

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۰، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۸

صفحات ۹۳ تا ۱۱۰

آسیب‌شناسی جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری در افغانستان؛ با نگاهی به کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد

سید محمد حسینی*

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

محمدیحیی بلاغت

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(Email: balaghat@kateb.edu.af)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۶/۱۶)

چکیده

فساد اداری یکی از چالش‌های اساسی افغانستان پس‌اطالبان بوده که به موازات رشد ساختارهای دولتی گسترش یافته است و امروزه با هر معیاری که سنجش شود، افغانستان از جمله کشورهای دارای بیشترین نرخ فساد اداری به‌شمار می‌رود. فساد پیامدهای منفی امنیتی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی داشته، برای مبارزه با آن در سال‌های اخیر اقدامات متعددی صورت گرفته که به دلیل کاستی‌های آن، فاقد کارایی لازم بوده است. آسیب‌های جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری در افغانستان پس‌اطالبان موضوع این تحقیق است. یافته‌های تحقیق بیانگر این است که قوانین پیش از کد جزا جرایمی مانند سوءاستفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی کارکنان دولتی را جرم‌انگاری نکرده و همانند حقوق ایران و برخلاف کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد جرایمی مانند رشوه، اختلاس و جرم در حکم اختلاس را منحصر به «موظف خدمات عامه» نموده و کارزار مبارزه با فساد را کم‌بهره و ناکام ساخته بود. کد جزا که در اواخر سال ۱۳۹۶ ش لازم‌الاجرا شد، این دو ضعف اساسی را رفع کرد، اما خود در جرم‌انگاری جرایم فساد اداری کاستی‌هایی دارد. همچنین تدوین عبارات مواد مربوط به مصادیق فساد اداری در کد جزا، فاقد انسجام بوده، در مواردی تکراری و دارای ابهام است. این مقاله پیشنهاد می‌کند همچنان که نواقص قوانین پیشین در کد جزا رفع شد، اشکالات موجود در آن نیز در زمان تصویب نهایی در قوه مقننه برطرف شود.

واژگان کلیدی

آسیب‌شناسی، افغانستان، جرم‌انگاری، فساد اداری.

مقدمه

فساد اداری و مبارزه با آن در فراز و نشیب تاریخ افغانستان، همانند سایر کشورها کم‌وبیش وجود داشته، اما پس از سقوط طالبان و تشکیل حکومت مردم‌سالار، فساد اداری به موازات رشد ساختارهای دولتی و سرازیر شدن کمک کشورهای خارجی به افغانستان، به میزان بی‌سابقه‌ای گسترش یافته است. بر اساس ارزیابی و گزارش نهادهای بین‌المللی و ملی از شاخص ادراک فساد اداری، افغانستان یکی از فاسدترین کشورهای جهان شمرده شده است (The Asia Foundation, 2016, 6).

سازمان شفافیت بین‌الملل (Transparency International)^۱ در گزارش سال‌های ۲۰۱۲ تا ۲۰۱۷ خود از شاخص ادراک فساد اداری در جهان، افغانستان را جزء فاسدترین کشورهای جهان شمرده است (Transparency International, 2012-2017). در بُعد داخلی نیز ارزیابی‌هایی که از سوی دیدبان شفافیت افغانستان (Integrity Watch Afghanistan)^۲ صورت گرفته، حاکی از فساد گسترده و سیستماتیک در کشور است. مقامات بلندپایه دولتی، مانند رئیس‌جمهور^۳، وزرا، نمایندگان پارلمان و سایر مقامات نیز به گستردگی و سیستماتیک بودن فساد اداری در افغانستان اعتراف کرده‌اند. به گفته رئیس‌جمهور افغانستان، محمد اشرف غنی: «با هر معیاری که سنجش شود، افغانستان یکی از فاسدترین کشورهای روی زمین است. پنجاه سال جنگ تقریباً مستمر، کنترل اجتماعی و نهادی را از بین برده است. سرازیر شدن پول هنگفت به کشور پس از سقوط طالبان در اواخر ۲۰۰۱م که به منظور بازسازی کشور بود، سیستم حسابداری کشور را بیشتر از پیش متلاشی نمود و کاهش داد» (غنی، ۲۰۱۶م). فساد اداری در افغانستان آثار و پیامدهای منفی امنیتی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی داشته و در

۱. سازمان شفافیت بین‌الملل یک سازمان بین‌المللی غیردولتی است که در سال ۱۹۹۳م برای مبارزه با فساد اداری در سطح جهان تأسیس شد و سالانه از شاخص ادراک فساد اداری در کشورهای جهان گزارش ارائه می‌کند. این سازمان از سال ۲۰۰۷م در گزارش سالانه خود از شاخص ادراک فساد اداری، افغانستان را نیز مورد ارزیابی قرار داده است. در این ارزیابی‌ها افغانستان همیشه از جمله کشورهایی با بیشترین نرخ فساد بوده است. برای اطلاعات بیشتر، نک: <https://www.transparency.org>.

۲. دیدبان شفافیت افغانستان (اگرچه عنوان فارسی این نهاد باید دیدبان سلامت افغانستان و مطابق عنوان انگلیسی آن باشد) یک نهاد غیردولتی افغانی است که راجع به فساد اداری در کشور فعالیت دارد. این نهاد چهار گزارش ملی راجع به فساد اداری در سال‌های ۲۰۱۰، ۲۰۱۲، ۲۰۱۴ و ۲۰۱۶ و چندین تحقیق مربوط به فساد اداری در بخش‌های خاص تاکنون منتشر کرده است. در این تحقیقات، فساد اداری فراگیر و گسترده گزارش شده است.

۳. در تاریخ ۱۶ اردیبهشت ۱۳۹۵ در کنفرانس مشترک افغانستان و اتحادیه اروپا در مورد فساد اداری، رئیس‌جمهور افغانستان گسترده بودن فساد اداری در افغانستان را مایه شرم ملی دانست www.khama.com/persian/archive/36718 تاریخ مراجعه: ۱۲ اردیبهشت ۱۳۹۶.

کنار نامنی و بیکاری، یکی از سه معضل کلان و عمده ملی شمره شده و هریک باعث پایداری و تقویت دیگری شده است (The Asia Foundation, 2016, p. 6). نه‌تنها گستردگی فساد در افغانستان معضل اساسی است، بلکه فساد از نوع کلان و در سطوح بالای مدیریتی و با دخالت و مشارکت نیروها و مقامات خارجی مشکل را پیچیده‌تر کرده است (Sepko, 2018).^۱ در سال ۱۳۹۳ش فساد در برگزاری انتخابات، کشور را به بحرانی سوق داد که اگر با مداخله دولت آمریکا به مصالحه و تشکیل حکومت وحدت ملی نمی‌انجامید، عواقب غیرقابل پیش‌بینی داشت. معطوف به چنین معضل ملی است که پیشگیری از فساد اداری و مبارزه با آن اولویت اساسی دولت افغانستان و مورد تأکید کشورها و نهادهای بین‌المللی کمک‌کننده به افغانستان است (The Afghanistan compact 2006 & Self-Reliance Through Mutual Accountability Framework, 2016).

در راستای این ضرورت و الزام است که در افغانستان اقدامات متعدد تقنینی، قضایی، اجرایی و مشارکتی برای مبارزه با فساد در سال‌های اخیر صورت گرفته، اما همچنان فساد در کشور گسترده است و وسعت فساد در افغانستان با وجود اقدامات متعدد دولت افغانستان برای پیشگیری از فساد و مبارزه با آن و ناکامی و یا پیشرفت اندک در این زمینه، ریشه در آسیب‌ها و نواقص منظومه سیاست جنایی افغانستان در مبارزه با فساد اداری به‌ویژه در مسئله جرم‌انگاری و نبود قوانین جرم‌انگارانه جامع، واضح، قابل تطبیق و متناسب با اقتضائات جامعه افغانستان دارد. آسیب‌شناسی جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری که هسته سیاست جنایی افغانستان در قبال فساد اداری شناخته می‌شود، و مقایسه مختصر آن با موارد مشابه در حقوق ایران و کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد موضوع اساسی و اصلی این تحقیق است و مطالعات آسیب‌شناسانه از این سنخ برای موفقیت مبارزه با فساد ضروری است. در این تحقیق نواقص و آسیب‌های جرم‌انگاری جرایم فساد اداری در دو مبحث جرم‌انگاری ناقص و ابهام در جرم‌انگاری که مهم‌ترین اشکالات در عرصه جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری است بررسی شده، راهکارهایی نیز برای رفع این خلأها و نواقص پیشنهاد خواهد شد.

جرم‌انگاری ناقص

نواقص جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری در قوانین پیش از کد جزا^۲ مانند قانون جزای

۱. جان سپکو، سربازرس ایالات متحده آمریکا برای افغانستان، در یک مصاحبه به نقش و تأثیر غیرعمدی آمریکا در گسترش فساد اداری در افغانستان تأکید کرد، نک: <https://www.darivoo.com/a/sepko-sigar-afghan-government-us-corruption/3760740.html> تاریخ مراجعه: ۵ مارس ۲۰۱۸.

۲. کد جزا در اواخر ۱۳۹۶ش لازم‌الاجرا شد و قوانین جزایی ماهوی غیر از قوانین جزایی نظامی را نسخ کرد.

۱۳۵۵ش، قانون مبارزه با ارتشا و فساد اداری ۱۳۸۳ش و قانون نظارت بر استراتیژی مبارزه علیه فساد اداری ۱۳۸۷ش، مبارزه با فساد اداری در افغانستان پسا طالبان را متأثر ساخته، یکی از مشکلات دستگاه عدلی و قضایی افغانستان در مبارزه با فساد اداری بود. عدم جرم‌انگاری صریح جرایمی مانند سوءاستفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی کارکنان دولتی و جرم‌انگاری ناقص بعضی از مصادیق فساد اداری مانند رشوه، اختلاس و جرایم در حکم اختلاس عمده‌ترین اشکالات قوانین پیش از کد جزا شمرده می‌شود. هرچند کد جزا عمده این نواقص را رفع کرده، اما این قانون نیز دارای نواقصی در جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری است.

۱. عدم جرم‌انگاری

یکی از آسیب‌های قوانین افغانستان در مبارزه با فساد اداری، عدم جرم‌انگاری جامع مصادیق فساد اداری است. عناوین مجرمانه خاصی مانند سوءاستفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی کارکنان دولتی در قوانین پیش از کد جزا به صراحت جرم‌انگاری نشده بود، درحالی که این رفتارها، همانند رشوه و اختلاس، مطابق با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد از جمله جرایم فساد اداری است (کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، مواد ۱۸ و ۲۰) و از اعمال شایع در کشور بوده و نظام اداری کشور را در شرایط فعلی با چالش مواجه نموده است. در قانون جزا عناوین مجرمانه و عناصر جرایم سوء استفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی کارکنان دولتی ذکر نشده است؛ هرچند در جزء ۱۱ ماده ۴ قانون نظارت بر تطبیق استراتیژی مبارزه علیه فساد اداری افزایش غیرقانونی دارایی از جمله مصادیق فساد اداری بیان شده، اما به دلیل نبود تعریف و تعیین عناصر و مجازات آن و ارجاع به قانون جزا در تعیین عناصر و مجازات، فاقد اثر حقوقی - قضایی است. عدم جرم‌انگاری و تعیین مجازات و عناصر مجرمانه سوء استفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی کارکنان دولتی مطابق با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد نبود؛ هرچند مقررات مربوط به سوء استفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی از جمله مقررات الزامی کنوانسیون نیست. این نقص سیاست جنایی واکنشی افغانستان در مبارزه با فساد اداری به‌ویژه در در زمینه سوءاستفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی را به چالش کشیده و تعقیب قضایی مرتکبان را دشوار ساخته بود.

کد جزا عناوین پیش‌گفته را جرم‌انگاری، عناصر مجرمانه و مجازات آن را تعیین، و راه را برای سرکوب کیفری اعمال یادشده باز کرده است. فصل سوم باب چهارم کد جزا، به جرم سوءاستفاده از نفوذ اختصاص یافته است. جرم سوءاستفاده از نفوذ در ماده ۱۸ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد ۲۰۰۳م که افغانستان نیز عضو آن است، پیش‌بینی شده و از مصادیق فساد اداری شناخته شده است. اگرچه ماده ۱۸ کنوانسیون یادشده از قواعد الزامی نیست، اما

بر اساس رویکرد جرم‌انگاری حداکثری قانون‌گذار افغانستان در موضوع فساد اداری و به دلیل پیامدهای این عمل و به خصوص شیوع گسترده آن در افغانستان، قانون‌گذار در کد جزا اقدام به جرم‌انگاری آن نموده است.

سوءاستفاده از نفوذ، ناقض حاکمیت قانون و منافی شایسته‌سالاری در ادارات به‌ویژه در روند استخدام است و موجب استفاده ناهق از امکانات و امتیازات عمومی می‌شود. این عمل دارای پیامدهای منفی و مخرب برای جامعه و نظام اداری کشور است. سوءاستفاده از نفوذ موجب انحراف دستگاه اداری کشور از مسیر قانون و عدالت شده، از استخدام افراد لایق و توانمند در ادارات جلوگیری می‌کند و به‌جای آن افرادی را که فاقد شایستگی و توانایی لازم هستند بر مسند ادارات می‌نشانند. این مسئله بر کارایی و اثربخشی ادارات تأثیر منفی می‌گذارد و امور اجرایی اداره را از مسیر قانونی منحرف کرده، موجب استفاده‌های نامشروع افراد خاص از امتیازات و امکانات عمومی برخلاف قانون می‌شود.

قانون‌گذار افغانستان برای اولین بار در کد جزا و با در نظر گرفتن ماده ۱۸ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، سوءاستفاده از نفوذ را جرم‌انگاری و ضمن تعیین عناصر مشکله، مجازات آن را نیز پیش‌بینی کرده است. در ماده ۳۹۹ کد جزا مقرر شده است: «شخصی که یکی از اعمال ذیل را انجام دهد، مرتکب جرم سوءاستفاده از نفوذ شناخته می‌شود: ۱- تقاضا یا قبول مستقیم یا غیرمستقیم منفعت نامشروع توسط موظف خدمات عامه یا موظف دولت خارجی یا سازمان بین‌المللی یا مؤسسه بین‌الحکومتی یا مؤسسه غیردولتی یا شخص دیگر طوری که اشخاص مذکور از نفوذ واقعی یا فرضی خود یا دیگری بمنظور کسب منفعت نامشروع مادی یا معنوی از یک اداره یا مقام دولتی سوءاستفاده نمایند. ۲- وعده یا پیشنهاد یا اعطای مستقیم یا غیرمستقیم منفعت نامشروع به موظف خدمات عامه یا موظف دولت خارجی یا سازمان بین‌المللی یا بین‌الحکومتی یا مؤسسه غیردولتی یا شخص دیگر طوری که اشخاص مذکور از نفوذ واقعی یا فرضی خود یا دیگری بمنظور کسب منفعت نامشروع از یک اداره یا مقام رسمی به نفع تحریک‌کننده اصلی یا شخص دیگری سوءاستفاده نمایند. ۳- هرگاه موظف خدمات عامه یا شخص دارای نفوذ بمنظور استخدام یک شخص از موقف خود سوءاستفاده نماید».

کد جزا در جزء یک ماده ۳۹۹، جرم سوءاستفاده از نفوذ و تحریک به آن را در جزء دوم به‌عنوان جرایم فساد اداری جرم‌انگاری کرده است. این ماده برابر ماده ۱۸ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد است که دو جرم سوءاستفاده از نفوذ به صورت فعال در جزء یک و سوءاستفاده از نفوذ به صورت منفعل در جزء دوم ماده ۱۸ بیان شده است. در کد جزا جزء یک و دو به‌جای یکدیگر ذکر شده است.

عنصر مادی سوءاستفاده از نفوذ، عبارت است از تقاضا یا قبول منفعت نامشروع و غیرقانونی

به صورت مستقیم یا غیرمستقیم برای اعمال نفوذ و عنصر مادی تحریک به سوءاستفاده از نفوذ وعده یا اعطای مستقیم یا غیرمستقیم منفعت نامشروع برای سوءاستفاده از نفوذ. منفعت در این ماده، اعم از منفعت مادی و غیرمادی است. منفعت مادی شامل وجه نقد و سایر اموال مادی و ملموس، و منفعت غیرمادی مانند کامروایی جنسی است. بنابراین در صورتی که فرد بدون درخواست و یا دریافت منافع غیرقانونی اعمال نفوذ غیرقانونی و ناروا نماید، رفتار مجرمانه جرم پیش گفته محقق نشده است. همچنین مرتکب این جرم عام است و منحصر به کارکنان و مقامات دولتی نیست. نامشروع بودن اعمال نفوذ شرط تحقق این جرم بوده و اعمال نفوذ مشروع از قلمرو این جرم خارج است.

در حقوق ایران نیز سوءاستفاده از نفوذ بر اساس قانون مجازات اعمال نفوذ، برخلاف حق و مقررات قانونی ۱۳۱۵ش جرم‌انگاری شده و عنصر مادی آن همانند مقررات کد جزا است. مرتکب این جرم عام است و منحصر به مقامات و کارکنان دولتی نیست. همچنین این جرم مقید به اعمال نفوذ نامشروع و غیرقانونی است و اعمال نفوذ در چارچوب مقررات و قانون مشمول این جرم نیست و سوءاستفاده از نفوذ فعال و منفعل جرم‌انگاری شده است (کوشا، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱). اما از نظر مجازات تفاوت‌هایی بین حقوق افغانستان و ایران دیده می‌شود. در کد جزا مجازات سوءاستفاده از نفوذ بر اساس میزان منفعت درجه‌بندی شده است (کد جزا، ماده ۴۰۰)، اما در قانون اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی ایران چنین درجه‌بندی دیده نمی‌شود. در کیفرگذاری، کد جزا تناسب را بهتر رعایت کرده، اما از نظر رعایت فردی شدن مجازات قانون پیش گفته ایران، مجازات سوءاستفاده از نفوذ از سوی وکلای مدافع را تشدید نموده است (قانون اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی، ماده ۴). در کد جزا فردی شدن مجازات نسبت به وکلای مدافع رعایت نشده و دارای اشکال است.

۲. جرم‌انگاری ناقص

در موضوع رشوه، اختلاس و جرایم در حکم اختلاس که مهم‌ترین مصادیق فساد اداری است، جرم‌انگاری به صورت ناقص صورت گرفته، قانون جزا همه موارد و اشکال این جرایم را شامل نمی‌شود. عناوین مجرمانه رشوه، اختلاس و جرم در حکم اختلاس، تنها شامل بخش دولتی بود و از ارتشا و اختلاس در بخش بزرگ غیردولتی به معنای عام کلمه و نیز در سازمان‌های بین‌المللی و نمایندگی دولت‌های خارجی در افغانستان غفلت شده بود (قانون جزا، ماده ۲۵۴ و ۲۶۸). در ماده ۲۵۴ قانون جزا مرتشی و در ماده ۲۶۸ مرتکب اختلاس منحصر به موظف خدمات عامه شده بود و عنوان مجرمانه ارتشا و اختلاس در بخش غیردولتی جرم‌انگاری نشده بود. به همین دلیل رسیدگی به قضیه کابل بانک که یک بانک غیردولتی بود و اموال و دارایی

آن از سوی تعدادی از دست‌اندرکاران آن تملک شده بود، به‌عنوان اختلاس با مشکل نبود نص قانونی مواجه بود.

توسعه مفهومی که در قانون نظارت بر استراتیژی مبارزه علیه فساد اداری در مصادیق فساد اداری از جمله رشوه، اختلاس و جرم در حکم اختلاس صورت گرفته بود، به دلیل ارجاع به قانون جزا در تعیین عناصر مجرمانه و مجازات، اثر حقوقی نداشته و موجب گسترش این جرایم به اشخاص غیر از موظف خدمات عامه نشده است.^۱ در ماده ۷ قانون نظارت بر استراتیژی مبارزه علیه فساد اداری، احکام آن علاوه بر ادارات دولتی شامل بانک‌ها، مؤسسات غیردولتی بین‌المللی و خصوصی طرف معامله مالی با دولت نیز دانسته شده است. اما این ماده به دلیل اینکه قانون یادشده در تعیین عناصر و ارکان جرم و تعیین مجازات جرایم مشمول، به قانون جزا ارجاع داده و در قانون جزا مجازات این جرایم در بخش غیردولتی مشخص نشده، فاقد اثر خاصی در توسعه مفهومی این جرایم بوده است.

به‌منظور رفع نواقص یادشده، کد جزا تغییرات مهم و اساسی در قلمرو جرم‌انگاری جرایم فساد اداری به‌وجود آورد و تا حد زیادی این اشکالات را رفع نمود؛ به‌گونه‌ای که توشیح کد جزا از سوی رئیس‌جمهور که به‌عنوان فرمان تقنینی بر اساس ماده ۷۹ قانون اساسی افغانستان صادر شده، برجسته‌ترین دستاورد در زمینه تعقیب قضایی جرایم فساد اداری دانسته شده است (یوناما، ۲۰۱۸، ص ۱۵).

کد جزا، نواقص متعدد قوانین جزایی پیشین را در جرم‌انگاری مصادیق فساد رفع کرده، اما خود دارای نواقصی در جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری است.

این قانون عناوین مجرمانه‌ای مانند رشوه و اختلاس را از بخش دولتی به بخش غیردولتی و خصوصی گسترش داده است؛ برای مثال در ماده ۳۷۰ کد جزا آمده است: مرتکب جرم رشوه علاوه بر موظف خدمات عامه، موظف دولت خارجی یا سازمان بین‌المللی یا بین‌الحکومتی یا مؤسسه غیردولتی یا موظف مؤسسه خصوصی است که خدمات عام‌المنفعه انجام می‌دهد و به‌منظور اجرا یا امتناع از وظیفه‌ای که به آن مکلف است یا به‌منظور احراز یا حفظ موقف مشخص به اسم خود یا شخص یا نهاد دیگری به شکل مستقیم یا غیرمستقیم، پول، مال یا منفعت نامشروع را اخذ کرده، طلب یا وعده پرداخت آن را بگیرد یا به عنوان بخشش آن را قبول کند یا شخصی به مقاصد یادشده، پول، مال یا منفعت نامشروع را به شکل مستقیم یا غیرمستقیم به اشخاص پیشکش نماید یا وعده پرداخت آن را بدهد، عمل مذکور رشوه شناخته می‌شود. عبارت ماده ۳۷۰ کد جزا عمومیت لازم را دارد و رشوه‌گیرنده علاوه بر موظف خدمات عامه،

۱. برای دیدن نظر مخالف، ر.ک. صادقی، احمدرضا (۱۳۹۴)، سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرایم فساد اداری، کابل: نشر واژه.

شامل موظفین دولت خارجی، نهادهای غیردولتی و مؤسسات خصوصی نیز می‌شود و از این نظر در راستای ماده ۲۱ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد است. اگرچه ماده ۲۱ کنوانسیون از مقررات الزامی شمرده نمی‌شود، اما در شرایط فعلی جامعه افغانستان که در آن مؤسسات غیردولتی بسیار فعال هستند، چنین جرم‌انگاری ضروری است؛ همچنان که در کشورهای دیگر نیز توسعه مفهومی رشوه در فرایند زمان رخ داده است (عبدالملک، ۲۰۰۸، ص ۴). در حقوق ایران و بر اساس قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری و ماده ۵۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش مرتشی منطبق با مفهوم موظف خدمات عامه است که شامل کارکنان دولتی و داوران، ممیزان و کارشناسان است و ارتشا در بخش خصوصی فراتر از بعضی موارد یادشده در ماده ۵۸۸ قانون مجازات اسلامی جرم‌انگاری نشده (شامبیاتی، ۱۳۸۲، ص ۴۳۸) و از این نظر با کد جزا متفاوت و مطابق قانون جزای افغانستان است.

موضوع جرم رشوه در کد جزا، همانند قانون جزا از عمومیت لازم برخوردار است و شامل طلب، دریافت، و یا گرفتن وعده پرداخت پول، مال و یا سایر منافع نامشروع و از طرف دیگر پرداخت، پیشکش و یا وعده پرداخت پول، مال و یا سایر منافع است که بیانگر عمومیت رشوه از نظر موضوع جرم نیز می‌باشد. همچنین مشروعیت و یا عدم مشروعیت انجام و یا خودداری از انجام عملی که مرتکب بر اساس وظیفه مکلف به آن است تأثیری بر مجرمانه بودن عمل ندارد، چنانچه در حقوق ایران نیز عدم مشروعیت عمل مرتکب شرط نیست (میر محمد صادقی، ۱۳۸۳، ص ۳۸۲). در نهایت کد جزا بر اساس ماده ۳۸۳ شروع به رشوه دادن یا رشوه گرفتن را در حکم ارتکاب رشا و ارتشا و به‌عنوان جرم تام دانسته است. اما با وجود این همه توسعه، رشا و ارتشا در حزب سیاسی و جمعیت^۱ مورد غفلت قرار گرفته است، زیرا به دلیل تصریح به جمعیت در جرم اختلاس و جرم اختلاس (ماده ۳۸۸ و ۳۸۹) و به دلیل حصری بودن موارد یادشده در ماده ۳۷۰ و بر اساس تعریف قانونی مؤسسه غیردولتی و مؤسسه خصوصی، این اصطلاحات شامل جمعیت و حزب سیاسی نیست. امید که در تصویب نهایی کد از سوی قوه مقننه این اشکال نیز رفع شود و رشوه از جانب موظف حزب سیاسی و جمعیت نیز مشمول جرم‌انگاری گردد.

همانند توسعه مفهومی رشوه در کد جزا، جرم اختلاس و جرم اختلاس نیز توسعه یافته است. قانون‌گذار بر اساس ماده‌های ۳۸۸ و ۳۸۹ کد جزا، اختلاس و جرم اختلاس را نسبت به ماده ۲۶۸ قانون جزای ۱۳۵۵ ش گسترش داده و مقرر نموده است: «هرگاه موظف خدمات عامه یا موظف مؤسسه غیردولتی، مؤسسه خصوصی یا جمعیت که از طرف دولت یا

۱. جمعیت به تشکیلات داوطلبانه، غیرانتفاعی و غیرسیاسی اطلاق می‌شود.

مؤسسه غیردولتی یا خصوصی به انجام خدمات عام‌المنفعه استخدام شده یا خدمات عمومی را انجام می‌دهد، وجوه، اوراق بهادار یا دارایی مرجع مربوط یا شخصی را که به حکم وظیفه به وی سپرده شده یا مکلف به اداره و حفاظت آن باشد، بدون حق، تحت تصرف مالکانه خود در آورد یا آن را از حساب مرجع مربوطه یا شخص به نفع خود یا دیگری خارج یا پنهان یا حیف و میل نماید، مرتکب جرم اختلاس گردیده، مطابق احکام مندرج این فصل، مجازات می‌گردد».

چنین توسعه‌ای مطابق با ماده ۲۲ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد و ضرورت‌های جامعه فعلی افغانستان است. در کد جزا داخلی بودن مؤسسه‌های غیردولتی و خصوصی و یا جمعیت شرط دانسته نشده است. بنابراین موظف مؤسسات غیردولتی خارجی و نیز مؤسسات خصوصی خارجی مشمول این ماده است. همچنین بر اساس ماده ۳۸۹ که مربوط به جرم در حکم اختلاس است^۱، مرتکب جرم از موظف خدمات عامه فراتر رفته و شامل موظف مؤسسه غیردولتی، مؤسسه خصوصی و جمعیت نیز شده است.

آنچه در این زمینه گفتنی است، ذکر نشدن موظف احزاب سیاسی به‌عنوان مرتکب جرم اختلاس است، زیرا احزاب سیاسی شامل تعریف مؤسسه غیردولتی (N.G.Os)، مؤسسه خصوصی و جمعیت نیست. مؤسسه غیردولتی سازمان غیردولتی، غیرسیاسی و غیرانتفاعی است که خدمات اجتماعی و عام‌المنفعه ارائه می‌کند (قانون مؤسسات غیردولتی (N.G.Os) ماده ۵). مؤسسات خصوصی نهادهایی هستند که از سوی شخص حقیقی یا حکمی غیر از دولت و برای منفعت اقتصادی تأسیس شده‌اند و جمعیت به تشکیلات داوطلبانه، غیرانتفاعی و غیرسیاسی اطلاق می‌شود (قانون جمعیت‌ها مصوب ۱۳۹۲ ش، ماده ۲). اما احزاب سیاسی شامل هیچ‌یک از دسته‌های یادشده در ماده نیست، زیرا این احزاب نهادهای غیردولتی و غیرانتفاعی، اما سیاسی هستند و از این نظر کد جزا هم در جرم رشوه و هم در جرم اختلاس دارای نقص است و لازم است که در تصویب نهایی کد جزا از سوی قوه مقننه^۲، موظف احزاب سیاسی نیز در کنار مؤسسات یادشده در ماده‌های موردبحث درج گردد.

همچنین در جرم اختلاس و جرم در حکم اختلاس، تملک اموال اداره مربوطه از سوی موظف دولت‌های خارجی و نیز سازمان‌های بین‌المللی و بین‌الحکومتی مقیم در افغانستان در ماده ۳۸۸ و فقره یک ماده ۳۸۹ ذکر نشده است و برخلاف جرم رشوه، مشمول حکم اختلاس

۱. تفاوت اصلی جرم در حکم اختلاس از جرم اختلاس در موضوع این جرایم است. موضوع جرم اختلاس اموال و

جرم در حکم اختلاس منافع ادارات یادشده در ماده ۳۸۸ و ۳۸۹ است.

۳. کد جزا بر اساس ماده ۷۹ قانون اساسی در زمان تعطیلی پارلمان به‌عنوان فرمان تقنینی از سوی کابینه تصویب و از جانب رئیس‌جمهور توشیح و لازم‌الاجرا شده است و تا زمان رد یا تعدیل و یا تصویب در پارلمان در حکم قانون است.

نیست. دلیل واضحی برای تفاوت‌گذاری رشوه با اختلاس از نظر موظف دولت‌های خارجی و سازمان‌های بین‌المللی و بین‌الحکومتی وجود ندارد که قانون‌گذار در جرم رشوه موظف دولت خارجی و سازمان بین‌المللی یا بین‌الحکومتی را مشمول جرم رشوه می‌داند، اما در اختلاس و جرم اختلاس آن‌ها را ذکر نمی‌کند؛ درحالی که جرم اختلاس و در حکم اختلاس نیز از نظر نهادهای مشمول و مورد حمایت، همانند جرم رشوه باید باشد و ضمن نهادهای یادشده و مورد حمایت در ماده‌های پیش‌گفته، نمایندگی دولت‌های خارجی، سازمان‌های بین‌المللی و بین‌الحکومتی و احزاب سیاسی نیز بایستی به‌عنوان جرم اختلاس و جرم در حکم اختلاس مورد حمایت قرار می‌گرفت.

قانون‌گذار در فقره دوم ماده ۳۸۹ کد جزا، قابل‌گذشت بودن جرم اختلاس و جرم در حکم اختلاس را در صورتی که زیان‌دیده مؤسسه غیردولتی و یا بخش خصوصی باشد، این‌گونه بیان نموده است: «هرگاه جرم مندرج ماده ۳۸۸ این قانون و فقره (۱) این ماده در نمایندگی دولت خارجی یا سازمان بین‌المللی یا بین‌الحکومتی یا مؤسسه غیردولتی و یا بخش خصوصی ارتکاب گردد، تحریک دعوی جزایی و تعقیب عدلی قضیه یا انصراف از آن منوط به درخواست مرجع مربوط می‌باشد. اشخاص دارای مصونیت دیپلوماتیک از این حکم مستثنی می‌باشند».

با توجه به عدم ذکر جمعیت در این فقره، از ظاهر عبارت استنباط می‌شود که در صورت ارتکاب این جرم در جمعیت، نیاز به درخواست نماینده مرجع مربوطه نیست، اما دلیل واضحی برای تفکیک سازمان غیردولتی و مؤسسه خصوصی از جمعیت از نظر قابل‌گذشت بودن دیده نمی‌شود. جالب‌تر اینکه به قابل‌گذشت بودن اختلاس و جرم در حکم اختلاس در نمایندگی دولت خارجی و سازمان بین‌المللی و بین‌الحکومتی در این فقره تصریح شده است؛ درحالی که در ماده ۳۸۸ و فقره یک ماده ۳۸۹، این موارد جرم‌انگاری نشده و این بخش از فقره دوم زائد به‌نظر می‌رسد و بیانگر عدم دقت در تدوین قانون است. البته نمی‌توان این فقره را به مفهوم جرم‌انگاری تصرفات مالکانه موظفین دولت‌های خارجی و سازمان‌های بین‌المللی در اموالی که به مناسبت وظیفه در تصرف آن‌هاست، به‌عنوان جرم اختلاس دانست، زیرا موضوع این فقره قابل‌گذشت بودن این موارد است، نه جرم‌انگاری آن‌ها^۱. درحقیقت بدون جرم‌انگاری موارد یادشده قابل‌گذشت دانستن آن‌ها منطقی‌متصور نیست. در حقوق ایران به دلیل عدم جرم‌انگاری اختلاس در بخش غیردولتی، جرم اختلاس کلاً از جرایم غیرقابل‌گذشت است.

۱. در جلسات کمیته شرح کد جزا که تعدادی از حقوق‌دانان اشتراک دارند و نویسنده وظیفه شرح ماده‌های مربوط به جرایم فساد اداری و مالی کد جزا را به‌عهده داشت، برخی از اشتراک‌کنندگان برخلاف نظر نویسنده، فقره دوم ماده ۳۸۹ کد جزا را به مفهوم جرم‌انگاری تملک اموال اداره از سوی موظف دولت خارجی، سازمان بین‌المللی و یا بین‌الحکومتی دانسته‌اند.

جرم‌انگاری جرم سوءاستفاده از نفوذ، در کد جزا نیز دارای خلأ و نقص است و این جرم برخلاف رشوه، حکم واسطه سوءاستفاده از نفوذ را بیان نکرده است. سوءاستفاده از نفوذ همانند رشوه‌خواری می‌تواند دارای واسطه باشد و در مواردی که رفتار واسطه متصف به تحریک به انجام جرم یا موافقت در انجام آن و یا ارائه تسهیلات ارتکاب جرم به مباشر جرم نباشد، به واسطه معاون جرم گفته نمی‌شود و بنابراین، عمل واسطه فاقد عنصر قانونی و غیرقابل مجازات است (کد جزا، ماده ۵۹). پس کد جزا معطوف به واسطه سوءاستفاده از نفوذ نیازمند اصلاح است که باید به حکم واسطه سوءاستفاده از نفوذ در ماده ۳۹۹ تصریح شود.

یکی دیگر از اعمالی که در کد جزا جرم‌انگاری شده است، ولی در قانون جزا وجود نداشت، جرم افزایش قابل ملاحظه (بیش از پانصد هزار افغانی) و غیرقانونی دارایی موظف خدمات عامه یا همسر و فرزندش است. ماده ۴۱۹ مقرر کرده است: «(۱) هرگاه دارایی موظف خدمات عامه، همسر و اطفال وی به تناسب دارایی ثبت شده و عواید قانونی وی، به‌طور قابل ملاحظه افزایش یابد و وی نتواند سبب و منبع مشروع آن را به صورت مستدل توجیه نماید، مرتکب جرم افزایش دارایی غیرقانونی شناخته شده، مطابق احکام این فصل، مجازات می‌گردد». این جرم وابسته به ثبت دارایی موظف خدمات عامه است که مطابق با قانون اشاعه و ثبت دارایی‌های مقامات و کارکنان دولتی الزامی است. قانون‌گذار در این جرم‌انگاری از ماده ۲۰ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد پیروی کرده است. اگرچه کد جزا در کنار موظف خدمات عامه افزایش غیرقانونی دارایی همسر و فرزند موظف خدمات عامه را نیز مشمول این جرم دانسته است، در ماده ۵ قانون اشاعه و ثبت دارایی‌های مقامات و کارکنان دولتی مصوب ۱۳۹۶ش، تکلیف ثبت و اشاعه علاوه بر فرزندان و همسر مستخدم دولتی، شامل پدر و مادر وی نیز می‌شود و کد جزا از این نظر شمولیت تام ندارد. پیشنهاد می‌شود مطابق قانون اشاعه و ثبت دارایی‌های مقامات و کارکنان دولتی، افزایش بی‌تناسب و غیرقانونی دارایی والدین نیز جرم‌انگاری شود.

ابهام در جرم‌انگاری

یکی از نواقص کد جزا در جرم‌انگاری مصادیق فساد اداری که در قوانین قبل از کد جزا کمتر مشاهده شده، ابهام عبارات بعضی از ماده‌های کد جزا است. ابهام در قوانین سبب تفسیرهای قضایی مختلف شده و تطبیق یکسان قانون را خدشه‌دار ساخته است. برای مثال، در پایان فقره دوم ماده ۳۸۹، عبارت «اشخاص دارای مصونیت دیپلماتیک از این حکم مستثنی می‌باشند» ذکر شده است که مفهوم روشنی ندارد. تعبیر این حکم مستثنی است که در عبارت پیش‌گفته بیان شده، اگر راجع به فقره دوم این ماده باشد که خود بخشی از فقره دوم و مربوط به قابل

گذشت بودن این جرایم است، مفهوم واضحی ندارد. بنابراین، عبارت یادشده باید راجع به ماده ۳۸۸ و فقره یک ماده ۳۸۹ باشد که اشاره به مصونیت دیپلماتیک دارد. ذکر این مورد ضمن اینکه مجمل است زائد نیز به نظر می‌رسد، زیرا نخست اینکه این مسئله تابع قواعد عمومی است و نیازی به ذکر نیست و دوم اینکه در جرایم در حکم اختلاس نمایندگی دولت‌های خارجی و سازمان‌های بین‌المللی و بین‌الحکومتی خارج از دامنه مفهومی این جرم ترسیم شده و در ماده ذکر نشده است.

در ادامه به ابهام ماده‌های کد جزا در جرایم در حکم اختلاس افزوده شده است. قانون‌گذار در کد جزا با رویکرد جرم‌انگاری حداکثری و تحمل صفر در برابر جرایم فساد اداری، به‌ویژه ارتشا و اختلاس و جرم در حکم اختلاس، در صدد سرکوب همه مظاهر این جرایم بوده است. به‌خصوص در ماده ۳۹۷ کد جزا قانون‌گذار هرگونه استفاده غیرقانونی از وجوه نقدی در اختیار موظف خدمات را به‌طور مطلق، اعم از اینکه در عناوین مجرمانه اختلاس و جرم در حکم اختلاس مندرج باشد یا نه، قابل مجازات دانسته است. قانون‌گذار در کد جزا به‌منظور رعایت احکام کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، دامنه شمول اختلاس و جرم در حکم اختلاس را از اموال دولتی و نهادهای عمومی به اموال نهادهای غیردولتی نیز گسترش داده، اما در فرایند تدوین ماده‌های فصل مربوط به اختلاس دچار اضطراب و پراکنده‌گویی زیادی شده است. به همین دلیل، ماده‌های فصل مربوط به اختلاس در مواردی تکراری و بسیار مبهم است. برای مثال، ماده‌های ۳۹۴ و ۳۹۵ کد جزا درحقیقت تعیین مجازات فقره یک ماده ۳۸۹ و ماده ۳۹۰ است، درحالی که عبارات آن بیانگر جرم‌انگاری جدید می‌باشد. ذکر غدر در عنوان ماده ۳۹۴ که یک اصطلاح مانوس و آشنا در سیستم قضایی افغانستان است، ابهام را مضاعف ساخته و این برداشت را تقویت کرده که ماده ۳۹۴ و ماده بعدی جرم‌انگاری جدید و متفاوت از جرایم یادشده در ماده‌های ۳۸۹ و ۳۹۰ است. این استنباط با دو مشکل اساسی مواجه است؛ نخست اینکه با توجه و دقت به رابطه این دو ماده با ماده‌های دیگر این فصل و معطوف به سابقه این ماده در قانون جزا، مشخص می‌شود که محتوا و عبارات آن تفاوت ماهوی با فقره یک ماده ۳۸۹ و ماده ۳۹۰ که تحت عنوان جرم در حکم اختلاس بیان شده است، ندارد و عناصر مجرمانه یادشده در آن‌ها مشابه هم‌اند. اگر به سابقه ماده‌های ۳۹۴ و ۳۹۵ مراجعه شود، مشاهده می‌گردد که این دو ماده با اندک تفاوت، تکرار ماده ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون جزای ۱۳۵۵ش است که مفهوم آن‌ها با عبارات جدید در قالب فقره یک ماده ۳۸۹ و ماده ۳۹۰ بیان شده است، دوباره همان دو ماده با اندک تفاوت، در قالب ماده ۳۹۴ و ۳۹۵ کد جزا تکرار شده است و محتوای متفاوتی ندارد. دوم، در صورتی که ماده‌های ۳۹۴ و ۳۹۵ را جرم‌انگاری جدید بدانیم، جرایم یادشده در فقره یک ماده ۳۸۹ و نیز ماده ۳۹۰ فاقد مجازات می‌مانند. در سرتاسر فصل مربوط به اختلاس به

جز همین دو ماده، مجازات جرایم در حکم اختلاس بیان نشده است. اما عبارات ماده‌های ۳۹۴ و ۳۹۵ بیانگر جرم‌انگاری جدید است، نه تعیین مجازات. در ماده ۳۹۴ مقرر شده است که «کسب منفعت از طریق غدر: شخصی که به سبب عقد قرارداد یا سنجش مالیات یا محصول گمرکی، منفعت غیرقانونی را حاصل نموده باشد، به حبس متوسط تا سه سال، محکوم می‌گردد». عبارات ماده ۳۹۵ نیز تبیین‌کننده عناصر مجرمانه است: «(۱) هرگاه موظف خدمات عامه که در اداره قراردادهای یا تدارکات، عواید، واردات یا سایر امور متعلق به دولت و یا در مراقبت آن مکلفیت مستقیم داشته باشد و به اثر آن در یکی از امور فوق به اسم خود یا به اسم شخص دیگری، برای خود مفادی حاصل کند یا به حصول آن تشبث نماید، به حبس قصیر، محکوم می‌گردد. (۲) هرگاه منفعت حاصله مندرج فقره (۱) این ماده بیش از یکصد هزار افغانی باشد، مرتکب به حبس متوسط تا سه سال، محکوم می‌گردد». عبارات پیش‌گفته لحن تعیین مجازات جرم نامبرده را ندارد و بیانگر جرم‌انگاری جدید است. اما این برداشت منطقی نیست و پیامدهای یادشده در توجیه برداشت اول را به‌دنبال دارد. تفکیک بین تعریف جرایم و تعیین مجازات برای جرایم در ماده‌های متعدد که در کد جزا دنبال شده است، این‌گونه ناهماهنگی‌ها را در پی دارد.

پیشنهاد می‌شود که در تصویب نهایی کد جزا، نخست، ماده‌های ۳۹۴ و ۳۹۵ حذف گردد و در قالب یک ماده مجازات جرایم در حکم اختلاس یادشده در فقره یک ماده ۳۸۹ و نیز ماده ۳۹۰ پیش‌بینی شود و بی‌فاصله پس از ماده‌های پیش‌گفته بیاید. دوم، موظف دولت خارجی و سازمان بین‌المللی و بین‌الحکومتی و حزب سیاسی نیز به‌عنوان مرتکب اختلاس و جرم در حکم اختلاس در ماده‌های ۳۸۸ و ۳۸۹ ذکر شود تا ضمن اینکه ابهام ماده‌های فصل اختلاس رفع می‌شود، شمولیت این جرم بر همه موارد لازم نیز تأمین گردد.

در قسمت پایانی جزء یک ماده ۳۹۹ راجع به سوءاستفاده از نفوذ، عبارت «طوری که اشخاص مذکور از نفوذ واقعی یا فرضی خود یا دیگری بمنظور کسب منفعت نامشروع مادی یا معنوی از یک اداره یا مقام دولتی سوءاستفاده نمایند» آمده است. از نحوه تدوین این جزء دو نوع استنباط صورت می‌گیرد: استنباط اول این است که عنصر مادی این جرم مرکب از درخواست و یا دریافت منافع نامشروع از سوی مرتکب و سوءاستفاده مرتکب از نفوذ واقعی یا ادعایی و فرضی خود او و یا شخص دیگر است؛ یعنی رفتار مجرمانه جرم سوءاستفاده از نفوذ زمانی تکمیل می‌شود که علاوه بر درخواست و یا دریافت منافع نامشروع، مرتکب از نفوذ خود یا شخص دیگر سوءاستفاده کند. در صورتی که مرتکب درخواست و یا دریافت نماید، اما از نفوذ سوءاستفاده نکند، رفتار مجرمانه کامل نشده است.

برداشت دوم از عبارت یادشده این است که عنصر مادی جرم سوءاستفاده از نفوذ، صرف

درخواست و یا دریافت منافع ناروا و غیرقانونی است که این، جرم مطلق شمرده می‌شود. اعمال نفوذ ناروا و سوءاستفاده از نفوذ، غایت و یا به تعبیر دیگر دلیل دریافت و یا درخواست منافع نامشروع از سوی مرتکب است. دلیل این برداشت، واژه نفوذ فرضی و ادعایی است. نفوذ فرضی و ادعایی به معنای عدم نفوذ است و در صورت فقدان نفوذ، اعمال نفوذ ناروا در ذات خود منتفی است. تدوین ماده ۱۸ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد نیز این استنباط را تقویت می‌کند. در فقره اول ماده پیش گفته بیان شده است که «وعده، پیشنهاد یا دادن مستقیم یا غیرمستقیم امتیاز ناروا به یک مقام دولتی یا هر شخص دیگر برای اینکه آن مقام دولتی یا شخص از نفوذ واقعی یا فرضی خود با هدف کسب امتیاز ناروا از نظام اداری یا مرجع دولتی کشور عضو برای شخص برانگیزنده این عمل یا هر شخص دیگر سوءاستفاده نماید». در فقره دوم این ماده نیز عبارت «برای اینکه ... سوءاستفاده نماید» تکرار شده، اما در ترجمه کنوانسیون در زمان الحاق افغانستان، این عبارت به «طوریکه ... سوءاستفاده نماید» ترجمه شده و در کد جزا نیز همین عبارت تکرار شده است. استنباط دوم به دلایل پیش گفته موجه‌تر به نظر می‌رسد. بنابراین عنوان و وصف مجرمانه دقیق این جرم به جای سوءاستفاده از نفوذ، «درخواست و یا تحصیل منافع غیرقانونی به منظور اعمال نفوذ ناروا» باید باشد (بهره‌مند، ۱۳۸۹، ص ۶۷).

یکی دیگر از موارد ابهام در کد جزا، عمدی بودن افزایش غیرقانونی دارایی است. در ماده ۲۰ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، قید عمدی بودن ارتکاب جرم افزایش غیرقانونی دارایی ذکر شده است (دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۱۳۸۷، ص ۱۲۲)، اما در ماده ۴۱۹ کد جزا، مطلق آمده است که حمل بر عمدی بودن عدم ارائه توضیح منشأ مشروع می‌شود، ولی «عمد در این ترک فعل کمی مبهم است و نیاز به توضیح دارد. شاید منظور از عمد پیش شرط آن، یعنی آگاهی است. به عبارت دیگر، شاید منظور آن است که فرد باید اطلاع داشته باشد که دارایی مذکور به او تعلق دارد. لذا اگر مالی به ملکیت او درآمده که مطلع نیست، مجرم محسوب نمی‌شود؛ مانند فردی که مالی از طریق ارث به وی رسیده و از آن مطلع نیست. مورد بحث‌انگیزتر زمانی است که مالی به دست فردی رسیده است که از منشأ آن اطلاعی ندارد؛ برای مثال مبلغی به حساب فردی واریز شده که نمی‌داند از چه طریقی بوده است یا اینکه تصور می‌کرده مبلغ مذکور از سوی بدهکارش به حساب او واریز شده است. در این موارد، آیا باید بگوییم چون این فرد نمی‌تواند منشأ مشروع درآمد را معرفی کند و در این کار عاقد است، مجرم محسوب می‌شود؟» (بهره‌مند، ۱۳۸۹، ص ۷۹-۷۸). به نظر می‌رسد که علم به افزایش دارایی و عدم توجیه مشروع آن عنصر معنوی این جرم است، بنابراین در صورت عدم آگاهی فرد از افزایش دارایی، عنصر معنوی جرم تحقق نیافته و شخص مرتکب این جرم نشده است، اما به هر حال عبارت ماده ابهام دارد.

افزون بر موارد یادشده در خصوص جرم افزایش غیرقانونی دارایی، ابهام و مشکل دیگر تفاوت در اصطلاحات به‌کاررفته در کد جزا و قانون اشاعه و ثبت دارایی‌های مقامات و کارکنان دولتی است. در فقرة یک ماده ۴۱۹ کد جزا مرتکب جرم افزایش غیرقانونی دارایی موظف خدمات عامه ذکر شده است، اما در قانون اشاعه و ثبت دارایی‌های مقامات و کارکنان دولتی، اشخاص موظف به ثبت دارایی بسیار خاص‌تر از موظف خدمات عامه هستند. بر اساس ماده ۸ قانون اشاعه و ثبت، حتی همه کارکنان دولتی مکلف به ثبت دارایی خود نیستند. بر اساس این ماده، علاوه بر مقامات دولتی، کارکنان دولتی بست (پایه) دو به بالا و همچنین همه کارکنان بخش مالی مکلف به ثبت دارایی خود هستند و سایر کارکنان دولتی موظف به ثبت دارایی خود نیستند. بنابراین، موظف خدمات عامه بسیار عام‌تر از اشخاصی است که بر اساس قانون اشاعه و ثبت دارایی مکلف به ثبت دارایی خود هستند و جرم افزایش غیرقانونی دارایی وابسته به الزام به ثبت دارایی است. افزایش غیرقانونی دارایی اشخاصی که موظف خدمات عامه هستند، اما بر اساس قانون اشاعه و ثبت دارایی موظف به ثبت دارایی خود نیستند، چگونه و بر اساس کدام قانون باید ارزیابی شود؟

بنابراین پیشنهاد می‌شود که در تصویب نهایی کد جزا، ابهامی که از نظر عنصر روانی جرم افزایش غیرقانونی دارایی دیده می‌شود، برطرف گردد و مرتکب این جرم هماهنگ با اشخاص به ثبت دارایی در قانون اشاعه و ثبت دارایی موظف شود.

نتیجه

با وجود اقدامات متعدد تقنینی، قضایی، اجرایی و مشارکتی برای مبارزه با فساد اداری در افغانستان، پیشرفت ملموس و معناداری در جهت کاهش فساد اداری و ارتقای سلامت نظام اداری مشاهده نمی‌شود و این مسئله معلول آسیب‌ها و کاستی‌هایی است که سیاست جنایی افغانستان به‌ویژه در جرم‌انگاری جرایم فساد اداری با آن مواجه است. در طول دوره پساطالبان و تا پیش از لازم‌الاجرا شدن کد جزا در اواخر سال ۱۳۹۶ش، جرم‌انگاری ناقص جرایمی مانند رشوه‌خواری، اختلاس و جرم در حکم اختلاس ... و عدم جرم‌انگاری جرایم دیگری مانند سوءاستفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی، یکی از عوامل ناکارآمدی سیاست جنایی واکنشی افغانستان در این زمینه بوده است. کد جزا بیشتر این اشکالات و خلأها را رفع نموده، اما خود نیز با نواقص و اشکالاتی مانند ابهام و جرم‌انگاری ناقص بعضی از جرایم فساد اداری مواجه است که در صورت مرتفع نشدن این اشکالات و برخلاف سیاست کلی حاکم بر کد جزا در موضوع فساد اداری که جرم‌انگاری حداکثری و تسامح صفر است، زمینه گریز مرتکب از

مسئولیت جزایی با استفاده از خلأ قانونی پابرجا خواهد بود. انتظار این است که در تصویب نهایی کد جزا از سوی قوه مقننه کشور، اهتمام جدی در رفع خلأها و تصویب قانون با کمترین اشکال ممکن و پس از آن تمرکز بر تطبیق قوانین صورت گیرد و شاهد پیشرفت در مبارزه با فساد اداری باشیم.

پیشنهاد می‌شود:

- در جرم ارتشا علاوه بر نهادهای یادشده، ارتشا در جمعیت و احزاب سیاسی نیز جرم‌انگاری شود.
- ارتکاب اختلاس در نمایندگی سازمان‌های بین‌المللی و بین‌الحکومتی و دولت‌های خارجی به صراحت جرم‌انگاری شود و همانند ارتشا، اختلاس در حزب سیاسی نیز بیان شود.
- ماده‌های ۳۹۴ و ۳۹۵ کد جزا حذف و به جای آن یک ماده راجع به مجازات جرم در حکم اختلاس بعد از ماده ۳۹۰ اضافه گردد.
- در جرم افزایش غیرقانونی دارایی عنصر روانی این جرم واضح شده، مرتکب این جرم به جای موظف خدمات عامه با قانون اشاعه و ثبت دارایی‌های مقامات و کارکنان دولتی منطبق شود.

منابع و مأخذ

۱. فارسی و عربی

۱. بهره‌مند بگ نظر، حمید (۱۳۸۹)، سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال فساد و مطالعه تطبیقی آن با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد. رساله دکتری، دانشگاه تهران.
۲. حسینی، سید محمد (بهار و تابستان ۱۳۷۶)، «سیاست جنایی (مفاهیم، مدل‌ها)»، مجله کانون وکلا، ش ۱۱.
۳. دادخدایی، لیلا (۱۳۹۰)، فساد مالی- اداری و سیاست جنایی مقابله با آن، چ ۱، تهران: میزان.
۴. دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد (۱۳۸۷)، رهنمودهای تقنینی جهت اجرای کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، چ ۱، مترجم: حمید بهره‌مند بگ نظر، چ ۱، تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۵. شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۲)، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۳، چ ۴، تهران: انتشارات مجد.
۶. عبدالملک، جندی (۲۰۰۸) الموسوعه الجنائیه، ج ۴، بی نا.

۷. کوشا، جعفر (پاییز ۱۳۹۱)، «اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال اول، ش ۱.
۸. لاژار، کریستین (۱۳۹۰)، درآمدی بر سیاست جنایی، مترجم: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان.
۹. محسنی، فرید (بهار ۱۳۹۲)، «پیشگیری از فساد اداری با تأکید بر فناوری اطلاعات»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۶۱.
۱۰. محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۲)، «امنیت و ناامنی از دیدگاه سیاست جنایی»، مجله دیدگاه‌های حقوقی، ش ۸.
۱۱. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۸۳)، جرایم علیه امنیت و آسایش، چ ۴، تهران: میزان.
۱۲. یوناما (۲۰۱۸)، مبارزه افغانستان علیه فساد؛ از استراتژی تا تطبیق، چ ۱، افغانستان، یوناما.

۲. انگلیسی

13. Ackerman, Susan Rose (2005), Corruption and Government; Causes, consequences and reform, Cambridge university press.
14. Afzali, Sayed Akram and Timory, Mohammad Naser (2016), Fighting corruption in Afghanistan, Kabul, Integrity Watch Afghanistan.
15. Brussels Conference on Afghanistan 4-5 October 2016 (Self-Reliance Through Mutual Accountability Framework)
16. Building on Success The London Conference on Afghanistan, London 31 January – 1 February 2006 (The Afghanistan Compact)
17. Garner, Brayan (2011), Black's Law Dictionary, 9th Edition, Khorsandi publishing.
18. World Bank (1997), Helping countries combat corruption.
19. O.E.C.D (2008), Corruption, A Glossary of international standards in criminal law.
20. The Asia Foundation (2016), A survey of the Afghan people, Afghanistan, The Asia Foundation.
21. United Nation Convention Against Corruption 2003.
22. United nations Office for drug controlling and crime prevention, Prevention (1999), An Effective Tool to Reduce Corruption, United Nations.

۳. قوانین

۲۳. قانون اشاعه و ثبت دارایی‌های مقامات و کارکنان دولتی ۱۳۹۶ ش.
۲۴. قانون اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی، ۱۳۱۵ ش.

۲۵. قانون جزای ۱۳۵۵ ش.
 ۲۶. قانون مبارزه با ارتشا و فساد اداری ۱۳۸۳ ش.
 ۲۷. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش.
 ۲۸. قانون نظارت بر تطبیق استراتیژی مبارزه علیه فساد اداری ۱۳۸۷ ش.
 ۲۹. کد جزا ۱۳۹۶ ش

۴. سایت‌ها

30. <https://www.sigar.mil>
 31. [gov.uk/government/publications/against-corruption-a-collection-of-essays/against-corruption-a-collection-of-essays#president-ashraf-ghani-driving-corruption-out-of-procurement](https://www.gov.uk/government/publications/against-corruption-a-collection-of-essays/against-corruption-a-collection-of-essays#president-ashraf-ghani-driving-corruption-out-of-procurement).
 تاریخ مراجعه: ۱ تیر ۱۳۹۶.
 32. darivoa.com/a/sepko-sigar-afghan-government-us-corruption/3760740.html
 تاریخ مراجعه: ۵ مارس ۲۰۱۸
 33. <https://www.bbc.com/persian/afghanistan.39220266>,
 تاریخ مراجعه: ۲۵ شهریور ۱۳۹۶
 34. <https://www.khama.com/persian/archive/36718>
 35. <https://www.asiafoundation.org>
 36. <http://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>.