هبه و نه کدام تصرف دیگر می‌تواند. با وجود آنکه شواهد اساسی در قرآن و احادیث، زنان را از لحاظ مالکیت دارای حقوق مساوی با مردان می‌دانند، بعضی عنعنات خلاف شریعت اسلامی در افغانستان گرایش به ممانعت از این حق زنان دارند. در کشور ما افغانستان زنان قانوناً از حق مالکیت محروم نشده‌اند و هیچ نوع محدودیت برایشان وضع نشده است، بلکه به این حق زنان توسط قانون احترام گردیده است. ولی عملاً زنان نتوانسته‌اند از این حق به صورت همه جانبه استفاده کنند (ابن عابدین، ۱۲۷۵، ص ۶۵۵)

الف) ادله جواز اشتغال زنان

به دنبال اثبات استقلال اقتصادی زن در اسلام و بررسی دیدگاه اسلام در زمینه اشتغال زنان و حضور آنان در اجتماع که بستر شکل‌گیری اشتغال آن‌ها می‌باشد، به ذکر برخی از آیات و روایات مربوط به آن می‌پردازیم که از آن‌ها می‌توان به جواز فعالیت‌های اقتصادی زنان و شرایط و ویژگی‌های آن پی برد (ابن عابدین، ۱۲۷۵، ص ۶۶۰).

ب) مشاغل خدماتی زنان

کارگشایی، نان‌پزی، نظافت و خدمات منزل که در زمره کارهای خدماتی عصر رسالت به شمار می‌رفت، برای زنان مجاز بوده‌اند. در خصوص کارگشایی، نصی از حضرت رسول^(ص) به دست نیامده، لیکن این معنا به خوبی از سیره یاران آن حضرت^(ص) فهمیده می‌شود.

نان‌پزی زنان از مشاغل رایج آن زمان بوده است. از گزارش ابن حجر (رح) بر می‌آید که این واژه (به معنای امروزی) در آن دوره متداول بوده است. او در این باره چنین نوشته است:

«وَكَانَتْ [فِضَّةُ النُّوبِيَّةِ] تُشَاطِرُهَا الْخِدْمَةُ فَعَلَّمَهَا رَسُولُ اللَّهِ (ص) دُعَاءَ تَدْعُو بِهِ فَقَالَتْ لَهَا أَتَعْجَنِينَ أَوْ تَخْبُزِينَ؟ فَقَالَتْ بَلْ أَعَجِنُ يَا سَيِّدَتِي وَاحْتَطِبْتُ فَذَهَبْتَ وَاحْتَطَبْتُ (ص) فِضَّةَ نُوْبِيَّةِ [كنیز فاطمه بوده است] به خدمت نان‌پزی سهم می‌گرفت. پیامبر (ص) دعایی به او می‌آموخت. پس حضرت فاطمه (س) به او گفت: آیا خمیر می‌کنی یا نان می‌پزی؟ فِضَّة جواب داد: ای بانوی من! بلکه خمیر می‌کنم و هیزم تهیه می‌نمایم. سپس (بیرون) رفت و هیزم جمع کرد.

جمله «تُشَاطِرُهَا الْخِدْمَةُ» با توجه به ریشه و معنای آن به چند صورت می‌تواند تفسیر شود:

الف. منظور، نان‌پزی و نانوائی باشد، بدان جهت که برای تهیه و پخت نان چند نفر دخالت دارند و هر یک شطری (بخشی) از کار را انجام می‌دهند، چنانکه فِضَّة، جمع‌آوری هیزم و خمیر کردن را پذیرفت و حضرت زهرا (س) نان پخت.

ب. منظور، حق‌العمل کاری باشد، یعنی آن زن، خدمت خود را به شرط دریافت بخشی از حاصل کار، انجام دهد. مشاطره یک عنوان حقوقی است که در فارسی به معنی حق‌العمل کاری است. این عنوان غیر از مضاربه، مزارعه و مساقات است.

ج. منظور از شطر، بخشی از زمان خدمت باشد؛ یعنی خدمت او نیمه بود یا در بخشی از زمان انجام می‌شد و به تعبیر امروزی، کار خدماتی او به صورت پاره وقت انجام می‌گردید. به هر حال، هرچه باشد خدمت نان‌پزی یکی از کارهای زنان صدر اسلام بوده است. خدمت زنان در مسجد که جزو اماکن عمومی و مقدس اسلامی محسوب می‌شود، از جمله کارهایی بوده که در عصر رسالت انجام می‌شده است (صاوی، ۱۳۸۸، ص ۴۸۵).

ابوهریره (رض) می‌گوید: «زن سیاه‌چهره‌ای مسجد پیامبر (ص) را تمیز می‌کرد. چندی گذشت و پیامبر او را ندید. از حال او جويا شد. یاران گفتند: وی از دنیا رفته است. پیامبر فرمود: چرا مثل همیشه از من اذن نگرفتید؟ (گویا یاران پیامبر (ص) مراسم کفن و دفن آن زن را کوچک شمرده و بدون اطلاع آن حضرت (ص) مراسم را بجا آورده و به خاک سپرده بودند.) سپس فرمود: مرا به قبر آن زن راهنمایی کنید. پس از آن، رسول

خدا^(ص) سر قبر او حاضر شد و نماز خواند.

به جز این زن (ام محجن)، زن یا زنان دیگری نیز به نظافت مسجد مشغول بوده‌اند و حضرت رسول علاوه بر آن که آنها را منع نکرده، به آنان اظهار محبت نیز کرده است. علاوه بر این، روایات فراوانی در خصوص خدمت زنان به خانواده‌ها در دست است. در این روایات خصوصیات کنیزکان، شیوه برخورد با آنان، موضوع محرومیت و مسائل متفرقه دیگری مطرح شده است (صاوی، ۱۳۸۸، ص ۳۸۸).
خدمتکاری زنان شوهردار و زنان آزاده نیز در آن زمان معمول بوده است. نمونه روشن این موضوع، اسماء بنت عمیس و ام ایمن هستند که در خانه حضرت زهرا^(ص) خدمت می‌کرده‌اند.

ج) کارهای اداری بازار

شفا، زنی که از بیعت کنندگان نخست و از مهاجران بوده، در ردیف زیرکترین زنان صحابی قرار داشته است. ابن حجر در باره او می‌نویسد:
«كَانَتْ مِنْ عُمَّالِ النِّسَاءِ وَفُضِّلَتْ لِهِنَّ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) يَزُورُهَا وَيَقِيلُ عِنْدَهَا فِي بَيْتِهَا... كَانَ عُمَرُ يَقْدُمُهَا فِي الرَّأْيِ وَيَرْعَاهَا وَيَفْضُلُهَا وَرُبَّمَا وَلَاهَا شَيْئًا مِنْ أَمْرِ السُّوقِ»؛ وی از زنان عاقل و فاضل بود. حضرت پیامبر^(ص) به دیدن او می‌رفت و عمر **(رضی الله عنه)** او را در نظرخواهی مقدم و محترم می‌داشت و بر دیگران ترجیح می‌داد و چه‌بسا چیزی از کار بازار را به او واگذاشته بود. غیر از خانم شفا که از نخبگان یاران پیامبر^(ص) بوده و به دستور آن حضرت^(ص) به عایشه^(رض) و فضه، علم طب و خط آموخته است، نام زن دیگری به اسم «سَمْرَا بِنْتُ نَهْيَك» مطرح است که در کار بازار، متصدی پست «احتساب» بوده است.

۳. حقوق مالی زنان از نظر قوانین افغانستان

با توجه به این که در اسلام حق کار از زنان گرفته نشده است، قوانین افغانستان که مبتنی بر آن است زنان را از کار منع نکرده است؛ یعنی در قوانین افغانستان هم حق کار برای زنان داده شده است. چنانچه در قانون اساسی افغانستان آمده است: «کار، حق هر افغان است» (قانون اساسی افغانستان، ماده ۴۸).

در این حکم افغان را به مرد بودن قید نکرده است، بلکه مطلق گفته که هر افغان حق کار دارد؛ اعم از این که مرد باشد یا زن. در ماده دیگر نیز تلویحاً همین معنا و همین حکم را تأیید کرده و در باب استخدام افراد کشور می‌گوید:

«اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچ‌گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته می‌شوند» (قانون اساسی افغانستان، ماده ۵۰).

این که استخدام اتباع (به صراحت همین قانون اساسی شامل زنان نیز می‌شود) را در ادارات دولتی نه تنها به شرطی از شروط قید نکرده بلکه تصریح کرده که افراد (اعم از زن و مرد) بدون هیچ‌گونه تبعیض (به شمول تبعیض جنسیتی) می‌توانند در ادارات و کارهای دولتی پذیرفته شوند، به صورت ضمنی به معنای آن است که زنان نیز حق دارند کار کنند؛ اما در چوکات و محدوده‌ای که شریعت اسلامی و عرف پسندیده افغانی آن را علامت صحت می‌گذارد.

۴. حقوق مالی زنان در زمان انعقاد عقد ازدواج

با توجه به اینکه افغانستان کشور اسلامی است و قوانین آن متأثر از نظام اسلامی می‌باشد؛ در مورد حقوق اقتصادی زنان قانون مدنی افغانستان عیناً مواردی را که در قرآن کریم بیان شده‌اند، تذکر داده و حدود آن را معین کرده است؛ علاوه بر آن، قانون اساسی افغانستان و سایر اسناد حقوقی افغانستان نیز چوکات کلی را برای تضمین دسترسی زنان به اقتصاد ارائه می‌کند.

رابطه زوجیت به اثر ازدواج یا عقد نکاح، برای طرفین عقد یک سلسله وجایی را برای طرفین ایجاد می‌نماید که هریک مکلف به رعایت آن می‌باشد؛ این وجایب سه قسم است:

۱. موضوع حقوق و وجایب مشترک زوجین؛

۲. وجایب شوهر در برابر زن؛

۳. وجایب زن در برابر شوهر.

وجایب مشترک زوجین در برابر یکدیگر شامل حسن معاشرت زوجین نسبت به

یکدیگر می‌باشد؛ یعنی لازم است تا در اثر ازدواج چنان علایقی بین زن و شوهر ایجاد شود که آن‌ها در محیط گرم خانوادگی زندگی خوش، آرام و با سعادت را سپری نمایند. بر این اساس، ایجاب می‌نماید تا در برابر همدیگر از اخلاق نیک و خوش رفتاری کار بگیرند، صبر و گذشت داشته باشند از هر نوع بد رفتاری، ناسزاگویی و برهم زدن رابطه نیک زناشویی اجتناب کنند. از آنجایی که اساس اجتماع را خانواده تشکیل می‌هد، بر زن و شوهر لازم است در تحکیم و استواری بنیاد خانواده بکوشند، با همفکری و اخلاق نیک رابطه خانواده را مستحکم نمایند، با ابراز عشق و علاقه به یکدیگر نگهبان بقای خانواده شوند و با تربیت اولاد سالم در محیط مساعد، سهم خود را در تشکیل خانواده و اجتماع به نحو احسن ادا نمایند.

زن باید در امور زوجیت اطاعت کند، احترام شوهر خود را نگهدارد، در مقابل شوهر خوش رفتار و خوش خلق بوده و آرامش روحی و اطمینان قلبی او را فراهم آورد تا زندگی شیرین و گوارا گردد. مال، آبرو و حیثیت شوهر را در حضور و غیابش نگهدارد و در خروج از منزل با شوهر هماهنگ باشد و زمینه تربیت سالم فرزندان را به وجود بیاورد.

شوهر مکلف است تا در رابطه با خانم خود حسن معاشرت، اخلاق نیکو و صمیمیت پیشه کند، از تندخویی و خشونت بپرهیزد؛ چنانکه پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: «کامل‌ترین شما آن‌هایی هستند که با همسرانشان خوش خلق باشند». همچنین زن، یک سلسله حقوق مادی بالای شوهر دارد که شامل مهر، خوراک، پوشاک، مسکن، تداوی مناسب و رفع حوائج مادی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۷۸) که در ذیل توضیح داده می‌شود:

مهر

مهر در لغت کلمه عربی است که در فارسی آن را کابین می‌گویند. مترادف آن در عربی صدق، نحلّه، فریضه و اجر می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۳).

در اصطلاح، مالی است که به مناسبت عقد نکاح از طرف شوهر به ملکیت زن درآمده و شوهر ملزم به پرداخت آن می‌باشد. آیه چهارم سوره نساء می‌فرماید: «

وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» (نساء، آیه ۴)؛ یعنی مهر زنان تان را به عنوان بخشش به آن‌ها بپردازید. نقل است که آن حضرت (ص) هیچ نکاح را منعقد نساختند که بدون مهر باشد حتی احادیث متعددی در زمینه نقل شده که حاکی از تعیین مهر برای زن حین عقد ازدواج است.

مهر حق مسلم زن است و مرد با طیب خاطر آن را به وی پرداخت نماید و زن عاقل و بالغ حق هر گونه دخل و تصرف را در مهریه خود دارد (تریز، ۱۳۸۱، ص ۱۶۷). حداقل مهر ثابت نیست و مربوط به رضایت طرفین است. البته در این مورد بایستی قدرت و توان مالی زوج در نظر گرفته شود؛ زیرا مهر حق ثابت زن و قابل پرداخت از طرف مرد بوده و حکم دین را به ذمه شوهر دارد، بناءً طوری باید تعیین گردد که مرد از توان پرداخت آن را داشته باشد، ولی در رابطه به حداقل آن به نظر فقهای حنفی از ده درهم شرعی کمتر بوده نمی تواند.

انواع مهر

الف) مهر مسمی

اگر طرفین ازدواج در هنگام عقد ازدواج با توافق همدیگر نوع مهر و مقدار آن را ذکر نمایند، یا این که موافقت شود تا طرفین بعد از عقد ازدواج اندازه آن را تعیین نمایند، آن را مهر مسمی می نامند. مهر در صورت اكمال شرایط ذیل مهر مسمی نامیده می شود:

- ۱- عقد ازدواج صحیح انجام شده باشد و در آن فشار نباشد.
- ۲- اندازه مهر معلوم و معین بوده و در آن شبه و ابهام موجود نباشد.
- ۳- مالی که در مهر، مسمی شده شرعاً قابل تقویم باشد یا این که اگر منعفت است این منفعت به مال تقویم باشد.

مال و منفعت به صورت تنهایی یا یکجایی به عنوان مهر مسمی تعیین شده می تواند. در صورتی که مهر مسمی شد، زوج می تواند آن را زیادت نماید، مشروط بر این که دارای اهلیت حقوقی بوده و اندازه زیادت را مستحق بوده و زوجه این هبه را

قبول نماید. همچنان زوجه می تواند قسماً یا کلاً این مهر را که حق منحصر به فرد وی است به شوهر خود هبه نماید. در این صورت نیز لازم است تا زوجه اهلیت حقوقی داشته و زوج این هبه را قبول نماید.

ب) مهر مثل

مهر مثل، عبارت از مهری است که اندازه آن در زمان عقد یا بعد از آن، به رضایت و از طرف خود آن ها تسمیه نشده باشد. در این صورت مهر زن دیگری که مانند همین زوجه باشد، اساس قرار داده شده و شوهر به پرداخت آن مکلف می شود. در تعیین مهر مثل موجودیت و مماثلت در صفات شرط دانسته شده اند و این صفات شامل دین داری، زیبایی، فهم و دانش، باکره بودن، بیوه گی و غیره است. برای پیدا نمودن زوجه نظیر آن زوجه، لازم است تا در قدم نخست به خانواده پدری مانند خواهر، خاله، دختر کاکا وی مراجعه شود اگر دریافت نشد، خانواده دیگری که شبیه خانواده پدرش باشد جست و جو گردد.

مهر مثل در حالات آتی واجب می گردد:

۱ - در صورتی که طرفین اندازه مهر را قبل از عقد یا بعد از آن معین و مشخص نساخته باشد.

۲ - هرگاه در عقد ازدواج طرفین به عدم مهر توافق نماید.

۳ - زمانی که مهر تسمیه شده ولی این تسمیه فاسد باشد؛ به عبارت دیگر مهر از جمله اشیای باشد که زوج شرعاً صلاحیت آن را نداشته باشد.

۴ - هرگاه عقد فاسد باشد و عمل مباشرت جنسی صورت گرفته باشد.

۵ - درحالی که زوج در مرض موت به زوجه بیش از اندازه معین مهر مثل را در عقد ازدواج تعیین نماید.

۶ - در صورتی که اندازه مهر مسمی مورد اختلاف باشد و شهود هم وجود نداشته باشد.

مطابق ماده ۹۹ قانون مدنی افغانستان، زوجه مستحق مهر مسمی می باشد، اگر مهر حین عقد تعیین نشده و یا نفی آن به عمل آمده باشد مهر مثل لازم می گردد.

مطابق ماده ۱۰۵ قانون مدنی افغانستان اگر درضمن عقد از مهر ذکرى به میان

آمده و بعد از عقد، شوهر قبل از این که با زنش نزدیکی نماید، او را طلاق دهد، باید نصف مهری را که در عقد تعیین شده است (مهر مسمی)، به زن، بدهد. ولی اگر در عقد، مهری معین نشده و شوهر قبل از نزدیکی زنش را طلاق بدهد نصف مهر مثل لازم می‌گردد:

ج) مهر متعه

اگر در ضمن عقد نکاح از مهر ذکرى به میان نیاید و بعد از عقد، نزدیکی واقع نشده باشد ولی در عین حال، مرد همسرش را طلاق بدهد، در این صورت باید به او مهر متعه بدهد.

چنانکه قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۰۷ خود چنین صراحت دارد: «هرگاه تفریق بین زوجین قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، برای زوجه متعه‌ای که عبارت از البسه معمول و امثال وی می‌باشد، واجب می‌گردد. در تعیین متعه توان مالی زوج در نظر گرفته شده و به هیچ صورت قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نمی‌کند».

ماده ۱۰۸ قانون مدنی افغانستان در موضوع طلاق قبل از دخول برخلاف تفریق، قبل از دخول مهر متعه را واجب نمی‌داند و ادای آن را جایز می‌داند؛ یعنی شوهر اختیار دارد می‌تواند آن را بدهد و می‌تواند آن را ندهد؛ چنانکه در این ماده آمده است:

۱- هرگاه طلاق قبل از دخول واقع گردیده و مهر مسمی باشد و یا زوج وفات نماید، متعه برای زوجه واجب نمی‌گردد.

۲- در صورتی که طلاق بعد از دخول واقع گردد خواه مهر مسمی باشد یا نه ادای امتعه بالای زوجه جواز دارد.

د) مهر مؤجل و مهر معجل

بعد از انعقاد عقد ازدواج، مهر لازم گردیده و شوهر مکلف است آن را به خانم خود بپردازد؛ زیرا مهر مانند دین بر ذمه مرد قرار داده شده که ادای آن بر زوج واجب است. زوجه تا زمانی که مهر خود را دریافت نکرده است، می‌تواند از تمکین و وظایف همسری امتناع نماید و با استفاده از آن حق، زن ناشزه به حساب نیامده و حق نفقه

اوساقط نمی‌شود؛ البته این در صورتی است که مهر معجل باشد؛ یعنی بدون مدت باشد اما در صورتی که مهر مؤجل باشد، چنین حقی ندارد. ولی هرگاه زوج چنین مهر را بپردازد، زن به تمکین در برابر وی مکلف دانسته شده است و در صورتی که اعراض نماید، ناشزه پنداشته می‌شود.

از آنجایی که ادای دین موقوف به طلب زوجه است، هرگاه طرفین توافق نمایند مرد به پرداخت تمام مهر معجل مکلف دانسته نشده و اگر زوجه موافقه نماید قسمتی از مهر را به طور معجل اخذ و متباقی را طی مهلت زمانی به تاجیل بگیرد و در صورتی که به پرداخت مهر به صورت معجل اختلافی بروز نماید، به عرف مراجعه می‌گردد. اگر عرفی در زمینه موجود نباشد مرد مکلف به تعجیل در پرداخت مهر دانسته می‌شود.

تعیین مهر به رضایت طرفین بوده و مهر حق زن است، زیرا زن می‌تواند اختیار تعیین آن را به شوهر خود تفویض نماید. هرگاه این اختیار به شوهر گذاشته شود و وی مهر زن را تسمیه نکرده باشد، زن حق دارد بعد از عقد ازدواج و قبل از دخول از شوهر مهر خود را تقاضا نماید و شوهر مکلف است آن را معین نماید. در صورت امتناع زوج، زن حق دارد به محکمه رجوع کند تا برای وی مهر مثل تعیین گردد.

مطابق صراحت ماده ۱۱۳ قانون مدنی کشور، مهر شرعاً حق زن است و هیچ کس به شمول پدر که ولی دختر خویش است نمی‌تواند مهر دختر خود را قسماً و یا کلاً هبه نماید و از آن درگذرد.

مطابق صراحت ماده ۱۱۴ قانون مدنی، هیچ کس به شمول شوهر، زن را مجبور ساخته نمی‌تواند تا از مهر خود منصرف شده و یا آن را قسماً یا کلاً واگذار نماید. به مجرد عقد، زن مالک همه مهر می‌شود و می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بنماید. ولی این مالکیت متزلزل است و پس از آمیزش جنسی، وفات یکی از زوجین و عوامل دیگر مستقر و ثابت می‌شود. ماده ۹۸ قانون مدنی افغانستان، خلوت صحیحه را نیز در حکم دخول دانسته و به اسباب استقرار مهر اضافه کرده است: «کل مهر با و طی، خلوت صحیحه یا وفات یکی از زوجین گرچه قبل از دخول یا خلوت صحیحه

صورت گرفته باشد، لازم می‌گردد». مطابق صراحت ماده ۱۱۰ قانون مدنی افغانستان مهر ملکیت زوجه محسوب می‌گردد، زوجه می‌تواند در مهر خود هر نوع تصرف مالکانه نماید.

چیزی که در حین عقد ازدواج به عنوان مهر تعیین می‌گردد باید ارزش مالی داشته باشد. همچنان قابل تملک باشد (مانند موقوفات و اموال غصبی نباشد) و می‌تواند علاوه بر حقوق مالی، کار و نیروی انسانی مانند آموزش علمی از علوم برای زوجه باشد.

ماده ۱۰۲ قانون مدنی افغانستان، تزئید مهر بعد از عقد را چنین توضیح می‌نماید: زوج می‌تواند مقدار مهر را بعد از عقد تزئید نماید در این حالت زیادت مهر تابع شرایط ذیل می‌باشد:

۱- مقدار زیادت مهر معلوم باشد.

۲- زوجه یا ولی او این زیادت را قبول نماید.

۳- رابطه زوجیت باقی باشد.

اما در عرف اجتماعی افغانستان، موضوع مهر از چهارچوب شرعی و قانونی خودش فاصله گرفته و تا حد زیادی، تابع مقررات و سنن عرفی، آداب و رسوم اجتماعی کشور گردیده است. زنان کشور و بسیاری از مردان تصور روشنی از مفهوم مهر ندارند. در نتیجه اکثریت مطلق زنان از مقدار و هدف مهر خودشان اطلاع ندارند، زیرا در جریان تعیین مهر در هنگام عقد ازدواج مانند اصل عقد ازدواج خواست آن‌ها در نظر گرفته نشده و یا تاثیری نداشته و در تصمیم‌گیری‌های بزرگان فامیل شریک نبوده‌اند. مهم‌تر از آن این‌که در عرف اجتماعی افغانستان، مالکیت زن بر مهر به رسمیت شناخته نمی‌شود و کمتر زنی جرئت می‌کند تا دعوی مطالبه مهر را علیه شوهرش در محکمه طرح نماید و چه بسا به جای مهر چیزهای به نام (گله، طویانه، شیربها) و غیره از پدر داماد گرفته شده و به ملکیت پدر دختر افزوده می‌گردد و دیگر از مهر به عنوان ضمانت مالی و اجرای پیوند زوجیت زندگی و آینده زن اثری باقی نمی‌ماند.

۲- نفقه

نفقه عبارت از مصارفی است که جهت تأمین معیشت زوجه، هزینه خانواده و مخارج شخصی زن، توسط شوهر، صورت می‌گیرد و بعد از عقد ازدواج بر او واجب می‌گردد.

نفقه از امور ذیل تشکیل می‌شود:

الف) مسکن: در صورت تعدد زوجات هر زن حق دارد مسکن جداگانه بخواهد.

ب) غذا

ج) لباس: لباس تجمل هم اگر متعارف باشد جزء نفقه است.

د) اثاث خانه

هـ) خادم: در صورتی که زن در منزل پدرش خادم داشته باشد و یا به واسطه مرض یا نقص عضو بدون خادم نتواند بگذراند.

و) مواد سوخت و حرارت: اگر در منزل پدرش وسایل مدرن سوخت و گرما استفاده می‌شده باید همان وسایل را برای او تهیه کند.

ز) مصرف حمام و نظافت.

ح) مصرف معالجه در ناخوشی‌ها.

ط) مصرف تجهیز میت.

نفقه جهت رفع مایحتاج زندگی همسر، از قبیل غذا، مسکن، فرش، اثاث خانه، امور تداوی و سایر ضروریات زندگی که در عرف رایج می‌باشد، تأدیه می‌شود. ماده (۱۱۸) قانون مدنی چنین صراحت دارد: «نفقه زوجه مشتمل است بر طعام، لباس، مسکن و تداوی متناسب به توان مالی زوج».

بعد از انعقاد عقد، یکی از الزامات عقد ازدواج این است که نفقه زن بر مرد واجب می‌شود و زن متقابلاً مستحق نفقه و مخارج زندگی شخصی می‌گردد، به شرط این که ازدواج آن‌ها در اثر عقد نکاح صحیح صورت گرفته باشد و یا زوجه بدون موجب از رفتن به مسکن شوهر امتناع نکرده باشد. در صورتی که ازدواج با عقد نکاح باطل و یا فاسد صورت گرفته باشد و یا زوجه بدون موجب از رفتن به مسکن شوهر ابراء ورزد،

تأمین نفقه بر شوهر واجب نمی‌گردد (قانون مدنی، ماده ۱۱۷).

شرایطی که نفقه زن بر مرد واجب می‌گردد:

- ۱- زن به زندگی زناشویی اطاعت داشته و مرد بتواند از وی بهره‌مند شود.
- ۲- شوهر فاقد صلاحیت معاشرت جنسی باشد؛ خواه به دلیل عدم بلوغ، صغارت یا مصاب بودن به مرض جنسی.
- ۳- نفقه زن به خاطر مسافرت برای انجام وجایب شرعی و یا برای معالجه و حتی در سفرهای مباح ساقط نمی‌شود.
- ۴- نفقه زوجه به نفقه سایر افراد مقدم است (اولاد، پدر، مادر و غیره).
- ۵- هرگاه زوج محبوس باشد و پول و دارایی داشته باشد، نفقه زن از آن تأمین می‌گردد و در صورتی که مرد توان ادای آن را نداشته بازهم نفقه زوجه از مرد ساقط نمی‌شود (قانون مدنی، ماده ۲۱۰).
- ۶- اگر زوج غایب گردد، نفقه زوجه از اموال زوج تأمین می‌گردد و اگر مالی نداشته باشد، نفقه زوجه از دیونی که شوهر بالای دیگران دارد، تأمین می‌گردد. در غیر آن نفقه به شکل دین بالای شوهر باقی می‌ماند (قانون مدنی، ماده ۱۲۱).
- ۷- در صورتی که زوج مکلف به ادای نفقه بوده و از ادای آن ابا ورزد و مرد توان ادای آن را نداشته باشد و موضوع به شکایت بینجامد، محکمه صلاحیت دارد که شوهر را به ادای نفقه مکلف گرداند (قانون مدنی، ماده ۹۱۱) و اگر شوهر از ادای نفقه که قاضی حکم نموده خود دارای نماید، قاضی می‌تواند قسمتی از دارایی وی را به فروش رسانیده و با تعیین اندازه نفقه، روزانه یا ماهوار آن را به اختیار زن بگذارد.
- ۸- در صورت عدم پرداخت نفقه، تمام نفقه پرداخت نشده ایام گذشته، به صورت دین به ذمه شوهر قرار می‌گیرد و مانند سایر دیون جز به ادا یا ابرا ساقط نمی‌شود.
- ۹- زیادی و کمی نفقه تابع توان مالی زوج و یا تغییر قیمت اشیا در محل می‌باشد (قانون مدنی، ماده ۲۲۱).
- ۱۰- نفقه مطابق توان مالی زوج تأمین می‌گردد، ولی از حد کفاف زوجه کمتر نباشد (قانون مدنی، ماده ۳۲۱).

۱۱- مطلقه از تاریخ طلاق تا تاریخ ختم عده، مستحق نفقه می‌گردد (قانون مدنی، ماده ۶۲۱).

حالاتی که نفقه زن ساقط می‌شود:

- ۱- در صورتی که عقد ازدواج فاسد یا باطل باشد.
 - ۲- مطابق صراحت مواد (۹ و ۱۹) قانون مدنی افغانستان موضوع نفقه از جمله آثار نکاح صحیح و نافذ پنداشته می‌شود؛ در غیر آن هیچ یک از آثار ازدواج صحیح بر ازدواج باطل مرتب نمی‌گردد و لو آن که دخول صورت گرفته باشد.
 - ۳- زوجه به امور زوجیت اطاعت نداشته باشد (قانون مدنی، ماده ۲۲۱، جزء ۲).
 - ۴- زوجه بدون اجازه زوج یا به غیر مقاصد جایز از مسکن خارج گردد (قانون مدنی، ماده ۲۲۱، جزء ۱).
 - ۵- مانعی برای انتقال زوجه به مسکن زوج باشد (قانون مدنی، ماده ۲۲۱، جزء ۳) مثلاً کسی زن را جبراً ببرد و بدین وسیله فاصله بین زوجین ایجاد شود؛ زیرا شوهر بدون این که در این مورد دخالت داشته باشد از تمتع زن محروم می‌گردد.
 - ۶- از رفتن به منزل شوهر بدون موجب امتناع نماید.
- نشوز زن خروج از اطاعت است. اگر زن در وظایف همسری اطاعت نکرد، چه در استمتاع جنسی و چه در رفتن بدون اجازه از منزل، ناشزه محسوب می‌گردد.
- البته اگر عذر شرعی داشته باشد؛ مانند این که حیض بوده یا روزه واجب داشته باشد و یا عمل واجبی داشته باشد ناشزه به حساب نمی‌آید. نشوز تنها در مورد زن نیست؛ اگر مرد هم از وظایف مقرر تخلف کرد، مثلاً از پرداخت نفقه استتکاف نمود، ناشزه محسوب می‌شود که در آن صورت محکمه با صلاحیت او را مکلف به ادای نفقه می‌نماید. (قانون مدنی، ماده ۱۱۹)

۳- مسکن

یکی از حقوق اولیه زن بر شوهر که از آثار حقوقی ازدواج شمرده می‌شود، مسکن است.

زوج مکلف است تا ضمن تأمین نفقه و مصارف زوجه برای رهایش زوجه منزلی را آماده کند که با شأن و منزلت زن و توان مالی مرد متناسب باشد.

خانه یا منزلی که برای زن تهیه می‌شود، باید دارای صفات زیر باشد:

۱- خانه باید شامل تمام چیزهای ضروری، مانند فرش، ظروف و اثاثیه و غیره باشد.

۲- خانه باید مستور باشد که شرف زوجه را محافظت کرده بتواند.

۳- خانه باید در میان مردم با شرف و عزت باشد که عفت و مال زوجه در بین آن‌ها مأمون باشد.

۴- اگر زوج از ادای مسکن زوجه استنکاف ورزید، وظیفه محاکم است که بنابه درخواست زن، کرایه مسکن مناسب را تعیین و زوج را به پرداخت آن وادار نماید. اگر خانه اوصاف ذکر شده را نداشت زوجه می‌تواند از رفتن به مسکن زوج امتناع ورزد.

چنانکه در فقره ۲ ماده ۱۱۷ قانون مدنی آمده است: زوجه وقتی حق دارد از رفتن به مسکن زوج امتناع ورزد که مسکن مناسب مطابق مواد (۱۱۵ و ۱۱۶) قانون مدنی افغانستان از طرف زوج تهیه نشده و یا مهر معجل وی تهیه نگردیده باشد.

در این رابطه ماده ۱۱۵ قانون مدنی افغانستان چنین صراحت دارد: «زوج مطابق توان مالی خود برای زوجه‌اش مسکن مناسب تهیه نماید». در این ماده، حق تعیین مسکن برای زن با معیار توان مالی شوهر، گنجانده شده است. همچنین ماده ۱۱۶ قانون مدنی افغانستان چنین صراحت دارد: «هرگاه زوج بیش از یک زوجه داشته باشد، نمی‌تواند بدون رضایت آن‌ها را در مسکن واحد، مجبور به رهایش گرداند». زن می‌تواند هنگام عقد ازدواج حق انتخاب مسکن را به دست بگیرد. به طور مثال، در ضمن عقد شرط کند که اختیار محل سکونت به دست زن باشد؛ یا مثلاً در ضمن عقد بگوید شرط ازدواج من با تو این است که سکونت ما در فلان شهر باشد. شوهر علاوه بر تأمین مخارج مالی، نفقه و تهیه مسکن زن در مورد تهیه لباس مناسب و در صورت مریضی به تداوی زوجه نیز مکلف می‌باشد.

۵. حقوق مالی زن بعد از انحلال عقد ازدواج در قوانین افغانستان

مهر المتعه

متعه یا مهرالمتعه، عبارت از پرداخت مالی به زوجه از سوی زوج، پس از انحلال عقد نکاح در فرض عدم تأدیه مهرالمسمی، مهرالمثل و مهرالسنه است. تبیین ماهیت حقوقی مهرالمتعه منوط به پاسخ دادن به چند پرسش است: ۱. مبنای فقهی مهرالمتعه چیست؟ ۲. میزان مهرالمتعه چقدر است؟ ۳. شرایط پرداخت مهرالمتعه چیست؟ ۴. پرداخت مهرالمتعه توصیه‌ای یا لازم است؟ ۵. در فرض اختلاف روی میزان مهرالمتعه رفع اختلاف چگونه خواهد بود؟

الف) مبنای فقهی حقوقی مهرالمتعه

مبنای مهرالمتعه، آیه شریفه ذیل است: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ»؛ باکی بر شما نیست اگر طلاق دهید زنانی را که با آنان مباشرت نکرده و مهری مقرر نداشته‌اید ولی آن‌ها را به چیزی بهره‌مند سازید، دارا به قدر خود و نادار به قدر خویش به بهره‌ای شایسته او، که این سزاوار مقام نیکوکاران است.» (بقره، آیه ۲۳۶).

برخی فقهای امامیه و حنفیه شرایط لازم برای پرداخت مهرالمتعه چنین بیان کرده‌اند:

الف) مهری در عقد نکاح ذکر نشده باشد و بعداً نیز زوجین آن را تعیین نکرده باشند.

ب) میان زوجین نزدیکی واقع نشده باشد.

ج) جدایی میان زوجین از طریق طلاق باشد؛ بنا براین اگر جدایی از طریق فوت، فسخ،

لعان و... باشد، چنین مهری بر ذمه زوج نخواهد بود (حسینی، ۱۹۳۱، ص ۳-۴).

شرایط مهرالمتعه در قوانین

مواردی که مهرالمتعه لازم است پرداخت شود، عبارت‌اند از:

الف: مهر حین عقد تعیین نشده و طلاق قبل از دخول از سوی زوج واقع گردد. در قانون

احوال شخصیه شعیان افغانستان، ماده یکصد و یازدهم، بند چهارم آمده است: هر گاه نکاح به سبب طلاق، ارتداد یا عنن مرد، قبل از دخول انحلال یابد، در صورت عدم تعیین مهر، زوجه مستحق مهرالمتعه است؛ برخی فقهای حنفی معتقدند، مهرالمتعه در دو موقعیت پرداخت می‌شود؛

ب: موردی که حق زوجه و تکلیف زوج می‌باشد و آن منحصر در مورد فوق است.

ج: موردی که فقه اسلامی فقط توصیه با تأدیه آن کرده و حقی ایجاد ننموده است و آن تمامی مواردی است که بعد از طلاق مستحق تمام یا حداقل نصف مهر نمی‌باشد. برخی دیگر می‌نویسد. «در دو نوع طلاق مهرالمتعه واجب است (حسینی، ۱۹۳۱، ص ۵).

د: طلاق قبل از دخول در عقدی که قبل و بعد از انعقاد آن مهر تعیین نشده یا آنچه تعیین شده باطل باشد. این مورد را همه فقها پذیرفته‌اند. اما مالک مهرالمتعه را در هیچ موردی واجب نمی‌داند و مهرالمتعه در مورد فوق را مستحب می‌داند. دلیل او این است که خداوند در آیه شریفه «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» (بقره، آیه ۶۳۲)، با تعبیر «حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» متقین و محسنین را امر به پرداخت مهرالمتعه کرده است، حکمی که واجب است، نباید خطاب به افراد خاصی باشد و نباید تفاوتی میان متقین و محسنین و سایرین قائل گردد. کلمه «أَوْ تَفْرِضُوا» به معنای «لَمْ تَفْرِضُوا» است. چون بر آن جمله «وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...» (بقره، آیه ۸۳۲)، عطف شده است.

ه: طلاق قبل از دخول در عقدی که قبل از انعقاد مهر تعیین نشده، ولی بعد از انعقاد مهر تعیین شده است. این مورد را ابوحنیفه، محمد و ابویوسف در یکی از اقوالش قبول کرده است؛ اما مالک و شافعی معتقدند که نیمی از مهر به او داده می‌شود. دلیل این نظریه این است که آیه شریفه «وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ»، پرداخت نیمی از میزان تعیین شده را واجب

می‌گرداند، بدون اینکه تفاوتی میان تعیین مهر در قبل یا بعد از عقد بگذارد؛ اما آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا» (احزاب، آیه ۹۴)؛ متعه را به صورت عام برای طلاق قبل از دخول لازمی گرداند؛ و یک مورد را از این حکم عام استثنا کرده است و آن عبارت است از «طلاق قبل از دخول در عقدی که مهر قبل از انعقاد تعیین شده است و سایر موارد از جمله که مورد بحث، در همان عام داخل است.

تعیین مهر در آیه شریفه ۲۳۶ سوره بقره، حمل بر متعارف تعیین، یعنی تعیین قبل از عقد می‌گردد، چون خطاب راجع به متعارف است. در فرض فقدان تعیین مهر، وجوب مهرالمثل ناشی از اصل عقد است، تعیین مهر بعد از عقد، مشخص کردن میزان مهرالمثل است. در فرض طلاق قبل از دخول آنچه که به واسطه عقد لازم گشته بود ساقط می‌شود و همچنین آن چیزی که بعد از عقد تعیین شده بود. طلاقى که از ناحیه زوجه واقع شود، مهری به او تعلق نمی‌گیرد (حسینی، ۱۳۹۱، ص ۹).

در طلاق بعد از دخول یا قبل از دخول در عقدی که مهر تعیین شده است، مهرالمتعه مستحب می‌باشد؛ اما شافعی معتقد است متعه در طلاق بعد از دخول واجب می‌باشد. استدلال او این آیه شریفه است: «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» (بقره، ۲۴۱). خداوند در این آیه با «لام ملکی» چیزی را به زنان مطلقه اختصاص می‌دهد، از میان آن‌ها طلاق قبل از دخول در عقدی که مهر تعیین شده، استثنا گردیده است. باقی موارد، از جمله طلاق قبل از دخول در عقدی بدون تعیین مهر و طلاق بعد از دخول، در عموم اعطای متعه باقی مانده است.

این استدلال صحیح نیست؛ چون وجوب متعه ناشی از عقد نکاح به خاطر بضع یا بدل نصف مهر یا تعهد مالی مستقل است. اگر زن علاوه بر استحقاق مهرالمسمی یا مهر المثل، مستحق متعه هم باشد، برای یک چیز دو عوض و یا در یک وضعیت جمع میان اصل و بدل، پیش می‌آید. زوجه طلاق داده شده در عقدی که مهر تعیین شده است و دخول واقع نگردیده، به اتفاق فقها مستحق مهرالمتعه نیست، به همین

منوال زنی که بعد از دخول طلاق داده شود، به طور اولی مستحق مهر نیست. چون زوجه اول مستحق نیمی از مهر است؛ ولی زوجه دوم مستحق تمامی مهر می‌باشد. متاعی که در آیه شریفه امر به دادن آن به زوجه شده است، توصیه‌ای و غیر الزامی است. همان‌طور که مردان توصیه شده‌اند مهر زوجه را به صورت کامل در فرض طلاق قبل از دخول اعطا کنند و ممکن است مراد آیه شریفه، دادن خواراک و پوشاک در ایام عده باشد.

سهم زوجه تا نصف دارایی مشترک

سهم شدن زوجه در «دارایی مشترک» اصطلاحی تناقص‌آمیز است. دارایی مشترک، باید بدون شرط تقسیم گردد و تعیین شرط مبنی بر استیفای آن، انتقال یا خارج گرداندن غیر قانونی مال از مالکیت شخص محسوب می‌گردد. بررسی واقع‌بینانه خدمات و فعالیت‌هایی زنان در زندگی مشترک و انجام انبوهی از کارهایی که تکلیف شرعی و قانونی او نیست، منافع زیادی را متوجه زندگی مشترک و زوج می‌گرداند. تمامی این امور ارزش اقتصادی داشته و در افزایش دارایی مرد مؤثر است. در نظام خانواده اسلامی و مقررات مربوط به آن دارایی مشترک پیش‌بینی نشده است؛ اما می‌توان بخشی از دارایی، مشترک محسوب کرد (حسینی، ۱۳۹۱، ص ۱۳).

زوجین می‌توانند در خصوص میزان اشتراک زوجه در درآمد زوج یا اموال مشترک، در ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم دیگری، توافقی داشته‌کنند. این قاعده، اجازه توافق برای تأسیس نوعی رژیم مالی در خصوص خدمات زوجه در خانه را داده است. فرض وجود توافق بین زوجین در ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم دیگری، در خصوص شرکت زوجه در دارایی خانواده تا محاکم بر اساس آن اقدام به تعیین اجرت‌المثل ایام زناشویی نماید، بسیار نادر است. گرچه طرفین عقد ازدواج چنین حق قانونی را دارند. البته در اغلب خانواده‌ها، زنان نقش کلیدی در مدیریت مخارج ایفا می‌کنند، ولی سهم درخور توجهی از دارایی‌های مشترک عایدشان نمی‌شود و با فوت زوج، چشم به سخاوت دست‌های فرزندان خود خواهد داشت. مطالبه بخشی از ثروت زوج از سوی زوجه در گذشته با عرف هماهنگ نبود و این قبیل در

خواست‌ها از جانب زنان رواج چندانی نداشت و زنان با نادیده انگاشتن حق طبیعی خود موجبات بروز مشکلات بعدی را فراهم می‌کردند، ولی تحولات جوامع و تغییر شیوه‌های زندگی در عصر حاضر، زمینه چنین درخواست‌های به حق را فراهم کرده است (حسینی، ۱۳۹۱، ص ۱۵).

حق ارث زن در قانون افغانستان

ارث یکی از آثار با اهمیت مالی در رابطه زوجیت است. انتساب، معیار انتقال اموال انسان به بازماندگان، پس از فوت است، هرچه درجه انتساب به متوفی قوی‌تر باشد در تصاحب اموال مقدم‌تر و سهم بیشتری دارد. زوجه به حکم قرارداد در برخی نظام‌های حقوقی، یا وصیت در برخی دیگر و قانون (شریعت) در حقوق اسلام و اثبات رابطه زوجیت، حق توارث از ترکه زوج را دارد (حسینی، ۱۳۹۱، ص ۱۷).

تمامی مذاهب اسلامی معتقدند که سهم ارث زنان از اموال شوهران‌شان، عبارت است از یک چهارم در فرضی که زوج فاقد اولاد باشد و یک هشتم در صورتی که فرزندی داشته باشد. اگر متوفی جز همسرش وارث دیگری نداشته باشد، زوجه یک چهارم را به فرض و باقی را به قاعده رد تصاحب می‌کند. بخشی از منابع مقررات ارث زوجه، ابهاماتی دارد که منشأ اختلاف در میزان ارث زوجه و اموال قابل وارث برای او شده است. اختلاف فقها و حقوقدانان در محرومیت زوجه از برخی از ترکه زوج، ناشی از همان ابهامات است. ارث زوجه در نظام فقهی امامیه، تفاوت‌هایی با ارث دیگر وارثان از جمله زوج دارد.

نتیجه‌گیری

در کشور افغانستان زنان قانوناً از حق مالکیت محروم نشده‌اند و هیچ نوع محدودیتی برایشان وضع نشده است، بلکه گاه قوانینی نیز در حمایت و صیانت از حقوق زنان وضع شده است. با این وجود، در مقام عمل زنان نتوانسته‌اند که از حقوق شان به صورت همه جانبه استفاده کنند.

متون شرعی و نیز تاریخ اسلام این واقعیت را به اثبات رسانیده است که اشتغال

زنان از طرف اسلام به حیث یک عمل جایز شناخته شده است. چنانکه زنان در عصر حضرت محمد (ص) به امور مختلف از قبیل تجارت، کشاورزی، مالرداری و خدمات عمومی اشتغال داشته‌اند. حضرت محمد (ص)، یکی از همین زنان را که در امور بازرگانی و تجارت اشتغال داشت، به همسری اختیار کرد؛ لذا عنوان کردن این مطلب که شریعت، مخالف با اشتغال زن و موافق با خانه‌نشینی او است، با سنت نبوی و شریعت اسلام نمی‌تواند سازگار باشد. در این باره پاره‌ای روایات و احادیثی مورد استناد قرار می‌گیرند که از حیث مبانی عقلی و مبادی روایت‌شناختی قابل تأمل به نظر می‌رسند. یکی آن‌ها، حدیثی است که از پیامبر (ص) روایت شده و در آن «به زنان توصیه شده است که در خانه بنشینند و به نخ‌ریسی بپردازند؛ زیرا این کار بهترین سرگرمی برای آنان است» یا در حدیثی دیگر «از ثواب بی پایان زنان که در خانه خود شاغل هستند، یاد شده است. گرچه این‌گونه روایت در منابع اسلامی یافت می‌شود، اما واقعیت آن است که اسلام هم برای کارکردن و اشتغال زنان اهمیت قایل است و هم حقوق مالی و مالکیت آن‌ها را به رسمیت شناخته است.

فهرست منابع و مآخذ

قرآن کریم.

۱. ابن عابدین، محمد بن امین، (۱۲۷۵ هـ ق)، ردّ المختار علی درّ المختار، بیروت: دارالطباعة العامرة.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ هـ ق)، لسان العرب، بیروت: دارالصادر.
۳. تریز، عبدالرشید، (۱۳۸۱)، تصویری جامع از ازدواج در اسلام، تهران: نشر نی.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶)، حقوق خانواده، تهران: چاپ احمدی.
۵. حسینی، سید احمد حنیف، (۱۳۹۱)، حقوق مالی زوجه در فقه و قانون افغانستان. شماره مسلسل ۱۱۰، ماهنامه عدالت، کابل: ریاست نشرات وزارت عدلیه.
۶. حسینی، سید احمد حنیف، (۱۳۹۱)، حقوق مالی زوجه در فقه و قانون افغانستان. شماره مسلسل ۸۰، ماهنامه عدالت، کابل: انتشارات وزارت عدلیه.
۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ هـ ق)، مفردات الفاظ القرآن، محقق: صفوان عدنان داودی، دمشق، بیروت: دارالعلم الدار الشامیه.
۸. رسولی، محمد اشرف، (۱۳۷۶)، ازدواج یا پیمان مقدس، بی جا، چاپ مرکز نشراتی سعید.
۹. طاهری نیا، احمد، (۱۳۸۴)، زن و استقلال اقتصادی، معرفت، شماره ۸۹.
۱۰. طباطبایی، محمد حسین، (۱۳۷۲)، المیزان فی تفسیر القرآن، تهران: دارالکتب الإسلامیه، الطبعة الخامسة.
۱۱. طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن، (۱۴۰۸ هـ ق)، مجمع البیان، بی جا، بی نا.
۱۲. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۴۰۹ هـ ق)، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دارالاحیاء للتراث العربی.
۱۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۲.
۱۴. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۳.

۱۵. قرشی، سید علی اکبر، (۱۳۷۱)، قاموس قرآن، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)، حقوق مدنی (کلیات و قرار دادها)، تهران: دانشگاه تهران،
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۹)، حقوق خانواده، (نکاح و انحلال آن)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۸. مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۹. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۷۸)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی، الطبعة السابعة.
۲۰. نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۴)، جواهر الکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم.

بررسی ابعاد جنایات جنسی به عنوان جنایت علیه بشریت

محمد امیر قاسمی شاهی^۱

چکیده

جنایت علیه بشریت در معنای تخصصی خود، نخستین بار پس از جنگ جهانی دوم، در دادگاه‌های نظامی بین‌المللی نورنبرگ و توکیو مورد پیگرد قرار گرفت که بند (ج) ماده ۶ منشور نورنبرگ و بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو به آن اشاره نموده است. جنایات جنسی به عنوان یکی از مصادیق جنایت علیه بشریت، بار نخست در ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای نظارت، یکی از مصادیق آن ذکر شد، همچنین در ماده ۵ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و در ماده ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا، سپس در بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شش موضوع به عنوان جنایات جنسی بر شمرده شدند که در این تحقیق مورد بحث قرار گرفته‌اند: هتک ناموس به عنف، برده‌گیری جنسی، به فحشا واداشتن، اجبار به حاملگی، عقیم‌سازی اجباری و خشونت جنسی، در واقع تجاوز به اصول انسانیت و تخطی از رفتار انسانی‌اند که به صورت سازمان‌یافته و با علم به آن علیه جمعیت غیر نظامی صورت می‌گیرند.

واژگان کلیدی: جنایت علیه بشریت، جنایات جنسی، هتک ناموس به عنف، برده‌گیری جنسی، به فحشا واداشتن، اجبار به حاملگی، عقیم‌سازی اجباری.

مقدمه

با نگاه کلان به حوزه حقوق (Rights)، اگر آن را قواعدی الزام‌آور بدانیم که هدف آن تنظیم روابط انسان‌ها با یکدیگر، مردم با دولت‌ها و بالعکس، روابط بین کشورها و سازمان‌های بین‌المللی است، از حوزه اول به حقوق خصوصی، (Private Law) از دومی به حقوق عمومی (Public Rights) و از سومی به حقوق بین‌الملل (International Rights) یاد می‌شود؛ لذا ضمانت اجرای قواعد و مقررات حقوق خصوصی و عمومی را حقوق کیفری ملی (National Criminal Law) و ضمانت اجرای سه حوزه از حقوق بین‌الملل، یعنی حقوق جنگ (Rights of War)، حقوق بشردوستانه (Humanitarian Rights) و حقوق بشر را (Human Rights)، حقوق بین‌الملل کیفری (International Criminal Law) دانست که چهار تا جنایت؛ یعنی جنایت تجاوز (Crime of Rape)، جنایت نسل‌زدایی (Crime of Genocide)، جنایت علیه بشریت یا انسانیت (Crime Against Humanity) و جنایت جنگی (War Crime) در آن، مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرند.

در این پژوهش به یکی از مصادیق جنایت علیه بشریت تحت عنوان جنایات جنسی (Sexual Crimes) پرداخته شده است. برای تحقق این جنایات سه شرط لازم است: گستردگی و سازمان‌یافتگی، علیه یک جمعیت غیر نظامی و پیشبرد یک سیاست.

جنایت علیه بشریت را به «قتل، ریشه‌کن‌سازی، برده‌گیری، اخراج یا هر رفتار ناعسانی دیگر که علیه جمعیت غیر نظامی پیش یا در هنگام جنگ ارتکاب یافته‌اند یا آزار و اذیت به دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی تعریف کرده‌اند، چنانچه این رفتارها یا آزار و اذیت‌ها، خواه ناقض حقوق داخلی کشوری که در آن ارتکاب یافته‌اند، باشند یا خیر، در پی هر جنایتی که در صلاحیت دادگاه است ارتکاب یافته باشند یا با آن جنایت مرتبط باشند» (روبو، ۱۳۹۹، ص ۶۵۰)،

در تعریف دیگر «جنایت بر ضد انسانیت جنایتی است علیه رفتار انسانی که اصول کلی حقوقی مشخصی را زیر پا نهاده و به کانون توجه و نگرانی جامعه بین‌المللی

تبدیل می‌شود. آثار و عواقب این جنایت از مرزهای بین‌المللی فراتر رفته و وخامت و وحشی‌گری ناشی از آن محدوده‌های قابل تحمل تمدن امروزین را درمی‌نوردد» (کیتی‌شیایزری، ۱۳۸۳، ص ۱۶۹).

تعریف مضیق از جنایت علیه بشریت ناظر به صدماتی است که به حیات انسانی وارد می‌گردد و در تعریف موسع، ناظر به صدمه‌ای مهم و عمدی نسبت به شخص انسان یا نسبت به وضعیت انسانی، یعنی حقوق اساسی انسان تلقی شده است (صلاحی، ۱۳۹۵، ۱۵۵). این اصطلاح در معنای غیر تخصصی در بیانیه ۲۸ مه ۱۹۱۵ دولت‌های فرانسه، بریتانیا و روسیه که کشتار ارامنه توسط ترک‌های عثمانی را جنایاتی بر ضد انسانیت دانستند، مورد استعمال قرار گرفت و در بیانیه‌های مربوط به جنگ جهانی اول نیز به کار رفته است (کیتی‌شیایزری، ۱۳۸۳، ص ۱۷۰).

اصطلاح جنایت علیه بشریت یا انسانیت در معنای تخصصی خود، نخستین بار پس از جنگ جهانی دوم، در دادگاه‌های نظامی بین‌المللی نورنبرگ^۱ و توکیو^۲ تحت پیگرد قرار گرفت. بند (ج) ماده ۶ منشور نورنبرگ^۳ عناوینی را به عنوان این جنایت بر شمرده است که بعداً در بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو نیز مورد پیروی قرار گرفت؛ با این تفاوت که زجر و آزار به دلایل مذهبی در منشور توکیو حذف گردید. ماده ۲ شورای نظارت، قانون شماره ۱۰^۴، مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۴۵ نیز به جنایات بر ضد انسانیت اشاره نموده است که زندانی کردن، شکنجه و هتک ناموس به عنف را به فهرست جنایت بر ضد انسانیت منشور نورنبرگ افزوده است.

1. Nuremberg International Military Tribunal.

2. International Military Tribunal for The Far East (Tokyo).

۳. یعنی قتل، نابودی، بردگی، تبعید و سایر اعمال غیر انسانی انجام شده علیه هر جمعیت غیر نظامی، قبل یا در طول جنگ، یا آزار و اذیت به دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی در اقدام یا در ارتباط با هر جنایتی در صلاحیت دادگاه، خواه ناقض قوانین داخلی کشور محل ارتکاب باشد یا نباشد. رهبران، سازمان‌دهندگان، محرک‌ها و همدستانانی که در تدوین یا اجرای یک نقشه یا توطئه مشترک برای ارتکاب هر یک از جنایات فوق‌الذکر شرکت می‌کنند، مسئول کلیه اعمالی هستند که توسط هر شخص در اجرای آن طرح انجام می‌شود.

۴. جنایات و جرائم، از جمله قتل، نابودی، بردگی، تبعید، زندان، شکنجه، تجاوز جنسی، یا سایر اعمال غیر انسانی ارتكابی علیه هر غیر نظامی، یا آزار و اذیت به دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی، خواه ناقض قوانین داخلی کشور محل ارتکاب باشد یا نه.

5. Control Council, Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity.

متعاقباً، مجمع عمومی سازمان ملل، در یازدهم دسامبر ۱۹۴۶ و همچنین کمیسیون حقوق بین‌الملل حمایت و پشتیبانی خود را از تعقیب و محاکمه جنایات علیه بشریت اعلام داشتند. ماده ۵ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق^۱، تحت عنوان جنایات بر ضد انسانیت بیان می‌کند: این دادگاه بین‌المللی مختار است افرادی را که مسئول جنایات ذیل هستند تحت پیگرد قرار دهد، مشروط بر اینکه ارتکاب جرم در خلال یک درگیری مسلحانه، خواه بین‌المللی یا داخلی صورت بگیرد و علیه جمعیت غیر نظامی باشد؛ مثلاً قتل عمد، نابودسازی، به‌بردگی گرفتن، بیرون راندن، حبس کردن، شکنجه، هتک ناموس به‌عنف، زجر و آزار به دلایل سیاسی، نژادی و مذهبی و سایر اعمال غیر انسانی.

در ادامه آن ماده ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا^۲ نیز از ماده ۵ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق پیروی نموده و جنایات مذکور در ماده ۵ دادگاه یوگسلاوی سابق را به‌عنوان جنایات علیه بشریت یا بر ضد انسانیت برشمرده است؛ با این تفاوت که شرط موجود در اساسنامه دادگاه یوگسلاوی مبنی بر این که جنایات فوق باید در خلال درگیری مسلحانه ارتکاب یافته باشد را حذف نموده است.

ماده ۳ اساسنامه دادگاه رواندا، صلاحیت این دادگاه را محدود به تعقیب و محاکمه افرادی می‌نماید که جنایات یادشده را به‌عنوان بخشی از یک تعرض و هجمه گسترده یا سازمان‌یافته بر ضد هر جمعیت غیر نظامی به دلایل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی مرتکب گردیده‌اند. اساسنامه این دادگاه علاوه بر سایر شرایط قیدشده در منشور نورنبرگ، توکیو و اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق، ارتکاب هر یک از جنایات نامبرده را مشروط به داشتن قصد تبعیض‌آمیز نموده است.

ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی^۳ با عنوان جنایات بر ضد انسانیت، در بند ۱ بیان می‌کند که منظور از این جنایات اعمالی هستند که به‌عنوان بخشی از یک تعرض و هجمه گسترده یا سازمان‌یافته و با علم به آن هجمه بر ضد هر جمعیت غیر

1. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

2. International Criminal Court of Rwanda.

3. Rome Statute, International Criminal Court.

نظامی صورت می‌گیرد. این ماده متفاوت از بقیه اسناد بین‌المللی، جنایات جنسی را مفصل و به صورت واضح برشمرده است.

با توجه به آنچه اشاره شد، یکی از مصادیق جنایت علیه بشریت، جنایات جنسی است. در این پژوهش تلاش ما بر این است که به این پرسش که جنایات جنسی به عنوان جنایت علیه بشریت کدام‌اند؟ پاسخ داده شود. نوآوری این پژوهش نسبت به آنچه راجع به جنایات جنسی انجام شده این است که تمامی موضوعات جنایات جنسی را که تاکنون به عنوان جنایت علیه بشریت در دادگاه‌های بین‌المللی شناخته شده‌اند، در یک پژوهش مستقل جمع‌آوری و بررسی نموده است.

اهمیت و ضرورت این پژوهش در این است که به بررسی جنایاتی پرداخته است که تجاوز به اصول انسانیت و تخطی از رفتار انسانی است. جهت پاسخگویی به سؤالات اصلی و فرعی این پژوهش رهیافتی تلفیقی مرکب از روش‌های توصیفی-تحلیلی اتخاذ گردیده است، چون از یک طرف توصیف جنایات جنسی ضروری است؛ از سوی دیگر توضیح و تبیین پیش‌فرض‌ها، گزاره‌ها، مفاهیم، مفروضه‌ها و الزامات جنایات جنسی ماهیت تحلیلی دارد.

این پژوهش با گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای، می‌کوشد، نخست به مفهوم جنایات جنسی، سپس به مصادیق و موارد جنایات جنسی که در اسناد بین‌المللی، به عنوان جنایت علیه بشریت برشمرده شده‌اند، با ذکر مثال‌های متعدد، به ویژه مثال‌هایی که تاکنون در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری مورد بررسی قرار گرفته‌اند، پرداخته شود.

جنایات جنسی (Sexual Crimes)

کلمه جنسی به معنای منسوب به جنس، آنچه به امور شهوانی و اعمال جنسی، مربوط باشد، آمده است (معین، ۱۳۸۱، ص ۱۲۴۶)، آنچه مربوط به امور شهوانی باشد؛ مانند اعمال جنسی، یا مسائل جنسی به معنی مسائل مربوط به غریزه جنسی (دهخدا، ۱۳۷۷، ص ۶۸۰۴). در چنین موارد اگر رضایت مجنی علیه یا قربانی

به صورت واقعی یعنی داوطلبانه و آزادانه ابراز شده باشد جرم منتفی است. در این پژوهش، با توجه به اسناد بین‌المللی از قبیل ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای نظارت، ماده ۵ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق، ماده ۳ اساسنامه دادگاه رواندا و به ویژه ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، جنایات جنسی به عنوان جنایت علیه بشریت مورد بررسی قرار گرفته‌اند که عبارت‌اند از شش موضوع ذیل: هتک ناموس به عنف، برده‌گیری جنسی، به فحشا واداشتن، اجبار به حاملگی، عقیم‌سازی اجباری و خشونت جنسی. ممکن است گاهی این موضوعات در ذیل جنایات جنگی یا نسل‌زدایی هم قرار بگیرند؛ اما این پژوهش به بررسی ابعاد جنایات جنسی به عنوان جنایت جنگی یا نسل‌زدایی نپرداخته است.

۱. هتک ناموس به عنف (Sexual Assault)

زنا یا به عنف یا تجاوز جنسی و یا به عبارت برخی نویسندگان هتک ناموس عبارت است از آمیزش جنسی (Sexual intercourse) یک مرد با یک زن برخلاف میل و رضایت او (نوبهارى طهرانى، ۱۳۹۳، ص ۲۰۵). هر کس به عنف یا تهدید (Threat) هتک ناموسی زنی را بنماید، دخول آلت تناسلی مرد در زن به زور یا اجبار به عنوان بُعد مادی جرم به حساب می‌آید. بنابراین اولاً مجرم حتماً مرد باشد و معنی علیه زنی که هنگام وقوع جرم حیات داشته باشد و ثانیاً عمل مادی جرم یعنی دخول کامل آلت تناسلی مرد در آلت تناسلی زن صورت گرفته باشد.

به کار بردن عنف یا تهدید با سوء نیت، بُعد معنوی جرم قلمداد می‌شود. تهدید یا عنف باید طوری باشد که برای معنی علیها تصور خوف جانی برود یا وی را به نحوی مرعوب سازد که امکان مقاومت در مقابل مجرم را نداشته باشد. تهدید ممکن است مادی یا معنوی باشد، ولی آنچه در این زمینه مؤثر است میزان نفوذ تهدید در روحیه معنی علیها است که وی را وادار به اطاعت نماید (صالح عموم، ۱۳۳۷، ص ۵۱ - ۵۲).

تجاوز جنسی یا هتک ناموس به عنف عبارت است از: یک) هجوم متهم یا

مرتکب به یک شخص، که منجر به نفوذ می‌شود هر چند خفیف، فرق نمی‌کند از دهانه مقعدی یا تناسلی قربانی با هر جسم یا هر قسمت دیگری از بدن باشد؛ (دو) تهاجم با زور یا تهدید به زور یا اجبار انجام شود، جهت ترس از خشونت، فشار، بازداشت، ستم روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه چنین شخص یا شخص دیگری که قادر به دادن رضایت واقعی نیست؛ سه) این رفتار به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه جمعیت غیر نظامی با آگاهی از حمله انجام شود (PCNICC, 1999, p 6). به تعریف مضیق و موسع تجاوز جنسی اشاره شد، اما امروزه در اسنادی که به این جنایت پرداخته شده، تعریف موسع هتک ناموس به‌عنف مطرح است؛ یعنی تنها دخول کامل آلت تناسلی مرد به آلت تناسلی زن مورد توجه نیست.

جنایت علیه بشریت اولین بار در منشور نورنبرگ و به‌تبع آن در منشور توکیو به‌عنوان یکی از جنایات مهم بین‌المللی ذکر شده که اینک در کنار سه جنایت مهم بین‌المللی دیگر، یکی از موضوعات مورد بحث در حقوق بین‌الملل کیفری و مورد رسیدگی در دیوان بین‌المللی کیفری است. هتک ناموس به‌عنف یا تجاوز جنسی اولین بار در جزء (ج) بند ۱ ماده دوم قانون شماره ۱۰ شورای نظارت، در کنار قتل، بردگی، تبعید، زندان، شکنجه و سایر اعمال غیر انسانی، به‌عنوان جنایت علیه بشریت ذکر شده است.

ماده ۵ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی (سابق)^۱ تحت عنوان جنایات علیه بشریت، خود را مختار می‌داند که اگر افراد مسئول هنگام درگیری مسلحانه، اعم از بین‌المللی و داخلی، علیه هر جمعیت غیر نظامی این جنایات را مرتکب شوند، تحت تعقیب قرار می‌گیرند. در فقره (ز) این ماده، هتک ناموس به‌عنف یا تجاوز جنسی در کنار بقیه جنایات ذکر شده است.

۱. جنایات علیه بشریت: دادگاه بین‌المللی این اختیار را خواهد داشت که افراد مسئول جنایات زیر را در صورت ارتکاب در درگیری‌های مسلحانه، اعم از بین‌المللی یا داخلی و علیه هر جمعیت غیر نظامی تحت تعقیب قرار دهد: قتل، نابودی، بردگی، اخراج، حبس، شکنجه، تجاوز جنسی، آزار و اذیت به دلایل سیاسی، نژادی و مذهبی، سایر اعمال غیر انسانی.

ماده ۳ اساسنامه دادگاه رواندا^۱، نیز تحت عنوان جنایات علیه بشریت در فقره (ز) تجاوز جنسی را ذکر نموده و می‌گوید دادگاه بین‌المللی رواندا این اختیار را دارد که افراد مرتکب این جنایت را به عنوان بخشی از حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیر نظامی به دلایل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی، تحت تعقیب قرار دهد. علاوه بر اسناد مذکور، ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری^۲ جنایات علیه بشریت را در صورت ارتکاب، بخشی از یک حمله گسترده یا سازمان‌یافته علیه هر جمعیت غیر نظامی با آگاهی از آن حمله قابل تحقق می‌داند که عنوان فوق را در جزء (ز) در زمره جنایات علیه بشریت یادآوری نموده است.

به طور مثال، بر اساس حکم دادگاه بین‌المللی رواندا، در پرونده آکایه‌سو، هتک ناموس به‌عنف یا تجاوز جنسی برای اهدافی مانند ارباب، تحقیر، تبعیض، تنبیه، کنترل یا تخریب یک شخص استفاده می‌شود و عبارت است از تهاجم و تعرض فیزیکی بر شخص با ماهیت و خصیصه جنسی که تحت شرایط قهری و اجباری روا داشته می‌شود. ضروری نیست که این تعرض همراه با نزدیکی و آمیزش جنسی باشد، منوط به جزئیات خاص بدن نیست، ممکن است پر خاشگری به‌شیوه‌ای جنسی باشد برای زیر سؤال بردن حیثیت یک شخص. اگر به تحریک یا با رضایت یا تأیید ضمنی یکی از مقامات قوای عمومی یا شخص دیگری که در مقام و مأموریت عمومی و

۱. جنایات علیه بشریت: دادگاه بین‌المللی رواندا این اختیار را خواهد داشت که افراد مسئول جنایات زیر را در صورت ارتکاب به عنوان بخشی از حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیر نظامی به دلایل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی تحت تعقیب قرار دهد: قتل، نابودی، بردگی، اخراج، حبس، شکنجه، تجاوز جنسی، آزار و اذیت به دلایل سیاسی، نژادی و مذهبی، سایر اعمال غیر انسانی.

۲. جنایات علیه بشریت: از نظر این اساسنامه، به هر یک از اعمال زیر در صورت ارتکاب بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیر نظامی با آگاهی از حمله: قتل، نابودی، بردگی، اخراج یا انتقال اجباری جمعیت، حبس یا سایر محرومیت‌های شدید از آزادی جسمانی که بر خلاف قواعد اساسی حقوق بین‌المللی انجام می‌شود، شکنجه، تجاوز جنسی، بردگی جنسی، فاحشگی اجباری، حاملگی اجباری، عقیم‌سازی اجباری، یا هر شکل دیگر خشونت جنسی با شدت قابل مقایسه با آن‌ها، تعقیب و آزار مداوم هر گروه یا مجموعه مشخصی به دلایل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسیتی که در بند ۳ تعریف شده است، یا به دلایل دیگر، در ارتباط با هریک از اعمال مذکور در این بند با هر جنایت مشمول صلاحیت دیوان که در سراسر جهان به‌موجب حقوق بین‌الملل غیر مجاز شناخته شده است؛ در سطح جهانی به رسمیت شناخته شده است؛ ناپدید کردن اجباری اشخاص، جنایت آپارتاید، سایر اعمال غیر انسانی مشابه دیگری که عمداً به قصد ایجاد رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت پذیرد.

رسمی قرار دارد، ارتکاب یابد، عنوان شکنجه نیز خواهد داشت. البته به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک، در مورد جمعیت غیر نظامی و بر اساس دلایل تبعیض آمیز ملی، قومی، سیاسی، نژادی یا مذهبی (AKAYESU, 1998, p 597-226, MUSEMA, 2000, p 226). لازم نیست که اجبار با نمایش نیروی فیزیکی اثبات شود، ممکن است در قالب ارعاب، اخاذی و سایر اشکال باشد که باعث ترس و ناامیدی می شود و یا در شرایط خاص باشد؛ مثل درگیری مسلحانه یا حضور نظامی اینترهاموه در میان زنان پناهنده تونسی در یک دفتر و یا اینکه متهم به اینترهاموه دستور داد تا لباس یک دانشجو را در آورد (AKAYESU, 1998, p 688).

شباهت هتک ناموس به عنف با سایر اشکال خشونت جنسی در اجبار آمیز بودن است. اما تفاوت آن که توسط حکم آکایه سو ترسیم شده این است که این عنوان تهاجم و تعرض جسمانی و فیزیکی با ماهیت جنسی است که بر روی یک فرد تحت شرایط اجباری انجام می شود؛ یعنی اخص از تعرض جسمانی است (MUSEMA, 2000, p 227)؛ به عنوان مثال، فرو کردن یک تکه چوب در اندام تناسلی زنی که در حال مرگ است، مصداق هتک ناموس به عنف می باشد (AKAYESU, 1998, p 686).

فرو کردن آلت تناسلی به صورت اجبار در دهان و یا هر جسم دیگری در واژن و مقعد انسان دیگر، به عنوان یک حمله تحقیر آمیز به کرامت انسانی است که نیز می تواند مصداق هتک ناموس به عنف محسوب گردد (MUSEMA, 2000, p 186-228, FURUNDZIJA, 1998, p 181-228). همچنین اجبار کردن دو مرد به اینکه آلت تناسلی همدیگر را به نوبت در دهان شان ببرند، به عنوان رفتار غیر انسانی، می شود مصداق دیگری از هتک ناموس به عنف قلمداد کرد (CELEBICI, 1998, p 1065-1066).

در تعریف هتک ناموس به عنف گاهی ملاک مفهومی ترجیح داده شده است، با این باور که چنین تعریفی انعطاف پذیری بیشتری در تعریف جرم مورد بحث به وجود آورده و امکان هماهنگی تطابق با معیارهای در حال تحول عدالت کیفری

راجع به جرائم جنسی را فراهم می‌سازد؛ مثلاً دادگاه رواندا در پرونده آکایه‌سو و دادگاه یوگسلاوی سابق در پرونده سلبیسکی مورد توجه قرار داده است (MUSEMA, 2000, p 228)، اما دادگاه یوگسلاوی سابق در پرونده فوروندزیجا رویکرد سنتی‌تری (توصیف نحوه تماس مکانیکی اشیاء و اندام‌های بدن) را مناسب دیده و هتک ناموس به‌عنف را چنین تعریف نموده: یک (دخول جنسی هرچند جزئی و خفیف: الف) در واژن یا مقعد قربانی به‌واسطه آلت تناسلی مرتکب یا هر شیء دیگر؛ ب) در دهان مجنی‌علیه به‌واسطه آلت تناسلی مرتکب؛ دو) به شرطی که آن عمل با اجبار و عنف یا با تهدید به‌زور علیه مجنی‌علیه یا شخص ثالث همراه باشد (FURUNDZIJA, 1998, p 185)؛ مجبور کردن دو مرد به تحریک آلت تناسلی یکدیگر از طریق زبان نیز تجاوز جنسی است.

در قوانین اخیرالتصویب انگلستان تجاوز جنسی جرمی است که اولاً مجنی‌علیه زن و هم‌مرد می‌تواند باشد، ثانیاً دخول اجباری آلت تناسلی به دهان مجنی‌علیه را نیز در برمی‌گیرد (نوبهاری‌طهرانی، ۱۳۹۳، ص ۲۰۵ - ۲۰۶؛ کارمن، ۱۳۹۴، ص ۳۴۳)، بنابراین هتک ناموس به‌عنف تنها به دخول آلت تناسلی مرد در آلت تناسلی زن خلاصه نمی‌شود، هرچند ممکن است با دیدن این عنوان در قدم اول چنین مفهومی به ذهن خوانندگان تبارز پیدا نماید که متهم و مرتکب یک مرد و مجنی‌علیه زن می‌باشد.

نیکلاس دونابت کریستوف، روزنامه‌نگار آمریکایی^۱ می‌نویسد که هنگام بازدید از دارفور در امتداد مرز چاد، به پنج موردی برخوردیم که یکی از آن موارد، زنی بود در زیر یک درخت که شوهر و فرزندانش جلوی چشمانش کشته شده بودند و پس از آن خودش مورد تجاوز گروهی قرار گرفته سپس برهنه و مثله شده در بیابان رها شده بود؛ و همچنین تجاوزهای سیستماتیک علیه زنان به‌عنوان یک سلاح جنگی در کنگو صورت گرفته که بیش از دو صد هزار زن و دختر در ۱۲ سال مورد تجاوز جنسی قرار گرفته‌اند (MUBELO, 2017, p 103-104)، یعنی امثال این موارد را در

1. Nicholas DONABET Kristof, an American journalist.

تاریخ مخصوصاً در دهه‌های اخیر در جریان جنگ‌ها می‌توان نام برد اما به خاطری که پیگیری آن به ضرر قدرت‌های بزرگ به‌ویژه غربی‌ها است لذا در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری بررسی نشده‌اند، در این مقاله تمرکز روی بررسی ابعاد جنایات جنسی به‌عنوان جنایت علیه بشریت با تکیه بر مثال‌هایی است که در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری بررسی شده‌اند لذا از حاشیه‌روی و ذکر مثال‌های رسمی نشده صرف‌نظر شده است.

۲. برده‌گیری جنسی (Sexual Slavery)

برده‌گیری جنسی یا برده‌داری جنسی را اولین بار ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، بند ۱، جزء (ز) در شمار جنایات بر ضد انسانیت یا جنایات علیه بشریت، آورده است که تا هنوز در دیگر منابع مدوّن حقوق بین‌المللی کیفری، چنین حکمی دیده نمی‌شود. برده‌گیری جنسی عبارت است از اینکه: یک) متهم از قدرتی استفاده کند که به حق مالکیت بر یک یا اشخاصی مربوط شود؛ مانند خرید، فروش، قرض دادن یا مبادله چنین شخص یا افرادی، یا با تحمیل محرومیت مشابه بر آن‌ها؛ دو) متهم این شخص یا افرادی را به انجام یک یا چند عمل جنسی وادار بسازد؛ سه) این رفتار به‌عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیر نظامی با آگاهی از حمله انجام شود (PCNICC, 1999, p 6).

بعد مادی این جرم، این است که اعمال حق مالکیت، اعمال انواع کنترل‌ها بر روی شخص و استفاده یا تهدید به خشونت باید صورت گرفته باشد و همچنین لازم است تا شخص در آن زمان نتوانسته باشد به‌صورت داوطلبانه تصمیم‌گیری نماید، علاوه بر این‌ها، مرتکب یا مرتکبین این جرم سبب آن شده باشد که قربانیان به یک یا چند عمل جنسی دست بزنند. بعد معنوی عبارت است از اینکه مرتکب قصد اعمال قدرت بر حق مالکیت یک یا چند نفر داشته باشد و سبب رفتاری شود که شخص یا اشخاصی دست به اقداماتی از نوع جنسی بزنند و از این مسئله که در جریان عادی این حوادث، اقدامات جنسی صورت می‌گیرد، آگاهی داشته باشد

(پورهاشمی و چوبین، ۱۴۰۰، ص ۱۱۵ و ۱۱۶).

در پرونده فوکا (پرونده دادستان علیه دراگولجوب، کوواک و ووکویچ، ۲۰۰۱)، دادگاه یوگسلاوی سابق تجاوز جنسی را به عنوان جنایت علیه بشریت معرفی نموده است و اتهام متهمان را برده گیری جنسی بر شمرده است، بدون اینکه تعریفی از آن ارائه بکند. زنان در خانه ها، آپارتمان ها، سالن های ورزشی و یا مدارس مختلف به صورت اسیر نگهداری می شدند و توسط سربازان مورد آزار جسمی یا تجاوز جنسی قرار می گرفتند. شاهدان متعددی اظهار داشته اند که گهگاه چندین بار در روز سربازان و پلیس به زن ها و دختران اشاره یا صدا می کردند و برای تجاوز به اتاق دیگر انتقال می دادند. زنان چاره ای جز اطاعت از آن مردان نداشتند و اگر سعی در مقاومت می کردند در پیش چشمان زنان دیگر مورد ضرب و شتم قرار می گرفتند. سربازان گاهی باهم به صورت گروهی تجاوز می کردند و در بعضی موارد زنان به سرباز خاصی منصوب می شد و از سوی آن فرد خاص مکرراً مورد تجاوز جنسی قرار می گرفتند؛ یعنی به یک نحوی زنان و دختران مجبور به پذیرش ازدواج موقت می شدند. زنان در حبس بودند و اجازه نداشتند با دنیای بیرون تماس داشته باشند (FOCA, 2001, p 28 - 43). برخی از حقوقدانان مصادیق بردگی جنسی را شامل خرید، فروش، کرایه دادن، معاوضه و اعمال مشابه به منظور وادار کردن به اعمال جنسی محکوم کرده اند (صالحی، ۱۳۹۵، ص ۲۱).

قاچاق جنسی (Sex Trafficking)، توریسیم جنسی (Sex Tourism)، ازدواج اجباری کودکان (Forced Child Marriage)، هرزه نگاری (Pornography) و فحشای اجباری کودکان (Forced Child Prostitution) همگی از مصادیق بردگی جنسی هستند. در قاچاق انسان، فرد را به منظور سوءاستفاده جنسی و بهره کشی از کشور خودش به کشور دیگر منتقل می کنند، در حالی که در توریسیم جنسی شخص مشتری، خودش به کشور موردنظر می آید. تأثیر گسترش توریسیم یا گردشگری جنسی در دامن زدن به پدیده شوم فحشا نقض آشکار حقوق بشر است. از سوی دیگر، زمانی که منطقه ای تبدیل به مقصد گردشگران جنسی شد، آن محل جاذبه ای

ویژه برای قاچاقچیان انسان نیز پیدا می‌کند (اسلامی و میریان، ۱۳۹۴، ص ۱۳). ازدواج‌های اجباری در بیشتر موارد، بدون رضایت کودک و نوجوان صورت می‌گیرد و حتی اجازه اظهارنظر را ندارد و در مواردی که کودک به‌ظاهر رضایت خود را اعلام می‌کند در بیشتر موارد بر اساس خواست دیگران، چه از طریق خشونت‌های جسمی و روحی و چه با فریب دادن کودک صورت می‌گیرد. هرزه‌نگاری کودکان شکل جدیدی از بردگی جنسی است، استفاده روزافزون از فناوری‌های پیشرفته مانند رایانه، دوربین‌های ویدیویی دستی، ویدیوهای ضابط، ادیت‌های خانگی، سیستم‌های گرافیکی کامپیوتری، اینترنت و... موجب تسهیل ایجاد و توزیع هرزه‌نگاری کودکان می‌شود. فحش‌های اجباری کودکان، استفاده از آن‌ها در فعالیت‌های جنسی در ازای پرداخت وجه و یا مسائل دیگر می‌باشد (اسلامی و میریان، ۱۳۹۴، ص ۱۶، ۱۹ و ۲۵).

بردگی جنسی یک شکل خاص از بردگی است. برده‌داری با بردگی جنسی یکسان است، شرط اضافی این است که مرتکب، قربانی را وادار به انجام یک یا چند عمل جنسی کرده است؛ از برجسته‌ترین مثال‌های موجود در این زمینه، «ایستگاه‌های آسایش و راحتی» متعلق به نیروهای ژاپنی در جنگ دوم جهانی و نیز «اردوگاه‌های تجاوز جنسی» در یوگسلاوی سابق هستند. به بردگی گرفتن افراد در مکان‌های مذکور، به‌وضوح نمادی از بردگی جنسی است (Cryer et al, 2010, p 256).

این موضوع از گذشته وجود داشته و در عصر کنونی شکل مدرن به خود گرفته است. زن یا مردی که به بردگی گرفته شده، توسط افراد مختلف به‌ویژه ارباب یا شخص بالاسر خود مورد آزار جنسی به اشکال گوناگون از قبیله کتک‌زدن، آویزان کردن با اعضای بدن، شلاق زدن، تجاوز دسته‌جمعی و... قرار می‌گیرد. اربابان عموماً افراد دارای بیماری‌های روانی-جنسی هستند، چراکه روابط جنسی آزاد بیش از حد برای آن‌ها وجود داشته که دیگر این افراد را ارضاء نمی‌تواند؛ لذا برای رسیدن به هدف از چنین راه‌های وارد می‌شوند (شادمانی، ۱۳۹۶، ص ۷۸).

علاوه بر آنچه بیان شد، دادگاه ویژه سرائلون در پرونده بریما و دیگران، شواهد

پذیرفته‌شده را حاکی از اثبات مالکیت قربانی به‌عنوان همسر تلقی می‌کند؛ در این پرونده، دادگاه به شواهدی دست‌یافت که در مجموع تمامی مدارکی که توسط دادستانی به‌عنوان اثبات ازدواج اجباری ارائه شده، به اثبات عنصری می‌رسد که در جرم بردگی جنسی قرار دارند که شامل ربودن اجباری دختران و زنان از خانه‌های‌شان یا سایر پناهگاه‌ها و بازداشت آن‌ها توسط نیروهایی که در مناطق مختلف حمله می‌کردند و در حال حرکت بودند. دختران و زنان برخلاف میل‌شان به‌عنوان همسر توسط شوریان گرفته می‌شدند. شواهد نشان داد که رابطه مرتکبین با همسران‌شان نوعی رابطه‌ای مالکیتی بوده و شامل اعمال کنترل مرتکب بر قربانی، از جمله کنترل تمایلات جنسی، حرکتی و کاری قربانی می‌شود. به‌عنوان مثال، انتظار می‌رفت که همسر، در زمانی که شوریان از مکانی به مکان دیگر می‌رفتند، دارایی‌های آن‌ها را حمل کند تا برای‌شان غذا بپزند و لباس آن‌ها را بشویند. دادگاه به این نتیجه رسیدن که استفاده از عبارت همسر توسط مرتکب در مورد قربانی نشان‌دهنده قصد مرتکب از اعمال مالکیت بر قربانی است و نه قصد داشتن ازدواج یا شبه ازدواج با قربانی که تعهدات متقابل در رابطه زن و شوهر ایجاد می‌کند. در واقع، درحالی‌که رابطه شوریان با همسران خود به‌طورکلی یک رابطه مالکیت انحصاری بود و به تشخیص مرتکب می‌توان قربانی را منتقل کرد یا به شورش دیگری داد (SCSL, 2007, p 711).

۳. به فحشا واداشتن (Enforced Prostitution)

به فحشا واداشتن مصداق دیگری از جنایات جنسی به‌عنوان جنایت علیه بشریت است که در ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در بند ۱، جزء (ز) به آن اشاره شده است. هرگونه معاشرت و یا رفتار با زنان که در چارچوب دادوستد مادی و انتفاعی و یا استفاده از زور و تهدید جهت واداشتن زنان به فحشا صورت گیرد، جزو اقدامات تجارت جنسی زنان و گسترش فحشای اجباری به‌شمار می‌رود (مولاووردی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۰).

به فحشا واداشتن عبارت است از اینکه: یک) متهم باعث شده یک یا چند نفر

به یک یا چند عمل جنسی پردازند، با زور، یا با تهدید به زور یا اجبار، مانند آنچه ناشی از ترس از خشونت، اجبار، بازداشت، ستم روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه چنین شخص یا افرادی یا شخص دیگری، با سوءاستفاده از محیط اجباری که چنین شخصی یا افرادی در دادن رضایت واقعی ناتوان است؛ دو) متهم یا شخص دیگری که مال یا غیر آن را به دست آورده یا انتظار مزیت دیگری در ازای اعمال جنسی یا در ارتباط با آن را، دارد؛ سه) این رفتار به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیر نظامی با آگاهی از حمله صورت گرفته است (PCNICC, 1999, p 7).

این جنایت هم دوتا بعد مادی و معنوی دارد، چراکه اولاً بایستی در فضای اجبارگونه صورت گرفته باشد و مرتکب یا شخص دیگری مزایایی ویژه یا سایر مزایا را در ازای اقدامات جنسی یا در ارتباط با آن به دست آورده باشد. ثانیاً، مرتکب بایستی قصد داشته باشد که سبب شرکت یک یا چند نفر در یک یا چند عمل جنسی شود و آگاهی داشته باشد که در پی روند عادی وقایع، این اتفاق خواهد افتاد. همچنین، تحصیل مزایا توسط شخص مرتکب یا شخص دیگری یا آگاهی از امکان تحصیل مزایا نیز برای تحقق این جرم لازم می باشد (Means of Proof, 2017, p 59).

ویژگی این جنایت این است که مرتکب جرم یا شخص ثالثی در عوض یا در ارتباط با رفتارهای جنسی مجنی علیه نفع مالی یا امتیاز دیگری به دست می آورد، مثلاً زنان موسوم به زنان خوشی که نیروهای ژاپنی در خلال جنگ دوم جهانی جهت برقرار ساختن رابطه جنسی با سربازان ژاپنی آنان را محبوس کرده بودند و به چنین کاری وامی داشتند (کیتی شیایزری، ۱۳۸۳، ص ۲۱۵). دادگاه نظامی موقت هلند در باتاویا در پرونده شماره ۷۶ ثابت کرد که متهم قربانیان را مجبور به اعمال تن فروشی کرده است؛ در این پرونده روشن شده است که متهم یک بلوک از خانه ها را اجاره و یک فاحشه خانه در آن باز کرده بود، این مکان به کلپ ساکورا معروف و مختص شهروندان و غیر نظامیان ژاپنی بود. دستیار وی در کار فاحشه خانه زنی بود که از سال ۱۹۴۳ با او زندگی می کرد؛ با کمک آن، دختران در رستوران جذب می شدند

تا به عنوان پیش خدمت کار کنند و سپس به تدریج مجبور به انجام فحشا با مشتریان می شدند که در ابتدای کار دختران از وجود فاحشه خانه بی خبر بودند. دختران تهدید و حتی برخی به شدت مورد ضرب و شتم قرار می گرفتند و مجبور بودن که هر دختر در هر شب مبلغ مشخصی را کسب کنند و حداقل سه بازدیدکننده را پذیرا شوند. در میان کسانی که به این ترتیب مجبور به تن فروشی شدند دختران ۱۲ و ۱۴ ساله هم وجود داشته اند (Batavia, 1946, p 122-123).

۴. اجبار به حاملگی (Forced Pregnancy)

در جزء (ز) بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری، اجبار به حاملگی یا بارداری اجباری نیز به عنوان جنایت علیه بشریت ذکر شده است. جزء (و) بند ۲ ماده ۷ مذکور در تعریف آن چنین می گوید: حبس کردن غیر قانونی زنی که به زور حامله شده است، به قصد تأثیرگذاری بر ترکیب قومی یک جمعیت یا ارتکاب دیگر نقض های فاحش حقوق بین الملل.

با این حال، این تعریف به هیچ وجه نباید طوری تفسیر شود که بر قوانین داخلی کشورها مربوط به حاملگی تأثیر بگذارد. حاملگی اجباری: یک) متهم یک یا چند زن را حبس کرده است؛ دو) چنین زن یا زنانی به زور باردار شده اند؛ سه) متهم قصد داشت زن یا زنان را باردار نگه دارد تا بر ترکیب قومی یک جمعیت تأثیر بگذارد با انجام نقض فاحش قوانین بین المللی؛ چهار) این رفتار به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیر نظامی با آگاهی از حمله انجام شده است (PCNICC, 1999, p 7).

جنایات در یوگسلاوی سابق و رواندا انگیزه ای برای حمایت و حفاظت بهتر از زنان در زمان منازعه بودند، از جمله جرم انگاری حاملگی اجباری بخشی از این تلاش ها است. پس از درگیری در بوسنی بین سال های ۱۹۹۲ و ۱۹۹۵ ادعا شده بود که صرب ها به عنوان بخشی از یک برنامه سیستماتیک زنان کروات و مسلمان را مجبور به بچه دار و باردار شدن از صرب کردند. پس از نسل کشی رواندا در سال

۱۹۹۴، دفتر ملی جمعیت تخمین زده است که قربانیان تجاوز جنسی حدود ۲۰۰۰ الی ۵۰۰۰ نفر بچه‌های نفرت را به دنیا آوردند. این ظلم‌ها بود که جهت حفاظت بیشتر از زنان اساسنامه رم شکل گرفت (Drake, 2012, p 595-596).

گنجاندن حاملگی اجباری موضوع بحث‌های شدید در مذاکرات اساسنامه ICC بود. قبلاً در اسنادی مانند اعلامیه وین و برنامه اقدام آن و همچنین در بیانیه پکن و طرح اجرایی آن به رسمیت شناخته شده بود. مسئله، مربوط به وارد آوردن آسیب خاص به زنان در جریان درگیری‌ها در یوگسلاوی سابق بود. بنا به اظهارات مرتکبان و اسیرکنندگان آن‌ها، با حامله نمودن و حبس زنان، امکان سقط جنین را از آن‌ها می‌گرفتند تا به ناچار کودکانی از یک گروه قومی غالب به دنیا آورند. با این حال، برخی از هیئت‌ها و نمایندگان دولت‌ها نگران بودند که این مفهوم ممکن است منجر به زیر سؤال رفتن آن دسته از نظام‌های داخلی شود که در آن‌ها حق سقط جنین، به علت مغایرت با دستورات مذهبی و مقررات حقوق اساسی به رسمیت شناخته نشده است. ولی این نکته مورد توافق همگان قرار گرفت که بحث حق سقط جنین در مباحث حقوق بشری مورد توجه قرار گرفته و جزء مباحث جنایت علیه بشریت نیست. توافق مذکور منجر به ارائه تعریف ذکر شده در جزء (و) بند ۲ ماده ۷ اساسنامه ICC گردید (Cryer et al, 2010, p 257). بنابراین ممنوعیت حاملگی اجباری به عنوان جنایت علیه بشریت، به معنای پذیرش آزادی سقط جنین در سراسر جهان نبوده و صلاحیت کشورها را راجع به تنظیم مقررات مربوط به کنترل زادوولد و سقط جنین بر اساس اصول بنیادین فلسفی یا مذهبی خودشان محدود نمی‌سازد. حاملگی اجباری حداقل در ذیل دو دسته از سه دسته جرایمی که قرار می‌گیرد که داخل در صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری است؛ یعنی جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی، به عقیده برخی از حقوق‌دانان حاملگی اجباری طبق اساسنامه رم نیز می‌تواند به عنوان نسل‌زدایی شناخته شود (Drake, 2012, p 598).

باتوجه به سه رکن که اولی مربوط به تعریف حاملگی اجباری و دورکن بعدی، از ارکان ویژه جنایت علیه بشریت هستند، دادستان باید دو سطح متفاوت از قصد

را ثابت کند: ۱. قصد اثرگذاری بر ترکیب قومی و ایجاد دیگر نقض‌های فاحش حقوق بین‌الملل؛ ۲. قصد ارتکاب رفتار به گونه‌ای که بخشی از یک حمل گسترده یا سازمان‌یافته علیه یک جمعیت غیر نظامی باشد. با وجود چنین قصد، اثبات این امر که اشخاص حقیقی (غیرسازمانی یا غیردولتی)، این عمل را با هدف اثرگذاری بر ترکیب قومی انجام دهند، دشوار به نظر می‌رسد. لذا برخی حقوق‌دانان معتقدند مرتکبانی که قصد اثرگذاری بر ترکیب قومی را دارند، ممکن است همان کسانی باشند که تنها دستورها را صادر می‌کنند و نه لزوماً افرادی که رکن مادی جرم را مرتکب می‌شوند. از این رو، کسانی که دستورها را صادر می‌کنند، ممکن است رکن معنوی را داشته باشند، ولی چون خود، مرتکب رفتار مجرمانه نمی‌شوند؛ فاقد رکن مادی هستند و از این جهت مسئولیتی در قبال حبس غیرقانونی زنی که به اجبار باردار شده است، نخواهند داشت.

در مقابل، آنهایی که از دستورات تبعیت کردند، فاقد رکن معنوی هستند و تنها مرتکب رکن مادی جرم شده‌اند. در نتیجه، چون در هر دو وضعیت، ارکان جرم در کنارهم تحقق نیافته‌اند، مسئولیتی متوجه عامل یا عاملین جنایت نخواهد بود. چنین وضعیتی به سربازان اجیر شده اجازه می‌دهد که بدون ترس از عواقب اعمال خود، مرتکب حبس غیرقانونی زنان باردار شوند. در پاسخ به این ایراد باید گفت منظور از علم به حمله در قسمت آخر بند ۱ ماده ۷ اساسنامه رم، آگاهی یا قصد ارتکاب رفتار مجرمانه گسترده یا سازمان‌یافته نیست، بلکه همین اندازه که مرتکب بداند رفتار مجرمانه در جریان یا چارچوب یک جنایت علیه بشریت اتفاق می‌افتد و به ارتباط میان رفتار ارتكابی خود و حمله گسترده، علم اجمالی داشته باشد کافیست؛ بدون اینکه در جریان جزئیات حملات یاد شده قرار گرفته باشد.

همچنین با توجه به اینکه مطابق ماده ۳۳ اساسنامه، امر آمر در دستور ارتکاب جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی پذیرفته نبوده و اصل بر مسئولیت مطلق مرتکب است، لذا اگر دستور از سوی یک نفر و بارداری اجباری و حبس غیرقانونی به وسیله شخص دیگری اتفاق افتد، عمل ارتكابی باز هم جنایت علیه بشریت خواهد بود.

هرچند وقوع جنایت ضد بشری از طریق حاملگی اجباری بر اساس این استدلال ممکن است با ایراد یاد شده مواجه نشود، ولی ناگفته پیداست لزوم تحقق دو سطح متفاوت از قصد که مربوط به تعریف خود حاملگی اجباری است، در کنار لزوم اثبات گستردگی یا سازمان یافتگی مورد نیاز برای وقوع جنایت ضد بشریت، در عمل دادستان را با چالش‌های بسیاری روبرو می‌سازد (صابر و میرمجیدی هسجین، ۱۳۹۲، ص ۱۰۹ و ۱۱۰). بیان شد که این عنوان در ذیل سه جنایت قرار می‌گیرد؛ چون در این پژوهش اجبار به حاملگی به عنوان یکی از مصادیق جنایت علیه بشریت مد نظر است، لذا از بررسی آن به عنوان جنایت جنگی و نسل‌زدایی صرف نظر شده است.

۵. عقیم‌سازی اجباری (Enforced Sterilization)

اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری اولین معاهده‌ای است که عقیم‌سازی اجباری را در جزء (ز) بند ۱ ماده ۷ به صراحت به عنوان جنایت علیه بشریت، به رسمیت می‌شناسد. این رفتار قبلاً در چارچوب آزمایش‌های پزشکی غیرقانونی مانند آنچه در طول جنگ جهانی دوم انجام و مشاهده شدند، تحت پیگرد قانونی قرار گرفته است. عناصر جرم ICC، اولین سند حاوی تعریف از این جرم است. عناصر جنایت عقیم‌سازی اجباری عبارتند از اینکه: یک) مرتکب یک یا چند نفر را از قابلیت تولیدمثل بیولوژیکی محروم نماید؛ دو) این رفتار با درمان پزشکی یا بیمارستانی فرد توجیه پذیر نبوده و نه با رضایت واقعی آن همراه باشد. این تعریف تنها محدود به اعمال پزشکی نیست، بلکه می‌تواند شامل استفاده عمدی از مواد شیمیایی نیز باشد. مفهوم «رضایت واقعی» رضایت حاصل از فریب را مستثنی می‌کند و رضایتی که با خدعه و فریب همراه باشد در بر نمی‌گیرد. عقیم‌سازی اجباری می‌تواند الزامات رفتاری نسل‌کشی (ذکر شده در بند (ه) ماده ۶ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری) را نیز برآورده کند و در جایی که هدف قتل عام وجود داشته باشد؛ به مثابه جرم نسل‌کشی قلمداد خواهد شد (Cryer et al, 2010, p 257-258).

چین در ارتباط با این عنوان نگرانی جدی دارد چون این کشور جهت کنترل رشد جمعیت خود، سیاست تک فرزندی را پیش گرفته است، بنابراین پیشنهاد کرد، تدابیر کنترل زاد و ولد نباید با روش‌های عقیم‌سازی اجباری که به موجب اساسنامه ICC، جرم شناخته شده است، یکسان قلمداد گردد؛ روش‌هایی هستند که «اثر غیر دائمی دارند»، نه آنچنان که در پیش‌نویس موجود عناصر تشکیل دهنده جرائم ذکر شده بود، صرفاً روش‌هایی که «اثر کوتاه‌مدت دارند». این پیشنهاد چین مورد استقبال اسرائیل، یونان و مکزیک قرار گرفت، در مقابل هیئت‌های نمایندگی کانادا و آلمان، هر نوع اشاره به روش‌های کنترل زاد و ولد را نامطلوب می‌دانستند. به باور این دسته در مفهوم لغوی کلمه، قید چنین عباراتی، اصل جرم مورد نظر را زیر سؤال می‌برد، چون عقیم‌سازی همان «روش‌های کنترل زاد و ولد» است و تفاوتی با آن ندارد. سرانجام با مصالحه، عبارت «روش‌هایی که در عمل اثر غیردائمی دارند» مورد توافق قرار گرفت تا دیوان آزادی عمل کافی داشته باشد که مشخص کند آیا روش مورد نظر برای کنترل زاد و ولد، عملاً به محرومیت دائمی از قابلیت زیستی تولیدمثل منجر می‌شود یا نه (کیتی‌شیایزری، ۱۳۸۳، ص ۲۱۶ و ۲۱۷).

عنصر مادی این جرم عبارت است از اینکه این عمل در ارتباط با معالجه پزشکی یا بیمارستانی شخص یا اشخاص و با رضایت واقعی آن‌ها صورت نگرفته باشد؛ اما عنصر معنوی آن است که مرتکب قصد محروم کردن یک یا چند نفر را داشته باشد، بدون توجیه پزشکی از ظرفیت تولیدمثل بیولوژیکی، نسبت به این موضوع که یک یا چند نفر در روند عادی این وقایع از توانایی تولیدمثل بیولوژیک محروم خواهند شد، آگاهی داشته باشد (Means of Proof, 2017, p 81). دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ شواهد عقیم‌سازی و اخته را در این مخاصمات پذیرفت و اعلام کرد که یک پزشک فرانسوی یهودی تبار که از سپتامبر ۱۹۴۳ تا ژانویه ۱۹۴۵ در آشویتس محبوس بود، شهادت داد که در نزدیکی محل نگهداری ما، اردوگاه بیرکناو بود که در آنجا مردم توسط پزشکان اس اس عقیم می‌شدند (پورهاشمی و چوبین، ۱۴۰۰، ص ۱۱۸).

۶. خشونت جنسی (Sexual Violence)

بعد از ۵ عنوان قبلی جنایات جنسی، خشونت جنسی نیز در جزء ۱ بند ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، جنایت بر ضد انسانیت یا جنایت علیه بشریت به‌شمار می‌رود. خشونت جنسی در یک تعریف ساده به‌معنای تماس جنسی بدون رضایت می‌باشد (نوبهارى طهرانى، ۱۳۹۳، ص ۴۵)؛ هرگونه خشونت جسمی یا روانی که با مقاصد جنسی صورت گیرد یا اهداف جنسیتی را مدنظر قرار دهد. خشونت جنسی هر دو نوع حملات فیزیکی و روانی با ویژگی‌های جنسیتی افراد را در بر می‌گیرد؛ مانند اجبار شخص به‌برهنه شدن در ملأ عام، مثله کردن اندام تناسلی فرد یا بریدن سینه‌های زن. خشونت جنسی در موقعیت‌هایی که در آن دو قربانی مجبور به انجام اعمال جنسی با یکدیگر یا آسیب رساندن به یکدیگر و یا دیگر اعمال به‌شیوه جنسی می‌شوند نیز دیده می‌شود (Cryer et al, 2010, p 258).

بر اساس آنچه از سوی دادگاه یوگسلاوی سابق در پرونده فوروندزیجا توضیح داده شده است، روشن می‌شود که حقوق بین‌المللی کیفری، نه تنها تجاوز جنسی را بلکه تمامی سوء رفتارها و آزارهای جدی با ماهیت جنسی را که نسبت به تمامیت جسمانی یا اخلاقی کسی از طریق اجبار، تهدید به زور یا ارباب به‌نحوی که تحقیرکننده و مغایر با کرامت قربانی است، روا داشته می‌شود، ممنوع و قابل مجازات می‌شمارد (FURUNDZIJA, 1998, p 186).

دادگاه رواندا نیز در پرونده آکایه‌سو هر عملی با ماهیت جنسی را که علیه شخص تحت شرایط اجبار آمیز صورت گیرد؛ جزء خشونت جنسی به‌شمار آورده است و لو اینکه آن اعمال با دخول و حتی تماس فیزیکی همراه نباشند، مثلاً اقدام به عریان کردن یک زن به‌صورت اجبار تا حرکات ژیمناستیک را بدون لباس در محوطه عمومی و در حضور جمعیت انجام دهد مصداقی از خشونت جنسی است. البته با وجود شرایط ذیل: یک) به‌عنوان بخشی از یک حمله گسترده و سیستماتیک؛ دو) علیه جمعیت غیر نظامی؛ سه) براساس دلایل تبعیض آمیز ملی، قومی، سیاسی، نژادی یا مذهبی (AKAYESU, 1998, p 598- 688).

خشونت جنسی شامل هر نوع خشونت علیه زنان، دختران، پسران و مردان است که بر اساس تفاوت‌های اجتماعی به آن‌ها نسبت داده می‌شود، از قبیل هر نوع آسیب فیزیکی، روانی، جنسی و یا تهدید. زنان و دخترانی که در طول مخاصمات قربانی خشونت جنسی قرار می‌گرفتند، شامل آدم‌ربایی (Kidnap)، تجاوز به عنف، ازدواج اجباری، حاملگی اجباری، بهره‌کشی جنسی (Sexual Exploitation)، قطع عضو جنسی (Genital Amputation)، برده‌گیری جنسی، روسپی‌گری اجباری (Forced Prostitution)، قاچاق به منظور بهره‌کشی جنسی و بچه‌پروری اجباری (Forced Parenting) بودند (صالحی، ۱۳۹۵، ص ۱۸ و ۲۰). مزاحمت جنسی (Sexual Harassment) نیز یکی از اشکال خشونت جنسی و تبعیض علیه زنان است که با افزایش احساس ناامنی موجب ترس زنان از حضور در جامعه و در نهایت محدود شدن آزادی‌های فردی و کاهش مشارکت اجتماعی زنان می‌شود (صالحی، ۱۳۹۵، ص ۱۵ و ۱۶).

خشونت‌های جنسی علیه زنان در ماده ۳۷^۱ و ۴۴^۲ قانون موسوم به کد لیر «Code Liber» ۱۸۶۳ م، ممنوع اعلان شد. مقررات لاهه در سال‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ م، به‌ویژه ماده ۴۶^۳ آن به‌صورت ضمنی نه صریح به ممنوعیت جرم‌های جنسی اشاره نموده است. خشونت جنسی در طول هردو جنگ جهانی، به‌ویژه در طول جنگ جهانی دوم علیه زنان بدون هیچ ممنوعیتی به وقوع پیوست، دادگاه توکیو و دادگاه نورنبرگ که برای محاکمه جنایات جنگی جنگ جهانی دوم راه‌اندازی شدند، تنها خشونت‌های جنسی را به‌طور کلی در اساسنامه خود به رسمیت شناختند. با وجود اهمیت خشونت‌های جنسی به‌ویژه در طول جنگ جهانی دوم، حتی واژه تجاوز هم

۱. ایالات متحده در کشورهای متخاصم تحت اشغال خود موارد ذیل را به رسمیت می‌شناسد و محافظت می‌کند: دین و اخلاق، دارایی کاملاً خصوصی، افراد ساکن، به‌ویژه زنان، و مقدس بودن روابط خانوادگی، مرتکبین جرائم خلاف آن به شدت مجازات خواهد شد...

۲. تمام خشونت‌های عمدی که علیه افراد در کشور مورد تهاجم صورت می‌گیرد، تمام تخریب‌های اموالی که توسط افسر مجاز فرمان داده نشده است، تمام سرقت، غارت، حتی پس از آن گرفتن مکان با زور اصلی، تمام تجاوز، زخمی کردن، معلول کردن یا کشتن این قبیل ساکنان، با مجازات اعدام یا هر مجازات شدید دیگری که کافی به نظر می‌رسد ممنوع است...

۳. عزت و حقوق خانوادگی، جان اشخاص، اموال شخصی، اعتقادات و اعمال دینی باید رعایت شود، اموال خصوصی قابل مصادره نیست.

به منزله مهم ترین شکل خشونت جنسی، در آرای دادگاه نورنبرگ مشاهده نشده است (Drake, 2012, p 599-600).

پس از جنگ جهانی دوم و شاید در پاسخ به خشونت جنسی گسترده در طول این جنگ، کنفرانس ژنو در سال ۱۹۴۹، در دو جلسه خشونت جنسی علیه زنان را ممنوع کرد. ممنوعیت ضمنی و مبهم خشونت جنسی علیه زنان در ماده ۱۴ از سومین کنوانسیون ژنو، ممنوعیت صریح خشونت علیه زنان مخصوصاً تجاوز جنسی، فحشای اجباری و دیگر شکل های اذیت و آزارهای ناشایست به منزله تعدی و تجاوز به تمامیت روحی زنان، علیه شرافت یا حیا در ماده ۲۷ از چهارمین کنوانسیون ژنو؛ ممنوعیت صریح فاحشگی اجباری و سایر شکل های اذیت و آزارهای ناشایست در هر زمان و مکان در ماده ۷۵ و پروتکل الحاقی یک و دو به کنوانسیون ژنو در سال ۱۹۷۷ م را می توان مهم ترین اقدام های صورت گرفته پس از جنگ های جهانی در راستای محافظت از زنان در برابر اعمال خشونت جنسی قلمداد کرد (Drake, 2012, p 600-601). علاوه بر آن چه ذکر شد، مخاصمات یوگسلاوی سابق و رواندا از وقایع مهمی هستند که موجب تحول در نظام حقوق بین الملل کیفری به ویژه در زمینه خشونت های جنسی گردید.

در پی اعمال خشونت های جنسی به زنان یک گروه یا یک جامعه، اهداف

۱. زندانیان جنگی در هر شرایطی مستحق احترام به شخصیت و عزت شان هستند، با زنان باید با توجه به جنسیت شان با تمام احترام رفتار شود و در همه موارد باید رعایت گردد ...

۲. ... زنان باید به طور ویژه در برابر هرگونه تجاوز به عزت و شرف شان، به ویژه در برابر تجاوز جنسی، فحشای اجباری، یا سایر اشکال و آزارهای ناشایست دیگر محافظت شوند ...

۳. ... هیچ گونه تمایز نامطلوب بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب یا عقیده، عقیده سیاسی یا عقاید دیگر، ملی یا اجتماعی، مبدأ، ثروت، تولد یا وضعیت دیگر یا هر معیار مشابه دیگری، هر طرف باید به شرافت و اعتقادات مذهبی شخص احترام بگذارد. اعمال زیر در هر زمان و در هر مکان ممنوع بوده و خواهد بود، چه توسط عوامل نظامی یا غیرنظامی انجام شده باشد: الف) خشونت علیه جان، سلامتی یا رفاه جسمی یا روانی افراد، به خصوص: قتل؛ هرنوع شکنجه اعم از جسمی یا روحی؛ تنبیه بدنی و مثله کردن. ب) توهین به حیثیت شخصی، به ویژه تحقیر، فحشای اجباری و هر نوع تجاوز ناشایست؛ ...

۴. حمایت از زنان: یک) زنان باید مورد احترام خاص و حمایت قرار گیرند؛ به ویژه در برابر تجاوز جنسی، فحشای اجباری و هر نوع دیگر از اعمال ناشایست. دو) زنان باردار و مادران دارای نوزاد تحت تکفل که به دلایل درگیری مسلحانه دستگیر و بازداشت می شوند، باید پرونده های آن ها با بیشترین اولویت بررسی شود. سه) تا حد امکان، طرف های درگیر باید تلاش کنند، برای جلوگیری از صدور حکم اعدام برای زنان باردار یا مادرانی که نوزادان وابسته دارند ...

استراتژیک نهفته است و از این طریق به وحشت، تضعیف روحیه و قوای آن گروه پرداخته می‌شود و قربانیان تجاوز، عامل شرمندگی و تحقیر جامعه خود محسوب می‌گردند. در خشونت‌های جنسی در زمان جنگ، مانند سایر خشونت‌های جنسی دیگر، عمدتاً مردان به زنان تجاوز می‌کنند که این موضوع حاکی از اعمال قدرت مردان بر زنان و قدرت‌نمایی مفهوم مردانگی است که به نحوی برتری یک جنس بر جنس دیگر را بازگو می‌کند؛ از طرف دیگر، عواقب این نوع جنایات تنها در زمان جنگ خلاصه نمی‌شود بلکه پس از زمان جنگ نیز دیدگاه‌های مردسالارانه بر زندگی زنان تأثیر گذاشته و سبب فروپاشیدگی روابط خانوادگی و عدم پذیرش آن‌ها در جوامع می‌شود، به قسمی که لکة‌تنگ به حساب می‌آیند، بنابراین بسیاری از این زنان در حین مخاصمات مسلحانه یا پس از آن، توسط اعضای خانواده خود به قتل می‌رسند.

در مجموع، شاید نتوان ناعدالتی‌های جنسی را اولین هدف در زمینه این جنایات دانست، اما می‌توان اذعان داشت که این نابرابری‌ها، خشونت‌های جنسی را حتی پس از پایان جنگ‌ها عادی می‌نماید، سکوت و سهل‌انگاری در مقابل این جنایات، شدت این فجایع را بیشتر می‌سازد؛ لذا بررسی بسترهای اجتماعی خشونت‌های جنسی برای کاهش و یا رفع آنان در زمان صلح امر لازم و ضروری است (پورهاشمی و چوبین، ۱۴۰۰، ص ۱۱۲).

در زمان اشغال عراق، در منطقه حفاظت شده سبز بغداد، خانه‌های فساد (Houses of Corruption) با مدیریت آمریکایی‌ها و انگلیسی‌ها ایجاد شدند که خشونت‌های جنسی زیاد در آن‌جا به وقوع پیوسته‌اند، برخی از آن‌ها عبارت بودند از: یک خشونت علیه زنان (Violence Against Women) که ۱۸۰۰ قطعه عکس برداشته شده از مردان و زنان برهنه در اشکال گوناگون به وسیله نیروهای نظامی آمریکا در زندان ابوغریب، تجاوز گسترده به زنان در بند ابوغریب و دیگر موارد، خشونت جنسی را تأیید می‌کند؛ مثلاً تجاوز به زن عراقی در برابر چشمان همسرش که آن زن مجبور شد پس از آزادی از زندان خودکشی (Suicide) نماید. دو خشونت علیه

مردان (Violence Against Men) در زندان ابوغریب، خشونت‌های جنسی نظامیان زن آمریکایی علیه مردان اسیر دربند، مثلاً برهنه کردن مردان و ریشخند و تمسخر آنان، مجبور کردن مردان اسیر به خودارضایی (Masturbation)، انداختن افسار به گردن مردان اسیر تا به صورت چهار دست و پا، مانند حیوان راه برود، مجبور کردن مردان به پوشیدن لباس زیر زنانه، قراردادن قلاده سگ به گردن مردان زندانی و قرار گرفتن سرباز زن آمریکایی در کنار آن‌ها برای ژست گرفتن و عکس برداری؛ سه خشونت علیه کودکان (Violence Against Children) مثلاً تجاوز به کودکان پسر در برابر چشمان زنان زندانی و... (صلاحی، ۱۳۹۳، ص ۸۸ تا ۹۳).

خشونت‌های جنسی از سوی نظامیان مرد آمریکایی در جنگ‌های ویتنام، کره جنوبی و افغانستان علیه زنان و همچنین خشونت‌های جنسی از سوی نظامیان گروه‌های افراطی اسلام‌گرا مثال‌های دیگر در این زمینه می‌باشند.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش جواب این سؤال که «جنایات جنسی به عنوان جنایت علیه بشریت کدامند؟ پی‌گیری شد؛ نخست به تعریف و سیر تاریخی جرم‌انگاری جنایت علیه بشریت و جنایات جنسی اشاره‌ای صورت گرفت و بیان گردید که یکی از چهار جنایت مهم بین‌المللی جنایت علیه بشریت است. حقوق‌دانان دو نوع تعریف یعنی تعریف مضیق و موسع از جنایت علیه بشریت انجام داده‌اند؛ اولی ناظر به صدماتی است که به حیات انسانی وارد می‌گردد، اما دومی صدمه‌ای مهم و عمدی نسبت به شخص انسان یا نسبت به وضعیت انسانی یعنی حقوق اساسی انسان می‌باشد.

جنایت علیه بشریت در معنای غیر تخصصی، اولین بار در بیانیه ۲۸ مه ۱۹۱۵ دولت‌های فرانسه، بریتانیا و روسیه نسبت به جنایات ضد انسانی ترک‌های عثمانی علیه مردم ارامنه بود، استعمال شد که ضمن محکومیت تک تک افراد دخیل در این قضیه مسئول نیز معرفی شدند و همچنین در بیانیه‌های جنگ جهانی اول.

اما در معنای تخصصی، نخستین بار بعد از جنگ جهانی دوم در دادگاه‌های نظامی

بین‌المللی نورنبرگ و توکیو تحت پی‌گرد قرار گرفت که ماده ۶ منشور نورنبرگ و ماده ۵ منشور توکیو به آن پرداخته‌اند؛ تا این‌جا جنایات جنسی به‌عنوان یکی از مصادیق جنایت علیه بشریت مورد توجه نبوده است. به یکی از مصادیق جنایات جنسی که هتک ناموس به‌عنف یا تجاوز جنسی است اولین بار در ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای نظارت و همچنین در ماده ۵ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و ماده ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا توجه صورت گرفت. به‌تبع این اسناد بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تحت عنوان جنایات علیه بشریت، گام مهمی را در این راستا برداشتن و شش موضوع (هتک ناموس به‌عنف، برده‌گیری جنسی، به‌فحشا واداشتن، اجبار به حاملگی، عقیم‌سازی اجباری و خشونت جنسی) را به‌عنوان جنایات جنسی بر شمردند.

با نگاهی به یافته‌های این پژوهش به‌نظر می‌رسد، هدف از جرم‌انگاری جنایات جنسی در اسناد و آراء دادگاه‌های بین‌المللی کیفری و تأسیس محاکم بین‌المللی در این راستا، به‌ویژه دیوان بین‌المللی کیفری و مجازات صادره از سوی این محاکم، از یک سوانتساب جنایات فوق به متهمان بوده تا شاهد مجازات جنایات‌شان باشند و از سوی دیگر برای جلوگیری و بازداشتن همیشگی دیگران که در آینده ممکن است به ارتکاب جنایات جنسی ترغیب شوند، با این نیت که به آن‌ها نشان داده شود که دیگر نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه برای جامعه بین‌المللی قابل تحمل نیست و این جنایات دیگر روی برگه‌ها به‌صورت نوشته باقی نمی‌ماند، بلکه محاکم بین‌المللی رسیدگی به آن‌ها را به‌صورت عملی آغاز کرده‌اند که مثال‌هایی (آکایه‌سو، موسیما، فروندزیجا، سلبیسی، فوکا، باتاویا و...) نمونه‌های ذکر شده در این پژوهش هستند.

ولی کماکان این خطر وجود دارد که رسیدگی به این جنایات به‌عنوان جنایت علیه بشریت با جدیت خاصی پی‌گیری نشود، همان‌طور که شاهد مثال‌هایی فراوان در این زمینه هستیم و در این پژوهش هم اشاره‌ای صورت گرفت که چشم‌پوشی صورت می‌گیرد و بدون بررسی از آن‌ها عبور می‌شود. کشورها به‌ویژه قدرت‌های بزرگ

و تأثیرگذار به جای توجه به کرامت انسانی به منافع خودشان می‌نگرد و علی‌رغم تلاش‌ها و گام‌های بلند در اسناد و محاکم بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواتندا و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، هنوز دسترسی کافی به عدالت برای زنان و کودکان و حتی مردانی که قربانی این جنایات گردیده‌اند، وجود ندارد. حتی گاهی باعث می‌شود که قربانیان چنین جنایات از جامعه طرد گردند که به نمونه‌هایی اشاره شد.

جنایت علیه بشریت جرم بین‌المللی است. قربانیان چنین جنایات، تنها کسانی نیستند که مستقیماً از ارتکاب آن لطمه می‌بینند، بلکه کل بشریت‌اند. این جنایات تنها به دوران درگیری مسلحانه محدود نمی‌شوند و در تحقق آن این شرط لحاظ می‌گردد که به‌عنوان جزئی از یک حمله سیستماتیک یا گسترده نسبت به یک جمعیت غیر نظامی با علم به آن حمله ارتکاب یافته باشد.

تنها جرم‌انگاری جنایات جنسی در ساحت حقوق کافی نیست، جنایات جنسی و خشونت‌های مختلف به‌ویژه علیه زنان و دختران، حتی در غیر از زمان درگیری‌های مسلحانه اتفاق می‌افتد که جامعه و مقررات حاکم بر آن، با این قبیل جرائم با اغماض برخورد کرده و به فروکاستن آنان تا حد یک رفتار نامتناسب و نه یک جرم، بسنده می‌کنند. واضح است تا زمانی که جنایات جنسی تنها در نوع شدید خود مورد پیگرد قرار گیرند و انگشت اتهام به سوی خود قربانیان نیز دراز باشد، در زمان درگیری‌های مسلحانه نیز این عامل به‌عنوان یک ابزار برای تخریب و آزار زنان و گروهی که به آن تعلق دارند، مورد استفاده قرار می‌گیرد. پیچیدگی اثبات این جرائم نیز بر فرار مجرمین جنایات جنسی از مجازات‌های مربوطه می‌افزاید؛ زیرا در محاکمه جنایات جنسی، تنها اثبات عناصر مادی و معنوی خود این جرائم کافی نیست؛ بلکه هر یک از این جنایات زیر مجموعه جرمی دیگر در حقوق بین‌الملل کیفری هستند که عناصر مادی و معنوی آن‌ها نیز بایستی ثابت شوند.

برای آنکه اعمال جنایات و خشونت‌های جنسی به‌صورت کل به‌ویژه علیه زنان و دختران در درگیری‌های مسلحانه کاهش و یا پایان یابد، تلاش‌هایی در زمینه‌های

مختلف را می‌طلبد؛ عدم رسیدگی به تبعیض‌های جنسیتی بر افزایش جنایت و خشونت‌های جنسی در زمان درگیری‌های مسلحانه نیز دامن می‌زند؛ بنابراین، گام نخست در راستای پایان دادن به جنایات جنسی، حفظ و تحکیم حقوق زنان و دختران در جنبه‌های مختلف زندگی است، علاوه بر این، مقررات حقوق بشردوستانه در هنگام درگیری‌های مسلحانه پاسخ‌گوی نیازهای امروزی نیست و باید به نحو قابل توجهی بهبود داده شوند.

با تکیه به اصل اساسی و بنیادین کرامت انسانی، در این زمینه آموزش منظم سربازان و نظامیان، حمایت‌های قانونی جامعه بین‌المللی از غیر نظامیان، ممنوعیت‌های خاص در برابر اشکال مختلف جنایات و خشونت‌های جنسیتی و بسترسازی در زمینه احترام به گروه‌های آسیب‌پذیر از جمله این موارد هستند. سرانجام، این نکته بدیهی است، هنگامیکه تحقیقات، محکومیت و پیگردهای قانونی علیه مرتکبین این جنایات صورت بگیرد، میزان ارتکاب آن‌ها تا حدود زیادی کاهش خواهند یافت؛ برای کاسته شدن چشم‌گیر از تعداد بالای این جرائم علاوه بر سهولت در اثبات جنایات جنسی، به سازکارهای محکم‌تری نیز نیاز دارد که همکاری و تعامل بیشتر جامعه بین‌المللی در حمایت از دادگاه‌های بین‌المللی کیفری تعیین کننده خواهد بود.

۱. اسلامی، رضا و سیده سارا میریان، (۱۳۹۴)، «بردگی جنسی کودکان و سازوکارهای مقابله با آن در نظام بین‌المللی حقوق بشر حقوق ایران»، نشریه پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۱۱، ص ۷-۳۶.
۲. پورهایمی، عباس و سحر چوبین، (۱۴۰۰)، «جایگاه جنایات جنسی در محاکم کیفری بین‌المللی»، دوفصلنامه تمدن حقوقی، شماره ۸، ص ۱۱۰-۱۲۷.
۳. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، چاپ دوم از دوره جدید، ج ۵، تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۴. روبرو، دیدیه، (۱۳۹۹)، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه بهزاد رضوی فرد و محمد فرجی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۵. شادمانی، مهدیه، (۱۳۹۶)، «تحلیل و بررسی خشونت علیه زنان، (مطالعه موردی زنان در اروپا)»، نشریه پژوهش‌نامه حقوق بشری، شماره ۹، ص ۶۱-۸۶.
۶. صابر، محمود و سپیده میرمجیدی هاشجین، (۱۳۹۲)، «بررسی تطبیقی جرم‌انگاری حاملگی اجباری در دادگاه یوگسلاوی، رواندا و دیوان کیفری بین‌المللی، حمایت از جنسیت یا دیگر ارزش‌های موضوع حقوق بین‌الملل»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲، ص ۹۷-۱۲۱.
۷. صالح عموم، محمود، (۱۳۳۷)، «هتک ناموس و روابط جنسی نامشروع»، نشریه کانون وکلا، شماره ۵۹، ص ۵۱-۶۱.
۸. صالحی، جواد، (۱۳۹۵)، «رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در مواجهه با جرائم جنسی علیه کودکان سربازان دختر»، فصلنامه علمی-پژوهشی رفاه اجتماعی، شماره ۶۱، ص ۹-۴۶.
۹. صلاحی، سهراب، (۱۳۹۳)، «جرائم ارتكابی در زندان ابوغریب از منظر حقوق

- بین‌الملل کیفری، مطالعه موردی جنایات شکنجه و خشونت جنسی»، نشریه مطالعات حقوقی، شماره ۴، ص ۸۱ - ۱۱۲.
۱۰. صلاحی، سهراب، (۱۳۹۵)، حقوق بین‌الملل کیفری، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
 ۱۱. کارمن، اندرو، (۱۳۹۴)، قربانیان جرم در آمدی بر بزه‌دیده‌شناسی، مترجم محمدتقی نوری، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
 ۱۲. کیتی‌شیایزری، کریانگ‌ساک، (۱۳۸۳)، حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
 ۱۳. معین، محمد، (۱۳۸۱)، فرهنگ فارسی معین، چاپ نوزدهم، ج ۱، تهران: انتشارات امیرکبیر.
 ۱۴. مولاوردی، شهیندخت، (۱۳۸۵)، کالبدشکافی خشونت علیه زنان، تهران: حقوقدان با همکاری دانش‌نگار.
 ۱۵. نوبهاری‌طهرانی، علیرضا، (۱۳۹۳)، تعرضات جنسی در نظام کیفری ایران و انگلستان، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
16. "CONTROL COUNCIL, Law No. 10, PUNISHMENT OF PERSONS GUILTY OF WAR CRIMES, CRIMES AGAINST PEACE AND AGAINST HUMANITY", 1401/6/29, <http://hrlibraey.umn.edu>.
 17. "Rome Statute of the International Criminal Court", 1401/6/30, <https://www.icc-cpi.int>.
 18. "Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of NEIGHBOURING States, between 1 January 1994 and 31 December 1994", 1401/6/29, <https://www.ohchr.org>.

19. "Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (International Tribunal for the Former Yugoslavia)", 1401/6/29, <https://www.ohchr.org>.
20. 20 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, 1401/7/27, <https://ihl-databases.icrc.org>.
21. AKAYESU, 2 September 1998, "International Criminal Tribunal for Rwanda", 1401/6/30, <https://unictr.irmct.org>.
22. CELEBICI, 16 November 1998, "International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991", 1401/7/2, <https://www.icty.org>.
23. Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), 1401/7/28, <https://www.refworld.org>.
24. Cryer, Robert et al, 2010, AN INTRODUCTION TO International Criminal Law AND Procedure, 1401/7/5, <https://www.combridge.org>.
25. Drake, Alyson M. 2012, "Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women? A look At Forced Pregnancy Under THE Rome Statute", WILLIAM & MARY Journal of Women and The Law, volume 18, p 595-623, 1401/7/12, <https://scholarship.law.wm.edu>
26. FOCA, 22 February 2001, "International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991", 1401/7/2, <https://www.icty.org>.
27. FURUNDZIJA, 10 December 1998, "International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Hu-

- manitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991”, 1401/6/30, <https://www.icty.org>.
28. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863, 1401/7/7, <https://ihl-databases.icrc.org>.
29. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863, 1401/7/27, <https://www.docdroid.net>.
30. International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter), 1401/7/28, <https://www.jus.uio.no>.
31. Means of Proof (Sexual and Gender-Based Violence Crimes), International Criminal law Guidelines, Case Matrix Network, 2017, 1401/7/13, <https://www.un.org>.
32. MUBELO, Willy MOKA, (2017), Philosophy and Politics – Critical Explorations, Reconciling Law and Morality in Human Rights Discourse Beyond the HABERMASIAN Account of Human Rights, Volume 3, Springer International Publishing AG
33. MUSEMA, 27 JNAUARY 2000, “International Criminal Tribunal for Rwanda”, 1401/6/30, <https://unictr.irmct.org>.
34. Netherlands Temporary Court-Martial at Batavia, Case No. 76, Trial of WASHIO AWOCHI, Judgment delivered on 25 October 1946, as cited by UNWCC in Law Reports of Trials of War Criminals, 1997, 1401,7,4, <https://www.legal-tools.org>.
35. Proposal submitted by Canada and Germany on article 7, Doc. PCNICC/1999/ WGEC/DP.36 of 23 Nov. 1999, at 7, n. 11., 1401/7/5, <https://www.legal-tools.org>.
36. PROTOCOLS ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, 1401/7/27, <https://www.icrc.org>.
37. SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, The Prosecutor v. Alex TAMBA BRIMA, BRIMA BAZZY KAMARA and SANTIGIE BORBOR KANU,

TRIAL CHAMBER II, Case No. SCSL-04-16-T, 20 June 2007, 1401/7/13,
<https://www.refworld.org>.

38. THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, 1401/7/27,
<https://www.icrc.org>.

ارزیابی رعایت مبنای جمع ناپذیری

اهداف کیفر با یکدیگر

در کیفرگذاری کودکان جزایی افغانستان

با تأکید بر جرائم فساد اداری

محمد اقبال حقیار^۱

سید باقر محمدی^۲

چکیده

رعایت فرایندی که بر مبنای آن قانون‌گذار بتواند به اهداف مجازات دست یابد، بسیار پیچیده است. مدل کیفرگذاری هدفمند در تلاش است تا قلمرو مداخله کیفری را تعیین نموده، امکان حضور و زیست سایر ابزارها و نهادهای کنترل اجتماعی را مهیا سازد و مبانی و اصول مخصوص خود را معرفی کند. مبانی این مدل شامل مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر و مبنای ترجیح قطعیت بر شدت مجازات است. تجمیع توأمان اهداف مجازات به‌صورت کامل در یک یا چندگونه از مجازات، امری است که در عمل امکان تحقق ندارد؛ یعنی نمی‌توان چهار هدف ارباب، سزادهی، اصلاح و ناتوان‌سازی را با یک یا حتی چند مجازات به‌صورت هم‌زمان تأمین کرد که در مدل کیفرگذاری هدفمند، همین عدم تحقق هم‌زمان اهداف مجازات تحت عنوان مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر مطرح است. در این اثر چگونگی رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در کودکان جزایی افغانستان از منظر مدل مزبور با تأکید بر جرائم فساد اداری، مورد ارزیابی قرار گرفته و نشان داده شده است که مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در ۱۳ گفتار رعایت نشده است. در نهایت این اثر پیشنهاد دارد جهت تعدیل کودکان مزبور ضمن رعایت یافته‌های این تحقیق به رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در سایر بخش‌های کودکان جزا نیز دقت صورت گیرد.

تعریف کلیدواژگان: مبنای جمع‌ناپذیری، اهداف کیفر، اهداف مجازات، کیفرشناسی، کودکان جزا، فساد اداری.

۱. ماستری جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی-واحد افغانستان.

۲. گروه فقه قضایی، مجتمع آموزش عالی فقه، جامعه المصطفی العالمیه، کابل، افغانستان.

مقدمه

کیفرگذاری غیر معیاری و عدم موجودیت مبانی مبتنی بر یک مدل کیفرگذاری هدفمند در خصوص روند کیفرگذاری در کود جزای افغانستان، مخصوصاً در مورد جرائم فساد اداری را می‌توان از جمله چالش‌های موجود در دستیابی به اهداف مجازات‌ها تلقی کرد. به این ترتیب، صرف کیفرگذاری و به کیفر رساندن بزه‌کاران کافی نیست، بلکه چگونگی کیفر از حیث نوع و میزان بیش از اصل کیفر اهمیت دارد، چراکه کم نیستند افرادی که به واسطه مجازات بزه‌کارتر شده‌اند.

تقریباً تمامی رفتارهایی را که کود جزا آن‌ها را جرم دانسته است، مجازات آن‌ها را حبس با جزای نقدی و در مواردی حبس و یا جزای نقدی مقدر نموده است و این ظاهراً بیانگر آن است که قانون‌گذار در پی هدف مشخص نیست؛ زیرا هدف متوقعه از مجازات حبس با هدف متوقعه از جزای نقدی متفاوت بوده و به این مهم اشاره دارد که تعیین مجازات‌ها هدفمند نبوده است. از آنجایی که ارزیابی کلی و همه‌جانبه کود جزا در این اثر ممکن نیست، نگارنده تلاش نموده رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر را در کود جزا با تأکید بر جرائم فساد اداری، از منظر مدل کیفرگذاری هدفمند مورد ارزیابی قرار دهد. کیفرگذاری هدفمند به معنای سیاست‌گذاری در زمینه مجازات‌ها، اعم از نظر نوع و میزان، مبتنی بر یک منطق قابل پیش‌بینی و قاعده‌مند است و آموزه‌های علمی کیفرشناختی و جرم‌شناختی در آن نقشی پررنگ دارند.

در ارتباط به این که جرائم فساد اداری چیست، تازمانی که تعریف دقیق از جانب قانون‌گذار نداشته باشیم، نمی‌توانیم یک جرم را از نوع جرم فساد اداری بدانیم، بر این اساس نیاز است به اسناد تقنینی مراجعه گردد. در قانون مبارزه با فساد اداری آمده است: «ارتکاب جرائم مندرج فصول اول، دوم، سوم، چهارم، پنجم، هفتم، هشتم، دهم، یازدهم و دوازدهم با چهارم، فصل اول با پنجم، فصل دوم با ششم، فصول دوم و ششم باب نهم و فصل چهارم باب دهم کتاب دوم کود جزا، جرائم فساد اداری شناخته می‌شود» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۷، ماده ۵).

در مورد اهمیت بحث از فساد اداری باید اشاره کرد که در نظام سابق، دوسوم

افغان‌ها به این باور رسیده بودند که فساد اداری یکی از مشکلات جدی کشور است و این باور در میان مردم رو به گسترش بود؛ چنان‌که آمار کسانی که فساد اداری را مشکل جدی می‌پنداشتند از ۴۸٪ در سال ۱۳۹۷ به ۶۰٪ در سال ۱۳۹۹ افزایش یافت. به همین ترتیب، میزان شهروندانی که باور داشتند در طول سال‌های گذشته اقدامات مؤثری برای کاهش فساد اداری در نهادهای عامه صورت گرفته است، پس از ۱۳۹۷ افت شدیدی داشته است. بر نسبت ۷۷٪ شهروندانی که در سال ۱۳۹۷ اعتقاد داشتند فساد اداری تا حدی یک مشکل جدی است، افزوده شده و به ۸۴٪ در سال ۱۳۹۹ رسیده بود. در عین وقت کسانی که فساد اداری را اصلاً جدی نمی‌دانستند از ۱۱٪ در سال ۱۳۹۷ به ۴٪ کاهش یافته بود (دویت و ادیب، ۱۴۰۰، ص ۲۰).

از سوی دیگر، با توجه به این‌که اهداف مجازات در راستای مبارزه مؤثر و مثر با جرائم، فوق‌العاده ممد است و از سوی دیگر فساد اداری ارتباط بسیار نزدیکی با سایر جرائم دارد و زمینه را برای ارتکاب آن‌ها هموار می‌سازد، در این تحقیق، به ارزیابی عملی مبنای کیفی‌گذاری در کود جزا با تأکید بر جرائم فساد اداری، از منظر مدل کیفی‌گذاری هدفمند پرداخته شده است.

تجمیع توأمان اهداف مجازات به صورت کامل در یک یا چند گونه از مجازات‌ها امری است که در عمل امکان تحقق ندارد، یعنی نمی‌توان چهار هدف ارعاب، سزادهی، اصلاح و ناتوان‌سازی را با یک یا حتی چند مجازات به صورت هم‌زمان تأمین کرد. هرچند ممکن است هم‌زمان دو یا چند هدف با یکدیگر به طور نسبی محقق شوند، اما تجمیع اهداف چهارگانه مجازات به طور کامل ناممکن است. علت این وضعیت تناقض ذاتی اهداف مجازات با یکدیگر است. البته بین اهداف مجازات از حیث قابلیت تجمیع وضعیت یکسانی وجود ندارد و بعضی از آن‌ها به میزان زیادی در کنار هم قابل تحقق هستند؛ مانند تحقق هم‌زمان ارعاب و ناتوان‌سازی. اما حتی در این موارد هم هر دو هدف کاملاً محقق نشده‌اند، بلکه یکی دیگری را تا جایی همراهی کرده است. در این میان، عدم امکان جمع اصلاح بزهکار با هر یک از اهداف دیگر بارز است، به این معنا که برای دستیابی به هدف بازپروری به طور قطع

باید از جنبه‌های دیگر صرف‌نظر کرد و نمی‌توان هم خواستار اصلاح مجرم بود و هم ارباب یا سزاده‌ی یا ناتوان‌سازی را در نظر داشت. به‌صورت کم‌رنگ‌تر بین سزاده‌ی با دیگر اهداف مجازات تناقض وجود دارد، چنانکه سزاده‌ی رویکردی رو به گذشته، استحقاق‌محور و وظیفه‌گرا دارد، اما دیگر اهداف مجازات رویکردی رو به آینده، فایده‌محور و غایت‌گرا دارند.

با پذیرش پیش‌فرض جمع‌ناپذیری اهداف مجازات، باید به نقطه‌ای که بیشترین درجه از جمع اهداف قابل تحقق است اندیشید و با تلفیق مجازات‌ها به این مهم دست یافت. اما در صورت عدم امکان دستیابی به چند هدف و تناقض یک هدف با اهداف دیگر، چاره‌ای جز انتخاب یک هدف از میان اهداف چهارگانه به‌عنوان اولویت اجرای کیفر نیست. به این ترتیب، قانون‌گذار باید پس از احراز ضرورت توسل به کیفر، مقدم بر هر امر دیگر هدف خود را از کیفر مشخص کند. درواقع، باید مشخص شود کدام یک از اهداف چهارگانه ارباب، اصلاح، ناتوان‌سازی و سزاده‌ی از مجازات مورد انتظار است. بنابراین، در صورت امکان، کیفرگذاران باید تمام همت خود را برای دستیابی به حداکثر اهداف ممکن به‌کارگیرند و در مواردی که دستیابی به دو غایت ممکن نیست و تحقق یک هدف منجر به نقض هدف دیگر می‌شود باید غایت اصلی از مجازات را مشخص کنند و با توجه به آن، به اعمال کیفر پردازند. نباید در این موارد با تمامیت‌خواهی‌های کور، هدف مهم‌تر را قربانی کیفرهای کلیشه‌ای کرد که ناقض آن هستند. اهداف سزاده‌ی و ارباب با هدف اصلاحی در تناقض است (صانعی، ۱۳۸۸، ص ۶۵۹).

چون عطف توجه به این دو هدف در طول تاریخ حقوق جزا، باعث شده است گرایش به شدت مجازات‌ها از نظر نوع و میزان به وجود آید؛ مانند برقراری و اعمال مجازات‌های شدید و وحشتناکی مانند شقه کردن، زنده‌زنده سوزاندن، ریختن سرب مذاب بر سر و روی مجرمان (ولیدی، ۱۳۸۲، ص ۴۰۴)، انداختن مجرمان به پیش حیوانات درنده مثل مار و سگ، ریختن آب سرد به‌صورت مستمر بالای سر مجرمین و امثال این‌ها که همواره متداول بوده است و در عین وقت این رویکرد ناقض مبنای (ترجیح قطعیت بر شدت) نیز می‌باشد.

نظر اصلاح و بازپروری در مقابل نظریه سزادهی قرار دارد، زیرا جنبه منفعت‌گرایی دارد و در پی آن است تا در رفتار محکومان تغییر وارد کرده و در راه اصلاح‌پذیری و بهتر شدن آن‌ها ممد واقع گردد (رسولی، ۱۳۹۶، ص ۴۹۸). به نظر می‌رسد، قانون‌گذار کود جزا، این مبنا را در مواردی مدنظر نگرفته و در انتخاب مجازات‌ها از نظر نوع، یا هدف مشخصی را دنبال نکرده است و یا هم با تمامیت‌خواهی تام، خواسته به اهداف متعدد متوسل گردد که در نتیجه در بسیار موارد از رسیدن به هدف اصلی نیز بازمانده است. مبحث اول این اثر به ارزیابی احکام عمومی در کود جزا پرداخته و نشان می‌دهد که قانون‌گذار بنا بر تجميع اهداف کیفر با تدابیر تأمینی به این مبنا توجه نکرده است. مبحث دوم در بردارنده ارزیابی زمینه جرائم و جزا (فساد اداری) است که در طی ۱۵ گفتار تبیین شده است.

۱. احکام عمومی

این مبحث بیان‌گر ارزیابی رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در بخش احکام عمومی کود جزای افغانستان است. دیده می‌شود که جمع اهداف کیفر با تدابیر تأمینی در کود جزا از سوی قانون‌گذار در ناسازگاری با این مبنا وضع شده است.

۱-۱. تجميع اهداف کیفر با تدابیر تأمینی

تفاوت‌های بارزی میان مجازات‌ها و تدابیر تأمینی وجود دارد؛ درواقع به دلیل ناکارآمدی سیاست جزایی سرکوب‌گرایانه محض برای پیش‌گیری و مبارزه با جرائم و همچنین اصلاح مجرمین و بازگشت مجدد آنان به جامعه و جلوگیری از تکرار جرم، به‌خصوص در مقابل رفتارهای خطرناک، جرم‌شناسان به فکر چاره در این خصوص شدند. نتیجه این تدبیر، پیش‌بینی تدابیر تأمینی در کنار و البته به ادعای جرم‌شناسان جایگزین مجازات‌ها در نظام‌های جزایی شد.

با توجه به تفاوت‌های تدابیر تأمینی و مجازات‌ها مخصوصاً مورد اخیر آن، قاعداً اعمال مربوط به این دو باید متفاوت باشد که در کود جزا این مورد رعایت نشده و قانون‌گذار با تمامیت‌خواهی خواسته اهداف متفاوت را در موردی به‌وسیله مجازات و در موردی دیگری به‌وسیله تدابیر تأمینی حاصل نماید.

این مسئله با بیان مواد زیر و ارزیابی آن‌ها روشن خواهد شد:

«جزاهای بدیل حبس عبارت‌اند از دوره مراقبت، انجام خدمات عامه، محرومیت از حقوق اجتماعی و حبس در منزل که در مطابقت با احکام این فصل، اعمال می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۵۰) در این ماده به صراحت جزاهای بدیل حبس از لحاظ نوع به ۴ دسته تقسیم شده است که اول آن دوره مراقبت دانسته شده است. در قسمت این که چه اعمالی شامل دوره مراقبت است کود جزا چنین تصریح می‌دارد؛ «دوره مراقبت مدتی است که طی آن محکمه شخص متهم را با رعایت شرایط مندرج این فصل، حداکثر پنج سال به اجرای یک یا چند مورد از موارد ذیل محکوم می‌نماید:

۱- اقامت در محل معین ۲- منع اقامت یا تردد در محل یا محلات معین...
 ۸- منع اشتغال به کارهای معینی که زمینه ارتکاب جرم را فراهم نماید...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۵۸) در اجزای ۱، ۲ و ۸ این ماده قانون‌گذاری اعمالی را به‌عنوان مجازات تصریح داشته که در مواد آتی عین اعمال را به‌عنوان تدابیر تأمینی معرفی می‌کند: «محکمه وقتی به منع محکوم‌علیه از گشت‌وگذار در محل معین حکم می‌نماید که بودن وی در آن محل به احتمال قوی سبب تکرار ارتکاب جرم گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۹۳)؛ یعنی دقیقاً عین موردی که جزء ۲- ماده ۱۵۸ به‌عنوان مجازات بیان گردید و همچنین جز ۱- آن را در ماده بعدی چنین بیان نموده است: «محکمه می‌تواند محکوم‌علیه به جزای جنبه یا جنایت را علاوه بر جزای اصلی، از رفت‌وآمد معین منع نماید. در این حالت محکمه وضع شخصی یا اجتماعی محکوم‌علیه را در نظر می‌گیرد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۹۴).

با دقت در اجزای ۱ و ۲ و ۸ ماده ۱۵۸ و مواد ۹۳ و ۱۹۴، به نظر می‌رسد میان مجازات و تدابیر تأمینی تداخل جدی وجود دارد. به این مفهوم که قانون‌گذار بین جزای بدیل حبس (دوره مراقبت و محرومیت از حقوق اجتماعی) و تدابیر تأمینی فرق نگذاشته و تداخل آشکار را از لحاظ ماهیت و محتوی حکم بین تدابیر تأمینی و انواع جزای بدیل حبس به وجود آورده است. زیرا عین موارد (منع محکوم‌علیه از اقامت و

گشت‌وگذار در محلات معین، منع اقامت یا تردد و بود و باش در محلات معین) را یک‌بار جزا شمرده و بار دیگر عین موارد را جزا نه، بلکه تدابیر تأمینی دانسته است. بنابراین، عین موارد به گونه‌ی جداگانه و به تکرار در دو بنای حقوقی جداگانه و مختلف پیش‌بینی گردیده است.

هر یک از احکام مورد بحث در فوق، اگرچه نقیض هم نیستند، اما پیش‌بینی آن‌ها با شیوه‌ی که توسط قانون‌گذار در دو بنای حقوقی (بدیل حبس و تدابیر تأمینی) گوناگون تصریح شده است، دو حکم به هم متعارض تلقی می‌شوند (فیضی و نوری، ۱۳۹۷، ص ۸۳). حتی اگر از این مورد را فراتر برویم، جزء ۴ ماده ۱۶۷ را از لحاظ ماهیت با جزء ۸ ماده ۱۵۸ به مقایسه کنیم، میان این دو نیز از لحاظ حکم، تداخل روشن وجود دارد. قانونگذار بیان داشته است: «محکمه می‌تواند با رعایت شرایط مندرج در این فصل، محکوم‌علیه را که مستوجب جزای حبس قصیر باشد، برای مدت معین از یک یا بیش از یک حق اجتماعی من حیث جزای بدیل حبس قرار ذیل، محروم کند: ۴- منع از اشتغال به شغل یا کسب یا حرفه معین در صورتی که جرم مربوط به شغل وی باشد تا یک سال...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۶۷). در این حکم عین مورد را قانون‌گذار شامل موارد محرومیت از حقوق اجتماعی من حیث جزای بدیل حبس پیش‌بینی نموده است که یک‌بار مشمول موارد دوره‌ی مراقبت دانسته بود؛ یعنی عین مورد را تحت دو عنوان تصریح نموده است، در حالی که از لحاظ ماهیت با هم هیچ‌گونه تفاوتی ندارند.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار در این مورد مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر را نه تنها در وضع کیفرها به درستی رعایت نکرده است که حتی میان جزا و تدابیر تأمینی نیز خلط کرده است و خواسته اهداف متعدد را با وضع و اعمال مکلفیت واحد (یک‌بار به عنوان جزا و بار دیگر به عنوان تدابیر تأمینی) برآورده سازد که نتیجه آن در نهایت قربانی شدن هدف اصلی خواهد بود. این در حالی است که تدابیر تأمینی را جایگزین مجازات‌ها دانستیم، وقتی جایگزین عین مجازات باشد، مفهوم جایگزین نیز منتفی خواهد شد.

۲. جرائم و جزاها (فساد اداری)

در این مبحث رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در جرائم و جزاها (فساد اداری) طی ۱۵ گفتار مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۱. رشوه و مجازات آن

قانون‌گذار در طی مواد (۳۷۱، ۳۷۵، ۳۸۴، ۳۸۵ و ۳۸۷) (کود جزا، در مورد ارتکاب جرم رشوه به ترتیب مجازات‌های «حبس، طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه،

۱) «(۱) رشوت‌گیرنده با نظرداشت وجه رشوت قرار ذیل مجازات می‌گردد: ۱- در صورتی که وجه رشوت تا ده هزار افغانی باشد، به حبس قصیر. ۲- در صورتی که وجه رشوت بیش از ده هزار تا بیست هزار افغانی باشد، به حبس متوسط تا دو سال. ۳- در صورتی که وجه رشوت بیش از بیست هزار تا پنجاه هزار افغانی باشد، به حبس متوسط از دو تا چهار سال. ۴- در صورتی که وجه رشوت بیش از پنجاه هزار تا یکصد هزار افغانی باشد، به حداکثر حبس متوسط. ۵- در صورتی که وجه رشوت بیش از یکصد هزار تا یک میلیون افغانی باشد به حبس طویل تا ده سال. ۶- در صورتی که وجه رشوت بیش از یک میلیون افغانی باشد، به حبس طویل بیش از ده سال. (۲) هرگاه وجه رشوت پول نقد، جنس یا منفعت مادی نباشد، مرتکب حسب احوال به حبس قصیر یا متوسط، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۷۱)

«(۱) رشوت‌دهنده قرار ذیل مجازات می‌گردد: ۱- در صورتی که وجه رشوت تا ده هزار افغانی باشد، به جزای نقدی پنج برابر وجه رشوت. ۲- در صورتی که وجه رشوت بیش از ده هزار تا بیست هزار افغانی باشد، به جزای نقدی از پنج تا ده برابر وجه رشوت. ۳- در صورتی که وجه رشوت بیش از بیست هزار تا پنجاه هزار افغانی باشد، به حبس قصیر. ۴- در صورتی که وجه رشوت بیش از پنجاه هزار تا یکصد هزار افغانی باشد، به حبس متوسط یک تا سه سال. ۵- در صورتی که وجه رشوت بیش از یکصد هزار تا یک میلیون افغانی باشد، به حبس متوسط سه تا پنج سال. ۶- در صورتی که وجه رشوت بیش از یک میلیون افغانی باشد، به حبس طویل تا ده سال. (۲) هرگاه وجه رشوت پول نقد، جنس یا منفعت مادی نباشد، مرتکب حسب احوال به حبس قصیر یا متوسط، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۷۲)

«واسطه جرم رشوت به عین مجازات رشوت‌دهنده مندرج این فصل، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۷۴) «هرگاه جرم رشوت توسط رئیس، ممثل یا نماینده قانونی شخص حکمی به نام، حساب یا منفعت شخص حکمی ارتکاب گردیده باشد، شخص حکمی به جزای نقدی ده برابر مقدار رشوت، محکوم می‌گردد. این حکم مانع تطبیق مجازات بر اشخاص حقیقی نمی‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۷۴)

«(۱) هرگاه رشوت‌گیرنده، رشوت‌دهنده یا واسطه رشوت، مأمور ضبط قضایی، خازنوال یا مؤلف خازنوالی، قاضی یا مؤلف محکمه، مؤلفین ادارات حقوق و قضایای دولت، منسوبین نظامی بست جنرالی و کارکنان غیرنظامی بست دوم و بالاتر از آن باشد، مرتکب علاوه بر حداکثر مجازات مندرج این فصل، به طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه، نیز محکوم می‌گردد.

(۲) سایر موظفین خدمات عامه در صورتی به طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه، محکوم می‌گردند که اندازه رشوت بیش از ده هزار افغانی باشد. (۳) هرگاه مقامات ذیصلاح پیشنهادکننده، شخصی را که مطابق احکام مندرج فقره‌های (۱ و ۲) این ماده به طرد از مسلک محکوم گردیده، با وجود علم به محکومیت وی، تقرر او را به مقامات ذیصلاح منظور کننده پیشنهاد نماید، به حبس قصیر، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۷۵)

«و جوهی که رشوت‌دهنده یا واسطه رشوت آن را رپیشکش یا پرداخت نموده، مصادره می‌گردد، مگر اینکه قبلاً به مقامات مسؤول اطلاع داده باشد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۸۴)

«(۱) رشوت‌دهنده، رشوت‌گیرنده یا واسطه رشوت علاوه بر مجازات مندرج این فصل، به پرداخت جزای نقدی معادل وجه رشوت، نیز محکوم می‌گردد. (۲) در صورتی که موضوع رشوت، پول نقد، جنس یا منفعت مادی نباشد، مرتکب علاوه بر مجازات مندرج این فصل به جزای نقدی از سی هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۸۵)

«(۱) حکم قطعی محکمه مبنی بر محکومیت شخص به جزای رشوت از طریق رسانه نشر می‌شود. (۲) هرگاه اثر ارتکاب جرائم مندرج این فصل منفعت مستقیم یا غیر مستقیم مادی یا معنوی حاصل گردیده باشد، منفعت مادی مصادره و منفعت معنوی باطل می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۸۷)

مصادره وجوهی که به‌عنوان رشوه پیشکش یا پرداخت شده، مجازات نقدی معادل وجه رشوت، نشر محکومیت، مصادره منفعت مادی و ابطال امتیاز معنوی ناشی از جرم رشوت» را در نظر گرفته است.

قانون‌گذار با وضع مجازات‌های چندگانه از نظر نوع، در پی اهداف متفاوت است، چنان‌که در قبل یادآور شدیم، با مجازات حبس هدف ناتوان‌سازی محقق می‌گردد و با مجازات‌های نقدی هدف ارعاب بیش‌تر متصور است. با این‌که تحقق هم‌زمان ارعاب و ناتوان‌سازی تا حدی ممکن است، اما حتی در این مواردی هم هر دو هدف کاملاً محقق نشده‌اند، بلکه یکی دیگری را تا جایی همراهی کرده است، حتی بعید نیست که یکی دیگری را نفی کند و هدف اصلی به دلیل تمامیت‌خواهی قربانی هدف/اهداف فرعی گردد.

مجازات تکمیلی «مصادره وجوه»، در واقع به دنبال همان هدف ارعاب است که مجازات نقدی مندرج این فصل را تقویت می‌کند، ولی در مورد جمع هدف ارعاب با هدف متوقع از مجازات حبس مندرج این فصل باید به این نکته توجه کرد که بین اهداف مجازات از حیث قابلیت تجمیع وضعیت یکسانی وجود ندارد و درجه بالایی از بعضی از آن‌ها در کنار هم قابل تحقق هستند؛ مانند تحقق هم‌زمان ارعاب و ناتوان‌سازی. اما حتی در این موارد هم هر دو هدف کاملاً محقق نشده‌اند، بلکه یکی دیگری را تا جایی همراهی کرده است (حاجی ده‌آبادی و سلیمی، ۱۳۹۸، ص ۱۰۶) که چنین استدلال در مورد وضع هم‌زمان مجازات حبس با مصادره وجوه قابل توجیه نداشته می‌شود. ولی با به‌کارگیری هم‌زمان مجازات حبس و نقدی در تمامی احکام این فصل، به نظر می‌رسد توجهی بر مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفی با یکدیگر در جرم رشوت صورت نگرفته و رعایت نگردیده است.

۲-۲. اختلاس و مجازات آن

در طی مواد (۳۹۱، ۳۹۲ و ۳۹۸)^۱ کود جزا، در مورد ارتکاب جرم اختلاس به ترتیب

^۱ موظف خدمات عامه در صورت ارتکاب اختلاس، قرار ذیل مجازات می‌گردد: ۱- در صورتی که وجه اختلاس شده تا یکصد هزار افغانی باشد، به حبس متوسط تا دو سال. ۲- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از یکصد هزار تا پنج صد هزار افغانی باشد، به حبس متوسط بیش از دو سال. ۳- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از پنج صد هزار تا یک میلیون افغانی باشد، به حبس

مجازات‌های «حبس، رد وجوه و دارایی حاصله و مصادره عواید ناشی از آن و انفصال از وظیفه یا طرد از مسلک» در نظر گرفته شده است.

قانون‌گذار با وضع مجازات اصلی (حبس) از چندانگی مجازات از نظر نوع، پرهیز کرده و در پی هدف ناتوان‌سازی بوده که اگر وجه اختلاس بیش از یک‌صد هزار باشد، با وضع مجازات تکمیلی «انفصال از وظیفه یا طرد از مسلک» مطابق ماده ۳۹۸)، درواقع بازهم دنبال همان هدف ناتوان‌سازی بوده و هدف موردنظر را با شدت بیش‌تر تعقیب نموده است. به این معنی که از یک‌سو مرتکب وقتی از وظیفه منفصل یا از مسلک مطرود می‌گردد درواقع به نحوی ناتوان می‌شود از ارتکاب دوباره همان جرم و از سوی دیگر چون محکوم به حبس می‌شود، قانون‌گذار هدف موردنظر را بیش‌تر تقویت نموده است.

مجازات تکمیلی «مصادره عواید»، درواقع بازهم به دنبال همان هدف ارباب است که مجازات نقدی مندرج این فصل را تقویت می‌کند که تفصیل آن در گفتار رشوت بیان گردید و بر اساس آن وضع هم‌زمان مجازات حبس با مصادره عواید قابل توجیه پنداشته می‌شود.

ولی با آن‌هم در مورد استفاده غیرقانونی از وجوه نقدی، این مبنا به‌صورت دقیق لحاظ نشده است «هرگاه موظف خدمات عامه از وجوه نقدی که در اختیار وی قرار دارد، غیرقانونی طوری استفاده نماید که در این فصل پیش‌بینی نگردیده است، به

طویل تا ده سال. ۴- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از یک میلیون تا ده میلیون افغانی باشد، به حداکثر حبس طویل. ۵- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از ده میلیون افغانی باشد، به حبس دوام درجه ۲. (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۹۱) موظف مؤسسه غیردولتی، مؤسسه خصوصی یا جمعیت در صورت ارتکاب اختلاس، حسب احوال قرار ذیل مجازات می‌گردد: ۱- در صورتی که وجه اختلاس شده تا یک‌صد هزار افغانی باشد، به حبس متوسط تا دو سال. ۲- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از یک‌صد هزار تا پنج صد هزار افغانی باشد، به حبس متوسط بیش از دو سال. ۳- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از پنج صد هزار تا یک میلیون افغانی باشد، به حداکثر حبس متوسط.

۴- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از یک میلیون تا ده میلیون افغانی باشد، به حبس طویل تا هفت سال. ۵- در صورتی که وجه اختلاس شده بیش از ده میلیون افغانی باشد، به حبس طویل تا ده سال. (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۹۲) (۱) مرتکب جرائم مندرج این فصل علاوه بر مجازات معینه، به رد وجوه و دارایی حاصله و مصادره عواید ناشی از آن، نیز محکوم می‌گردد. (۲) هرگاه وجه اختلاس شده بیش از یک‌صد هزار افغانی باشد، مرتکب به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک، نیز محکوم می‌گردد. (۳) هرگاه مقامات ذیصلاح پیشنهادکننده، شخصی را که مطابق احکام مندرج فقره (۲) این ماده به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم گردیده، با وجود علم به محکومیت وی، تقرر او را به مقامات ذیصلاح منظور کننده پیشنهاد نماید، به حبس قصیر، محکوم می‌گردد. (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۹۸)

حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۳۹۷) در این ماده دیده می‌شود که قانون‌گذار بدون نظرداشت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر، خواسته به نحوی میان اهداف ناشی از مجازات حبس و جزای نقدی جمع نماید که تفصیل آن در بحث رشوت بیان گردد.

۲-۳. سوءاستفاده از نفوذ و مجازات آن

قانون‌گذار در طی مواد (۴۰۰-۴۰۲)^۱ کود جزا، در مورد ارتکاب جرم سوءاستفاده از نفوذ به ترتیب مجازات‌های «نقدی، بدیل حبس، حبس، انفصال از وظیفه یا طرد از مسلک، مصادره وجوه و مصادره منفعت مادی و ابطال منفعت معنوی ناشی از آن» را در نظر گرفته شده است.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار با وضع مجازات‌های (نقدی، بدیل حبس و حبس) میان حالات ارتکاب جرم تفکیک گذاشته و از چندگانگی مجازات از نظر نوع، برای حالت مشخص و واحد جرم پرهیز کرده که نشان می‌دهد در پی اهداف متفاوت نسبت به حالات متفاوت جرم ارتكابی بوده است. معیار به کاررفته در تعیین مجازات

۱ «(۱) شخص مندرج ماده ۳۹۹ این قانون قرار ذیل مجازات می‌گردد: ۱- در صورتی که ارزش منفعت تا بیست هزار افغانی باشد، به بدیل حبس. ۲- در صورتی که ارزش منفعت بیش از بیست هزار تا پنجاه هزار افغانی باشد، به حبس قصیر. ۳- در صورتی که ارزش منفعت بیش از پنجاه هزار تا یکصد هزار افغانی باشد، به حبس متوسط تا سه سال. ۴- در صورتی که ارزش منفعت بیش از یکصد هزار تا یک میلیون افغانی باشد به حبس متوسط بیش از سه سال. ۵- در صورتی که ارزش منفعت بیش از یک میلیون افغانی باشد، به حداکثر حبس متوسط. ۶- هرگاه منفعت، مادی نباشد، مرتکب حسب احوال به حبس قصیر یا متوسط، محکوم می‌گردد. (۲) هرگاه مرتکب جرم مندرج فقرة (۱) این ماده، موظف خدمات عامه باشد، به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک نیز محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۰) «(۱) تحریک‌کننده به سوءاستفاده از نفوذ قرار ذیل مجازات می‌گردد: ۱- در صورتی که ارزش منفعت تا بیست هزار افغانی باشد، به جزای نقدی دو چند وجه منفعت نامشروع. ۲- در صورتی که ارزش منفعت بیش از بیست هزار تا پنجاه هزار افغانی باشد، به بدیل حبس. ۳- در صورتی که ارزش منفعت بیش از پنجاه هزار تا یکصد هزار افغانی باشد، به حبس قصیر. ۴- در صورتی که ارزش منفعت بیش از یکصد هزار تا یک میلیون افغانی باشد، به حبس متوسط تا دو سال. ۵- در صورتی که ارزش منفعت بیش از یک میلیون افغانی باشد، به حبس متوسط تا سه سال. ۶- هرگاه منفعت، مادی نباشد، مرتکب به حبس قصیر، محکوم می‌گردد. (۲) هرگاه مرتکب جرم مندرج فقرة (۱) این ماده، موظف خدمات عامه باشد، به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک نیز محکوم می‌گردد. (۳) تحریک‌کننده به مفهوم فقرة (۱) این ماده، عبارت از وعده دهنده، پیشنهادکننده، یا اعطاکنده مستقیم یا غیرمستقیم منفعت نامشروع به شخص دارای نفوذ حقیقی یا فرضی به‌منظور سوءاستفاده از نفوذ وی، می‌باشد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۱)

«(۱) وجوهی که تحریک‌کننده جهت استفاده از نفوذ آن را پیشکش یا پرداخت نموده، مصادره می‌گردد، مگر اینکه قبلاً به مقامات مسؤول اطلاع داده باشد. (۲) هرگاه اثر ارتکاب جرائم مندرج این فصل، منفعت مستقیم یا غیرمستقیم مادی یا معنوی حاصل گردیده باشد، منفعت مادی، مصادره و منفعت معنوی، باطل می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۲)

مرتکب سوءاستفاده از نفوذ یا تحریک‌کننده به آن، اول شامل میزان منفعت تحصیل یا درخواست شده و دوم شامل این‌که مرتکب موظف خدمات عامه است یا غیر آن، است. در صورت تحقق شرط دوم علاوه بر مجازات‌های مقرر، مرتکب به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک نیز محکوم می‌گردد. آنچه در ارتباط به این مجازات‌ها نیاز به غور بیش‌تر دارد تعیین مجازات بدیل حبس طبق (ماده ۴۰۰) برای مرتکب جرم سوءاستفاده از نفوذ در موردی است که ارزش منفعت تا بیست هزار افغانی باشد و طبق (ماده ۴۰۱) در موردی که ارزش منفعت بیش از بیست هزار تا پنجاه هزار افغانی باشد. با آن‌که بدیل‌های حبس یکی از مهم‌ترین نوآوری‌های کیفرشناسی و آثار مثبتی در عرصه جزایی افغانستان به شمار می‌رود؛ اما به نظر می‌رسد که در موارد خاص مانند مواد شامل بحث در فصل سوم، باب چهارم (سوءاستفاده از نفوذ یا تحریک به آن) رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر تا حدودی دچار تعارض ساخته و مشکلات دیگری نیز به وجود آورده که بحث آن در اثر جداگانه واضح خواهد شد. کود جزا بدیل‌های حبس را قرار ذیل برمی‌شمرد «جزاهای بدیل حبس عبارت‌اند از دوره مراقبت، انجام خدمات عامه، محرومیت از حقوق اجتماعی و حبس در منزل که در مطابقت با احکام این فصل، اعمال می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۵۰)، در مورد این‌که جزاهای بدیل حبس در کدام حالات تعیین می‌گردد، چنین حکم وجود دارد «جزاهای بدیل حبس با نظر داشت نوعیت و خصوصیت جرم مرتکبه، شخصیت مرتکب، دفعات ارتکاب جرم، وضعیت مجنی‌علیه، نتایج ناشی از ارتکاب جرم و سایر جهات مخففه جرم تعیین می‌شود.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۴۹) و در قسمت ساحه تطبیق جزاهای بدیل حبس چنین حکم داریم «(۱) محکمه می‌تواند مرتکب جرمی را که حداکثر جزای معین قانونی آن‌ها الی پنج سال حبس باشد، مطابق احکام این قانون به جزای بدیل حبس محکوم نماید. (۲) محکمه مکلف است دلایل استفاده یا عدم استفاده از جزاهای بدیل حبس را مطابق حکم مندرج فقره (۱) این ماده در حکم خود ذکر نماید. (۳) مرتکبین جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی، تروریستی، تمویل تروریسم، تجاوز جنسی، فساد اداری و مالی و جرائم

نسل‌کشی، ضد بشری، جنگی، تجاوز علیه دولت از حکم مندرج فقره (۱) این ماده مستثنی است.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۱۵۱).

در این ماده دیده می‌شود ضمن این‌که محکمه مکلف است شرایط حکم یا عدم حکم به بدیل حبس را در نظر بگیرد مکلفیت دارد تا آن را در حکم خود نیز تصریح نماید و طیف خاص مجرمین را از این‌که محکوم به بدیل حبس شوند، استثنا می‌سازد. بنابراین بدیل حبس در مواردی است که قانون، جزای اولیه حبس بین سه ماه تا پنج سال، برای یک جرم پیش‌بینی نموده و محکمه بر اساس معیارهای متذکره در ماده (۱۴۹) کود جزا، به جای حبس، مرتکب را به بدیل حبس محکوم می‌نماید. قاعده‌تاً مجازات بدیل حبس برای یک جرم نمی‌تواند مقرر شود (رسولی و دیگران، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۵۷۹). بلکه بدیل‌های حبس یک انتخاب قاضی به اساس حکم قانون است که برای کاهش موارد اجباری حبس در قانون پیش‌بینی شده است؛ البته در موارد خاص قانون‌گذار می‌تواند مجازات بدیل حبس را به‌صورت اجباری و بدون این‌که مجازات اولیه را حبس پیش‌بینی نموده باشد مقرر نماید؛ اما بدیل حبس الزامی و اجباری، با رضایت مرتکب به بعضی از بدیل‌های حبس هم‌خوان نیست. بنابراین در صورتی‌که بدیل حبس به‌صورت الزامی پیش‌بینی شده بود باید نوع و میزان بدیل حبس نیز تعیین می‌شد.

علاوه بر این بارزترین مشکلی که عدم رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفی با یکدیگر در این زمینه به وجود آورده است، تعارض تعیین جزای بدیل حبس مندرج مواد (۴۰۰ و ۴۰۱) با فقره (۳) ماده (۱۵۱) کود جزا است. زیرا در فقره مزبور قانون‌گذار جرائم فساد اداری را از جمله جرایمی دانسته که تعیین جزای بدیل حبس در آن ممنوع بوده و جواز داده نشده است.

به این مهم نیز باید توجه داشت که عدم امکان جمع اصلاح بزه‌کار با هر یک از اهداف دیگر بارزتر است، به این معنا که برای دستیابی به هدف بازپروری به‌طور قطع باید از جنبه‌های دیگر صرف‌نظر کرد و نمی‌توان هم‌خواستار اصلاح مجرم بود و هم ارباب یا سزاده‌ی یا ناتوان‌سازی را در نظر داشت (حاجی ده‌آبادی و

سلیمی، ۱۳۹۸، ۱۰۶). بنابراین که هدف مترتب بر بدیل حبس اصلاح و درمان است که به صورت قطعی با هیچ‌یک از اهداف سه‌گانه غیر از آن قابل جمع نیست، نیز به نتیجه فوق می‌توان دست یافت که پذیرش مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در این مورد عملی نبوده است.

مجازات تکمیلی «مصادره وجوه و مصادره منفعت مادی»، در واقع به دنبال همان هدف ارباب است که مجازات نقدی مندرج این فصل را تقویت می‌کند که تفصیل آن در گفتار رشوت بیان گردید و بر اساس آن وضع هم‌زمان مجازات حبس با مصادره عواید قابل توجیه پنداشته می‌شود.

۲-۴. سوءاستفاده از وظیفه یا موقف و مجازات آن

حسب احکام (فقره ۱ ماده ۴۰۳، ماده ۴۰۴، فقره ۱ ماده ۴۰۷، فقره ۲ ماده ۴۰۸، ماده ۴۰۹)،^۱ قانون‌گذار با وضع مجازات (حبس یا جزای نقدی)، مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر را نادیده گرفته است.

قانون‌گذار با وضع مجازات چندگانه از نظر نوع، در پی اهداف متفاوت است.

۱ «(۱) هرگاه مؤظف خدمات عامه به‌منظور کسب منفعت نامشروع برای خود یا شخص دیگری برخلاف قانون، عملی را اجرا یا از آن امتناع نماید، مرتکب جرم سوءاستفاده از وظیفه گردیده به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می‌گردد. (۲) مرتکب جرم مندرج فقره (۱) این ماده، به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک نیز محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۳)

«هرگاه مؤظف خدمات عامه به‌منظور رسانیدن نفع یا ضرر به یکی از طرفین دعوی نزد قاضی به صیغه امر یا التماس یا خواهش و یا سفارش واسطه شود، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۴)

«(۱) هرگاه مؤظف خدمات عامه با استفاده از صلاحیت وظیفوی خود عمداً احکام قوانین یا مقررات، حکم یا قرار و امر محکمه یا اوامر صادره مراجع باصلاحیت حکومت را رعایت ننموده یا تحصیل اموال و مالیاتی را که به حکم قانون تعیین گردیده، بدون مجوز قانونی متوقف سازد، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۷)

«(۲) هرگاه در نتیجه ارتکاب جرم مندرج فقره (۱) این ماده حیات، صحت و امنیت عامه به خطر مواجه گردد یا اضطراب و فتنه در بین مردم ایجاد شود، هریک از مرتکبین حسب احوال به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی یا جزای جرم ارتکابی یا هرکدام که بیشتر باشد، محکوم می‌گردند.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۸)

«(۱) هرگاه مؤظف خدمات عامه یا مؤظف دولت خارجی یا سازمان بین‌المللی یا بین‌الحکومتی یا مؤسسه غیردولتی به اساس ملاحظات شخصی، قومی، منطقوی، زبانی، مذهبی، جنسیتی، سیاسی، عقیدتی یا به اساس پشتیبانی از گروه یا فرقه خاص، در اجرای وظایف یا ارائه خدمات یا سایر حالات از تبعیض کار گیرد، مرتکب به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم، می‌گردد.

(۲) هرگاه عمل مندرج فقره (۱) این ماده توسط مقامات عالی‌رتبه دولتی یا مقامات عالی‌رتبه سایر مراجع ارتکاب یابد، مرتکب به حداکثر حبس متوسط یا به جزای نقدی سه صد هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۹)

چنان‌که در قبل یادآور شدیم، با مجازات حبس هدف ناتوان‌سازی محقق می‌گردد و با مجازات نقدی هدف ارباب بیش‌تر متصور است. با این‌که تحقق هم‌زمان ارباب و ناتوان‌سازی تا حدی ممکن است، اما حتّی در این موارد هم هر دو هدف کاملاً محقق نشده‌اند، بلکه یکی دیگری را تا جایی همراهی کرده است، حتی بعید نیست که یکی دیگری را نفی کند و هدف اصلی به دلیل تمامیت‌خواهی، قربانی هدف/اهداف فرعی گردد. با این اساس، به نظر می‌رسد توجهی بر مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در احکام مزبور، مربوط به جرم سوءاستفاده از وظیفه یا موقف و مجازات آن صورت نگرفته و رعایت نگردیده است.

در بقیه مواد این فصل دیده می‌شود، قانون‌گذار با وضع مجازات اصلی حبس یا جزای نقدی به گونه مستقل در پی تحقق هدف واحد بوده، ولی با آن‌هم مواد ذیل قابل تبصره و ارائه وضاحت است.

انفصال از وظیفه و طرد از مسلک با مجازات حبس کاملاً قابل جمع است و هر دو برای تحقق هدف ناتوان‌سازی سازگاری دارد و همدیگر را تقویت می‌کنند؛ چنان‌که با این اساس قانون‌گذار در مورد امتناع یا تعلل قاضی از اصدار حکم، چنین حکمی را وضع نموده است «هرگاه قاضی بدون مجوز قانونی از اصدار حکم امتناع یا تعلل ورزد و یا ثابت گردد که بنا به یکی از اسباب مندرج ماده ۴۰۴ این قانون عمداً فیصله ناحق صادر نموده است، به حبس متوسط و طرد از مسلک، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۵) و یا هم مثال دیگر آن را در حکم ماده (۴۱۰) تذکر رفته است. اما در مورد تجمیع انفصال از وظیفه و طرد از مسلک با جزای نقدی همان ایرادی پیش می‌آید که بر جمع میان مجازات حبس و جزای نقدی وجود دارد. ولی با آن‌هم قانون‌گذار در مورد مرتکب سوءاستفاده، چنین حکم نموده است: «(۱) هرگاه موظف خدمات عامه به منظور کسب منفعت نامشروع برای خود یا شخص دیگری برخلاف قانون، عملی را اجرا یا از آن امتناع نماید، مرتکب جرم سوءاستفاده از وظیفه گردیده به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می‌گردد. (۲) مرتکب جرم مندرج فقره (۱) این ماده، به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک نیز محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۰۳).

در این حکم با فرض اول مرتکب به حبس و انفصال از وظیفه یا طرد از مسلک محکوم گردد، در چنین حالت مبنای جمع‌ناپذیری رعایت شده است؛ ولی با فرض دوم مرتکب به جزای نقدی و انفصال از وظیفه یا طرد از مسلک محکوم گردد، چنین محکومیت و چنین وضع حکم با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر سازگاری ندارد. مورد دیگر از این قبیل در این فصل، حکم وضع مجازات کتمان عضویت در حزب سیاسی است: «هرگاه عضو ستره محکمه، قاضی، سارنوال، منسوب وزارت دفاع ملی، وزارت امور داخله، ریاست عمومی امنیت ملی، منسوب نظامی ادارات دارای تشکیلات نظامی یا سایر موظفین خدمات عامه که به حکم قانون از داشتن عضویت در مدت تصدی وظیفه در حزب سیاسی ممنوع قرار داده شده‌اند، در صورت دارا بودن عضویت حزب سیاسی یا فعالیت به نفع آن و کتمان این موضوع به جزای نقدی یک‌صد هزار تا پنج صد هزار افغانی و عزل از وظیفه، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ۴۱۵) می‌باشد.

۲-۵. افزایش غیرقانونی دارایی و مجازات آن

در طی مواد (۴۲۰ و ۴۲۱) کدود جزا، در مورد ارتکاب جرم افزایش غیرقانونی دارایی به ترتیب مجازات «حبس، نقدی و مصادره وجوه و دارایی‌های که از اثر ارتکاب این جرم حاصل شده باشد» در نظر گرفته شده است.

قانون‌گذار با وضع مجازات اصلی (حبس) برای مرتکب جرم افزایش غیرقانونی دارایی، از چندگانگی مجازات از نظر نوع، پرهیز کرده و در پی هدف ناتوان‌سازی بوده که اگر دارایی افزایش یافته تا ده میلیون افغانی باشد، حبس قصیر، اگر بیش از ده میلیون تا صد میلیون افغانی باشد، حبس متوسط و در صورتی که دارایی افزایش یافته

۱. مرتکب جرم افزایش غیرقانونی دارایی مندرج فقره (۲) ماده ۴۱۹ این قانون قرار ذیل مجازات می‌گردد:

۱- در صورت افزایش دارایی تا ده میلیون افغانی، به حبس قصیر.

۲- در صورت افزایش دارایی بیش از ده میلیون تا صد میلیون افغانی، به حبس متوسط.

۳- در صورت افزایش دارایی بیش از صد میلیون افغانی، به حبس طویل. (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۲۰)

(۱) هرگاه مؤلف خدمات عامه معلومات نادرست یا گمراه‌کننده را در فورمة اشاعة دارایی درج نماید، حسب احوال به جزای نقدی از سی هزار تا یک‌صد و هشتاد هزار افغانی، محکوم می‌گردد.

(۲) وجوه و دارایی‌های که در اثر ارتکاب جرائم مندرج این فصل حاصل گردیده است، به حکم محکمه مصادره می‌گردد. (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۲۰)

بیش از صد میلیون افغانی باشد، برای مرتکب آن حبس طویل مقرر نموده است که هدف ناتوان‌سازی را پیگیر بوده است و نیز با وضع حکم (مجازات نقدی) هدف ارباب را در مورد اشخاصی که معلومات نادرست و گمراه‌کننده را درج برگه ثبت دارایی می‌کنند، تعقیب نموده است. مجازات تکمیلی «مصادره وجوه»، در واقع بازهم دنبال همان هدف ارباب است که مجازات نقدی مندرج این فصل را تقویت می‌کند که تفصیل آن در گفتار رشوت بیان گردید و بر اساس آن وضع هم‌زمان مجازات حبس با مصادره عواید قابل توجیه پنداشته می‌شود.

۶-۲. تزویر

«جعل و تزویر عبارت است از قلب متقلبانه حقیقت به زیان دیگری به یکی از طرق مذکور در قانون در یک سند یا نوشته یا چیز دیگر» (گلدوزیان، ۱۳۸۰، ص ۵۲۴). طی مواد (۴۳۶ الی ۴۴۳) مجازات جرم تزویر (حبس) مقرر گردیده که با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر سازگاری دارد. ولی صرفاً از آن میان در طی ماده (۳۳۲)^۱ و فقره (۱) ماده (۴۴۳)^۲ در بین مجازات حبس و نقدی جمع نموده است. با این اساس، به نظر می‌رسد توجهی بر مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در دو حکم مزبور، صورت نگرفته و رعایت نگردیده است.

۷-۲. اخاذی و رویه سوء موظفین خدمات عامه در برابر افراد

طی مواد (۴۴۵ الی ۴۴۹) مجازات جرم اخاذی و رویه سوء موظفین خدمات عامه مقرر گردیده است. در ماده (۴۴۵)^۳ مجازات حبس وضع شده که در پی ناتوان‌سازی

۱. «شخصی که خود وی یا توسط شخص دیگری تصدیقی را در مورد اثبات معلولیت برای خود یا برای شخص دیگر به‌منظور تقدیم آن به مراجع ذیصلاح دولتی به‌قصد بهره‌برداری غیر مشروع برای خود یا دیگری بنام طبیب یا جراح تزویر نماید، حسب احوال، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد». (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۴۲)

۲. «(۱) شخصی که اسناد مزور مندرج مواد ۴۳۶ و ۴۳۷ این قانون را با وجود علم به تزویری بودن آن استعمال نماید، طوری که آن را به محکمه یا یکی از مراجع ذیصلاح دولتی تقدیم نماید، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۴۳)

۳. «(۱) هرگاه منسوب نیروهای نظامی یا سایر موظفین خدمات عامه با استفاده از صلاحیت وظیفوی در راه عام، شاهراه‌ها و سایر محلات از مردم پول، مال یا منفعتی را خلاف قانون تقاضا یا اخذ نمایند، به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

(۲) هرگاه جرم مندرج فقره (۱) این ماده توسط سایر اشخاص در سرای‌ها، مارکیت‌ها، مندوی‌ها یا سایر محلات شهری ارتکاب یابد، مرتکب به جزای نقدی از پنج هزار تا ده هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۴۵)

بوده است، در ماده (۴۴۶)^۱ علاوه بر جزای حبس متوسط به طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه، نیز حکم شده که همان هدف ناتوان‌سازی با طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه بیش‌تر تقویت خواهد شد و در سازگاری با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر وضع شده است. ولی بر رغم این احکام، طی مواد (۴۴۷ الی ۴۴۹) میان مجازات حبس و نقدی جمع صورت گرفته است. با این اساس، به نظر می‌رسد توجهی بر مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در حکم این سه ماده صورت نگرفته و رعایت نگردیده است.

۲-۸. انتحال وظایف و القاب

طی مواد (۴۵۳ الی ۴۵۵) مجازات جرم انتحال وظایف و القاب مقرر گردیده است. در مواد (۴۵۳ و ۴۵۴)^۲ حبس یا جزای نقدی مقرر شده است؛ چنان‌که در قبل یادآور شدیم، با مجازات حبس هدف ناتوان‌سازی محقق می‌گردد و با مجازات نقدی هدف ارباب بیش‌تر متصور است. در ماده (۴۵۵) مجازات نقدی در نظر گرفته شده که در پی هدف مشخص ارباب بوده و در آن گونه‌ای از تمامیت‌خواهی مشاهده نمی‌گردد. به نظر می‌رسد این حکم در سازگاری با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر وضع شده است. ولی در مورد دو حکم قبلی، به نظر می‌رسد توجهی بر مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر صورت نگرفته و رعایت نگردیده است.

۲-۹. محو یا شکستن مهر

طی مواد (۴۵۶ و ۴۵۷) مجازات جرم محو یا شکستن مهر به صورت مشخص و با در نظر داشت شدت و خفت در مورد اعمال جرمی مشخص، مجازات حبس یا مجازات نقدی در مطابقت کامل با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر مقرر گردیده است.

۱. «هرگاه مؤلف خدمات عامه، محکوم‌علیه را از جزای محکوم بها شدیدتر مجازات کند و یا به آن امر نماید و یا جزایی را بر وی تطبیق نماید که به آن حکم نه شده باشد، علاوه بر جزای حبس متوسط به طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه، نیز محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۴۶)

۲. «شخصی که بدون داشتن صفت مأموریت یا اجازه رسمی دولت در یکی از وظایف عامه مداخله نماید و یا یکی از مکلفیت‌های مربوط به این وظایف را انجام دهد، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و بیست هزار افغانی، محکوم می‌گردد.

شخصی که بدون داشتن رتبه و استحقاق یونیفورم نظامی را طور علنی استعمال نماید یا بدون مجوز قانونی نشان و رتبه نظامی را حمل کند، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، مواد ۴۵۳ و ۴۵۴)

۲-۱۰. سرقت و تلف کردن اوراق و اسناد رسمی

طی مواد (۴۵۸ الی ۴۶۰) مجازات جرم سرقت و تلف کردن اوراق و اسناد رسمی به صورت مشخص و با در نظر داشت شدت و خفت در مورد اعمال جرمی مشخص، مجازات حبس یا مجازات نقدی در مطابقت کامل با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر مقرر گردیده است.

۲-۱۱. ممانعت از تطبیق عدالت و مجازات آن

قانون‌گذار در طی مواد (۴۶۱ الی ۴۶۸) جرم ممانعت از تطبیق عدالت را بیان و مجازات آن را مقرر نموده است که ملاحظات ذیل در مورد مواد (۴۶۴، ۴۶۷ و ۴۶۸)^۱ کود جزا، مطرح می‌گردد.

در مورد ارتکاب جرم ممانعت از تطبیق عدالت به ترتیب مجازات‌های «حبس، نقدی، بدیل حبس و انفصال از وظیفه» در نظر گرفته شده است.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار با وضع مجازات‌های اصلی (حبس، نقدی و بدیل حبس) میان حالات ارتکاب جرم تفکیک گذاشته و از چندگانگی مجازات از نظر نوع، برای حالت مشخص و واحد جرم پرهیز کرده که نشان می‌دهد در پی اهداف متفاوت نسبت به حالات متفاوت جرم ارتكابی بوده است. معیار به کاررفته در تعیین مجازات ممانعت از تطبیق عدالت، اول شامل میزان منفعت تحصیل یا درخواست شده و دوم شامل این که مرتکب موظف خدمات عامه است یا غیر آن، است. در صورت تحقق شرط دوم علاوه بر محکومیت به حداکثر مجازات‌های مقرر، مرتکب به انفصال از وظیفه نیز محکوم می‌گردد.

۱. «شخصی که قرار یا حکم مراجع ذیصلاح را مبنی بر اتخاذ اقدامات محافظتی یا اخفای هویت شاهد و یا سایر اسناد و معلومات مرتبط به آن را به شخص یا اشخاصی که حق دریافت آن را ندارند، افشاء نماید، به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۶۴)

«هرگاه جرائم مندرج این فصل توسط موظف خدمات عامه ارتکاب یابد، مرتکب علاوه بر حداکثر مجازات معینه این فصل، به انفصال از وظیفه، نیز محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۶۷)

«(۱) هرگاه موظف طبی در اثنای معاینات یا تداوی در بدن میت یا مجروح زخم‌های را مشاهده کند که در نتیجه جرم به او رسیده، مرجع ذیصلاح را اطلاع ندهد، به بدیل حبس یا جزای نقدی از پنج هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می‌گردد. (۲) هرگاه موظف طب عدلی از معاینه، ابراز نظر مسلکی یا توضیحات لازم در مورد نتایج معاینات خویش به مرجع ذیصلاح عمداً امتناع ورزد یا به درخواست محکمه جهت ارائه توضیحات در جلسه قضایی اشتراک نه نماید، به جزای بدیل حبس، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۶۷)

ولی قانون‌گذار در ماده (۴۶۴) برای مرتکب افشای اقدامات محافظتی یا اخفای هویت شاهد مجازات حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و بیست هزار افغانی در نظر گرفته است.

آنچه در ارتباط به این مجازات‌ها نیاز به غور بیش‌تر دارد تعیین مجازات بدیل حبس یا جزای نقدی پنج هزار تا سی هزار افغانی، طبق ماده (۴۶۸) می‌باشد که تفصیل آن در گفتار سوءاستفاده از نفوذ و مجازات آن، بیان گردید و دریافتیم که بر علاوه سایر مشکلات، جمع هم‌زمان بدیل حبس با مجازات اصلی قطعاً با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر سازگاری ندارد.

۲-۱۲. پول‌شویی و مجازات آن

قانون‌گذار در طی مواد (۴۹۸ الی ۵۰۹) جرم پول‌شویی را بیان و مجازات آن را مقرر نموده است که در لابه‌لای این بحث مواردی، مورد ارزیابی و تبیین قرار گرفته است. اولاً میان حبس و جزای نقدی به گونه جمع صورت گرفته که در طی مواد (۴۹۹ و ۵۰۵) به (حبس یا جزای نقدی)، در طی مواد (۵۰۱، ۵۰۳ و ۵۰۶) به «حبس یا

۱. «شخصی که مبلغ بیش از حد تعیین شده در سند تقنینی مربوط را به شکل نقد یا سند قابل معامله بی اسم یا خود به صورت غیرقانونی به کشور داخل یا خارج نماید یا ذریعه ارسال پستی، قاصد، شرکت‌های حمل و نقل بار و کالا و سایر اشکال، وارد و یا صادر نماید و در مورد مقدار، منشأ، هدف یا استفاده از انتقال پول یا سند قابل معامله بی اسم سند ارائه کرده نتواند، مرتکب علاوه بر مصادره مبلغ مذکور به مجازات ذیل، نیز محکوم می‌گردد: ۱- شخص حقیقی، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۴۹۹)

«شخصی که مبلغ بیش از حد تعیین شده در سند تقنینی مربوط را به شکل نقد یا سند قابل معامله بی اسم یا خود به صورت غیرقانونی به کشور داخل یا خارج نماید یا ذریعه ارسال پستی، قاصد، شرکت‌های حمل و نقل بار و کالا و سایر اشکال، وارد و یا صادر نماید و در مورد مقدار، منشأ، هدف یا استفاده از انتقال پول یا سند قابل معامله بی اسم سند ارائه کرده نتواند، مرتکب علاوه بر مصادره مبلغ مذکور به مجازات ذیل، نیز محکوم می‌گردد: ۱- شخص حقیقی، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۵۰۵)

۲. «(۱) هرگاه مؤظف مرجع راپوردهنده، راپور معامله مشکوک را به مراجع مربوط اطلاع ندهد، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و بیست هزار افغانی و یا به هر دو جزا محکوم می‌گردد...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۵۰۱)

«(۱) هرگاه مؤظف مرجع راپوردهنده مرتکب یکی از اعمال ذیل گردد، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و بیست هزار افغانی و یا به هر دو جزا محکوم می‌گردد...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۵۰۳)

«شخصی که پول، اسناد بهادار بدون اسم یا فلزات یا احجار قیمتی را که با جرم پول‌شویی، جرم تمویل تروریزم یا جرائم اصلی مرتبط بوده و سند تقنینی مربوط در رابطه به ضبط، انجماد یا مصادره آن‌ها حکم نموده باشد، آن‌ها را پنهان یا خلاف حقیقت وانمود یا انتقال دهد، قرار ذیل مجازات می‌گردد: ۱- شخص حقیقی، به حبس قصیر یا جزای نقدی سی هزار تا شصت هزار افغانی یا به هر دو جزا...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۵۰۶)

جزای نقدی یا هردو» و در طی مواد (۵۰۴ و ۵۰۸) به «حبس و جزای نقدی به صورت مطلقاً توأم» حکم و مجازات وضع شده است و به نظر می‌رسد توجهی بر مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در احکام مزبور، مربوط به جرم پول‌شویی و مجازات آن صورت نگرفته و رعایت نگردیده است.

ثانیاً در طی ماده (۵۰۹)^۱ به مصادره وجوه، دارایی و منفعت حاصله حکم شده است که این مجازات به گونه تکمیلی با مجازات اصلی (حبس یا جزای نقدی یا هردو به صورت توأم) تطبیق خواهد شد و با توجه به تفصیلی که در گفتار رشوت پیرامون این موضوع بیان گردید، استدلال در مورد وضع هم‌زمان مجازات حبس با مصادره وجوه قابل توجیه پنداشته می‌شود.

۲-۱۳. غصب زمین و اموال غیر منقول

قانون‌گذار طی مواد (۷۱۶، ۷۱۸ و ۷۱۹) مجازات جرم غصب زمین و اموال غیر منقول به صورت مشخص و با در نظر داشت شدت و خفت در مورد اعمال جرمی مشخص، مجازات حبس را در مطابقت کامل با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر مقرر نموده است.

۲-۱۴. جرائم علیه آثار تاریخی یا فرهنگی

طی مواد (۷۳۱ الی ۷۴۱) جرائم علیه آثار تاریخی یا فرهنگی و مجازات آن بیان گردیده است که در تمامی موارد قانون‌گذار با وضع مجازات حبس از تمامیت خواهی کور پرهیز کرده و هدف واحدی را دنبال کرده است. به نظر می‌رسد این احکام در سازگاری با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر وضع شده است.

ولی با آن‌هم از این میان صرفاً در فقره (۲) ماده (۷۳۶)^۲ حبس یا جزای نقدی مقرر شده است. در ماده (۷۴۱)^۳ به جبران خسارت وارده بر اثر تاریخی یا فرهنگی

۱. «(۱) وجوه و دارایی‌های ذیل در صورت محکومیت شخص به ارتکاب یا شروع به ارتکاب جرم پول‌شویی، تمویل تروریزم یا جرم اصلی، از طرف محکمه ذیصلاح مصادره می‌گردد: ...» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۵۰۹)

۲. «... شخصی که اثر تاریخی یا فرهنگی را که ورود آن به افغانستان ممنوع باشد، به کشور وارد نماید، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۷۳۶)

۳. شخصی که مرتکب یکی از جرایم مندرج این فصل گردد، علاوه بر مجازات مندرج در این فصل به رد عین اثر و در صورت اتلاف یا وارد نمودن ضرر، خساره یا نقص، به جبران خساره، نیز محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۷۴۱)

حکم شده که به نظر می‌رسد قانون‌گذار با وضع این حکم در پی هدف ارباب است که از آنچه در گفتار رشوت بیان شد، به نظر می‌رسد استدلال در مورد وضع هم‌زمان مجازات حبس با جبران خسارت وارده بر اثر تاریخی یا فرهنگی قابل توجیه است.

۲-۱۵. جرائم علیه معادن، نفت و گاز

طی مواد (۷۸۷ الی ۷۹۴) جرائم علیه معادن، نفت و گاز و مجازات آن بیان گردیده است که در تمامی موارد قانون‌گذار با وضع مجازات حبس از تمامیت خواهی‌های نامطلوب پرهیز کرده و با وضع مجازات در پی تحقق ناتوان‌سازی بوده که هدف واحدی را دنبال کرده است. به نظر می‌رسد این احکام در سازگاری با مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر وضع شده است.

ولی با آن‌هم از این میان صرفاً در ماده (۷۹۳)^۱ حبس یا جزای نقدی مقرر شده است؛ چنان‌که در قبل تذکر یافت، با مجازات حبس، هدف ناتوان‌سازی محقق می‌گردد و با مجازات نقدی هدف ارباب بیش‌تر متصور است. در فقرات (۲ و ۳) ماده (۷۸۸)^۲ به استرداد معدن استخراج‌شده و در صورت عدم موجودیت آن، به تأدیه قیمت آن، همچنان به جبران خسارت عائده به ساحه معدن از اثر استخراج، حکم شده که از آن بیش‌تر هدف ارباب متصور است، چون از جمله مجازات‌های مالی به شمار می‌رود.

۱. «شخصی که در ساحة تثبیت‌شده معادن و منابع نفت و گاز ملکیت عامه، به‌صورت غیرقانونی ساختمان اعمار یا تأسیسات استخراج معدن را نصب نماید، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از یک صدویست هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۷۹۳)

۲. «(۲) مواد مندرج فقره (۱) این ماده استرداد و در صورت عدم موجودیت آن، مرتکب به تأدیه قیمت آن، محکوم می‌گردد. (۳) هرگاه از اثر استخراج غیرقانونی، ساحة معدن، مواد نفت و گاز یا زیربناهای آن‌ها تخریب شده باشد، مرتکب علاوه بر مجازات مندرج در این فصل، به جبران خساره عائده، نیز محکوم می‌گردد.» (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶، ماده ۷۸۸).

نتیجه‌گیری

در این اثر مبنای «جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر» معیار ارزیابی کیفرگذاری در کود جزا، قرار داده شده است.

جمع اهداف کیفر با یکدیگر به صورت کامل در یک یا چندگونه از مجازات امری است که در عمل امکان تحقق ندارد. قانون‌گذار کود جزا، این مبنا را در مواردی مدنظر نگرفته و در انتخاب مجازات‌ها از نظر نوع، یا هدف مشخصی را دنبال نکرده و باهم با تمامیت‌خواهی تام، خواسته به اهداف متعدد متوسل گردد که در نتیجه در بسیار موارد از رسیدن به هدف اصلی نیز بازمانده است که شامل احکام عمومی و جرائم و مجازات‌ها می‌باشد.

بررسی نشان می‌دهد که در مبحث احکام عمومی «تجمیع اهداف کیفر با تدابیر تأمینی» با تحقق کامل این مبنا سازگار نیست.

ارزیابی رعایت مبنای جمع‌ناپذیری اهداف کیفر با یکدیگر در مبحث جرائم و جزاها (فساد اداری)، نشان می‌دهد که این مبنا در فصول جرائم مربوط به محو یا شکستن مهر، سرقت و تلف کردن اوراق و اسناد رسمی و غصب زمین و اموال غیرمنقول رعایت گردیده ولی در فصول مربوطه جرائم رشوت، اختلاس، جرم سوءاستفاده از نفوذ و مجازات آن، سوءاستفاده از وظیفه یا موقف و مجازات آن، افزایش غیرقانونی دارایی و مجازات آن، تزویر، اخاذی و رویه سوء موظفین خدمات عامه در برابر افراد، انتحال وظایف و القاب، ممانعت از تطبیق عدالت و مجازات آن، پول‌شویی و مجازات آن، جرائم علیه آثار تاریخی یا فرهنگی و جرائم علیه معادن، نفت و گاز از جانب قانون‌گذار رعایت نشده و متروک گذاشته شده است.

حتی در فصول مربوط به جرائم ممانعت از تطبیق عدالت و مجازات آن و سوءاستفاده از نفوذ بدیل حبس را که به منظور تحقق هدف اصلاحی وضع می‌گردد و قابلیت جمع با هیچ‌یک از اهداف دیگر را ندارد با سایر اهداف جمع نموده است.

منابع و مآخذ

۱. حاجی ده آبادی، محمدعلی، سلیمی، احسان، (۱۳۹۸)، مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال هشتم، شماره بیست و نهم، ص ۱۰۱-۱۲۹.
۲. دویت، اندریو مک، ادیب، عزت‌الله، (۱۴۰۰)، سروی ملی فساد، دیدبان شفافیت افغانستان، گزارش سروی ملی فساد سال ۱۳۹۹.
۳. رسولی، محمد اشرف و دیگران، (۱۳۹۸)، شرح کود جزا جلد ۲، کابل: بنیاد آسیا.
۴. رسولی، محمد اشرف، (۱۳۹۶)، دوره کامل حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، کابل: نشر انتشارات نشر واژه.
۵. صانعی، پرویز، (۱۳۸۸)، حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، تهران: نشر انتشارات طرح نو.
۶. فیضی، فیض‌الله، نوری، فرید احمد، (۱۳۹۷)، نقد و بررسی تطبیقی و اصلاحی بر کود جزای افغانستان، کابل، فصلنامه علمی پژوهی رنا، دوره نخست ضمیمه شماره ۱۱.
۷. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۰)، حقوق جزای اختصاصی، چاپ هفتم، تهران: نشر موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۸. مقدم، مرتضی میرزایی، (۱۳۸۹)، ارزیابی تأثیر شدت و قطعیت کیفرها در پیش‌گیری از جرم، فصل‌نامه علمی-ترویجی مطالعات پیش‌گیری از جرم، سال پنجم، شماره ۱۶.
۹. وزارت عدلیه، (۱۳۹۶)، کود جزا، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۶۰.
۱۰. وزارت عدلیه، (۱۳۹۷)، قانون مبارزه با فساد اداری، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۳۱۴.

۱۱. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۸۲)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران: نشر انتشارات خورشید.