

# دلي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ماهانه تخصصي، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۲۰۱ / عقرب ۱۳۹۸

نشانی ناجیه ششم، افشار دارالامان، سرکی شهر کی امید سبز، وزارت عدالیہ ج.ا.ا.، ریاست نشرات، مدیریت مجبه عدالت

## هیأت تحریر:

- ❖ الحاج سید محمد هاشمی،  
قانونپوه محمد اشرف رسولی،  
قانونوال عبدالقدیر قیومی،  
پوهاند نصرالله ستانکزی،  
قانونیال فهیمه واحدی،  
دکتور مفتی محمدولی حنیف،  
قانونمل محمد رحیم دقیق،  
دکتور عید محمد احمدی  
دکتور غلام حضرت برہانی،  
حليم سروش،

## صاحب امتیاز

وزارت عدالیہ د. ج. ا.ا.

## مدیر مسؤول

حليم سروش  
(۰۷۹۹۴۰۲۹۳۶)

## ویراستار

عبدالقيوم قیومی

## دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمیل و کیلیان

## امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

Website: [www.moj.gov.af](http://www.moj.gov.af)  
E-mail: [adalat@moj.gov.af](mailto:adalat@moj.gov.af)

قيمت اين شماره: (۶۴.۸) افغانی

چاپ: مطبعه پهير

## یادآوری به نویسنده‌گان

- (۱) مقاله در محیط ورد تایپ یا با خط کاملاً خوانا نوشته شود.
- (۲) مقاله ارسالی کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۲۵ صفحه تایپ شده A4 نباشد.
- (۳) اصل مقاله همراه با فایل تایپ شده آن، در صورت امکان، برای درج در مجله فرستاده شود نه کپی آن.
- (۴) مقاله باید دارای چکیده، واژگان کلیدی و نتیجه گیری نهایی باشد. چکیده باید به گونه‌ای نوشته شود که محتوای مقاله را به اختصار بیان کند.
- (۵) چکیده فارسی یا پشتوى مقاله (حداکثر ۱۵۰ کلمه) و واژگان کلیدی بین سه تا هفت واژه در اول مقاله آورده شود.
- (۶) توضیحات و ارجاع به منابع در پایان مقاله به قرار ذیل آورده شود:
  - a. کتاب: نام و نام خانوادگی نویسنده / نویسنده‌گان، نام کتاب، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار و شماره صفحه.
  - b. مقاله: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، تاریخ انتشار، شماره جلد و شماره صفحه.
  - c. سایت ایترنی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب (از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت ایترنی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
  - d. هرگاه به منبع اشاره شود که قبلًا معرفی شده و تفاوتی حتا در صفحه مورداستفاده نداشته باشد، کلمه «همان» (یا در انگلیسی Ibid) آورده شود.
  - e. درصورتی که صفحه مورداستفاده تفاوت داشته باشد؛ کلمه «پیشین» (در انگلیسی op.cet) و صفحه مورداستفاده آورده شود.
- (۷) معادل لاتین نام‌های خارجی و اصطلاحات مورداستفاده در نوشته در پایین صفحه آورده شود.
- (۸) هرگاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع موردنظر ضروری است.
- (۹) نویسنده باید نام کامل، عنوان یا رتبه علمی اش را، همراه با نشانی دسترسی به وی، مثل شماره تلفن و یا آدرس ایمیل و غیره را با مقاله بفرستد.
- (۱۰) مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
- (۱۱) مطلب ارسال شده پس فرستاده نمی‌شود.
- (۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلًا در مجله یا سایت ایترنی دیگری نشر شده باشد.

# فهرست

## مقالات

۴	مسئولیت مدنی ناشی از فعل خود شخص در حقوق افغانستان <b>محمدعلی امینی</b>
۲۷	ماهیت و آثار قراردادهای اداری <b>محمد ادریس برمهک</b>
۴۸	تمرکز و عدم تمرکز اداری <b>محمد اشرف رسولی</b>
۷۴	فرآیند قانونگذاری و آسیب های آن در افغانستان <b>عبدالقیوم غفوری</b>
۹۸	جایگاه اهل حل و عقد در نظام سیاسی اسلام <b>محمد ولی حنیف</b>
۱۱۵	مسئولیت جزایی پژوهشکان در حقوق افغانستان <b>محمد اسحاق کیهان</b>

## گزارش ها

۱۶۲	دیدار و گفت و گوی جلالتماب وزیر عدليه با آقای كالن واس رئيس سازمان جهاني انکشاف حقوق
۱۶۴	اشتراك دكتور عبدالبصير انور وزير عدليه كشور در پنجاه و هشتمين نشست سازمان مشورتی حقوقی آسيا - افريقا
۱۶۷	برگزاری ششمین كنفرانس مراکز اصلاح و تربيت اطفال به منظور هماهنگي بيشتر و انکشاف مهارت ها در كابل
۱۷۰	دیدار معين امور اجتماعي وزارت عدليه با ريس برنامه مشاركت دفتر (USAID)
۱۷۲	تطبيق ۸ پيشنهاد بنية آسيا در زمينه مساعدات هاي حقوقی وزارت عدليه

# مسئولیت مدنی ناشی از فعل خود شخص در حقوق افغانستان

محمدعلی امینی

## چکیده

دعاوی مسئولیت مدنی بخشی از دعواهی حقوقی را تشکیل می دهد که امروزه به دلیل افزایش تعداد خسارات و ضررها وارد ناشی از آن از اهمیت زیادی برخوردار گردیده است.

بخشی از مسئولیت مدنی، ناشی از عملکرد و رفتاری است که از خود شخص «مسئول» سر می زند و موجب ضرر و ایجاد خسارت برای غیر می گردد. لذا سوال اساسی در این مورد این است که مسئولیت ناشی از فعل خود شخص در چه مواردی و چگونه ایجاد می شود و ضمانت اجرا/اجراهای آن را چه چیزی تشکیل می دهد؟

بررسی مواد مختلف قانون مدنی نشان می دهد که سوء استفاده از حق، اتلاف مال غیر، تسبیب در ضرر رساندن به دیگری، غصب و آنچه در حکم غصب است، از موارد

## مقدمه

مسئولیت ناشی از عملکرد شخص مسئول است که در هر کدام با مبانی متفاوت، مسئولیت ایجاد می‌گردد و ضمانت اجراهای آن حسب مورد، جبران خسارت، ایجاد محدودیت و یا منع از اجرا و عمل، تشکیل می‌دهد.

**واژگان کلیدی:** مسئولیت، مسئولیت مدنی، ضمان، ضامن، سوء استفاده از حق، اتلاف، تسبیب، غصب و حقوق افغانستان.

## ۱. مسئولیت مدنی ناشی از فعالیت



۵

انسان به حکم طبیعت یا ضرورت موجود اجتماعی است و بدون اجتماع نمی‌تواند زندگی نماید. لازمه زندگی اجتماعی، داشتن روابط و ارتباط گیری با همدیگر است و لازمه روابط اعضاء با همدیگر، وقوع حوادث و وقایع زیانبار می‌باشد. به این جهت زندگی اجتماعی همواره توأم با حوادث زیانبار بوده و به تبع آن جبران خسارت زیان دیدگان و مسئولیت ناشی از آن، مطرح بوده است. بنابر این، با توجه به این که وقوع حوادث زیانبار در زندگی اجتماعی امری اجتناب ناپذیر است، مسئولیت ناشی از آن نیز همزاد زندگی اجتماعی است و هر شخصی که زیانی وارد می‌سازد باید مسئول جبران خسارت ناشی از آن باشد.

نحوه مسئولیت زیان رسان و تنظیم روابط وی با زیان دیده که امروزه به نام «مسئولیت مدنی» یاد می‌گردد، یکی از مباحث مهم حقوقی است که به دلیل اهمیت روز افزون آن، به یکی از شاخه‌های مهم حقوق خصوصی تبدیل گردیده و افکار حقوقدانان و قانونگذاران زیادی را به خود مشغول داشته و سبب شده است تا راهکارهای حقوقی مناسبی برای آن وضع گردد. هرچند متأسفانه در افغانستان، با همه تراکم دعاوی‌ای که در محاکم وجود دارد و ادعای جبران ضرر و زیان‌های وارد به عنوان دعوای اصلی یا به تبع دعوای جزایی جزء لاینفک قضایای روزمره است، هیچگونه توجیهی به آن صورت نگرفته است و مانند سایر کشورها قانون جدآگانه ای مربوط به مسئولیت مدنی وجود ندارد و قواعد آن به صورت پراکنده در قانون

مدنی (۱۳۵۵) آمده است. در عرصه نظری و تئوری نیز تحقیقات قابل قبول و جدی که مباحث آن را مورد کند کاوی قرار دهد، وجود ندارد.

مسئولیت مدنی ناشی از فعل خود شخص و مسئول شناختن وی در جبران خسارته که به دیگری وارد گردیده و ناشی از عمل زیانبار خود شخص باشد، از مصاديق اصلی و کاربرد مسئولیت مدنی است و شاید روزی نباشد که دعوا و دعوا هایی راجع به آن در پیشگاه محاکم اقامه نگردد.

به این منظور و جهت آشنایی بیشتر و بهتر از احکام و قواعد این نوع مسئولیت، تلاش گردیده است در این تحقیق با توجه به قواعد حقوقی افغانستان در باب مسئولیت مدنی، توضیحاتی ارائه گردد.

**مبث اول: مفهوم مسئولیت مدنی و مسئولیت ناشی از فعل شخص**  
در این مبحث، دو مفهوم مسئولیت مدنی و مفهوم مسئولیت ناشی از فعل خود شخص توضیح داده می شود.

### گفتار اول: مفهوم مسئولیت مدنی

کلمه مسئولیت در لغت عربی است به معنای پاسخگو بودن، عهده دار شدن و مورد سوال واقع شدن می باشد.<sup>۱</sup> کلمه «مدنی» از نظر لغوی صفت نسبی است به معنای شهری و شهر نشین.<sup>۲</sup> بنابر این، مسئولیت مدنی یعنی مسئولیتی که ناشی از خصیصه اجتماعی و مدنی بودن انسان است و چنانچه قبل از مقدمه اشاره شد انسان در زندگی اجتماعی خود گاهی دچار ضرر و زیان به دیگری می گردد و ایجاد ضرر و زیان، مسئولیتی برای وی به وجود می آورد که به مسئولیت مدنی تعییر می گردد.

۱ محمد معین، فرهنگ معین، و آذرناش آزرنوش، فرهنگ معاصر عربی، ذیل واژه مسئولیت.

۲ علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، ذیل واژه مدنی و مدنیت.

در اصطلاح، مسئولیت حالتی است که می‌توان شخص را در آن حالت در مقابل اعمال نابهنجاری که انجام می‌دهد، مسئول دانست. اگر این هنجار شکنی در اثر تعرض به یک قاعده اخلاقی باشد، مسئولیت ناشی از آن هم اخلاقی است ولی اگر در اثر تعرض به یک قاعده حقوقی باشد، مسئولیت آن نیز حقوقی می‌باشد. بنابر این، مسئولیت در ابتدا یا اخلاقی است یا حقوقی و مسئولیت حقوقی پاسخگویی شخص است در مقابل اعمالی که عرفاً به او نسبت داده می‌شود و ضمانت اجرای قانونی آن برحسب نوع متفاوت می‌باشد. مثلاً مسئولیت در امور جزایی عبارت از تحمل مجازاتی است که مترتب بر جرم می‌باشد ولی مسئولیت در امور مدنی عبارت از التزام شخص است به جبران خسارتی که وارد نموده است و منشأ این التزام ممکن است ارادی و قراردادی باشد و متعهد بر اثر نقض قرارداد مکلف به جبران خسارت شناخته شود که به تعهد قراردادی یاد می‌گردد و ممکن است منشأ التزام غیر ارادی بوده و به حکم عام قانون باشد که «هرکس به دیگری ضرر وارد نمود باید باید جبران نماید». نوع اخیر التزام را به مسئولیت قهری، الزام‌های خارج از قرارداد و مسئولیت مدنی به معنای خاص یاد می‌کنند. منظور از مسئولیت در اینجا همین نوع اخیر است که عامل زیان بنابر حکم قانون موظف به جبران خسارت وارد شناخته می‌شود.

#### گفتار دوم: مفهوم مسئولیت مدنی ناشی از فعل شخص

سه مصدقای مورد ویژه برای مسئولیت مدنی وجود دارد که از لحاظ فعل زیانبار که یکی از ارکان تشکیل دهنده مسئولیت مدنی محسوب می‌گردد، با همدیگر فرق دارند.

نوع عادی مسئولیت مدنی که قاعده عام حقوقی را تشکیل می‌دهد، مسئولیت ناشی از فعل خود شخص است. در این نوع مسئولیت، انسان جوابگوی عمل زیانباری است که شخصاً مرتکب گردیده است. مورد دوم مسئولیت مدنی عبارت است از مسئولیت ناشی از عمل دیگری. در این مورد شخص مسئول باید ضرر و زیان ناشی از عملکرد

شخص دیگری مثل طفل و مجنون و یا کارگر خود را جبران نماید. و نوع سوم مسئولیت مدنی که به مسئولیت ناشی از اشیاء و حیوان شهره گردیده، شخص، مسئول جبران خساراتی است که به وسیله یک شئ تحت مراقبت و محافظتش (اعم از حیوان و اشیاء بی جان) به دیگری ضرر وارد گردیده است. بنابر این، مسئولیت ناشی از فعل خود شخص، یعنی ارتکاب فعل یا ترک فعل توسط خود شخص که منجر به حادثه زیانبار می گردد. این نوع مسئولیت ممکن است به خاطر سوء استفاده از حق خود شخص باشد یا در اثر غصب اموال دیگری باشد، یا اتلاف مال غیر باشد و یا هم ممکن است سبب تلف شدن گردد. بناء مسئولیت ناشی از فعل خود شخص در چند مورد تحقق می یابد که هر کدام جداگانه بررسی می گردد.

### بحث دوم: موارد مسئولیت ناشی از فعل خود شخص

#### گفتار اول: سوء استفاده از حق

مسئولیت مدنی ناشی از سوء استفاده از حق، بخشی از مسئولیت ناشی از فعل شخص را تشکیل می دهد. این نوع مسئولیت استثنایی است و موضوع آن این است که آیا امکان دارد انسان هنگامی که در محدوده حقوق خویش عمل می کند، مسئول خساراتی باشد که از عمل مذبور به دیگری وارد گردیده است؟. مثلاً کسی که در زمین خود درخت می کارد و به همسایگان خود ضرر می رساند، اگر او از محدوده زمین خود فراتر رفته و غرس درخت را به زمین هایی که متعلق به او نیست گسترش دهد، شکی نیست که مسئول است ولی اگر از محدوده باخ خود تجاوز نکرده، بلکه فقط به نحو خاصی از حق مالکیت خود استفاده نموده و منجر به اضرار دیگری باشد، آیا باز هم باید مسئول باشد؟

قاعده کلی در استفاده از حق این است که هر کس می تواند از حقوق خود به طور مشروع و در حدود قانون هر نوع استفاده نماید و چنین استفاده مسئولیت آور نمی

باشد. مقتضای قاعده تسليط<sup>۱</sup> نیز چنین است که مالک حق هر نوع تصرف و بهره برداری از ملک خود را دارد و هر نوع بهره می تواند از آن داشته باشد.

ماده ۸ قانون مدنی نیز بیان می دارد: شخصی که از حق خود در حدود قانون استفاده می کند، مسئول خسارت ناشی از آن نمی باشد. مانند رقابت سالم بین تجار و بازرگانان. کسی در محلی تنها دکاندار و تاجر آنجا است، همه می مردم محل از او خرید می کنند و درآمد بالایی دارد، چنانچه فرد دیگری بباید در آن محل معازه و دکان باز کند، به طور طبیعی مشتری دکان اول به نصف تقلیل می یابد. افتتاح محل تجارتی از طرف شخص دوم در آن محل گرچه باعث ورود ضرر و سبب کم شدن مشتری تاجر اول گردیده، ولی از آنجایی که کار و عمل شخص دوم در راستای حقش و در حدود قانون بوده، هیچ مسئولیت و ضمانی به بار نمی آورد.

اما چنانچه کسی در استفاده از حق خود سوء استفاده نماید و از این طریق باعث ورود ضرر و زیان به دیگری گردد، مسئول بوده و باید خسارت واردہ را جبران نماید. نمونه های زیادی از سوء استفاده از حق و تجاوز از حق را می توان مثال آورد. به عنوان نمونه در حقوق قدیم فرانسه پشم رسی که با آواز خوانی دائمی و بلند خود مانع کار کردن همسایه اش گردیده و بدین طریق از حق خود تجاوز نموده بود، به جبران خسارت واردہ محکوم گردیده بود.<sup>۲</sup>

۹

۱ قاعده تسليط برگرفته از حدیث پیامبر گرامی اسلام است که فرموده: «الناس مسلطون علی اموالهم». برای توضیح بیشتر رک: سعید توکلی، قاعده لاضر و قاعده تسليط در نظام حقوقی ایران، مجله دادرسی، ۱۳۸۱، ش ۳۵ صص ۴۵-۴۰.

۲ میشل لورراسا، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتی، تهران: حقوقدان، ج اول، ۱۳۷۵. ص ۵۹.

۳ در اسلام نیز بر اساس قاعده «لاضر و لاضرار فی الاسلام» هیچکس نمی تواند به دیگران ضرر وارد کند و نیز هیچکس نمی تواند ضرر وارد کند یعنی از حق خود سوء استفاده نماید. «سمره بن جندب» شخصی بود که در زمان پیامبر اکرم(ص) یک درخت خرما در منزل شخص دیگر داشت و بدون اجازه صاحب میز وارد خانه او می شد و امنیت و آرامش آن خانواده را از بین می برد، صاحب خانه به پیامبر عرضه کرد، آن حضرت به وی دستور داد

## الف) موارد سوء استفاده از حق

در این که چگونه استفاده مشروع از حق را از استفاده ناممشروع یا سوء استفاده از حق تمیز و تشخیص دهیم و معیار و ضابطه تشخیص این دو از همدیگر چه می باشد؟ مباحث نظری زیادی وجود دارد،<sup>۱</sup> ولی قانونگذاران کشورها موارد مشخصی را از جمله سوء استفاده از حق بیان داشته اند. چنانچه قانونگذار مصر که قانون مدنی ما بخش مهم آن وامدار و به گونه اقتباس از آن قانون است، سه مورد را از موارد سوء استفاده از حق می شمارد که عبارتند از: «۱) وقتی تنها قصد اضرار به غیر وجود داشته باشد. ۲) وقتی مصالح مورد غرض کم اهمیت باشد به نحوی که با ضرری که به غیر می رسد، تناسب نداشته باشد. ۳) وقتی که مصالح مورد غرض ناممشروع باشد».<sup>۲</sup>

قانونگذار افغانستان نیز در ماده ۹ قانون مدنی چهار مورد را به عنوان معیارهای تشخیص سوء استفاده از حق بیان داشته است. این موارد عبارتند از:

### ۱- انجام عمل مخالف عرف و عادت

اصل و قاعده در عرف اجتماعی این است که ضرر و زیان در صورتی که اجتناب ناپذیر و مطابق با عرف باشد، قابل پذیرش بوده، مسئولیت مدنی ندارد. مانند پخش دود همسایه در حیات و حوالی دیگری یا صدای موسیقی همسایه در مراسم عروسی و جشن به خانه همچوار یا شلوغی کوچه و راه بندان داخل کوچه در ایامی که یکی از

---

که یا اجازه بگیر یا درخت را بفروش یا آن را بخشش کن. اما سمره بن جنبد قبول نکرد. پامبر(ص) دستور داد درخت را از ریشه در بیاورند و از خانه بیرون بیندازنند، زیرا کسی حق ندارد از حق خود برای ضرر زدن به دیگران استفاده کند.

۱ رک: میشل لوراسا، پیشین، ص ۵۹ و ۶۰.

۲ قانون مدنی مصر، ماده ۵، به نقل از: عبدالرزاق السنہوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج اول، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ج سوم، ۱۹۹۸، ص ۸۳۲

ساکنین کوچه جشن عروسی یا مراسم دیگری دارد، یا وقتی یکی از ساکنین کوچه ساختمان سازی می‌کند، سرو صدای که از محیط کار ایجاد می‌شود و همسایه‌ها را اذیت می‌کند، یا مانند این که مواد ساختمانی خود را روی زمین همسایه که زرع و کشت نباشد، می‌گذارد؛ همه این‌ها عادی و متعارف است، اما در صورتی که ضرر و زیان از حد عرف و عادت تجاوز نماید و به دیگری ضرر فاحش به بار آورده، شخص مسئول بوده و مکلف به جبران خسارت وارد می‌باشد. مثل این که شخصی مواد ساختمانی خود را روی زمین همسایه که زراعت گردیده بگذارد، چنین چیزی غیر متعارف است و از مصاديق خلاف عرف شمرده می‌شود. ماده ۱۹۰۸ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد «مانع شدن روشنی به طور کلی از خانه ضرر فاحش شمرده می‌شود، هیچکس نمی‌تواند چنان بنایی اعمار کند که کلکین خانه همچوار را مسدود ساخته و به طور کلی مانع روشنی در آن گردد. در صورت احداث چنین بناء، همچوار می‌تواند دفع ضرر را در صورت امکان و در غیر آن از بین بردن بناء را برای دفع ضرر مطالبه نماید».

## ۲- قصد اضرار به غیر

یکی دیگر از موارد سوء استفاده از حق این است که صاحب حق از اجرای حق خود قصد ضرر رساندن به غیر را داشته باشد. به بیان دیگر، هدف اصلی از اجرای حق، ضرر رساندن به غیر باشد. مانند غرس درخت در ملک خود به هدف سایه افکنند و مانع نور خورشید شدن در ملک و خانه همسایه یا بلند نمودن صدای موسیقی به منظور آزار و اذیت همسایه.

البته احراز قصد اضرار یک امر درونی می‌باشد و صرفاً از طریق اماره‌های بیرونی قابل اثبات است. در مواردی که صاحب حق هیچ نفع و ضرری در استعمال حق نداشته و نحوه استفاده از حق نیز برخلاف متعارف باشد، اماره بر اثبات قصد اضرار او بوده و با اثبات آن تقصیر مالک یا متفع محرز شده و در نتیجه مسئول خسارت وارد خواهد

<sup>۱</sup> بود.

با استقراء و تتبع در مواد قانون مدنی راجع به اجرای حقوق عینی نیز بدست می آید که در صورت وجود قصد اضرار به غیر، تصرفات مالک محدود گردیده و یا اعمال حقوقی او در مایملکش غیر نافذ می باشد و مالک حق تصرف اضراری نسبت به دیگران و سوء استفاده از آن به ضرر غیر را ندارد؛ زیرا اولاً حرمت حق و لزوم احترام و حمایت از آن اقتضا دارد که حق هر شخصی در جامعه محترم و مورد حمایت قرار گیرد، در حالی که جواز اضرار مالک به دیگران به بهانه مالکیت، مستلزم این است که حق زیاندیده تحت حمایت قانونی قرار نگیرد، که این موضوع با اصل حمایت مساوی قانون از حقوق تمام اشخاص یا اصل مساوات اشخاص در برابر قانون، منافات دارد. ثانياً، نظم عمومی و پیش گیری از نزاع میان مردم ایجاب می نماید که کسی به دیگری ضرر نرساند؛ چون اگر ضرر و زیان رساندن به دیگری به استناد حق مالکیت معجاز باشد، زیاندیده نیز در مقابل، اقدام به انتقام جویی و اضرار به مالک می کند و در نتیجه، نظم عمومی مختل می گردد.<sup>۲</sup>

به همین جهت است که در مواد مختلف قانون مدنی، تصرف اضراری در ملکیت ممنوع گردیده است و مالک تا حدودی اختیار تصرف در ملک خود را دارد که به دیگران صدمه و زیان وارد نسازد. ماده ۱۹۰۸ ق.م قبل از این شد که در آن هیچکس حق ندارد در حق خود بنای اعمار نماید که منجر به مسدود ساختن کلکین همسایه و مانع روشنی کامل آن گردد و همچووار میتواند دفع ضرر را در صورت امکان و در غیر آن از بین بردن بناء را برای دفع ضرر مطالبه نماید. ماده ۱۹۰۹ ق.م نیز در مورد کسی که

۱ پروین اکبرینه، منع از سوء استفاده از حقوق عینی در قانون مدنی، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهارم، ش، ۱۳ و ۱۲، ص ۲۲.

۲ رک: باریکلو، مسئولیت مدنی، تهران، میزان، چ سوم، ۱۳۸۹، ص ۱۴۴-۱۳۴ و ناصر کاتوزیان، الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری، تهران، دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۷۸، ص ۱۱۲.

عمارتی بناء می کند بیان می دارد که باید آن را طوری اعمار نماید که از کلکین، عمارت قدیمه همچوار متضرر نگردد. هم چنین ماده ۱۹۲۹ ق.م در مورد گذاشتن کلکین طرف همچوار بیان می دارد: « همچوار حق ندارد، بطرف همچوار خود در مسافه کمتر از یک متر کلکین یا کلکینچه داشته باشد مسافه از عقب دیواریکه کلکین یا کلکینچه در آن واقع است یا از کنار خارجی دیوار اندازه میشود».

نکته قابل ذکر در این مورد این که اگر تصرف زیانبار شخص از جمله تصرفاتی باشد که مجوز خاص قانونی از مقامات صالح برای انجام آن کسب شده باشد، آیا باز هم چنین تصرفی غیر مجاز بوده و موجب مسئولیت متضرر می گردد یا خیر؟. برای مثال اگر صاحب فابریکه و کارخانه با مجوز قانونی، فابریکه و کارخانه تأسیس نماید و از دود و آلایندگی و آلودگی صوتی و سایر کارکردهای آن، دیگران متضرر گردد، آیا باز هم ممنوع است و موجب مسئولیت می گردد، یا چون مجوز ایجاد آن را از مقامات صالح گرفته است، کارکرد فابریکه و کارخانه با مجوز قانونی بوده و ضرری که با مجوز برسد، موجب مسئولیت نمی باشد؟.

به نظر می رسد اجازه یا موافقت نهاد رسمی برای تأسیس کارخانه فقط ناظر بر تأسیس آن از لحاظ فنی باشد و از سایر موارد منصرف است. بنابر این، صاحب کارخانه و فابریکه، تأسیساتی را که دیگران از آن متضرر می گردند، باید در محلی ایجاد نماید که دیگران از آن متضرر نگردد. ماده ۱۹۳۲ قانون مدنی نیز در تایید این مطلب تصريح می دارد: « فابریکه، دستگاه تجاری، چاه و دیگر تأسیساتی که به همچوار ضرر می رسانند، باید در مسافه اعمان گردد که ضرر آن به همچوار نرسد». <sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> قانون مدنی، مصوب ۱۳۵۵، ماده ۱۹۳۲. هم چنین رک: قانون مدنی، مواد ۱۱۹۳۵-۱۹۰۰.

### ۳- ناچیز بودن منفعت شخص نسبت به ضرر وارد

مورد دیگر سوء استفاده از حق جایی است که در مقام ضرر زدن به دیگری، منفعت کمتر و غیر قابل مقایسه با آن عاید زیان زننده گردد. در صورتی که شخص در مقام اجرای حق خود، ضرری هنگفت به دیگری وارد سازد و در مقابل آن منفعتی بدست آورد که اهمیت چندانی ندارد و قابل قیاس با ضرر وارد نیست، چنین عملی سوء استفاده از حق شناخته می شود. مثل این که شخص می تواند دودکش بخاری را در جای دیگر منزل خود بسازد ولی عمدا در جایی آن را قرار می دهد که دود آن به منزل همسایه ضرر می رساند.

### ۴- عدم مشروعیت منفعت مورد نظر

در اجرای حق لازم است که مصلحت مشروع و مجاز در نظر گرفته شود. پس در صورتی که شخص در استفاده از حق خود، منفعت غیر مشروع بدست آورد، سوء استفاده از حق بوده و در صورت ضرر به دیگری مکلف به جبران خسارت می باشد. مانند مستأجری که از خانه اجاره ای برای قمارخانه و فاحشه خانه استفاده نماید.

#### ب) مبنای مسئولیت ناشی از سوء استفاده

نکته پایانی در مورد سوء استفاده از حق این که مبنای مسئولیت در آن «قصیر» بوده و شخص زمانی مسئول است که از حق خود سوء استفاده نموده مرتکب تقصیر شده باشد.<sup>۱</sup>

بر اساس مبنای تقصیر، برای ایجاد مسئولیت مدنی، صرف وارد نمودن ضرر و زیان کفایت نمی کند، بلکه شخص مسئول باید در وارد نمودن زیان مرتکب تقصیر شده

۱ برای توضیح بیشتر مبنای مسئولیت مدنی رجوع کنید به مقاله: محمد علی امینی، «مبنای و مصادیق مسئولیت ناشی از اشیاء و حیوان در حقوق افغانستان»، در: مجله عدالت، سال بیستم، شماره ۱۹۹، سپتامبر ۱۳۹۸.

باشد و منظور از تقصیر: رفتار قابل سرزنش است. به تعبیر دیگر، مقصود از تقصیر وضعیت و حالتی است که شخص در آن وضعیت مرتكب عمل زیانبار گردیده و رفتارش موجب پسیمانی و سرزنش می باشد.<sup>۱</sup>

طبق این مبنای دلیل و وجه اصلی مسئولیت عامل زیان در قبال زیان دیده، تقصیر و کوتاهی اوست و طرفداران این مبنای در پاسخ به این سوال که چرا و چگونه عامل زیان مسئول است؟ تلاش نموده اند لباس اخلاقی بر قامت مسئولیت مدنی پوشانده و عامل فعل زیانبار را که مسئول شناخته می شود، اقنان و ارضاء و جدانی نمایند و به او خاطر نشان سازند که دلیل مسئولیت او تقصیر وی است و حکم قانونگذار که او را مسئول جبران ضرر می داند، منطبق با حکم و جدان اوست. و جدان و قواعد مسلم اخلاقی حکم می نماید که زیان رساننده از روی تقصیر باید مورد نکوهش بوده و در برابر زیان خورده مسئول باشد و در نتیجه زیان واردہ بر او را باید جبران نماید.<sup>۲</sup>

بنابر این، طبق این مبنای تقصیر رکن اصلی مسئولیت است و زیان دیده که نقش مدعی را دارد برای این که بتواند خسارت خود را از زیان رسان بخواهد، باید با دلایل محکمه پسند تقصیر عامل زیان را اثبات نماید و از آنجا که اصل بر عدم تقصیر است تا زمانی که تقصیر زیان رسان ثابت نشده است، مدعی نمی تواند خواستار جبران خسارت واردہ گردد.

### گفتار دوم: اتلاف مال غیر

نوع دیگر مسئولیت ناشی از فعل خود شخص، اتلاف مال دیگری است.

مباحث مربوط به اتلاف در قاعده ای به همین نام و با عبارت «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» در کتب فقهی و حقوقی مطرح است؛ هرگاه کسی مال دیگری یا منابع

۱ عباس بختیارلو، مسئولیت مدنی، تهران، میزان، چ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۵.

۲ مرتضی قاسم زاده، مسئولیت مدنی، ص ۳۳.

### گفتار سوم: تسبیب

مورد دیگر مسئولیت ناشی از فعل خود شخص، تسبیب ضرر به دیگری است. تسبیب در لغت بر وزن تعییل به معنای سبب سازی، وسیله انگیزی و ایجاد سبب نمودن است. در اصطلاح حقوقی عبارت از این است که انجام دهنده فعل زیانبار مستقیماً در وقوع آن دخالت نداشته باشد، ولی زمینه و شرایط وقوع عمل زیانبار را به گونهٔ فراهم کند که عرفاً فعل زیانبار به او استناد داشته باشد. مثل این که کسی چاهی حفر نماید و دیگری خودش یا حیوانش در یافتد و تلف گردد. یا مثل این که کسی در زمستان سرد، محل عبور عابر پیاده را آب پاشی نماید و در اثر سرما، محل عبور یخ بیندو شخصی از آنجا عبور نموده سقوط کند و دست و پایش شکسته یا مصدوم گردد. در اینجا هرچند کسی که آب پاشیده به طور مستقیم در سقوط و افتادن مصدوم

۱ علیرضا باریکلو، همان، ص ۱۹۶.

مترب برع آن را بدون اذن صاحبش تلف کند در برابر صاحب آن ضامن و مسئول است، خواه تلف از روی علم و قصد باشد یا نه.

اتلاف در لغت مصدر باب افعال بوده به معنای تلف گردانیدن، از بین بردن و نابود کردن است. در اصطلاح حقوقی، منظور از آن این است که شخص به طور مستقیم و بدون واسطه (مباشرت) به مال متعلق به دیگری ضرر و آسیبی وارد نماید. مثل این که مستقیماً بنایی را خراب نماید<sup>۱</sup> یا مال دیگری را مباشراً بسوزاند یا بشکند.

بنابر این، تلف کردن زمانی تحقق می‌یابد که شخصی فعلی انجام دهد و فعل او بلاواسطه موجب از بین رفتن کلی یا جزئی مال دیگری شود. از بین رفتن، مفهوم عرفی دارد و همین که مالی ارزش خود را از دست بدهد، خواه از نظر مادی نابود شود، خواه خاصیت خود را از دست دهد، هر چند از نظر فیزیکی از بین نرفته باشد، اتلاف محقق شده است.

دخالت ندارد ولی با آب پاشی محل عبور، موجب یخ زدگی و سقوط عابر گردیده است. یا مثل مسئولیت شهرداری، طبیب و امثال این‌ها که همه از نوع مسئولت تسبیب‌اند.

### تفاوت‌های مسئولیت بالاتلاف و مسئولیت بالتسبیب

با این‌که اتلاف و تسبیب هر دو موجب مسئولیت مدنی‌اند، ولی تفاوت‌هایی نیز با هم دارند.

#### ۱- تفاوت در مستقیم و غیر مستقیم بودن ضرر

اتلاف در جایی است که شخص مستقیماً و بدون واسطه اقدام به ایجاد خسارت نماید و انتساب خسارت به شخص بدون واسطه است؛ در حالی که در تسبیب، شخص با واسطه امری، مسبب خسارت به دیگری می‌گردد. به همین جهت برخی در تفکیک اتلاف و تسبیب گفته اند: «هرگاه دو نفر یا بیشتر موجب ورود خسارتی شوند، آنکه بین عمل او و خسارت حاصله واسطه نیست مباشر و دیگری که بین او و خسارت، عمل مباشر، واسطه شده است سبب نامیده می‌شود».<sup>۱</sup>

البته معیار در تشخیص این دو، قضاوت عرف است. بنابر این، در برخی موارد هرچند در ظاهر واسطه برای ورود ضرر به نظر می‌رسد ولی در عرف جامعه چنین مواردی نیز جزء اتلاف بوده و دخالت در عمل زیانبار مستقیم تلقی می‌گردد. پس اگر در مواردی هیچ واسطه در کار نباشد، مثل این‌که کسی با دست هایش لباس دیگری را پاره کند و یا با پاهاش دیوار دیگری را تخریب کند، اتلاف است، هم چنین اگر شخصی با سنگ یا چوب شیشه همچوار را بشکند، نیز اتلاف تحقق می‌یابد. زیرا در چنین مواردی هر چند واسطه است ولی عرف این واسطه‌ها را نادیده می‌گیرد و

۱ ابراهیم تقی‌زاده و احمد علی‌هاشمی، مسئولیت مدنی، بی‌جهه، پیام نور، بی‌تا، ص ۲۲۸.

### ۳- تفاوت در مبنا

در مسئولیت مدنی معمولاً یکی از دو مبنای تقصیر یا خطر حاکم است. بر مبنای تقصیر چنانچه قبلاً بیان شد، تقصیر شرط اصلی مسئولیت است و بدون آن مسئولیتی ایجاد نمی‌گردد. ولی در مبنای خطر «قصیر» شرط نیست و مسئولیت، مبتنی بر خطر یا ریسک است. در این مبنا، هر کس بر اثر عمل خود دیگری را متضرر نماید، مسئول

۱ همان، ص ۴۲ و ۲۲۹.

خسارت را مستقیم به شمار می‌آورد. ولی اگر واسطه وجود داشته و عرف آن را نادیده نگیرد، تسبیب صدق می‌نماید؛ مثل این که کسی در جلو منزل خود در فصل سرما آب بریزد و یخ بندان گردد و دیگری به سبب آن آسیب و خسارت بیند.<sup>۱</sup> یا کسی، دیگری را تحریک کند که او موجب خسارت به دیگری گردد، مسئولیت متوجه تحریک کننده به عنوان مسبب می‌باشد.

### ۲- تفاوت در موضوع

اتلاف فقط در امور مالی است مثل بناء، خانه و منزل، یعنی خسارت مالی است. ماده ۷۵۸ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد «شخصی که مال غیر را تلف نماید، به ضمان ضرر ناشی از آن مکلف می‌باشد».

اما تسبیب در همه امور و خسارات است. ماده ۷۶۰ قانون مدنی می‌گوید: «طوری که ایجاد سبب اتلاف موجب ضمان می‌گردد، قصور در تهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط نیز ضمان ضرر را لازم می‌گرداند». مثلاً کسی چاهی حفر می‌کند و شخصی در آن می‌افتد و خسارت بدنی به فرد وارد می‌شود. یا از طریق انتشار مقاله به جایگاه کسی ضرر می‌زنند و حیثیت او را بر باد می‌دهد، به همه این‌ها تسبیب و مسئولیت تسبیبی اطلاق می‌گردد.

شناخته می شود، صرف نظر از این که تقصیر داشته باشد یا رفتارش کاملاً مشروع و قانونی باشد.<sup>۱</sup>

حال با توجه به این توضیحات، مبنای مسئولیت در اتلاف طبق ماده ۷۵۸ و ۷۵۹ قانون مدنی، مبنای خطر یا مسئولیت محض است و قانونگذار در ماده ۷۵۸ به طور مطلق تلف کردن را موجب مسئولیت می داند و در ماده ۷۵۹ تصریح می دارد که اگر کسی مال غیر را قصداً یا بدون قصد تلف گرداند، به ضمان ناشی از آن مکلف شناخته می شود. «شخصی که مال غیر را خواه در تصرف خودش باشد یا امین او، قصداً و یا بدون قصد تلف نماید، به ضمان ضرر ناشی از عمل خود مکلف شناخته می شود».<sup>۲</sup>

بنابر این، در اتلاف صرف اثبات رابطه علیت بین عمل متلف و خسارت وارده کفایت می کند و شرط استقرار مسئولیت بر شخص، ایجاد خسارت است، اعم از این که تقصیر داشته باشد یا نداشته باشد. لذا چنانچه شخصی با رعایت همه احتیاطات لازم، شکاری را هدف قرار دهد ولی گلوله به حیوان غیر اصابت نماید، شکار چی مسئول خسارت وارده است اگرچه تقصیر ننموده است. و نیز اعم از این است که قصد داشته باشد و یا توانایی اراده و قصد نداشته باشد. به همین جهت در اتلاف، مجذون و صغیر ممیز و غیر ممیز نیز هرگاه به دیگری ضرر برسانند مسئول اند هرچند قصد و تقصیر در آنان مفهوم ندارد. ماده ۷۶۲ قانون مدنی نیز تصریح می دارد: هرگاه صغیر ممیز یا غیر ممیز و یا شخصی که تابع حکم صغیر غیر ممیز پنداشته می شود، مال غیر را تلف نماید، ضمان مال تلف شده از مال متعلق به خود وی لازم می گردد. در صورت نداشتن مال تا زمان دارا شدن وی مهلت داده می شود. ولی، وصی و قیم به ضمان مال تلف شده مکلف پنداشته نمی شود، مگر در صورتی که محکمه آن ها را به

۱ میشل لورراسا، پیشین، ص ۴۰

۲ قانون مدنی، ماده ۷۵۹.

ضمان مال مکلف سازد، در این صورت حق رجوع آن ها بر تلف کننده محفوظ می باشد»).

به همین ملاحظه است که اگر مبنای مسئولیت مضطر را در صورت ورود خسارت به مال دیگری طبق قاعده اتلاف بررسی کنیم، مضطر نیز به خاطر اتلاف مال غیر ضامن خواهد بود، زیرا هر چند حالت اضطرار ارتکاب تقصیر را از سوی مضطر متغیر می سازد، ولی در اتلاف مضطر نیازی به اثبات تقصیر نیست و در هر صورت مکلف به جبران مال تلف شده می باشد. به همین جهت است که قانون مدنی اضطرار را در عداد عوامل رافع مسئولیت مدنی نیاورده است.<sup>۱</sup>

ولی در تسبیب مبنای مسئولیت طبق ماده ۷۶۰ قانون مدنی، مبنای تقصیر است و علاوه بر رابطه علیت باید تقصیر و بی احتیاطی و به تعییر ماده ۷۶۰ «قصور» شخص مسئول نیز ثابت گردد؛ یعنی ثابت گردد که شخص مسئول، عوقب عمل خود را که نوعاً قابل پیش بینی است ملحوظ نداشته و در نتیجه مسامحه او عمل زیانبار حادث شده است. مانند این که شخص زنجیر سگ خود را نبسته یا محکم نبسته و سگ رها شده به عابرین حمله نموده است.

#### ۴- تفاوت در تحقق مسئولیت

در اتلاف چون مباشرتی است، لذا مسئولیت در آن همیشه با فعل مثبت تحقق می یابد و شخص باید کار ضرری انجام دهد تا مسئول شناخته شود، مثل شکستن و سوزاندن. ولی تسبیب چون با واسطه است، هم با فعل مثبت (مثل آب پاشی و یخ بندان

---

<sup>۱</sup> مواد ۷۸۷ الی ۷۸۴ بیانگر عوامل رافع مسئولیت مدنی است و در آن دفاع مشروع، امر آمر قانونی و اکراه از جمله این عوامل شمرده شده است.

در مثال فوق) محقق می شود و هم با فعل منفی. مثل این که کسی به حیوان دیگری که در دست اوست آب و علف ندهد و حیوان تلف گردد.<sup>۱</sup>

البته یک عمل یا خودداری از انجام عمل زمانی مسئولیت آور است که شخص ممتنع طبق قرارداد یا قانون و یا عرف، مکلف به انجام وظيفة بوده و آن را انجام نداده باشد و الا صرف خودداری از انجام عمل نمی تواند به تنها ی مسئولیت زا باشد، چرا که بین خود داری از انجام عمل با امتناع مطلق تفاوت وجود دارد. خود داری از انجام عمل مثل این که راننده شب هنگام چراغ موتر خود را روشن نمی کند، در این مورد شکی نیست که راننده مرتکب تقصیر شده و هیچکس نمی تواند در مسئولیت وی تردید داشته باشد. ولی امتناع از انجام یک عمل بدون این که هیچ گونه تعهدی وجود داشته باشد، مسئولیت آور نخواهد بود.

#### گفتار چهارم: غصب

یکی از موارد مسئولیت ناشی از فعل خود شخص «غصب»<sup>۲</sup> است. غصب در لغت به معنای به زور ستاندن، چیزی را به ستم از کسی گرفتن و تصرف در مال دیگری بدون رضایت او،<sup>۳</sup> آمده است.

در اصطلاح حقوقی نیز از معنای لغوی دور نمانده و در یک تعریف گفته اند که غصب عبارت از گرفتن قهری و از روی تجاوز مال غیر بدون جنگ است و در تعریف دیگر، غصب یعنی استیلا و تسلط بر مال غیر بدون مجوز قانونی.<sup>۴</sup>

۱ لوراسا، پیشین، ص ۱۹۸.

۲ برخی به این دلیل که «غصب» با استیلا بر مال غیر ایجاد می شود و «مسئولیت مدنی» با اضرار به دیگری محقق می شود، بحث غصب را در مسئولیت مدنی مطرح نکرده اند.

۳ علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، ذیل واژه غصب.

۴ محمد جعفر جعفری لنگرودی، مقاله «عناصر غصب»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۰، ش ۶.

### الف) ارکان غصب

در تحقق غصب دو عنصر مادی و حقوقی لازم است.

- ۱- عنصر مادی غصب: در غصب لازم است که فردی بر مال غیر «استیلاء» و «سلط» پیدا نماید و مال غیر را در سلطه و اختیار خود در آورد. به تعبیر دیگر در تحقق غصب لازم است از مالک مال «رفع ید» گردد و غاصب بر آن «وضع ید» نماید. وضع ید مفهوم عرفی است و موارد آن را عرف تشخیص می‌دهد.
- ۲- عنصر حقوقی: سلط بر مال غیر زمانی غصب است که بدون مجوز و به تعبیری «عدوانی» باشد. و غاصب با علم به تعلق مال به دیگری آن را به زور و ستم تصرف کند.<sup>۱</sup> به تعبیر دیگر، در غصب باید غاصب قبل از زمان شروع غصب به طریق قانونی در مال مخصوص تصرف نداشته باشد. پس اگر در ابتداء تصرف با اجازه خود مالک باشد ولی در ادامه «عدوانی» گردد، از همان زمان در حکم غصب می‌گردد. بنابر این امین یا معیر از تاریخ امتناع از رد و دیعه یا عاریه، در حکم غاصب اند هرچند در

<sup>۱</sup> رک: محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چ بیست و هشتم، ۱۳۹۲، ش ۷۶۷ ص ۲۹.

<sup>۲</sup> ابراهیم تقی زاده و احمد علی هاشمی، مسئولیت مدنی، ص ۲۳۱.

در غصب سه عنصر مهم وجود دارد: یکی غاصب، و آن شخصی است که مال دیگری را بدون اجازه در تصرف خود قرار می‌دهد. دیگری مخصوص و آن مالی است که غاصب تحت سلط خود قرار می‌دهد و سومی مخصوص منه و آن شخصی است که مالش مورد غصب قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

قانون مدنی افغانستان بدون این که تعریفی از غصب داشته باشد، غاصب را مسئول دانسته و به رد آنچه غصب نموده، مکلف گردانیده است که در این جا احکام آن بیان می‌گردد.

حکم چیزی بودن غیر از خود آن چیز بودن است. ماده ۷۷۳ قانون مدنی نیز بیان می دارد: «آنچه در ازاله تصرف مساوی غصب باشد، تابع حکم غصب می گردد». یعنی این موارد در حکم، آثار غصب را در پی دارد ولی در نامگذاری غصب واقعی تلقی نمی گردند.

### ب) مسئولیت های غاصب

هرگاه غاصب مالی را از دیگری غصب کند، حکم وضعی «ضمان» یا مسئولیت بر دوش وی آمده و وی ضامن است تا خسارت واردہ به مخصوص منه را جبران نماید. باز گرداندن مال مخصوص به مالک، بهترین وجه جبران خسارت می باشد و از رو تکلیف غاصب باز گرداندن مال مخصوص به صاحب آن می باشد. فقره ۱ ماده ۷۶۵ قانون مدنی نیز غاصب را به رد آنچه غصب نموده، مکلف گردانیده بیان می دارد: «غاصب به رد آنچه غصب نموده مکلف می باشد».

غاصب باید اصل مال را به صاحب آن باز گرداند حتی اگر این امر برای غاصب دشوار باشد و یا مستلزم ضرر به غاصب باشد و ناچار باشد برای بازگرداندن مال به صاحبی هزینه های زیادی را پردازد. مانند این که مصالح غصبه را در ساختمان خود به کار برده باشد و یا در زمین غصبه اشجار غرس نموده و یا بناء آباد نموده باشد، مگر این که مالک طور دیگری راضی گردد. بند ۲ ماده ۷۶۹ قانون مدنی نیز بیان می دارد: «در صورتی که غاصب در عقار بناء آباد نموده باشد و یا اشجار غرس کرده باشد، مالک می تواند اشجار و بناء را قلع نماید و یا قیمت آن ها را در صورت موافقه غاصب مقلوعاً پردازد».

اگر ضرری بر مال مخصوصه و مورد مال عاید گردد، طبق ماده ۷۶۵ قانون مدنی، غاصب علاوه بر رد مال مخصوصه، مکلف به جبران خسارت واردہ نیز می باشد. «اگر ضرری به اثر غصب عاید گردد، مرتکب بر علاوه رد عین مال مخصوصه در محل غصب، به جبران خسارت نیز مکلف می باشد». هم چنین در صورتی که مخصوص از اموال غیر

منقول باشد و غاصب موجب کاهش ارزش آن گردد، به ضمان آن مکلف شناخته می‌شود. ماده ۷۶۹ قانون مدنی بند ۳ در این مورد تصریح می‌دارد: «در صورت تلف شدن عقار یا وارد شدن نقص بر قیمت آن، گرچه غاصب متعدد نباشد، به ضمان مکلف می‌گردد.

البته طبق ماده ۷۶۵ قانون مدنی در رد مال مخصوصه شرط است که مال مورد نظر به حالت قبلی خود باقی مانده باشد. پس اگر تغییری در مال مخصوصه به وجود آید، صاحب مال می‌تواند همان مال را با جبران خسارت بابت تغییر در آن، دریافت دارد یا از تسلیم شدن آن خود داری نموده، غاصب را به ضمان آن مکلف گرداند. ولی اگر مال مخصوصه از سوی غاصب استهلاک یا هلاک گردد، غاصب مکلف به پرداخت ضمان آن (مثل یا قیمت) خواهد بود.<sup>۱</sup>

نکته دیگر در مورد غصب این که، اگر مال مخصوصه دارای زوایدی باشد، مثل پشم گوسفند و میوه درخت، زواید نیز مال مالک بوده و در صورت هلاک یا استهلاک آن، غاصب مکلف به جبران خسارت زواید نیز می‌باشد.<sup>۲</sup>

نکته پایانی در این مورد این که، چنانچه اشاره شد، قانونگذار موارد دیگری را نیز در حکم غصب قرار داده و احکام غصب بر آن موارد قابل تطبیق می‌باشد. ماده ۷۷۳ قانون مدنی در این مورد مقرر می‌دارد که «آنچه در ازاله تصرف مساوی غصب باشد، تابع حکم غصب می‌گردد». این موارد که به منظور حمایت از حقوق مالکان در حکم غصب قرار داده شده، مواردی اند که در ابتدا با مجوز و اذن مالک بوده ولی بعداً به اثر عدم ایفای تعهد، همانند غصب گردیده است، مثل این که کسی مال دیگری را امانت یا ودیعه می‌گیرد و بعد از اتمام موعد مقرر منکر می‌گردد یا قرض می‌گیرد ولی بعد از

۱ قانون مدنی، مواد ۷۶۶ و ۷۶۷.

۲ همان، ماده ۷۶۸.

تاریخ معین شده بر نمی گرداند، از تاریخ تمام شدن مهلت، فرد در حکم غاصب بوده و مسئولیت غاصب را دارد.

#### نتیجه

مسئولیت مدنی ناشی از عملکرد خود شخص مسئول، بخش مهمی از مسئولیت مدنی و دعاوی مربوط به آن را تشکیل می دهد و موارد چهارگانه سوء استفاده از حق، اتلاف مال غیر، تسبیب ضرر غیر، غصب و آنچه در حکم آن است، از مصاديق و موارد این نوع مسئولیت می باشد. با مطالعه قواعد آن در حقوق افغانستان نتایج ذیل بدست می آید.



۱- در مورد مسئولیت ناشی از سوء استفاده از حق، هرچند اصل آزادی شخاص در استعمال حق حاکم است، اما این اصل در صورت استفاده نامتعارف از حق و یا به قصد اضرار به غیر، محدود می گردد. ضمانت قانونی منع از سوء استفاده از حق را به شکل الزام صاحب حق به جبران خسارت(ماده ۸ و ۹ ق.م) و یا منع از اجرای آن ( مواد ۱۹۰۰ الى ۱۹۳۵ ق.م) می توان ملاحظه نمود. هرچند مقررات فعلی در خصوص این موضوع کافی نبوده و قانونگذار به طور واضح و مشخص سوء استفاده از حق را در مبحث معینی در قانون مدنی نکرده است و لازم است معیار های آن به طور روشن تر و با تفصیل بیشتر و راهکار های قانونی ممانعت از اجرای حق اضراری بیان گردد.

۲- در مورد اتلاف چون حکم به «ضمان» و «مسئولیت» از احکام وضعی است نه تکلیفی، لذا قصد مختلف به اتلاف یا عدم قصد، علم یا عدم علم، بلوغ یا عدم بلوغ، عقل یا جنون، مضطرب و مختار تأثیری ندارد و در هر حال و برای همه ضمان ناشی از اتلاف تحقق پیدا می نماید. اما در تسبیب «تقصیر مسئول» شرط اصلی ایجاد مسئولیت است و شخص تنها در صورتی مسئول شناخته می شود که به تعبیر قانون (ماده ۷۶۰ ق.م) «قصور» در تهیه وسائل ممکنه داشته باشد.

#### منابع و مأخذ.

- ۱- تقی زاده، ابراهیم و احمد علی هاشمی، مسئولیت مدنی، بی جا، پیام نور، بی تا.
- ۲- باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، تهران، میزان، چ سوم، ۱۳۸۹.
- ۳- اکبرینه، پروین، «منع از سوء استفاده از حقوق عینی در قانون مدنی»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهارم، ش، ۱۳ و ۱۲.
- ۴- توکلی، سعید، قاعده لاضر و قاعده تسليط در نظام حقوقی ایران، مجله دادرسی، ۱۳۸۱.
- ۵- عباسلو، بختیار، مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان، چ اول، ۱۳۹۰.
- ۶- السنہوری، عبدالرازاق، الوسيط فی شرح القانون المدنی، ج اول، بیروت، منشورات الحلبی الحقوقیة، چ سوم، ۱۹۹۸، ص ۸۳۲.
- ۷- علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم ۱۳۷۷.
- ۸- غمامی، مجید، قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی، چ اول، ۱۳۸۳.
- ۹- قاسم زاده، مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان، چ سوم، ۱۳۸۵.
- ۱۰- قانون مدنی افغانستان (تصویب ۱۳۵۵).
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه لوراسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتري، تهران: حقوقدان، چ اول، ۱۳۷۵.
- ۱۲- محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر گنج دانش، چ بیست و هشتم، ۱۳۹۲.
- ۱۳- محمد جعفر جعفری لنگرودی، مقاله «عناصر غصب»، فصلنامه دانشکله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۰.

## **ماهیت و آثار قراردادهای اداری**

محمد ادریس برمک<sup>۱</sup>

### **چکیده**

قراردادهای اداری به قراردادهای گفته می‌شود که لااقل یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده، و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و هم به عنوان حقوق عمومی منعقد شده باشد. در رابطه به ماهیت قراردادهای اداری عده‌ی معتقد به عدم وجود تفاوت میان قراردادهای اداری با قرادادهای مدنی بوده و هر دو را تابع رژیم

---

۱. کارشناس ارشد رشته حقوق عمومی

واحد میدانند. عده دیگر معتقد اند که قراردادهای اداری نظام حقوقی متفاوتی از قراردادهای خصوصی دارند، طوری که این قراردادها جزء نظام حقوق عمومی هستند و از قواعد حقوق عمومی پیروی می‌کنند و دسته سوم هم موضع وسطی را اختیار کرده به گونه‌ای که میان قراردادهای اداری و قراردادهای مدنی در عین شباهت در خصوص توافقی بودن، تفاوت‌های نیز در خصوص اصول و آثار آنها قابل هستند. درنگاه صوری قراردادهای اداری اعمال حقوقی هستند که از جانب اداره امور عمومی منعقد می‌شوند اما در نگاه ماهوی حضور یک شخص حقوق عمومی مانند وزارت‌خانه، مؤسسه عمومی و مؤسسات وابسته به دولت به عنوان یک طرف قرارداد، وجود یک هدف عمومی در قبال انعقاد قرارداد و پیروی از احکام و قواعد ویژه در خصوص چگونگی انعقاد اینگونه قراردادها از جمله مسایل متمایز کننده این‌گونه قراردادها با انواع دیگر قراردادهای است.

از جانب دولت قراردادهای اداری دارای آثاری چون؛ اختیار فسخ یکجانبه قرارداد ناشی از مقتضیات اداری، اختیار تعییر یکجانبه قرارداد، اختیار کنترول و هدایت قرارداد و اختیار به کار گیری مستقیم ضمانت اجراء علیه تخلفات قراردادی را می‌باشد و از جانب دیگر مکلف به پرداخت قیمت، پرداخت جبران خساره و تضمین توازن مالی قرارداد در قبال قراردادی بوده و از جانب قراردادی دارای آثاری چون؛ اجرای کامل تعهدات است.

**کلید واژه:** قرارداد اداری، خدمات عمومی، قدرت عمومی، منافع عمومی، قراردادی.

## مقدمه

اعمال حقوقی از گذشته‌های دور، از جمله موارد مهم و اساسی در زمینه تنظیم و انسجام روابط اجتماعی انسانها بوده است. اعمال حقوقی می‌تواند به شکل یک‌جانبه و یا هم دوچنانه باشد. اما آنچه سache وسیعی از اعمال حقوقی را تشکیل می‌دهد، اعمال حقوقی دوچنانه «قراردادها» است. در گذشته‌ها اعمال حقوقی دوچنانه تنها میان اشخاص حقیقی و آن‌هم در ساحه حقوق خصوصی قابل انعقاد بوده است اما با شکل‌گیری دولت‌های مدرن، آهسته آهسته دولت نیز به عنوان شخص حکمی حقوق عمومی، در جهت برآورده ساختن نیازهای مربوط به امور عمومی، روابط قراردادی اش را با اشخاص خصوصی گسترش داد که این روابط بعدها به «قرارداد اداری» معروف گردید.

از همین جهت، سازمانهای اداری برای رفع نیازهای خود و ارائه خدمات عمومی قراردادهای را با اشخاص حقیقی و حکمی منعقد می‌نماید که از احکام و مقررات خاصی پیروی می‌کنند که این احکام، قواعد و مقررات از قواعد حقوق خصوصی متمایز می‌باشند. قراردادهای اداری در ذات خود دارای ماهیت ویژه و دوگانه‌ای بوده، طوریکه در این نوع قراردادها بر علاوه رعایت اصول و قواعد کلی قراردادها جزء نظام حقوق عمومی بوده و از قواعد حقوق عمومی پیروی می‌نمایند که به همین تبع ویژه‌گی انعقاد قراردادهای اداری در تأمین منافع عمومی و به عنوان عمل حاکمیتی دولت‌ها آثاری را به دنبال داشته و به دولت حقوق بیشتری نسبت به جانب مقابل قرارداد می‌دهد که به سبب آن دولت صلاحیت هدایت، تغییر، فسخ یک‌جانبه قرارداد و اختیار به کارگیری مستقیم ضمانت اجراء علیه تخلفات قراردادی را به گونه‌ی انحصاری برخوردار بوده و با اتکا به منافع و مصالح عمومی هر زمانی که خواسته باشد می‌تواند بر علیه قراردادی تصامیمی اتخاذ و عملی نماید.

در این مقاله برآنیم تا ماهیت ویژه‌ای قراردادهای اداری که سبب تمایز این قراردادها با انواع دیگر قراردادها شده و آثار این نوع قراردادها را به نسبت دولت و قراردادی به بحث گیریم.

### مبحث اول: ماهیت قراردادهای اداری<sup>۱</sup>

در رابطه به ماهیت قراردادهای اداری اختلاف نظرهای زیادی وجود داشته و در این زمینه میان علماء و دانشمندان حقوق اتفاق نظر وجود ندارد. تعدادی این قراردادها را تابع حقوق خصوصی دانسته هیچ فرقی میان قواعد مربوط به حقوق قراردادهای خصوصی و حقوق قراردادهای اداری قایل نیستند، تعدادی هم قراردادهای اداری را تابع رژیم حقوقی جداگانه‌ای دانسته و تأکید بر وجود قواعد خاص در زمینه دارند و تعدادی هم موضع اعتدال را اختیار نموده و تأکید بر دو بُعدی بودن قراردادهای اداری دارند. این اختلافات از آنجا ناشی می‌شود که؛ بر قراردادهای خصوصی اصول و قواعدی حاکم است که با ابزارهای مورد استفاده در قراردادهای اداری به منظور تحقق هدف منافع عمومی<sup>۲</sup> و ارائه خدمات عمومی<sup>۳</sup> سازگاری ندارند و از سوی دیگر، هردوی این نوع قراردادها ناشی از اراده دوجانبه و مبتنی بر رضایت طرفین بوده و شرایط مربوط به مشروعيت و صحت قراردادها بر هردو مورد قابلِ اعمال است. که در ذیل هر سه دیدگاه مطرح شده فوق، ضمن سه گفتار با رویکرد نظام حقوقی افغانستان به بحث و بررسی گرفته می‌شود.

---

<sup>۱</sup>.The Nature of Administrative Contract.

<sup>۲</sup>. Public will.

<sup>۳</sup>. public services.

## گفتار اول: نظریه وحدت (یگانگی) قراردادها

به اساس این دیدگاه قراردادهای اداری هیچ تفاوتی با قراردادهای مدنی نداشته و هردو تابع رژیم حقوقی یکسان می‌باشند. این دیدگاه متعلق به لئون دوگی<sup>۱</sup> بوده، که موصوف معتقد است؛ قراردادهای اداری و قراردادهای مدنی از حیث عناصر ماهوی، خصوصیات و آثار باهم یکی بوده و هیچ تفاوتی با هم ندارند، لذا تابع رژیم حقوقی یکسانی هستند. تنها تفاوتی که لئون دوگی میان این دونوع قرارداد قایل است، همانا تفاوت در مرجع حل اختلاف ناشی ازین نوع قراردادها می‌باشد، که به عقیده ایشان رسیدگی به دعاوى ناشی از قراردادهای اداری در محاکم اداری صورت گرفته و دعاوى ناشی از قراردادهای مدنی در محاکم عادی رسیدگی می‌شود.<sup>۲</sup>

در خصوص افغانستان باید گفت که؛ قراردادهای اداری تابع رژیم حقوقی متفاوتی از قراردادهای مدنی بوده و قراردادهای اداری به موجب قوانینی چون؛ قانون اجراءات اداری<sup>۳</sup> مصوب سال ۱۳۹۷ هش، قانون تدارکات<sup>۴</sup> مصوب سال ۱۳۹۵ هش و قانون مشارکت عامه و خصوصی<sup>۵</sup> منعقد می‌شوند. که قواعد ویژه‌ای بر آنها حاکم است. چنانچه ماده دوم قانون اجراءات اداری، ضمن بیان اهداف این قانون، در فقره ۳ خود چنین حکم می‌کند: «حصول اطمینان از قانونیت<sup>۶</sup> و مقتضی بودن<sup>۷</sup> اعمال اداری<sup>۱</sup> و

۱. دوگی، لئون (۱۸۵۹-۱۹۲۸ مدق) (Duguit, Léon) حقوق‌دان فرانسوی. او دو مفهوم انتزاعی حاکمیت و کشور را مورد انتقاد قرار داد. به اعتقاد دوگی علت وجودی حقوق ارتقای همبستگی اجتماعی به معنای گش و وابستگی متقابل گروههای مردم است. اگر حقوق نتواند این هدف‌ها را برآورده کند، باید آن را رد کرد. دوگی استاد حقوق اساسی در دانشگاه بوردو بود.

۲. سرور، داشن، حقوق اداری افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، ج دوم، سال ۱۳۹۴، صص ۴۱۱-۴۱۲.

<sup>۳</sup>. Administrative Procedures Law.

<sup>۴</sup>. Procurements Law.

<sup>۵</sup>. Public and Private Partnership law.

<sup>۶</sup>. Legitimacy.

<sup>۷</sup>. Being Appropriate.

و تصامیم اختیاری<sup>۲</sup> همچنان فقره ششم همین ماده قانون اجراءات اداری چنین حکم می‌کند: «کسب اطمینان از تطبیق اجراءاتی که منافع و نیازمندی‌های عامه و خصوصی را تامین نماید». در ضمن ماده چهارم همین قانون در مورد ساحة تطبیق این قانون حکم می‌کند «این قانون بر اداره عامه در صورتی که هدف آن اجرای عمل اداری باشد، تطبیق می‌گردد». اما به گونه‌ی مشخص در مورد قراردادهای اداری، این قانون در ماده ۵۹ ضمن بیان مفهوم قرارداد اداری؛ قرارداد اداری را توافق کتبی می‌داند که بین اداره و شخص خصوصی یا بین دو یا بیشتر از دو اداره منعقد می‌گردد.<sup>۳</sup>

در نتیجه‌ی مطالعه مواد مندرج قانون اجراءات اداری بر می‌آید که بر علاوه آن احکام کلی مذکور فوق؛ این قانون ضمن فصل چهارم خود، در حدود چهارده ماده را خاصتاً برای چگونگی اجراءات مربوط به انعقاد قراردادهای اداری اختصاص داده و احکام مربوطه را بهبیان گرفته است.

این در حالیست که در افغانستان، تمامی قراردادهای مدنی<sup>۴</sup> مطابق به احکام قانون مدنی<sup>۵</sup> منعقد گردیده و دارای رژیم حقوقی جداگانه‌ای نسبت به قراردادهای اداری هستند. اما با وجود قانون خاصی در زمینه قراردادهای اداری، تا هنوز در افغانستان محاکم ویژه‌ای برای رسیدگی و حل و فصل منازعات ناشی از قراردادهای اداری وجود نداشته و دعاوی مربوطه در محاکم عمومی رسیدگی می‌شوند.

<sup>1</sup>. Administrative Acts.

<sup>2</sup>. Arbitrary Decisions.

<sup>3</sup>. وزارت عدله، جریده رسمی، قانون اجراءات اداری، شماره مسلسل ۱۳۹۷، حمل ۲۴ و ۵۹.

<sup>4</sup>. Civil Contracts.

<sup>5</sup>. Civil Code.

## گفتار دوم: نظریه ثنویت (دوگانگی) قراردادها

این دیدگاه به دانشمندانی چون؛ دولوبار و جز تعلق داشته، که به عقیده ایشان قراردادهای اداری در مقایسه با قراردادهای مدنی، بر علاوه قواعد حاکم حقوقی متفاوت، از نگاه نظام قضائی نیز با هم تفاوت دارند. به گونه‌ای که قراردادهای اداری تابع قانون مدنی نبوده و قوانین خاصی در زمینه وجود دارد و همچنان اختلافات و منازعات ناشی از قراردادهای اداری در محاکم عمومی نه، بلکه در محاکم اداری رسیدگی می‌شود. این دانشمندان دلیل تفکیک میان این دو نوع قرادادها را ناشی از اهدافی می‌دانند که، این نوع قراردادها به دنبال تحقق آنها بوده و این اهداف کاملاً با اهداف مربوط به قراردادهای خصوصی در تضاد باهم قرار دارند.<sup>۱</sup> به گونه‌ای که هدف از انعقاد قراردادهای اداری تحقق منافع عمومی و ارائه خدمات عمومی بوده که در تحقق این اهداف، ابزار و لوازم ویژه‌ای به کار برده می‌شود. در حالیکه هدف از انعقاد قراردادهای خصوصی صرفاً تحقق منافع خصوصی طرفین قرارداد است.<sup>۲</sup>

در خصوص موقف نظام حقوقی افغانستان درمورد ماهیت حقوقی قراردادهای اداری و چگونگی پیروی از نظریه وحدت یا دوگانگی رژیم حقوقی حاکم بر قراردادهای اداری باید گفت که؛ در نظام حقوقی افغانستان در مورد ماهیت قراردادهای اداری در عین صراحت، ابهام نیز وجود داشته به گونه‌ای در مورد ضمن گفتار قبلی مفصلأً بحث صورت گرفت.

۱. منوچهر، طباطبایی موتمنی، حقوق اداری، تهران: نشر سمت، چ ۲۰، سال ۱۳۹۵، صص ۳۱۳-۳۱۶.

۲. آیت الله، مولایی، قراردادهای اداری (مطالعه تطبیقی بسترها، مبانی، ماهیت و اصول)، تهران: نشر میزان، سال ۱۳۹۳، صص ۲۰۹-۲۱۰.

### گفتار سوم: نظریه مختلط

به اساس این نظریه قراردادهای اداری و قراردادهای خصوصی در عین حالیکه باهم شباهت‌های دارند، دارای تفاوت‌های نیز هستند. به گونه‌ای که وجه شباهت اساسی و جوهری این دو نوع قراردادها این است که؛ هر دو مورد محصول توافق دو اراده می‌باشد. اما تفاوت اساسی این قراردادها، تفاوت در اصول و آثار این نوع قراردادها می‌باشد. چنانچه قراردادهای اداری به نفع عموم توجه داشته و قراردادهای خصوصی صرفاً به منافع طرفین قرارداد. لذا قراردادهای اداری دارای ماهیت دوگانه‌ای هستند.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد با توجه به بحث‌های مطرح شده‌ی فوق در نظریه یگانگی و نظریه دوگانگی، در نظام حقوقی افغانستان تا حدودی، از همین نظریه مختلط پیروی صورت گرفته است.

### مبحث دوم: معیار‌ها و شاخص‌های قراردادهای اداری

در نگاه صوری قراردادهای اداری، اعمال حقوقی دوگانه‌ای هستند که از جانب اداره عامه منعقد می‌شوند. اما در نگاه ماهوی؛ استاد «دولوبار» یکی از اساتید حقوق اداری، قرارداد اداری را چنین تعریف نموده است: «قرارداد اداری به قراردادی اطلاق می‌شود که مؤسسات عمومی آنرا به منظور انجام یک امر عمومی و به قصد این‌که قرارداد مذبور مشمول مقررات و احکام خاص حقوق اداری قرار گیرد، منعقد می‌نماید، خواه مبین این قصد، وجود قیود و شروط مخصوص حقوق اداری مندرج در قرارداد باشد و خواه شرکت و همکاری نزدیک و مستقیمی که قراردادی در انجام امر عمومی می‌نماید، دلالت بر آن قصد کند».<sup>۲</sup>

۱. ولی الله انصاری، کلیات حقوق اداری از نظری، عملی و تطبیقی، چ ۶، تهران: نشر میزان، سال ۱۳۸۴، ص ۵۰-۵۱.

۲. منوچهر، طباطبایی موتمنی، حقوق اداری، پیشین، ص ۳۲۰.

به موجب قوانین افغانستان قرارداد اداری توافق کتبی است بین اداره و شخص خصوصی یا بین دو و یا بیشتر از دو اداره در احوال ذیل:

- یکی از طرفین، اداره عامه بوده و موضوع قرارداد، خدمات عامه باشد.
- اداره عامه در اجرای قرارداد، از اقتدار عامه استفاده نماید.
- موضوع قرارداد از جمله وظایف اداره عامه باشد.
- قانون، قرارداد اداری را تعریف نموده باشد.<sup>۱</sup>

با توجه به تعاریف فوق، در باب قراردادهای اداری؛ آن دسته از قراردادها، اداری

تلقی می‌شوند که، یکی از سازمانها یا موسسات دولتی یا به نمایندگی از آنها، با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی، به منظور انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی، با احکام خاص منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن در صلاحیت محاکم اداری است.

بنابرای شناسایی قراردادهای اداری از سایر انواع قراردادها می‌توان دو معیار؛ معیار ماهوی و معیار شکلی را ملاک قرار داد.

#### گفتار اول: معیارهای اصلی (شاخص ماهوی)

معیار ماهوی به این معنی است که تنها با وجود یک شخص عمومی به عنوان یک طرف قرارداد نمی‌توان آنرا اداری قلمداد کرد. بلکه باید موضوع قرارداد هم باید به گونه‌ی به یک امر عمومی تعلق داشته و قرارداد تابع رژیم خاصی باشد که در ذیل هر دو مورد به بحث گرفته می‌شود.

۱. وزارت عدله، جریده رسمی، قانون اجراءات اداری، شماره مسلسل ۱۲۹۸، حمل ۱۳۹۷ هـ، ش، ماده ۵۹.

### الف) ارائه خدمات عمومی

اگر چه همه فعالیتهای دولتی برای تحقق اهداف عمومی (و نه خصوصی) صورت میگیرد؛ اما بعضی از آنها آنقدر جزئی و در زمرة اعمال خرد و متوسط است که نمیتوان وجود هدف یا خدمت عمومی را از آن استنباط کرد. در مقابل، بسیاری از قراردادهای اداری آنچنان با هدف خدمات عمومی آمیخته است که حقیقتاً نمیتوان چنین قراردادهایی را در ردیف قراردادهای خصوصی قرار داد. به عنوان مثال قرارداد نوشتن لوحه برای یک اداره دولتی را نمیتوان همسنگ با قراردادی راجع به ساخت میدان هوایی و راه آهن و جاده وغیره... دانست. عنصر هدف یا خدمت عمومی بهترین ضابطه تشخیص قرارداد اداری از غیر اداری است.<sup>۱</sup>

### ب) رژیم فوق العاده نسبت به حقوق خصوصی

در انعقاد قراردادهای اداری، مقام انعقاد کننده به عنوان نماینده قدرت عمومی، با استفاده از مقام و قدرت عمومی، قرارداد را منعقد مینماید.<sup>۲</sup> تنها معیاری که نشان می‌دهد مقام انعقاد کننده در هنگام انعقاد قرارداد از قدرت عمومی استفاده کرده است یا قدرت خصوصی؛ توجه به وظایف و فعالیت‌ها در حین انجام آنها می‌باشد که مقام مربوطه از کدام شیوه استفاده کرده است. هرگاه از قیود و شروط خاص، مثل اینکه در قرارداد تصریح شده باشد که اداره به طور یکجانبه حق فسخ یا تعديل قرارداد را دارد استفاده شده باشد، معلوم می‌شود که از ابزار حقوق عمومی و امتیاز قدرت عمومی استفاده گرفته است.<sup>۳</sup>

۱. ابراهیم، موسی زاده، حقوق اداری، تهران: انتشارات دادگستر، چ دوم، سال ۱۳۹۳، ص ۵۷۳.

۲. محمد و کورش، امامی و استوار سنگری، حقوق اداری، جلد اول، تهران: نشر میزان، چاپ چهاردهم، ۱۳۹۱، صص ۱۲۸-۱۲۹.

۳. سرور دانش، حقوق اداری افغانستان، پیشین، ص ۴۱۸.

## گفتار دوم: معیار فرعی (شاخص صوری) اصالت حضور شخص عمومی

در قراردادهای اداری همیشه یک طرف قرارداد، شخص حقوق عمومی است. البته اگر شخص حقیقی یا حقوق خصوصی، به نمایندگی از دولت مسئولیت ارائه یک خدمت عمومی را بر عهده گرفته باشد؛ در این صورت، قراردادی را که در راستای ارائه آن خدمت عمومی منعقد می‌نماید، نیز قرارداد اداری به شمار میرود.<sup>۱</sup> قراردادهای اداری تابع نظام حقوقی عمومی است، همانگونه که قراردادهای خصوصی تابع نظام خصوصی است و با توجه به این‌که دستگاه‌های اداری ما برای انعقاد قراردادهای خود از قواعد و مقررات حقوق عمومی استفاده می‌کنند.<sup>۲</sup>

تعدادی دانشمندان در مورد قراردادهای اداری می‌گویند: «اصطلاح علمی ناظر به قراردادهایی است که لااقل یک طرف آن اداره‌ی از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و با عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود مانند عقد راجع به خدمات عمومی چون قراردادهای که به‌محض آن امتیاز استخراج معدنی به اشخاص داده می‌شود یا امتیاز کشیدن خطوط آهن به شرکت مخصوص اعطای گردد...»<sup>۳</sup>

## مبحث سوم: آثار قراردادهای اداری

هر قراردادی که در حوزه حقوق منعقد می‌شود، دارای آثار، حقوق و تکالیفی نسبت به طرفین قرارداد است. قراردادهای اداری نیز از این قاعده مستثنی نیستند. منظور از آثار قرارداد این است که هر یک از متعاهدین نسبت به تعهدات منعقد در قرارداد، مسئول است و باید آن را اجراء نماید.

۱. ابراهیم موسی زاده، کلیات حقوق اداری، پیشین، صص ۵۷۳-۵۷۳.

۲. محمد جواد رضایی زاده، «ویژگی‌های قراردادهای اداری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره ۳۸، سال ۱۳۸۷، ص ۱۴۵.

۳. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران: نشر گنج دانش، سال ۱۳۸۵، صص ۵۳۳-۵۳۲.

در ذیل آثار قراردادهای اداری ضمن گفتارهای جداگانه نسبت به طرفین قرارداد، اعم از دولت و قراردادی به بحث گرفته می‌شود.

### گفتار اول: آثار قراردادهای اداری به نسبت اداره

همانطوریکه در بحث های قبلی ذکر گردید، قراردادهای اداری با قراردادهای خصوصی تفاوت‌های داشته و در زمینه‌ی؛ قراردادهای اداری اصل برابری میان طرفین قرارداد قابل تطبیق نبوده و برای اداره یک سلسله حقوق و امتیازاتی وجود دارد. در این گفتار به حقوق و تکالیفی پرداخته می‌شود که منحیث آثار قراردادهای اداری بعد از انعقاد قرارداد متوجه اداره می‌گردد.

#### الف) حقوق اداره

مهم‌ترین حقوقی که اداره منحیث یک جانب قرارداد به عنوان نماینده منافع عمومی قراردادار، قرار ذیل خواهد بود.

#### ۱- اختیار فسخ قرارداد ناشی از مقتضیات اداری

اقتدارهای قدرت عمومی ناشی از این‌هستند که شرایطی که در قراردادهای خصوصی وجود دارد در قراردادهای اداری گاهی به نفع عموم تعبیر می‌شود. به طور مثال در قراردادهای خصوصی اصل لزوم حاکم است، که اقتضاً می‌کند هیچ‌طرفی بدون اجازه طرف دیگر حق خروج از مفاد قرارداد را نداشته باشد. اما سازمان‌های دولتی به دلیل اینکه برخی اوقات تحت تاثیر برخی شرایط قرار دارند مثلاً مجبورند که طرح یک قرارداد را تعطیل کنند و بودجه آن را به جای دیگر تخصیص دهند، لازم است در این موقع بدون اینکه این شرط را در قرارداد درج کرده باشند، یک طرفه از قرارداد خارج شوند. این موردی است که تحت عنوان اصل مصلحت شناسایی شده است که مطابق با آن کارفرمای دولتی می‌تواند بنا بر مصلحت و اقتضای مصلحت، از قرارداد خارج

شود؛ حتی در حالتی که طرف مقابل تخلفی نکرده باشد که منجر به ایجاد حق فسخ برای دولت باشد.

بنابراین فسخ قراردادداری ممکن است به سبب مقتضیات اداره امور عمومی صورت بگیرد و این حق ناشی از حق حاکمیت دولت در اداره امور عمومی است که به اساس آن به اداره حق داده می‌شود در صورت لزوم به قراردادی که به نفع اداره امور عمومی نیست خاتمه دهد.<sup>۱</sup>

## ۲- اختیارات تغییر یکجانبه قرارداد

ویژگی دیگری مثل تعديل و تغییر یکجانبه قرارداد یا تغییر موضوع قرارداد که از اصول اولیه قراردادهای خصوصی است، در قراردادهای اداری ناشی از امتیاز قدرت عمومی است. به دلیل اصل استمرار خدمات عمومی ایجاب می‌کند در صورتی که خدمت عمومی جدیدی جایگزین قرارداد قبلی شود محتوای قرارداد نیز تغییر کند. تغییر موضوع قرارداد از اصول مرتبط با قدرت عمومی در قراردادهای اداری است.<sup>۲</sup>

بنابراین یکی دیگری از امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری، تغییر یکجانبه قرارداد بدون رضایت و توافق قراردادگیرنده می‌باشد، که اداره می‌تواند به اساس نیازمندی‌ها و با استناد به اصل انطباق پذیری ارائه خدمات عمومی با نیازمندی‌ها و منافع عمومی در قرارداد تغییراتی را به وجود آورد.<sup>۳</sup>

به این معنی اداره می‌تواند در ضمن اجرای قرارداد، حجم کار و یا مقدار کالای مورد معامله را تغییر دهد و آنرا تا ۲۵٪ فیصد کسر یا اضافه نماید. این اختیار در تمامی

۱. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، کابل: انتشارات سعید، سال ۱۳۸۸، ص ۱۱۲.

۲. همان، ص ۱۱۴.

۳. همان، ص ۱۰۹.

قراردادهای اداری وجود دارد. چنانچه در فوق نیز گفته شد منشاء این صلاحیت مصالح و مقتضیات اداره امور عمومی است.<sup>۱</sup>

نظام حقوقی افغانستان در این مورد مقرر می‌دارد؛ تعديل قرارداد اداری صرف در صورتی اعتبار دارد که طرفین به آن رضایت یا حکم صریح قانون در مورد وجود داشته باشد و یا هم؛ هرگاه قراردادی متحمل خسارة جدی گردد یا در صورت بروز فورس ماژور مکلفیت‌های اجرای قرارداد اداری، حسب شرایط به طور عادلانه و با در نظر داشت منافع طرفین، تعديل گردیده می‌تواند.<sup>۲</sup>

### ۳- اختیار کنترول و هدایت قرارداد

قدرت عمومی با استفاده از ابزارهای دست داشته، بر اجرای درست قراردادهای اداری نظارت داشته و در موارد ضروری هدایات لازم را جهت اجرای بهتر امور به قراردادی صادر می‌نماید. در مقابل قراردادی مکلف است تمامی هدایات مقام قدرت عمومی را تعمیل نماید، که در صورت عدم رعایت این هدایات و دستایر، قراردادی مسئول جبران خسارت ناشی از تعلل خود در عدم اجرای هدایات مقام مربوطه خواهد بود.<sup>۳</sup> بنابر آنچه در فوق گفته شد؛ در قراردادهای اداری، اداره نه تنها می‌تواند به وسیله مأموران خود بر اجرای صحیح قرارداد نظارت نموده بلکه حق دارد در برخی موارد، با دادن دستورهایی قراردادی را در انجام قرارداد هدایت و راهنمایی کند.<sup>۴</sup>

۱. منوچهر طباطبائی، مؤتمنی، حقوق اداری تطبیقی، پیشین، ص ۳۷۸.

۲. قانون اجراءات اداری، پیشین، ماده ۶۷.

۳. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، پیشین، ص ۱۰۹.

۴. منوچهر طباطبائی، حقوق اداری تطبیقی، پیشین، ص ۳۷۸.

#### ۴- اختیار به کارگیری مستقیم ضمانت اجراء علیه تخلفات قراردادی

اداره حق برای جلوگیری از تخلفات قراردادی، مانند عدم اجراء یا تأخیر در اجرای قرارداد برخی مویداتی را در قبال قراردادی تطبیق نماید که این مویدات به قرارذیل خواهد بود.

#### فسخ

در حقوق خصوصی فسخ یکجانبه به علت تخلف «تصحیر یا تأخیر» از انجام تعهد موجب حق فسخ برای طرف مقابل نمی‌شود . بلکه متعهد له می‌تواند از محکمه الزام و اجبار متعهد را به انجام تعهد بخواهد. فقط در صورتی که اجبار متعهد ممکن نباشد و تعهد نیز از جمله اموری نباشد که توسط شخص ثالث یا خود متعهد له انجام شود، در این صورت متعهد له می‌تواند با رجوع به محکمه، قرارداد را فسخ نماید. اما در حقوق عمومی راجع به قراردادهای اداری، طی کردن چنین روند طولانی لازم نیست. دولت بدون الزام به مراجعته به محکمه می‌تواند به استناد تخلف متعهد یا تصحیر او یا تأخیر در انجام تعهد، قرارداد را فسخ نماید. در این صورت، چنانچه طرف مقابل مدعی عدم تخلف از مفاد قرارداد باشد، حق دارد برای اثبات ادعای خود به محکمه با صلاحت مراجعته کرده و دادخواهی نماید.

بناً فسخ قرارداد، ضمانت اجرائی شدیدی است که به قرارداد خاتمه می‌دهد و اداره معمولاً ازین ضمانت اجراء زمانی استفاده می‌کند که قراردادی مرتكب تصحیر و تخلف شده باشد و سایر مویدات موثر واقع نگردد. به موجب این حق اداره با استناد به امتیاز استفاده از قدرت عمومی می‌تواند بدون مراجعته به محکمه قرارداد را فسخ نماید. این نوع فسخ، با فسخی به سبب مقتضیات اداره امور عمومی و فسخی که به سبب ایجاب امور عمومی صورت می‌گیرد تفاوت دارد. چنانچه بیان گردید؛ در این

### جرائم نقدی

همانطوری که در فوق ذکر گردید، در برابر تخلف از مواد قرارداد و یا تقصیر در اجرای قرارداد، بالای قراردادی مؤیداتی تطبیق می‌گردد، یکی ازین نوع مؤیدات جرم‌های نقدی می‌باشد.<sup>۱</sup> باید یاد آور شد که مقدار این جرم‌های نقدی، نحوه و حالات پرداخت آن، قبل<sup>۲</sup> به اساس مواد مندرج در قرارداد مشخص شده می‌باشد. این جرم‌های نقدی جدایی از جبران خسارت‌هایی است که در نتیجه تقصیر قراردادی در اجرای قرارداد به اداره، منافع عمومی و یا مستفید شوندگان قرارداد وارد می‌گردد.<sup>۳</sup>

### اجرای مؤقت قرارداد

هرگاه در جریان اجرای قرارداد مشکلاتی به وجود می‌آید که قراردادی را از اجرای قرارداد باز می‌دارد، یا اینکه قراردادی در اجرای قرارداد سوء نیت داشته و در آینده نزدیک دیگر قادر به ادامه کار نباشد و چاره‌ای جز فسخ قرارداد وجود نداشته باشد و تشریفاتی قبلی چون؛ اختار قبلی نیز اجراء نشده و همچنان رجوع به محکمه توسط اداره و مطالبه فسخ قرار داد نیز زمانگیر می‌باشد. در این صورت به علت عدم

۱. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، پیشین، ص ۱۱۲-۱۱۳.

۲. منوچهر طباطبائی، حقوق اداری تطبیقی، پیشین، ص ۳۸۱.

۳. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، پیشین، ص ۱۱۰.

۴. منوچهر طباطبائی، حقوق اداری تطبیقی، پیشین، ص ۳۸۱.

وقوع سکتگی در ارائه خدمات عمومی و حفظ منافع عمومی، اداره موقتاً اجرای قرارداد را الى واگذاری آن به قراردادی دیگر به دست می‌گیرد.<sup>۱</sup>

### ب) تعهدات اداره

چنانچه حق و تکلیف لازم و ملزم یکدیگر اند؛ به همین اساس اداره در برابر حقوق خود، دارای یک سلسله مکلفیت‌ها یا تعهداتی، در قبال قراردادی نیز است. که در ذیل به آنها اشاره می‌شود.

## علل



۴۳

### ۱- پرداخت قیمت

اداره مکلف است قیمت کالا یا خدمتی را که قراردادی فراهم نموده یا انجام داده است، طبق شرایط تعیین شده به قراردادی فراهم نماید. هیچ یک از طرفین نمی‌تواند بدون موافقه طرف دیگر قرارداد در قیمت قرارداد تغییر وارد نماید. به سبب تغییر در قیمت قرارداد هریک از طرفین می‌تواند که قرارداد را فسخ نماید. چکونگی پرداخت قیمت قرارداد، باید در ابتداء مشخص شده باشد که در صورت تاخیر در پرداخت قیمت اگر خساره‌ی برای قراردادی وارد گردد، وی حق دارد مطالبه جبران خسارت نماید.<sup>۲</sup>

### ۲- پرداخت جبران خسارة

اداره مکلف است علاوه بر تادیه قیمت قرارداد، جبران خسارة قراردادی را نیز باید پرداخت نماید، البته خساره‌ای که ناشی از قرارداد بوده و موارد ذیل در آن در نظر گرفته شده باشد.

خساره ناشی از تقصیر اداره باشد نه قراردادی

۱. همان، صص ۳۸۰-۳۸۱.

۲. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، پیشین، ص ۱۱۳.

پرداخت خسارت ناشی از انجام مصارف ضروری باشد.

<sup>۱</sup> تحمیل وجوه اضافی بر قراردادی ناشی از عمل حاکم باشد.

### ۳- تضمین توازن مالی قرارداد

از جمله مواردی که به عنوان تعهد برای اداره در برابر قراردادی در نظر گرفته شده است، نگهداشتن تعادل یا توازن مالی قرارداد است. به این معنی که؛ اداره میان سود و زیان قرارداد تا اندازه‌ای که در ابتدای عقد قابل محاسبه و پیش بینی بوده باشد، حفظ نماید. در نتیجه اداره مکلف به نگهداشتن موازنی مالی قرارداد بوده و نباید دست به عملی بزند که توازن مالی قرارداد را برهم بزند.<sup>۲</sup>

#### گفتار دوم: آثار قراردادهای اداری به نسبت قراردادی

در این گفتار به حقوق و تکالیفی اشاره صورت می‌گیرد که بعد از نعقاد قرارداد متوجه قراردادی می‌گردد.

#### الف) حقوق قراردادی

تعهدات اداره در قبال قراردادی در واقع همان حقوق قراردادی است که شامل؛ حق دریافت قیمت، حق در یافت جبران خسارت و نگهداشت توازن مالی قرارداد از جانب اداره میباشد. که در بحث قبلی به آنها پرداخته شد.

۱. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، پیشین، صص ۱۱۳-۱۱۴.

۲. همان، صص ۱۱۵-۱۱۶.

### ب) تعهدات قراردادی

چنانچه حق و تکلیف لازم و ملزم یکدیگر اند؛ به همین اساس قراردادی در برابر حقوق خود، دارای یک سلسله مکلفیت‌ها یا تعهداتی، در قبال اداره نیز است. که در ذیل به آنها اشاره می‌شود.

#### ۱- التزام به انجام عمل و اتمام عمل تعهد شده

شامل اجرای شخصی قرارداد، عدم واگذاری پیمان به دیگری و اجرای قرارداد طبق شرایط مندرج در قرارداد، اجرای همراه با حسن نیت و بدون تأخیر، پرهیز از کوتاهی و تقصیر.

البته می‌تواند جهت تسهیل امور و تسريع در اجرای قسمت‌های قرارداد، موافقت نامه‌هایی با اشخاص یا پیمانکاران جزء منعقد کند. و در این‌گونه موافقت‌نامه‌ها طبق ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان باید قید شود که در صورت اختلاف بین پیمانکار اصل و پیمانکار جزء، نماینده کارفرما یا دستگاه نظارت به مورد اختلاف رسیدگی نماید. و هر تصمیمی که اتخاذ کرد بین آن‌ها، قطعی و غیرقابل اعتراض باشد.<sup>۱</sup>

#### ۲- تحويل کار بعد از انجام عمل

کارباید برابر قواعد قراردادی و بدون عیب و نقص و با رعایت نکات فنی تحويل داده شود؛ چرا که هدف از انعقاد قرارداد، دستیابی به محصول قرارداد به صورت کامل است<sup>۲</sup>.

۱. همان، ص ۱۰۷

۲. همان، ص ۱۰۷

### نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه مورد بحث قرار گرفت می‌توان گفت، قراردادهای اداری به قراردادهای گفته می‌شود که یکی از اطراف آن اداره امور عمومی بوده و برای تأمین منافع عمومی منعقد شده باشد. از لحاظ ماهیت برخی قراردادهای اداری را تابع رژیم حقوق خصوصی دانسته و هیچ تفاوتی میان قراردادهای اداری و قراردادهای خصوصی قابل نیستند. عده دیگر به لحاظ اینکه انعقاد قراردادهای اداری هدف تأمین منافع عمومی و ارائه خدمات عمومی را دنبال می‌کند، آنرا تابع رژیم خاصی دانسته و معتقد هستند که قراردادهای اداری جدای از قراردادهای خصوصی است. برخی دیگر موضع اعتدال را اختیار نموده و بیان می‌دارند که در کلیت قراردادهای اداری به لحاظ اینکه محصول توافق دو اراده است تابع رژیم حقوق خصوصی بوده ولی در اصول و آثار با این قراردادها تفاوت دارد. معیارها و شاخص‌های که سبب تمایز قراردادهای اداری از سایر انواع قراردادها می‌گردد، این است که موضوع قراردادهای اداری تأمین خدمات عمومی، حاکمیت رژیم فوق العاده نسبت به حقوق خصوصی و اینکه یکی از طرفین قرارداد اداری همیش یک اداره دولتی است می‌باشد.

### ۳- ضمانت از کار بعد از انجام کار

برای این کار ضمانت نامه‌هایی از پیمانکار گرفته می‌شود که شامل تضمین انجام تعهدات و تضمین حسن اجرای کار می‌باشد. برای مثال در پیمان‌های ساختمنی طبق ماده ۳۴ و ۳۵ شرایط عمومی پیمان، تضمین‌ها باید به صورت ضمانت‌نامه بانکی و یا نقدي باشد، که معادل ۵ درصد مبلغ اولیه پیمان است و این ضمانت‌نامه باید تا تاریخ تحویل موقت موضوع پیمان، معتبر باشد.

در قراردادهای اداری ممکن است شرط جزا گنجانده شود به این معنا که، در صورت تأخیر در اجرای قرارداد، یا نقص اجرای قرارداد، متعهد طبق توافق قبلی خسارت پردازد.

قراردادهای اداری بعد از انعقاد، آثاری نسبت به اداره و قراردادی به دنبال دارد. که به اساس آن اداره حق فسخ یکجانبه قرارداد، تغییر یکجانبه قرارداد، اختیار هدایت و کنترول قرارداد و اختیار به کارگیری مستقیم ضمانت های اجراء علیه تخلفات قراردادی را دارا بوده و از سوی دیگر مكلف به پرداخت قیمت قرارداد، جبران خساره و تضمین توازن مالی قرارداد به نفع قراردادی است. که تبعاً حقوق اداره در قبال قراردادی از جمله مکلفیت های قراردادی را تشکیل داده و مکلفیت های اداره از جمله حقوق قراردادی می باشد.

## علل منابع

و آثار قراردادهای اداری

- امامی و استوار سنگری، محمد و کورش، حقوق اداری، جلد اول، تهران: نشر میزان، چ چهاردهم، سال ۱۳۹۱.
- انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، تهران: نشر میزان، چ ۶ سال ۱۳۸۴.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: نشر گنج دانش، سال ۱۳۸۵.
- دانش، سرور، حقوق اداری افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، چ ۲، سال ۱۳۹۴.
- رضایی زاده، محمد جواد، ویژگی های قراردادهای اداری، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره ۳۸، سال ۱۳۸۷.
- طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، تهران: نشر سمت، چ ۲۰، سال ۱۳۹۵.
- قاضی، گل رحمن، حقوق اداری، کابل: انتشارات سعید، سال ۱۳۸۸.
- مولایی، آیت الله، قراردادهای اداری ( مطالعه تطبیقی بسترها، مبانی، ماهیت و اصول )، تهران: نشر میزان، سال ۱۳۹۳.
- موسی زاده، ابراهیم، حقوق اداری، تهران: انتشارات دادگستر، چ دوم، سال ۱۳۹۳.
- وزارت عدله، جریده رسمی، قانون اجراءات اداری، شماره مسلسل ۱۲۹۸، حمل ۱۳۹۷.

## تمرکز و عدم تمرکز اداری

### بخش دوم

قانونپوه محمد اشرف رسولی

#### چکیده

در رابطه به تمرکز و عدم تمرکز اداری موضوع مهم این است که هدایت و ریاست امور اداری در دولت به کدام شخص یا مرجع تعلق دارد. روابط اشخاص حقوق عمومی چه گونه می باشد، رابطه عمودی است یا افقی؟ رابطه میان مقامات مرکزی و محلی چه گونه می باشد؟ رابطه دولت با نهاد های مربوط چه گونه می باشد؟ رابطه رئیس و مسئول یا تصمیم گیرنده با مأموری که تصمیم را اجرا می کند چه گونه تنظیم شده است، آیا مقامات مرکزی صرف نقش ناظر را ایفا می نمایند یا نقش رئیس و مدیر را؟

پاسخ به این پرسش‌ها نشان می‌دهد که نظام اداری متمرکز است یا غیر متمرکز، اگر متمرکز است از کدام نوع آن می‌باشد؛ متراکم شدید یا متراکم خفیف و اگر غیر متمرکز است از کدام نوع آن می‌باشد.

نظام متمرکز اداری نظامی است که در آن یک مرکز قدرت سیاسی و اداری واحد وجود دارد که مرکز و مقر آن معمولاً در پایتحت کشور قرار دارد. این مرکز سیاسی تمام امور مربوط به دولت و اداره را اعم از صلاحیت تصمیم‌گیری، اجرایی و استخدامی یا عزل و نصب، از یک مرکز سازماندهی واحد به پیش می‌برد.

در نظام یا سیستم عدم متمرکز برخلاف نظام متمرکز، نهاد‌ها و شوراهایی که در ولایات و محلات وجود دارد، در ساختن برنامه‌ها، تشخیص مشکل‌ها و اولویت‌های محل، سنجش راه‌های توسعه و پیشرفت محل و سایر امور، خود را سهیم دانسته و با کاستن از اقتدارات دولت مرکزی برخی صلاحیت‌ها را به خود اختصاص می‌دهند. این نوشه در صدد آن است تا روی تمرکز و عدم تمرکز اداری روشنی انداده و مزایا و نواقص هر یک را توضیح نماید. بخش نخست این مقاله که در شماره ۱۹۸ مجله عدالت به نشر رسید، نظام متمرکز را به بحث و بررسی گرفت. در این بخش نظام اداری غیرمتمرکز مورد بررسی قرار گرفته است.

کلید واژه‌ها: نظام متمرکز، نظام غیر متمرکز، تراکم، عدم تراکم، شخصیت حقوقی،

قدرت عمومی

## علف



تمثیلی از اداری  
متراکم و عدم  
متراکم



### نظام اداری غیر متمرکز

ریشه نظام عدم متمرکز را می‌توان در حکومات دكتاتوری کشورهای اروپا مشاهده نمود. زمانی که خاندان‌های سلطنتی یا پادشاهان مطلق العنان قدرت را در دست داشتند، این حکومات با به کار گیری قدرت‌های مطلقه چنان ظلم و اجحاف را بر مردم روا داشتند که نارضایتی را میان مردم آن سرزمین‌ها به وجود آورد. این امر

سبب آن شد تا مردم به سوی حکوماتی روی آورند که در آن ها توزیع قدرت وجود داشته و همه امور در دست یک شخص متمرکز نشود.

برای بار اول در کشور تازه تأسیس ایالات متحده امریکا دیده می شود که سیستم غیر متمرکز به وجود می آید. در این رابطه نقش نویسندها و دانشمندان حقوق نیز بسیار مؤثر بود. به وجود آمدن مفکرۀ اصل تفکیک قو، ایجاد حکومات مشروطه، تفویض اختیارات به حکومات محلی سبب آن شد تا نظام متمرکز اداری به نظام غیر متمرکز تبدیل شود.

نوع نظام سیاسی یا حکومت در اداره امور نقش و تأثیر به سزا داشته و شیوه عدم تمرکز محلی یکی از شیوه هایی می باشد که در کشور های دارای نظام سیاسی بسیط از آن استفاده می شود، طوری که در آن اداره امور ملی به اداره یا قدرت مرکزی و پیشبرد امور محلی به صورت غیر متمرکز به حکومت های محلی و شورا های محلی سپرده شد.

در گذشته که دولت - کشور ها به صورت استبدادی اداره می شدند، مجالسی برای مشارکت مردم در اداره امور و کشور داری وجود نداشته و تمرکز مطلق حاکم بود. به تدریج با اوج آزادی خواهی و آزادی طلبی و افزایش نقش مردم در تعیین سرنوشت و اداره امور کشور، باعث شد که دولت ها به سمت تمرکز زدایی پیش بروند.<sup>۱</sup>

به این گونه دیده می شود که با اوج آزادی خواهی و آزادی طلبی و افزایش نقش مردم در تعیین سرنوشت شان در قدرت و اداره امور، سبب شد تا دولت ها به اثر فشار مردم به سمت تمرکز زدایی پیش بروند و به این گونه مدیریت و اداره امور محلات را به ادارات محلی واگذار نمایند.

---

۱- رضایی زاده، حقوق اداری، ۹۹.

برای تحقق نظام اداری غیر متمرکز، ایجاب می نماید تا استقلال و آزادی نهاد یا سازمان یا اداره محلی به رسمیت شناخته شده، چنین سازمان دارای حقوق و وجاip مشخص بوده، دارای بودجه مستقل، وسائل و ابزار مورد نیاز به کار را برای خود داشته باشد، دارایی و عواید آن به خود نهاد تعلق داشته و مامورین آن جدا از مامورین دولت مرکزی بوده و در اجرای امور خود بتواند مستقلانه تصمیم اتخاذ و اعمال مورد نیاز حقوقی را انجام دهد.

ویژه گی های نظام غیر متمرکز اداری را یکی از حقوق دانان چنین برشمرده است<sup>۱</sup>

- کاسته شدن از وظایف و هزینه های حکومت مرکزی. زیرا بسیاری از طرح ها و خدمات عمومی را مقامات محلی رأساً بر عهده گرفته و هزینه آن توسط مردم محلی تأمین می گردد.

- سرعت در انجام امور محوله، به علت دارا بودن حق اتخاذ تصمیم از طرف مقامات محلی.

- انجام امور بر حسب حوایج و مقتضیات هر ناحیه.

- شرکت مستقیم مردم هر ناحیه در امور محلی خود.

- پرورش افکار ملی و ایجاد حس مسؤولیت بیشتر مردم هر ناحیه.

- مراقبت کامل در حسن اداره امور محلی.

در تمرکز اداری شرط است تا اداره مرکزی برخی از صلاحیت های اداری خود را به مقامات و مراجع محلی انتقال دهد. به این گونه در رابطه به تصمیم گیری اداری دو مرجع به وجود می آید، یکی مرجع یا قدرت مرکزی و دیگری اداره محلی. البته اداره مرکزی در این سیستم صرف برخی از صلاحیت های اداری خود را به ادارات محلی انتقال می دهد. ادارات محلی صرف در رابطه به آن بخش از صلاحیت هایی که برای

---

۱- پرویز نوین، حقوق اداری تطبیقی، صص ۴۵-۴۶.

آن در محدوده جغرافیایی مشخص تفویض شده است، اعمال صلاحیت می نماید، نه خارج از آن محدوده و بیش تر از آن.

برای تجسم نظام عدم متمرکز موجودیت دو شرط ضرور دانسته می شود. یکی موجودیت امور محلی و دیگری اعطای شخصیت حقوقی.<sup>۱</sup>

در قدم نخست، باید میان آن عده نیازمندی هایی که اداره باید در صدد رفع آن شود تفاوت قابل شویم. به این معنی که میان آن عده نیاز هایی که مربوط به کل کشور است مانند تأمین روابط با دول خارجی و یا دفاع از کشور یا دفاع از استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی کشور و یا طرح و ترتیب سیاست های خارجی کشور و تأمین روابط با سایر کشور ها، با اموری که مربوط به یک ساحة جغرافیایی خاص می شود، مانند اجرای امور پاکی و صفائی شهر یا حمل و نقل شهری و غیره. از این رو لازم است تا فهرستی از این امور ترتیب شود تا بخش امور ملی را از امور محلی تفکیک نماید.

موضوع دوم در این رابطه موجودیت شخصیت حقوقی است. طوری که برای پیشبرد امور مربوط محلی به مراجع یا مقامات و یا به معنای دیگر به شورا ها باید شخصیت حقوقی مستقل داده شود. زیرا بدون موجودیت استقلال مالی و اداری، آن ها قادر به اجرای این صلاحیت ها نخواهند بود. برای قبول استقلال بیش تر این نهاد ها در برابر قوه مرکزی لازم است تا این شورا ها از طریق مردم انتخاب شوند تا هم صلاحیت و هم تضمین لازم را در برابر اداره مرکزی داشته باشند و اداره مرکزی نتواند در اداره و تصمیم آن ها مداخله نماید.

بنابر آن برای موجودیت نظام اداری غیر متمرکز در قدم نخست ضرور است تا ناحیه یا منطقه یا ولایتی وجود داشته باشد؛

---

۱) ارضایی زاده حقوق اداری، ص ۱۰۰.

امور مربوط به این منطقه توسط اشخاص غیر از قدرت مرکزی اداره و رهبری و مدیریت شود؛

این نهاد دارای شخصیت حقوقی مستقل از اداره یا قدرت مرکزی باشد؛  
نهاد مذکور ابزار مورد نیاز کار برای پیشبرد اهداف معین را به دسترس داشته باشد؛  
دارای بودجه مشخص و هزینه مورد نیاز بوده و صلاحیت مصرف این بودجه را  
مطابق برنامه های خود به دسترس داشته باشد؛

صلاحیت و قدرت تصمیم گیری مستقل را برای پیشبرد امور محوله داشته باشد؛

دارایی این شخصیت حقوقی جدا از دارایی قدرت یا اداره مرکزی باشد؛  
در نهایت مامورین این نهاد از نظر سلسله مراتب اداری تابع مقامات اداره مرکزی  
نمی باشند.

در رابطه به استقلال یا عدم استقلال بیشتر این نوع شخصیت های حقوقی، موضوع انتخاب مهم است، طوری که اگر سازمان محلی مطابق به احکام قانون که چنین صلاحیتی را تسجیل نموده باشد، از طریق آرای مردم انتخاب و صلاحیت آن در قانون پیش بینی شده باشد، از استقلال بیش تری در اجراءات خود برخوردار می باشد، اما اگر چنین نبوده و عدم تمرکز جغرافیایی یا فنی مطرح بحث باشد در آن صورت استقلال این نوع سازمان ها کم تر می باشد. زیرا اداره مرکزی به نحوی در اداره چنین سازمان ها از طریق عزل و نصب هیئت اداری یا اجرائیه دارای نقش می باشد. طوری که در تمرکز فنی هیئت اجرائیه از میان اشخاص موسسه انتخاب می شود و بعضاً این هیئت توسط اداره مرکزی برای مدت معین تعیین می شوند و در عدم تمرکز جغرافیایی نیز از این که امکانات و بودجه کافی به دسترس نمی داشته باشند، و از طرف سازمان اداره مرکزی کمک می شوند به آن حد دارای استقلال نمی باشند.



## انواع عدم تمرکز

عدم تمرکز اداری از لحاظ انتخاب نهاد ها و از طریق مواردی که به آن ها صلاحیت های خاص واگذار می شود و یا در رابطه به نوع نظارتی که از آن ها صورت می گیرد، به انواع زیر تقسیم می شود:

**اول- تمرکز و عدم تمرکز سازمانی:**- تمرکز سازمانی عبارت از روابط مقامات مرکزی یک سازمان یا نهاد با مدیران مربوط می باشد. به این معنا که مقام بالایی نهاد برای اجرا و پیشبرد وظایف محوله وظایف و مسؤولیت ها را به خود اختصاص می دهد و یا این که آن را میان مدیران تقسیم و به آن ها تفویض صلاحیت می نماید. در صورتی که مقام رهبری نهاد؛ تمام وظایف و صلاحیت ها را منحصر به خود ساخته باشد، آن را تمرکز سازمانی یاد می نمایند و در صورتی که برخی از صلاحیت های خود را به سایر مدیران واگذار نماید به آن عدم تمرکز سازمانی گفته می شود.

**دوم- عدم تمرکز فنی:**- هرگاه صلاحیت اخذ تصمیم در اجرای یک یا چند امر معین عمومی به یک موسسه یا نهاد دولتی یا سازمان عمومی اعطا شده باشد و نهاد مذکور بتواند در ساحة مشخص بدون کدام مداخله سیاسی اتخاذ تصمیم نماید، به آن عدم تمرکز فنی گفته می شود. داشتن استقلال در اخذ تصمیم بدون مداخله دولت، این مجال و امکان را برای سازمان یا نهاد می دهد تا مطابق فن مشخص در مورد تصمیم اتخاذ نماید. این نوع مؤسسات در حقوق اداری به نام مؤسسات عمومی یاد شده که دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و از استقلال نسبی از قوه مرکزی برخوردار می باشد. استقلال نسبی این نهاد ها ناشی از ماهیت فعالیت آن ها می باشد. شده می تواند که ایجاد این گونه مؤسسات ناشی از امور فنی باشد، مالی و یا اجتماعی. به گونه مثال، به خاطر حرمت به علم و دانش و جلوگیری از مداخلات سیاسی در امور علمی، ترجیح داده می شود که دانشگاه ها، اکادمی های علمی و سایر نهاد های تحصیلی، تعلیمی و تحقیقاتی یا برخی بیمارستان ها دارای استقلال نسبی از دولت باشند.

زمانی این استقلال به امور مالی تعلق می‌گیرد، طوری که دولت به برخی از مؤسسات اجازه می‌دهد تا امور مالی خود را خود در دست داشته باشند یا به عبارت دیگر عواید و مصارف این مؤسسات متعلق به خود شان می‌باشد. مانند شاروالی‌ها. این امکان نیز وجود دارد که دولت به خاطر کمک به اشخاص مستحق، نهادهایی را تأسیس و به آن‌ها اجازه فعالیت بدهد تا برای مستمندان کمک و مساعدت فراهم و توزیع نمایند، مانند مؤسسه‌های خیریه.

**سوم- عدم مرکز جغرافیایی:**- هرگاه محلی به حساب جغرافیایی از مرکز تصمیم گیری دولت مرکزی به دور باشد، برای جلوگیری از سرگردانی مردم و رسیدگی بهتر به امور همان منطقه جغرافیایی، صلاحیت‌هایی از طرف مرکز انتقال داده می‌شود که این نوع اجرای صلاحیت را به نام عدم مرکز جغرافیایی یا عدم مرکز محلی یاد می‌نمایند. عدم مرکز جغرافیایی به اساس و پایه منافع سرزمینی و منافع خاص افراد ساکنین یک منطقه شامل سرزمین ملی می‌باشد. این نوع عدم مرکز از نظام عدم مرکز سیاسی متفاوت است. زیرا در آن‌ها شکل دولت تغییر نکرده و صرف انجام امور اداری و اجرائیوی به برخی از واحد‌ها انتقال داده می‌شود. در حالی که در عدم مرکز سیاسی؛ شکل دولت از بسیط به مرکب تغییر می‌نماید.  
از جانب دیگر مرکز زدایی که در کاهش مرکز در یک منطقه و محل کمک می‌نماید به چهار نوع تقسیم می‌شود که قرار زیر است:

- ۱- **مرکز زدایی اداری:**- انتقال مسؤولیت، بودجه و مدیریت وظایف عمومی از دولت مرکزی به واحد‌های سطوح پائین، مؤسسات نیمه مستقل ملی یا ادارات محلی.
- ۲- **مرکز زدایی مالی:**- انتقال بودجه، جمع آوری درآمد و اتخاذ تصمیم در مصارف آن، طوری که در بخش محلی هم بودجه مستقل وجود داشته باشد و هم عواید حاصله از طرف نهاد جمع آوری شده و صلاحیت مصرف آن نیز مربوط حکومت محلی باشد.

**۳- تمرکز زدایی سیاسی:**- در این نوع تمرکز زدایی قدرت بیشتر به شهر وندان و نمایندگان آن ها انتقال داده می شود که شامل عدم تمرکز در قانون گذاری، تأمین دموکراسی و مساعد ساختن زمینه مشارکت مردم در قدرت و اداره دولتی و اجازه دادن به مردم محلات به خاطر تصمیم گیری در امور محل مربوط و در نهایت مشارکت عمومی در اداره امور محلی.

**۴- تمرکز زدایی اقتصادی:**- انتقال قدرت از سطوح بالایی دولت به سطوح پائینی یا انتقال وظایفی که طور اختصاصی از طرف دولت انجام می شد به بخش خصوصی.

#### خوبی های نظام غیر متمرکز اداری

نظام غیر متمرکز اداری یک سلسله خوبی هایی می باشد که در حال حاضر در اکثریت کشور ها از آن پیروی می شود. این خوبی ها قرار زیر است:

**۱- کشور هایی که دارای شرایط اقتصادی، اجتماعی و جغرافیایی متنوع و مختلف می باشند، عدم تمرکز اداری نظام مناسبی است که در آن خواست ها و تمایلات بخش های مختلف مردم به نحو احسن در نظر گرفته می شود.**

**۲- مقامات محلی به دلیل تجربه و چشم دیدی که از مشکل محل خود دارند نسبت به هر مقام مرکزی این موضوع را خوب تر درک نموده و در ضمن خواست مردم محل را نیک می دانند و مطابق نیازمندی های ضروری محلات؛ برنامه ترتیب می نمایند.**

**۳- این یکی از ویژگی های جامعه بشری است که مردم خواهان آن می باشند تا امور خود را خود عهده دار شوند یا به عبارت دیگر از دخالت دیگران در امور شان نفرت دارند و آن را نوعی دخالت در امور خود می دانند. از این لحاظ نظام غیر متمرکز بهترین وسیله است که می تواند خواست مردم را برآورده سازد. افراد تمایلی ندارند که**



حکومت مرکزی در همه امورات مربوط به آن ها دخالت و نظر خود را به مردم تحمیل نمایند.<sup>۱</sup>

۴- واگذاری قدرت و صلاحیت به نهاد های محلی سبب آن می شود تا همکاری و همیاری بیش تر آن ها در اجرای امور مربوط کسب گردیده و با مساعدت و تعاون مردم محل، امور مربوط به اجرای پروژه های مورد نظر؛ موققانه انجام شود.

۵- موجودیت وقت و فرصت کافی برای مقامات محلی؛ زمینه آن را مساعد می سازد تا در تصمیم گیری ها از دقت کافی کار گیرند، در حالی که تمرکز بیش از حد امور در مرکز، سبب ایجاد تراکم امور شده و مقامات مرکزی وقت و فرصت لازم را برای اندیشیدن به سیاست ها و برنامه ریزی های بزرگ از دست می دهند.

۶- رسیدگی و اجرای امور در محلات از طرف آمرین محلی از اتلاف وقت جلوگیری نموده و در وقت صرفه جویی و در اجرآت تسريع به عمل می آید.

۷- انتقال قدرت و صلاحیت در محلات سبب خلاقیت های فردی گردیده زمینه رشد استعداد ها را فراهم می سازد.

۸- زمانی که اجرای یک امر از صلاحیت مقامات محلی نباشد، برای حل مشکل یا اتخاذ تصمیم مجبور اند تابه مقامات مرکزی آن را راجع سازند، در حالی که اگر خود صلاحیت داشته باشند می توانند به خوبی و آسانی در مورد با رعایت احکام قوانین تصمیم اتخاذ بدارند. زمانی که موضوع به مقامات مرکزی پیشنهاد می شود. این امر مستلزم صرف وقت بسیار بوده که نه تنها سبب کندی در اجرآت می گردد، بلکه به نسبت ایجاد سرگردانی به مردم و وقت گیر بودن، میان دولت و مردم فاصله ایجاد می شود.

۱- سرداری، احمد، رویکردی به ساختارهای اداری کشور های در حال توسعه بررسی آسیب شناسی اداری، مجموعه مقالات دومین همایش علمی و پژوهشی نظارت و بازرسی سازمان باز رسی کل کشور، تهران، سال ۱۳۹۰، ص ۱۲۰.

### معایب نظام غیر مرکز

با وجود همه خوبی‌هایی که نظام غیر مرکز اداری دارد، دارای برخی نواقص نیز می‌باشد که فرار زیر است:

- ۱- افراد و مقامات محلی؛ بیش تر از آن که به منافع و مصالح عام کشور فکر نمایند، منافع محلات را بر منافع عمومی ترجیح می‌دهند.
- ۲- این امکان وجود دارد که ساختارهای محلی در فکر ساختارهای قومی برآمده و نوعی تشتبه در نظام اجتماعی به وجود آید.
- ۳- قبول صلاحیت به محلات بعض سبب آن می‌گردد تا بیش تر به ایجاد ارضای محیطی منجر گردد که در آن خواست‌ها و منافع ناهنجار افراد زورگوی، برتری داشته باشد.
- ۴- تقسیم قدرت اداری به محلات سبب آن می‌شود که قدرت اداره مرکزی ضعیف شود.

به نظر یکی از دانشمندان حقوق، زمانی هم اغراض شخصی بر مصالح عمومی غلبه می‌کند و تحقق برنامه‌های عمومی کشور را دچار وقفه می‌سازد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup>- مؤتمنی، منوچهر طباطبایی، حقوق اداری، ص ۹۰.

## ناظارت یا کنترول اداری

یکی از موضوعات مهم در رابطه به نظام اداری، ناظارت از اجرآات یا کنترول اداری است. ناظارت در هر نوع نظام اعم از نظام مرکز اداری یا غیر مرکز وجود دارد و دارای انواعی می باشد. هدف از ناظارت اداری تطبیق عملیات یا اجرآات در هر نهاد اداری بانظرداشت قوانین و سایر اسناد تقنیی می باشد. چه این اسناد تقنیی مربوط امور مالی باشد یا اداری و یا بخش های دیگر. به هر صورت مأمور مسؤول مکلف است تا اجرآات خود را طوری سازمان دهد که در مغایرت با این اسناد تقنیی قرار نداشته باشد.

### علل



تمثیلی از اسناد تقنیی اداری

اجرای ناظارت از طریق مراجع فوکانی بر مراجع تحتانی صورت می گیرد. زیرا این نوع ناظارت در واقع بازیبینی اجرآات انجام شده توسط کارکن دولت است که باید اجرآات وی در تطابقت با اسناد تقنیی بوده و نیز شامل صلاحیت های مفوضه قانونی وی باشد.

ناظارت اداری به خاطر تأمین اهداف زیر صورت می گیرد:<sup>۱</sup>

- رعایت مکلفیت های ادارات تا وظایف و صلاحیت های خود را در چوکات اسناد تقنیی انجام دهن.
- صلاحیت و اختیاری که قانون برای مسؤولین امور اداری قائل گردیده باید به خاطر تأمین منافع عامه از آن استفاده صورت گیرد.
- اجرآات مسؤولین اداری باید در حدود و چوکات وظایف و صلاحیت هایی باشد که قانون به هر یک این صلاحیت را مشخص و معین نموده است.
- در صورتی که مسؤولین اداری نهاد از صلاحیت قانونی یا حدود احکام قانون تجاوز و تخطی نمایند، اعم از این که این تخطی و تجاوز از حدود صلاحیت های

شخصی باشد، محلی یا ذاتی، باید جلو آن گرفته شود و در صورتی که به مردم از ناحیه اجرآت مسؤولین نهاد ها ضرر وارد شود، در رابطه به جبران آن اقدام صورت گیرد.

- رعایت تشریفات اداری حین صدور جواز هایی که صلاحیت توزیع آن به بخش های خاص تفویض شده است مانند سند تحصیلی، جواز رانندگی، جواز کار و غیره.
- نظارت از رعایت حقوق استخدام کارکنان اداری مطابق احکام اسناد تقنینی مربوط.

هر شخص حقوقی که به حساب اداره و دولت و به نمایندگی از آن اعمال اداری یا قرارداد هایی را منعقد می نماید، در برابر اجرآت خود نزد مراجع و مقامات قانونی دولت و مردم مکلف و مسؤول می باشد. زیرا رعایت قانونیت در اجرآت؛ یکی از اصول قبول شده حقوق اداری می باشد. نظارت بر اجرآت مامورین دولت از قدمه های پائین تا بالا وجود دارد که توسط نهاد های مسؤول صورت می گیرد. هیچ شخصی که در اداره ایفای نقش می کند، غیر مسؤول بوده نمی تواند. به همین گونه هیچ اداره یی وجود ندارد که خارج از سلسله مراتب اداری بوده و مراجع ذیصلاح حق نظارت بر آن را نداشته باشند.

«کنترول و نظارت عبارت است از تطبیق فعالیت های یک مؤسسه با اهداف تعیین شده طبق موازین قانونی». <sup>۱</sup>

مقصد از نظارت اداری؛ مطابقت اجرآت سازمان های مختلف با اسناد تقنینی می باشد. به این معنی که آیا اجرآت نهاد های ذیربطر در مطابقت و موافقت با احکام اسناد تقنینی انجام شده و یا خیر و اگر در زمینه تخطی یی وجود داشته باشد باید مشخص و بر ملا شود، تا شخصی که مرتکب این تخلف شده مورد بازخواست قانونی قرارداده شود. زیرا هیچ کارکنی در هر سطح که قرار داشته باشد، این حق را ندارد تا خلاف

۱- انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، ص ۱۴۹.

اسناد تقنینی تصمیم اتخاذ نماید، چه به نفع دولت و اداره باشد یا ضرر آن. هرگاه مامور مؤظف نهاد چنان رفتاری را انجام داده باشد که از اثر آن به اشخاص ضرر وارد شود، در آن صورت باید ضرر اشخاص مطابق احکام قانون جبران شود.

دیگر این که آیا اجرآت موظفین نهادها در حدود صلاحیت صورت گرفته یا خیر. زیرا این امکان نیز وجود دارد که برخی از موظفین بدون درنظرداشت ساحة صلاحیت و یا اندازه معینه آن در مغایرت با اسناد تقنینی، اجرآتی نموده باشند.

متذکر باید شد که نظارت بر اعمال و اجرآت کارکنان اداری هم نیازمندی اداره

است یا به عبارت دیگر هم نفع اداره در آن مضمراست و هم نفع شهروندان. طوری که از یک طرف این گونه نظارت‌ها می‌توانند نواقص اداری را بر طرف ساخته و مامورین را متوجه اشتباهات شان بسازد و در امور اداره اصلاحات را بیاورد و هم به نفع مردم است. زیرا احکام قانون به درستی تطبیق شده از تخطی و اشتباهات جلوگیری و کارهای اداری بر وفق مرام انجام می‌شود. در واقع انجام نظارت می‌تواند حقوق مردم را حمایت و منافع اداره را محافظت نماید.

قابل ذکر است که انجام نظارت در نظام متمرکز اداری، زمانی شدید و مطلق و گاهی هم ضعیف می‌باشد، اما در نظام غیر متمرکز اداری؛ اصل آزادی و نظارت استثنائی می‌باشد. نباید در انجام نظارت سخت گیری بیش تر صورت گرفته و آزادی مامور در اجرآت اداری کاملاً سلب شود. رعایت اصل تناسب در این مورد ضرور دانسته می‌شود.

معیارهای نظارت از دیدگاه حقوق اداری در واقع کسب اطمینان از این امر است؛ اجرآتی که صورت می‌گیرد با معیارهای وضع شده یا طرح و تصویب برنامه‌ها و پلان‌ها و اسناد تقنینی در مطابقت قرار داشته باشد. در این رابطه رعایت هر دو امر ضرور است هم آن‌چه که باید انجام داده شود و هم آن‌چه که انجام شده باید در مطابقت با برنامه‌ها صورت گرفته باشد. به این گونه نوع نخست نظارت مطابقت

است، نوع دوم نظارت کارآیی و در ضمن موضوع دیگری نیز باید در نظر گرفته شود که عبارت از مناسب بودن و مقتضی بودن نوع خدمت است.

نظارت اداری از لحاظ اعتبار مقامات اداری نیز دو نوع می باشد. نوع نخست نظارت سلسله مراتبی است و نوع دوم آن نظارت قیmomیتی. نظارت سلسله مراتبی در واقع نظارت داخل سازمان است که از طرف مقامات بالایی بر مأمورین پائینی صورت می گیرد و در نظام های اداری متمرکز معمول است.

نوع دوم نظارت قیmomیتی است که معمولاً نهاد های مرکزی در برابر نهاد های محلی که غیر متمرکز می باشند، تطبیق می شود.

**نظارت اداری در نظام متمرکز :** در ادارات سلسله مراتب وجود دارد، که مطابق آن مقامات مافوق به خود حق می دهند تا اراده خود را بر مقامات پائینی اعمال و تطبیق یا به عبارت دیگر تحمیل نمایند. این نوع نظارت را می توان قرار زیر توضیح نمود:

صلاحیت تأیید قبلی؛ مقام مافوق در صورت داشتن توافق به تصمیم اجرآات مأمور پائینی آن را تأیید می نماید.

صلاحیت ابطال؛ طوری که مقام مافوق اختیار دارد تا تصمیم غیر مشروع یا غیر قانونی را که از طرف مقام پائینی اتخاذ شده است آن را باطل نماید.

صلاحیت اصلاح؛ طوری که مقام مافوق حق دارد مطابق احکام قانون تصمیمی را که از طرف مقام پائینی اتخاذ گردیده است، اصلاح نماید.

صلاحیت یا اجازه تعليق؛ طوری که مقام مافوق می تواند تصمیمی را که از طرف مقام پائینی اتخاذ شده است آن را به طور مؤقت تعليق نماید.

صلاحیت دادن دستور یا هدایت؛ مقامات مافوق صلاحیت دارند تا به خاطر اجرای بهتر امور مربوط به مقامات یا مراجع تحتانی دستایر یا هدایات لازم را صادر نمایند.

در نهایت یکی از صلاحیت های مهم دیگر مقام مافوق نصب، عزل، تبدیل، تشویق و یا تطبیق مؤیدات انضباطی در حالات خاصی است که قانون این صلاحیت و اختیار را به مقامات مافوق نظر به سلسله مراتب اداری اعطا نموده است.

در رابطه به نظارت سلسله مراتبی دیده می شود که تمام مامورین دارای آمر می باشند که آمر مافوق صلاحیت این نوع نظارت را بر مامورین پائین دست خود دارند. این نوع نظارت نیز دارای درجاتی می باشد این نوع نظارت در برخی از نهاد ها به طور بسیار شدید تطبیق می شود، مانند نهاد های نظامی و در برخی هم خفیف است، مانند نهاد های فرهنگی، تحصیلی و تحقیقی و در برخی هم درک آن مشکل است، زیرا از لحاظ سلسله مراتب اداری میان فعالیت هایی که یک طبیب انجام می دهد، رعایت سلسله مراتب بسیار ضعیف است.

**نظارت اداری در نظام غیر مرکز اداری:**- در نظام غیر مرکز از نظارت نوع قیومیتی استفاده صورت می گیرد. نظارت قیومیتی طوری است که نهاد های مرکزی نسبت به نهاد های محلی معمول می دارند. در واقع قیومیت؛ مجموعه صلاحیت و اختیاراتی است که مقامات عالی قوه مرکزی در رابطه به اشخاص حقوق عمومی عدم مرکزیت به خاطر تثیت مطابقت یا عدم مغایرت اجرآت مقامات اداری محلی به هدف حفظ و حمایت از منافع و مصالح عمومی و ترجیح دادن آن نسبت به منافع محلی نظارت می نمایند. قیومیت اداری که در اینجا مطرح بحث است جدا از قیومیت مدنی بوده و از آن کاملاً متفاوت است.

ویژه گی ها و تفاوت نظارت سلسله مراتبی و قیومیت اداری را یکی از دانشمندان حقوق چنین ذکر نموده است:<sup>۱</sup>

---

۱- انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، ۱۶۲.

## ۱- نظارت سلسله مراتبی

- کنترول کننده و کنترول شونده یک شخصیت حقوق عمومی یا دولت است.
- رابطه میان کنترول کننده و کنترول شونده، سلسله مراتبی یا رئیس و مسئوس است.
- کنترول اصل نیست، مگر آن که در قانون تصریح شود.
- قلمرو کنترول وسیع است و اعمال حقوقی و مادی هر دو را شامل می گردد.
- شکایت قضایی از کنترول، محدود است.

## ۲- کنترول قیمومیت

- کنترول کننده و کنترول شونده دو شخصیت حقوقی هستند.
- رابطه کنترول کننده و کنترول شونده، غیر سلسله مراتبی و غیر تابعیتی است.
- کنترول اصل نیست، مگر آن که در قانون تصریح شود.
- کنترول قلمرو، کنترول محدود است و کنترول مادی را شامل نمی شود.
- شکایت قضایی از کنترول وسیع است.

## نظام اداری در افغانستان

نظام سیاسی و اداری در افغانستان مطابق احکام قانون اساسی؛ یک نظام واحد، بسیط و مرکز است. طوری که در ماده اول قانون اساسی در تعریف دولت گفته شده است که «افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می باشد.»

دولت ها از لحاظ حقوقی و ترکیب شناسی به دو دسته یکی دولت های واحد یا بسیط و دیگری دولت های مرکب یا چند پارچه تقسیم می شوند.

در این نوع تقسیم بندی؛ هدف اصلی آن است که آیا قدرت عالی در دولت به یک مرکز سیاسی واحد تعلق دارد و یا این قدرت به مراکز متعدد سیاسی و جغرافیایی

تقسیم شده است. در صورتی که قدرت به مرکز واحد سیاسی تعلق داشته باشد، طوری که مدیریت، رهبری و اداره دولت از همین یک مرکز قدرت صورت می‌گیرد یا به عبارت دیگر وظایف و صلاحیت‌های قدرت عالی دولت در دست شخصیت واحد حقوقی یا قدرت مرکزی قرار دارد و تمام بخش‌های ولایات و مناطق کشور از همین مرکز هدایت می‌گیرند.

ویژه‌گی دولت‌های بسیط و واحد چنین است که هر سه بخش قوای دولت (قوای مقننه، اجرائیه و قضائیه) یا بخش تشکیلات سیاسی و اداری دولت در یک دستگاه اداری مرکزی منسجم گردیده و امور دولت از همین مرکز واحد به پیش برده می‌شود. تمام نهاد‌های دولتی در مرکز و ولایات مکفیت دارند تا از همین منبع واحد قدرت اطاعت نمایند. دولت‌های بسیط یا واحد نیز به دو نوع تقسیم می‌شوند، یکی دولت بسیط ساده یا متمرکز و دیگری دولت بسیط غیر متمرکز یا پیچیده.

در دولت بسیط ساده یا متمرکز اقتدار عالی و تشکیلات اساسی شخصیت حقوقی دولت در مرکز متمرکز بوده، قانون در همین مرکز ساخته شده، برنامه‌های خورد و کلان دولت برای مرکز یا ولایات و مناطق در مرکز ترتیب و به ولایات و مناطق جهت تطبیق فرستاده می‌شود و مامورین دولت مرکزی این برنامه‌ها را در ولایات تطبیق و به مرکز گزارش می‌دهند.

اما در دولت‌های بسیط غیر متمرکزیا پیچیده با آن که در اصل ترکیب دولت بسیط و ساده است، اما نظر به ملحوظاتی مانند وسعت ساحه یا سرزمین، دوری برخی مناطق از مرکز، ایجاد تسهیلات برای مردم و پیشبرد بهتر امور لازم دیده می‌شود تا برخی از صلاحیت‌ها و اختیارات دولت مرکزی به ولایات و مناطق انتقال داده شود.

دولت‌های مرکب یا چند پارچه دولت‌هایی اند که در آن‌ها مراکز متعدد قدرت یا فرمانروایی وجود دارد. در این نوع دولت‌ها قدرت‌های عضو برخی صلاحیت‌ها و اختیارات خود را به دولت مرکزی واگذار نموده و در سایر بخش‌ها خود منحیت یک



اداره مستقل کار نموده و دارای قوه اجرائيه و قضائيه مستقل مى باشند. مانند دولت های نوع فدراليزم، اتفاق دول، يا اتحاد دول، كنفراسيون و غيره.

مطابق حکم ماده اول قانون اساسی افغانستان؛ تمام صلاحیت ها در شخصیت حقوقی عالی مرکز، متمرکز گردیده و به همین گونه برنامه های انکشافی، اقتصادي و اجتماعي و اقتصادي دولت در مرکز ترتیب و به خاطر تطبیق و پیاده ساختن به ولايات و مناطق فرستاده مى شود و از طرف نمایندگان وزارت ها که در ولايات قرار دارند مورد تطبیق قرار گرفته، گزارش اجرآت تطبیقی آن به مرکز ارایه مى گردد.

بانظرداشت نوع نظام سیاسی در کشور، دیده مى شود که نظام اداری نیز متمرکز است. طوری که مطابق حکم ماده ۱۳۶ قانون اساسی اداره به واحد های مرکزی و محلی تقسیم گردیده که ادارات مرکزی شامل وزارت ها مى باشد که در رأس وزارت ها وزیر قرار دارد. واحد اداره محلی نیز ولایت است.

با آن که مطابق فصل اداره در قانون اساسی؛ در هر ولایت، ولسوالی و حتی تا قريه شورا هايي در قانون اساسی پيش بيني شده است که از طرف مردم انتخاب مى شوند، اما اين شورا ها صرف داراي صلاحیت مشوره دهی مى باشند، نه بيش تراز آن. چنان که در ماده ۱۳۹ قانون اساسی ذکر است، «شورای ولایتی در تأمین اهداف انکشافی دولت و بهبود امور ولایت به نحوی که در قوانین تصريح مى گردد، سهم گرفته و در مسایل مربوط به ولایت مشوره مى دهد. شورای ولایتی وظایيف خود را با همکاري اداره محل اجرا مى نماید.»

طوری که دیده مى شود صلاحیت شورای ولایتی منحصر به دادن مشوره گردیده و به اين گونه حق نظارت بر اجرآت مسئولين امور ولایت را ندارد و به همین گونه در ترتیب برنامه ها و تأييد يا رد آن نقشي ندارد. به همین منوال است وضع شورا های ولسوالی و قريه که با تأسف تا حال که بيش از ۱۶ سال از عمر قانون اساسی مى گذرد، شورا های ولسوالی و قريه ساخته نشده يا به عبارت ديگر چنین انتخاباتی برای انتخاب اعضای اين شورا ها برگزار نگردد.

از جانبی هم در ماده ۱۴۱ قانون اساسی از شاروالی ها و اعضای مجالس شاروالی تذکر به عمل آمده که شاروال و اعضای مجالس شاروالی برای اداره امور شهری به شکل انتخابی از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم از طرف مردم انتخاب می شوند، اما با تأسف که تا حال چنین انتخاباتی سازماندهی نگردیده و شاروالان همه انتصابی می باشند.

با آن که شورا های ولایتی، ولسوالی، قریه و شهرداری مطابق احکام قانون اساسی از طرف مردم انتخاب می شوند، اما در رابطه به نظارت از اجرآت اداری، تطبیق برنامه های دولت و نظارت از آن، تصویب برنامه های شامل ساخته ولایت؛ صلاحیتی ندارند و همان گونه که در قانون ذکر است صلاحیت آن ها شامل ارائه مشوره به مقامات محلی می باشد. بودجه دولت نیز از طریق وزارت مالیه ترتیب و پس از تأیید حکومت برای تصویب به شورای ملی فرستاده می شود. این بودجه از طرف مسؤولین امور مرکزی یا وزارت ها ساخته شده و به وزارت مالیه سپرده می شود تا مطابق احکام قانون طی مراحل گردد.

به این گونه دیده می شود که قدرت در اداره مرکزی متمرکز بوده و تمام صلاحیت ها مربوط مرکز و قدرت عالی دولتی می باشد.

زمانی که صلاحیت های رئیس جمهور در ماده ۶۴ قانون اساسی طی ۲۱ شماره ملاحظه می شود، چنین معلوم می گردد که این صلاحیت ها بار دیگر متمرکز تر شده و همه در یک دست یا نزد رئیس جمهور خلاصه می شود. زیرا رئیس جمهور هم در رأس سه قوه دولت قرار دارد و هم در رأس قوه اجرائیه یا حکومت و به این گونه صلاحیت های اجرائیوی را نیز تحت انحصار خود قرار داده است.

یکی از راه هایی را که قانون اساسی در رابطه به تفویض صلاحیت به اداره محلی پیش بینی نموده در ماده ۱۳۷ قانون اساسی ذکر است که مطابق آن، «حکومت با حفظ اصل مرکزیت به منظور تسريع و بهبود امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سهم

گیری هر چه بیشتر مردم در انکشاف حیات ملی، صلاحیت های لازم را مطابق به احکام قانون، به اداره محلی تفویض می نماید.»

در این ماده قانون اساسی به نحوی زمینه اعطای برخی از صلاحیت ها به اداره محلی تدوین گردیده، اما تا جایی که دیده شده بانظرداشت انحصار قدرت در دست دولت مرکزی و به خصوص رئیس جمهور تا حال نه چنین قانونی تصویب شده و نه هم عزمی مبنی بر واگذاری یا تفویض صلاحیت ها به مقامات محلی وجود نداشته است.

معمولًاً حدود و ثغور تمرکز اداری را بانظرداشت شرایط و مقتضیات سیاسی، اقتصادی و اجتماعی یک جامعه؛ قوانین تعیین می نماید، اما تجربه نشان داده است که تطبیق این نوع نظام سیاسی و اداری درکشور ما به ویژه پس از افذاذ قانون اساسی در سال ۱۳۸۲ تا حال همیشه به ضرر مردم تمام شده است. زیرا گرایش بیش تر زمامداران و به ویژه آن هایی که خود را بیوروکرات و مردم سالاتر می دانستند به طرف کسب اقتدار بیشتر و توسعه قدرت بوده است که عملاً به خاطر رسیدن به این مأمول از افراط در قدرت روایی کار گرفته اند. این نوع گرایش ها درحال حاضر به یک فرهنگ سازمانی اداری مبدل شده، قدرت طلبی، افزون خواهی، سلطه جویی و جاه طلبی های رهبران سبب ایجاد نوعی دیکتاتوری در همه عرصه های سیاسی و اداری گردیده و این رهبران در صدد آن بوده اند تا تمام قدرت را به نحوی قانونی یا غیر قانونی در تسلط خود داشته باشند. از طرح و ترتیب یک ستراتیژی و پالیسی و برنامه تا ساختن کوچک ترین نهاد و اداره، از تعیین و مقرری یک مقام بزرگ و عالی رتبه تا تعیین یک مامور عادی از اجرای یک امر بزرگ مالی تا کوچک ترین آن همه را در قبضه خود درآورده و مانند یک دیکتاتور تمام عیار در عرصه های سیاسی و اداری اعمال قدرت نموده و می نمایند. حتی تا جایی که حدود و ثغور احکام قوانین و سایر اسناد تقنینی را نیز به سخره گرفته اند. بدون رعایت احکام قانون اساسی نهاد هایی را ایجاد و یا منحل می نمایند، اشخاصی را خلاف همه نورم های موجود در قوانین در مقامات بالای اداره

تعیین و یا برخلاف اراده ولسی جرگه به شکل سرپرست در رأس وزارت ها و ادارت، برای مدت های طولانی بدون ارائه به ولسی جرگه در رأس ادارات قرار می دهنند. اکثریت قوانین را به دلخواه خود به شکل فرمان تقنینی طی مراحل می نمایند. حتی چنان فرامین تقنینی وجود دارد که در حضور و موجودیت شورای ملی طی مراحل گردیده است. اگر تعداد قوانین ملاحظه شود دیده می شود که در یک دوره کاری شورای ملی شاید بیش از سه یا چهار قانون در شورای ملی طی مراحل نگردیده باشد، در حالی که در هر دوره رخصتی شورای ملی در حدود بیش از ۲۵ قانون و تعديل آن به فرمان تقنینی طی مراحل گردیده است.

## علق



۶۹

### نظام نظارت و کنترول اداری در قانون اساسی افغانستان

برای نظارت از اجرای قانونیت در نهاد های دولتی در قانون اساسی نهاد ها و احکامی وجود دارد که قرار زیر است:

اول- نظارت مطابقت احکام قوانین با احکام شریعت اسلام:- طوری که در ماده سوم قانون اساسی افغانستان توضیح گردیده است که در افغانستان هیچ قانون نمی تواند در مغایرت و یا مخالفت با احکام دین مقدس اسلام باشد. «در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین اسلام باشد».

نخستین موضوع در رابطه به نظارت و کنترول رعایت احکام شریعت اسلام است. قانون که اصول بنیادین جامعه را تشکیل می دهد، منبع اصلی آن را احکام شریعت اسلام تشکیل داده و هیچ قانون در کشور نمی تواند در مغایرت با احکام دین مقدس اسلام باشد.

دوم- بررسی مطابقت:- مطابق حکم ماده ۱۲۱ قانون اساسی ستره محکمه علاوه بر صلاحیت های قضایی دارای صلاحیت خاص دیگری نیز می باشدکه شامل بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و تفسیر قوانین نیز می باشد، «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آن

ها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.»

رعایت موضوع بررسی مطابقت احکام قوانین، فرامین تقنی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی یکی از این صلاحیت های مهم و عمده می باشد که صلاحیت آن را به ستره محکمه تفویض شده و قانون اساسی به ستره محکمه این صلاحیت را تفویض نموده تا به خاطر رعایت بیش تر احکام دین مقدس اسلام این موضوع را در نظر داشته باشد. به همین گونه هر گاه در رابطه به فهم و درک این استناد تقنی مشکلی موجود باشد قانون اساسی به ستره محکمه صلاحیت داده تا در تفسیر این احکام مطابق به احکام قانون تصمیم اتخاذ نماید.

سوم - نظارت پارلمانی یا شورای ملی:- نظارت پارلمانی نیز شامل دو بخش استجوab و استیضاح می باشد که در مواد قانون اساسی توضیح گردیده است.

۱- استجوab از وزرا مندرج ماده ۹۳، «هریک از کمیسیون های هر دو مجلس شورای ملی می تواند از هر یک از وزرا در موضوعات معین سوال نماید.

شخصی که از او سوال به عمل آمده، می تواند جواب شفاهی یا تحریری بدهد.»

۲- استیضاح از وزرا مندرج ماده ۹۱ قانون اساسی، استیضاح وزرا: «ولسی جرگه دارای صلاحیت های زیر می باشد:

۱- اتخاذ تصمیم در مورد استیضاح از هر یک از وزرا مطابق به احکام ماده نود و دوم این قانون اساسی؟»

ماده ۹۲، «ولسی جرگه به پیشنهاد بیست فیصد کل اعضاء، می تواند از هر یک از وزرا استیضاح به عمل آورد.

هرگاه توضیح ارائه شده قناعت بخشن باشد، ولسی جرگه موضوع رأی عدم اعتماد را بررسی می کند.

رأی عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم و بر اساس دلایل مؤجه باشد. این رأی به اکثریت آرای کل اعضاء ولسی جرگه صادر می گردد.»

چهارم- تعیین کمیسیون اختصاصی برای بررسی و مطالعه اعمال حکومت مندرج ماده ۸۹: «ولسی جرگه صلاحیت دارد به پیشنهاد یک ثلث اعضاء، جهت بررسی و مطالعه اعمال حکومت، کمیسیون خاص تعیین نماید. ترکیب و طرز العمل این کمیسیون در اصول وظایف داخلی ولسی جرگه تنظیم می گردد.

#### نتیجه

انتخاب و تطبیق نظام مت مرکز اداری یا غیر مت مرکز یا یکی از انواع آن، معمولاً بستگی به نوع نظام سیاسی و سیاست رهبران دولت ها دارد. به عبارت دیگر تطبیق نظام غیر مت مرکز اداری بیش تر تابع احکام قانون اساسی هر کشور و نوع خواست رهبران جامعه می باشد. اما نکته قابل تأمل در مورد این است که تطبیق نظام مت مرکز اداری از یک طرف عملی و تطبیقی نمی باشد، از جانب دیگر با نظر داشت مشکل هایی که در زمینه تطبیق این نوع نظام اداری وجود دارد؛ نمی تواند به صورت دوامدار تطبیق شود. بیش تر از نظر سیاسی؛ طرفداران نظام های فاشیستی، نازیسم و ناسیونالیستی طرفدار این نوع نظام سیاسی اقتدار گرا بودند که درحال حاضر این نظریات مردود تلقی می شود. اما اگر این نوع نظام اداری بدون افراط و به شکل معقول آن تطبیق شود، نمی توان برخی از خوبی های نظام مت مرکز غیر متراکم اداری را نادیده گرفت. زیرا این نظام تا حدی به قوانین طبیعی سازگاری داشته و از لحاظ دلایل فنی نیز درست به نظر می رسد. از نظر فنی تطبیق نظام مت مرکز اداری غیر متراکم، در امر رهبری و مدیریت، ایجاد هماهنگی در اجرای فعالیت ها، جلوگیری از تشتت و پراگده گی، ارائه خدمات یک سان به همه شهروندان؛ مفید تلقی شده و به ویژه تطبیق آن در نهاد های کوچک مناسب می باشد. اما تطبیق مطلق آن سبب سلب اراده مردم، زیر پاشدن اصل دموکراسی، ایجاد نظام بیوروکراسی در ادارات، ایجاد استبداد و دكتاتوری خواهد شد. اما نظام غیر مت مرکز اداری هم با قوانین طبیعی سازگاری و تطابقت دارد و هم با یافته های علمی و نتایج تطبیقی. در این نظام اداری اصل دموکراسی و حقوق و آزادی

های مردم بیش تر رعایت گردیده، به آن ها مجال و فرصت داده می شود تا در اداره و قدرت سیاسی شریک ساخته شوند، منافع و مصالح ولایات و محلات در این نوع نظام اداری در نظر گرفته شده و از استبداد و دكتاتوری جلوگیری به عمل می آید. به مردم محلات حق داده می شود تا خود در اداره و قدرت سهیم گردند. آن ها مشکل محل را نسبت به مقامات مرکزی خوب تر تشخیص و درک نموده و راه های حل مناسب آن را جستجو می نمایند. به خاطر حل مشکل مردم زود تر تصمیم اتخاذ و از بیوروکراسی جلوگیری به عمل می آید. اما نکته مهم در این مورد نیز رعایت اصل میانه روی و اعتدال و جلوگیری از تطبیق افراطی آن است. زیرا در صورت استفاده بی رویه از این نظام اداری، امکان آن وجود دارد که با نظرداشت شرایط برخی جوامع، تشتبه و بند و باری به وجود آید و سبب جدایی مناطقی از کشور گردد.

باید گفت که در یافت چنان نظام اداری عاری از هر عیب و نقص کار مشکل است. زیرا هر دو نظام مرکزی و غیر مرکزی در صورتی که به شکل مطلق و افراطی تطبیق شوند، مشکل ساز بوده و عاری از ایجاد نمی باشند. طوری که نظام مرکزی مطلق و شدید نه تنها در اداره کشور تأمین منافع نخواهد کرد، بلکه دارای اضرار بسیاری است که قبل از نظر گذشت. زیرا تطبیق این نوع نظام اداری سبب استبداد، خودرأی، دكتاتوری و حتی استبداد سیاسی می گردد، آزادی مردم را سلب می نماید، به منافع و مصالح محلات و مناطق ارج نمی گذارد و در نهایت به نسبت معطل شدن امور اداری محلات، سرگردانی و انتظار بیش از حد آن ها برای حل یک مشکل کوچک، در نظر نگرفته، میان تصامیم اتخاذ شده از طرف مقامات مرکزی و حوايج و نیازمندی های مردم ولایات و محلات تناسب رعایت نگردیده و این عوامل دست به دست هم داده کشور را به سوی بحران و ناآرامی و حتی انقلاب و تجزیه سوق خواهد داد.

با آن که تطبیق نظام غیر مرکز اداری دارای خوبی های زیادی می باشد، اما تطبیق نظام غیر مرکز سیاسی یا اداری نیز بستگی به این امر دارد که شرایط و مقتضیات

جامعه چه گونه می باشد. در تمام احوال ایجاب می نماید تا در مورد تطبیق این نوع نظام نیز دقت صورت گرفته و از هر نوع افراط در زمینه جلوگیری شود. البته برای کشورهایی که شرایط لازم اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و اجتماعی در آن ها مساعد است و مراحل رشد خود را پیموده اند، شکی نیست که بهترین نوع نظام سیاسی و اداری در آن ها نظام غیر مرکز سیاسی و اداری است.

#### مأخذ:

- ۱- انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، نشر بنیاد حقوقی میزان، چاپ نهم، تهران، سال ۱۳۹۰.
- ۲- پرویز نوین، حقوق اداری تطبیقی، انتشارات تدریس، تهران، سال ۱۳۸۵.
- ۳- دفت، ریچارد ال، تیوری و طراحی سازمان، ترجمه علی پارسانیان و سید محمد اعرابی، دفتر پژوهش های فرهنگی، چاپ نهم، تهران، سال ۱۳۸۷.
- ۴- رضا موسی زاده، حقوق اداری ۱-۲، چاپ سوم، نشر میزان، تهران، سال ۱۳۸۱.
- ۵- زاده، محمد جواد، حقوق اداری، نشر میزان، تهران، سال ۱۳۹۰.
- ۶- سرداری، احمد، رویکردی به ساختارهای اداری کشورهای در حال توسعه بررسی آسیب شناسی اداری، مجموعه مقالات دومین همایش علمی و پژوهشی نظارت و بازرگانی سازمان بازرسی کل کشور، تهران، سال ۱۳۹۰.
- ۷- کمال، یحیی، نقش مرکز زدایی در تحقق سلامت اداری مقاله شماره ۷، دوره ۲، شماره ۵، سال ۱۳۹۳.
- ۸- مشبکی، اصفهانی، اصغر، بهبود نظام اداری به سمت خصوصی سازی و عدم مرکز، ماهنامه تدبیر، شماره ۲۱۶، تهران، سال ۱۳۸۹.
- ۹- مقدم، شکیبا، حقوق اداری، نشر انتشارات میر، چاپ دوم، تهران، سال ۱۳۸۹.
- ۱۰- وسی زاده رضا، حقوق اداری، نشر میزان، تهران، سال ۱۳۸۸.
- ۱۱- مؤتمنی، منوچهر طباطبایی، حقوق اداری، نشر سمت، چاپ هیجدهم، تهران، سال ۱۳۹۱.

# فرآیند قانونگذاری و آسیب‌های آن در افغانستان

عبدالقیوم غفوری

## چکیده

قانون گذاری در افغانستان همچون سایر کشورها دارای روند خاصی است و طرح پیشنهادی باید مراحل ششگانه تسویه، تدقیق، تأیید، تصویب، توشیح و نشر را بگذراند. در کشور ما هر یک از سه قوه مقننه، قضائیه و مجریه یا شورای ملی، ستره محکمه و حکومت می توانند طرح قانونی را پیشنهاد کرده و روند قانونگذاری را آغاز نماید، ولی تشریفات طرح قانون و طی مراحل برای هر سه قوه یکسان نیست و هر کدام تشریفات خاص خود را دارد. تجربه زندگی سیاسی و مدنی بشر نشان دهنده ای ضرورت وجود قوانین و نظم حقوقی در جوامع انسانی است که برای برقراری ایجاد نظم و اجرای

حق در جامعه باید قوانین و مقرارات وضع شود تا در زندگی اجتماعی بشر نظم برقرار شود زیرا قانونگذار، با وضع و تصویب قانون برای مردم ایجاد حق و تکلیف می کند از این رو، قانون مداری و حاکمیت کامل قانون یکی از آرمان های اصلی جوامع بشری است. وضع و تصویب قانون در همه ای کشور های جهان دارای روند و تشریفات خاص است در کشور جمهور اسلامی افغانستان هم مثل سایر کشورهای دنیا وضع قانون دارای روند و فرایند خاصی است که طرح پیشنهادی باید مراحل را بگذراند(طرح لایحه، تصویب، توشیح، انتشار) در این مقاله تلاشده است تا فرآیند قانونگذاری در افغانستان مورد بررسی قرار گیرد.

## علق



۷۵

**کلید واژه ها:** قانون گذاری، شورای ملی، حکومت و انتشار.

### مقدمه

در کشور ما هر یک از سه قوه مقننه، قضایه، و مجریه یا شورای ملی، ستره محکمه و حکومت می تواند طرح قانونی را پیشنهاد کرده و روند قانونگذاری را آغاز نماید. ابتکار و پیشنهاد قانون، یا از سوی حکومت صورت می گیرد به آن لایحه می گویند، یا از سوی مجلس که به آن طرح می گوید. البته چنین تفکیکی در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان و اصول و ظایف داخلی مجلس دیده نمی شود و از هر دو مورد به عنوان طرح یاد شده است. ولی تشریفات طرح قانون و طی مراحل برای هر سه قوه یکسان نیست هر کدام تشریفات خاص خود را دارد که طبق آن مراحل خود را طی می کند. لایحه و طرح قانون از سوی دولت که به امضای وزیر عدليه و نيز وزيري که طرح قانون عمدتا با او ارتباط دارد، رسیده باشد، توسط نماینده دولت در امور پارلماني همراه با توضيحي مبني بر ضرورت طرح قانون، به مجلس تسلیم خواهد شد. در هر کشور قانونگذاري یا وضع قانون روند خاصی دارد. در افغانستان نيز قانونگذاري روند طولاني دارد و قانون محسولی است که باید با حلاني در مراحل ششگانه تسويد، تدقیق، تأیید، تصویب و توشیح و بالاخره نشر در جريده رسمي، از

## گفتار اول : قانون

در ماده ۹۴ قانون اساسی، ۱۳۸۲ «قانون» از نظر شکلی و تشریفاتی بسیار زیبا، ساده و روان تعریف شده است: «قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طور دیگری تصویب گردیده باشد.» قانون اساسی در اینجا یک قاعده کلی را بیان نموده و گفته است قانون آن است که دو مجلس شورای ملی یعنی مشرانو جرگه و ولسی جرگه آن را

طرح قانونی یا مسوده به قانون نافذ تبدیل شود. هر یک از قوای سه گانه می‌تواند با پیشنهاد یک طرح قانونی، روند قانونگذاری را آغاز نماید، هرچند تشریفات طرح قانون و طی مراحل آن برای هر سه قوه یکسان نیست. در تمام مراحل قانونگذاری مشکل وجود دارد و نهاد مسؤول هر مرحله به دلیل ظرفیت پایین، از عهده کار خود به خوبی بر نمی‌آید. نهاد آغازگر تسویید قانون معمولاً از ظرفیت لازم جهت تدوین یک مسوده خوب برخوردار نیست. لذا بار اصلی به دوش ریاست تقнین وزارت عدله می‌ماند. مرحله تدقیق نیز به دلیل ضعف ظرفیت و کندی کارها رضایت بخش نیست. در مرحله تصویب نیز تصویب سریع یک قانون خوب وجهه همت نمایندگان یا در توان آنها نمی‌باشد. در مرحله توشیح هم رئیس جمهور به جای همکاری به موقع با پارلمان از توشیح قانون خودداری می‌نماید.

هدف این نوشتار بررسی و نقد روند قانونگذاری در افغانستان است تا نخست چگونگی آغاز و انجام قانونگذاری و کل روند آن روشن گردد و سپس ضمن مطالعه نواقص و خلاها، راه حل‌های مناسب پیش‌بینی شود.

### بحث اول: مفهوم شناسی

در بخش تلاش صورت گرفته است تا مفاهیم کلیدی و اساسی بحث مفهوم شناسی شده و اصطلاحات کاربردی تعریف شوند.

تصویب کرده و رئیس جمهور هم آن را توشیح و امضا نموده باشد و از این قاعده کلی را هم ذکر می‌کند که در قانون اساسی چند مصدق برایش ذکر شده است.

اما «اسناد تقنینی»، در ماده چهارم «اساستنامه انسیتیوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی»، به معنای قوانین، فرامین، مقررات، اسنادها و تعديلات، ضمایم، ایزاد، حذف در آنها و مصوبات شورای وزیران که دارای ماهیت تقنینی باشد، گرفته شده است. وضع اسناد تقنینی پایین تر از قانون اساسی تابع «قانون طرز نشر و انفاذ اسناد تقنینی» و «مقرر طرز العمل تهیه و پیشنهاد اسناد تقنینی» می‌باشد.<sup>۱</sup>

اسناد تقنینی سلسله مراتب دارد. تصویب یا لغو و اصلاح مرتبه بالاتر دشوار تر از مرتبه پایین است و تشریفات بیشتر دارد و مرتبه پایین نباید با مرتبه بالاتر از خود مخالف باشد. سلسله مراتب اسناد تقنینی به صورت ذیل می‌باشد:

- قانون اساسی که توسط لویه جرگه با تشریفات خاص تصویب می‌شود، بالاترین قانون در کشور است و سایر اسناد تقنینی مثل قوانین عادی، فرمان تقنینی، مقرره و... نباید با قانون اساسی مخالف باشد.
- قانون عادی که توسط شورای ملی تصویب می‌شود، در رتبه بعد از قانون اساسی قرار دارد. لذا نباید با آن مخالف باشد، ولی سایر اسناد تقنینی که در رتبه پایین تر قرار دارند، نباید با قانون مخالف باشند. فرمان تقنینی در حکم قانون است، هر چند منع تصویب کننده آن شورای ملی نیست بلکه شورای وزیران است. لذا تا زمانی که توسط شورای وزیران لغو نشود، به قوت و اعتبار قانونی خود باقی است.
- مقرره و اسناد اساسی که توسط شورای وزیران تصویب می‌شود و نباید مخالف قانون اساسی و قوانین عادی باشد.<sup>۲</sup>

۱- محمدی، عبد العلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل: ص ۸۵

۲- مشتاقی، رامین، رهنماه انسیتیوت ماکس پلانگ برای حقوق اساسی افغانستان، ترجمه حسین غلامی، ج ۱، ص

### گفتار دوم: قانونگذاری

قانونگذاری از مفاهیم مهم علوم سیاسی و حقوق عمومی است. این واژه در فرهنگ غربی واژه‌ی بدیع و به عبارتی دقیق‌تر مدرن نیست و ادعا می‌شود در تمامی جوامع سیاسی و دولت‌ها در طول تاریخ بهنحوی وجود داشته و موضوع بررسی فیلسوفان مختلف از یونان باستان تاکنون قرار گرفته است. ولی طبیعی است به دلایل مختلف از جمله تغییر در جهانبینی و پیچیدگی جوامع سیاسی در دنیای مدرن، در کنار مفاهیم دیگری مانند دموکراسی، حاکمیت قانون و تفکیک قوا مفهوم جدیدی یافته باشد. اهمیت آن در سال‌های اخیر بیشتر نیز شده است، به‌طوریکه آن را مرکز و محور توجهات نظریه‌ی حقوقی کنونی دانسته اند اما در منابع اسلامی و علوم اسلامی دانشوازگانی چون «تشريع» وجود دارد که در بادی امر متناظر با این مفهوم به‌نظر می‌رسد؛ چه اینکه در عربی نیز از این واژه به عنوان برگردان واژه‌ی Legislation در انگلیسی و فرانسوی یا «قانونگذاری» در فارسی استفاده می‌شود.<sup>۱</sup> در این حال، لازم است مفهوم قانونگذاری را در حقوق، به گستره‌ی دانش به عنوان منبعی بومی عرضه کنیم و امکان شناسایی آن را در قالب مفاهیم و معانی آن بسنجدیم. شناسایی دقیق این مفهوم از حيث عملی نیز به سبب تأسیس نظام های سیاسی و حقوقی مهم است؛ چه اینکه امروزه از این اصطلاح در اسناد حقوقی بسیار استفاده می‌شود، ولی مفهوم آن به عنوان کار ویژه‌ای سیاسی و حقوقی در حکومت اسلامی به صورت دقیق روشن نیست.

### گفتار سوم : فرایند

فرایند (و نه فرآیند) یا فراگرد یا پروسه در علوم مختلف معانی مختلفی دارد و در کسب و کارها و سازمانها به مجموعه‌ای از اعمال ساختاریافته و مرتبط ایجادکننده یک خدمت یا محصول گفته می‌شود، یا در کاربردهای مربوط به دیگر علوم به دنباله‌ای از

---

۱- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل ، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: ص ۱۰۶

تغییرات رخدهنه در ویژگی‌های یک سیستم یا شیء گفته می‌شود که این تغییرات می‌توانند به‌طور طبیعی رخ دهنده یا طراحی شده باشند. به پروسه گاه آمایش می‌گویند.<sup>۱</sup> این اصطلاح در روان‌شناسی نیز معانی گوناگونی دارد. اما تمام آن‌ها با ریشه لاتین به معنی «پیش‌رفتن» همان‌گنگی دارند و پیشرفتگام به گام به سوی هدفی را می‌رسانند. به‌طور خلاصه، اصطلاح «رونده»

معنی تغییر مرحله به سمت یک هدف معین.

رونده، معرف یک یا دسته‌ای از فعل و افعال است که به منظور تبدیل داده‌ها به باز داده‌ها انجام می‌گیرد. به عنوان مثال در مدرسه، تمام داده‌ها مانند دانش آموز، آموزگار، بودجه و تجهیزات به خاطر عمل آموزش به کار می‌رود. روند همان تغییراتی است که در دانش آموزان انجام می‌شود و به موجب آن، آنچه را که قبلاً نمی‌دانستند یادمی‌گیرند.

در یک تعریف معادل می‌توان گفت روند، یک سری منطقی از تراکنش‌های مرتبط با یکدیگر که ورودی را به نتایج و خروجی‌ها تبدیل می‌کند. گاهی روند را جعبه تبدیل یا black box می‌نامند، زیرا در این مرحله یا در داخل transformation این قسمت، عملیاتی انجام می‌شود که ممکن است قسمتی یا حتی همه‌آن برای انسان یا بیننده، ناشناخته باشد.

پس در کل فرایند به مجموعه فعالیت‌های به هم پیوسته‌ای اطلاق می‌شود که برای ایجاد یک یا چند تغییر تعریف شده طراحی و پیاده شده است. در ضمن هر فرایند با یک فعالیت مشخص آغاز و با یک فعالیت مشخص نیز پایان می‌یابد. تشخیص این فعالیت‌ها از اهمیت ویژه‌ای برای شناسایی فرایند برخوردار است. به منظور تأکید بر ضرورت تشخیص فعالیت‌های آغازکننده و خاتمه دهنده، فرایند را به عنوان مجموعه

فعالیت‌های به هم پیوسته‌ای که با یک فعالیت مشخص آغاز می‌شود و با یک فعالیت مشخص پایان می‌یابد، نیز تعریف کرده‌اند.

لغت‌نامه مریام و بستر روند را چنین تعریف می‌کند: «عمل یا پیشرفت طبیعی متداوم و پیشرونده مشخص شده با تعدادی تغییرات تدریجی که به گونه تسبیتاً معینی در پی هم روی می‌دهند و به نتیجه یا فرجام خاصی می‌انجامند. یا یک عمل مصنوع یا اختیاری متداوم و پیشرونده و متشکل از تعدادی حرکت یا عمل کنترل شونده که بطور منظم در جهت رسیدن به نتیجه یا فرجام خاصی روی می‌دهند.»

### بحث دوم: مراحل قانونگذاری در افغانستان

قانونگذاری در افغانستان همچون سایر کشورها دارای روند خاصی است و طرح پیشنهادی باید مراحل ششگانه تسویه، تدقیق، تأیید، تصویب، توشیح و نشر را بگذراند تا در نهایت به قانون تبدیل شود. در کشور ما هر یک از سه قوه مقننه، قضائیه و مجریه یا شورای ملی، ستره محکمه و حکومت می‌توانند طرح قانونی را پیشنهاد کرده و روند قانونگذاری را آغاز نماید، ولی تشریفات طرح قانون و طی مراحل برای هر سه قوه یکسان نیست و هر کدام تشریفات خاص خود را دارد. هدف در این نوشتار تشریح روند قانونگذاری از ابتدای پیشنهاد طرح قانونی تا مرحله تبدیل شدن آن به قانون است تا روش گردد که قانونگذاری در افغانستان چطور آغاز می‌شود و چگونه به انجام می‌رسد و معلوم گردد که چه نهاد‌های اصلاحیت قانونگذاری در جمهوری اسلامی افغانستان برخوردار می‌باشند.<sup>۱</sup>

قانون مانند هر موجود دیگری دارای مراحل مختلفی برای تولد است، و همچنان وضع قانون مراحل گوناگون دارد که پس از گذشتن این مراحل به صورت قاعده حقوقی در می‌آید و احترام آن بر همه واجب می‌شود.

قانونگذاری در افغانستان همچون سایر کشورها دارای روند خاصی دارد و طرح شود. در افغانستان هریکی از سه قوه (مقننه، قضائیه و مجریه) یا شورای ملی، ستره محکمه و حکومت می‌توانند طرح قانونی را پیشنهاد کرده و روند قانونگذاری را آغاز کنند، ولی تشریفات طرح قانون و طی مراحل برای هرسه قوه یکسان نیست و هر کدام تشریفات خاص خود را دارد، هدف در این فصل تشریح روند قانونگذاری از ابتدای پیشنهاد طرح قانونی تا مرحله تبدیل شدن آن به قانون است تا روشن گردد که قانونگذاری چطور آغاز می‌شود و چگونه به انجام می‌رسد و معلوم گردد که تسوید قانون چه شرایط و معیارهایی را دارد و با پیمودن چی مراحلی تدوین و ایجاد می‌شود.

## الف



۸۱

### گفتار اول: تسوید قانون

معمول ترین روش برای طرح، تسوید و تدقیق و سپس تصویب یک قانون این است که از نهادهای دولتی آغاز گردیده و توسط شورای ملی تصویب شده و توسط رئیس جمهور امضا و توشیح و سرانجام در جریده رسمی نشر گردد. مطابق قانون اساسی افغانستان، حکومت می‌تواند طرح قانون را به ولسی جرگه تقدیم نماید.

ستره محکمه نیز می‌تواند در ساحه تنظیم امور قضائی طرح قانونی خود را البته از طریق حکومت به شورای ملی پیشنهاد نماید. قانون اساسی که این صلاحیت را به ستره محکمه می‌دهد، اضافه می‌کند که طرح قانونی پیشنهادی ستره محکمه نباید در مورد بودجه و امور مالی باشد. این مورد در حوزه انحصاری حکومت قراردارد.<sup>۱</sup>

در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم نیز به این صلاحیت ستره محکمه اشاره شده است.

۱- احمدی، عید محمد و صداقت، قاسم علی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان با تاکید بر قانون اساسی، قم:

### بند اول : تسوید توسط حکومت

معمول ترین روش برای طرح، تسوید و تدقیق و سپس تصویب یک قانون این است که از نهادهای دولتی آغاز گردیده و توسط شورای ملی تصویب شده و سپس رئیس جمهور آن را امضا و توشیح نموده و سرانجام در جریده رسمی نشر گردد. مطابق مواد ۹۵ و ۹۷ قانون اساسی حکومت می‌تواند طرح قانون را به ولسی جرگه تقدیم نماید.

در ماده ۹۵ قانون اساسی آمده است:

پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت یا اعضای شورا و در ساحه تنظیم امور قضایی از طرف ستره محکمه توسط حکومت صورت گرفته می‌تواند. پیشنهاد طرح

قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می‌گیرد. ماده ۹۷ قانون اساسی پیش‌بینی کرده است که: پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت نخست به ولسی جرگه تقدیم می‌گردد. ولسی جرگه پیشنهاد طرح قانون را، به شمول بودجه و امور مالی و پیشنهاد اخذ و یا اعطای قرضه را، بعد از بحث به صورت یک کل تصویب یا رد می‌کند. ولسی جرگه نمی‌تواند طرح پیشنهاد شده را بیش از یک ماه به تأخیر اندازد. ولسی جرگه طرح قانون پیشنهاد شده را بعد از تصویب به مشرانو جرگه می‌سپارد. مشرانو جرگه در ظرف پانزده روز در مورد آن تصمیم اتخاذ می‌کند.

شورای ملی به اتخاذ تصمیم در مورد طرح قوانین، معاهدات و پروگرام‌های انکشاپی دولت که به اساس پیشنهاد حکومت ایجاب رسیدگی عاجل را نماید اولویت می‌دهد.

هرگاه پیشنهاد طرح قانون از طرف ده نفر عضو یکی از دو مجلس صورت گیرد، بعد از تأیید یک پنجم اعضای مجلسی که پیشنهاد به آن ارایه شده است، در فهرست کار آن مجلس داخل می‌گردد.

#### بند دوم: تسویید توسط ستره محکمه

ستره محکمه نیز می‌تواند در ساحه تنظیم امور قضایی البته از طریق حکومت به شورای ملی طرح قانونی خود را پیشنهاد نماید. که طرح قانونی پیشنهاد باشد. این مورد در حوزه انحصاری حکومت قراردارد. در بند ۲ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم نیز به این صلاحیت ستره محکمه اشاره شده است.

#### گفتار دوم: مرحله تدقیق

مسوده مذکور سپس به ریاست تقنین وزارت عدله یا "انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی" سپرده می‌شود تا در برنامه کاری سالانه آن ریاست قرار گیرد. ریاست تقنین با توجه به قانون اساسی و سایر قوانین بخصوص "قانون حقوق و امتیازات اعضای کادر علمی انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی" و

### گفتار سوم: مرحله تأیید

مسوده پس از تدقیق ریاست تقнین به کمیته قوانین شورای وزیران جهت ارزیابی ارسال می گردد. پس از تأیید در کمیته قوانین جهت ارزیابی و تأیید به شورای وزیران

---

۱- احمدی، عید محمد و صداقت، قاسم علی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان با تاکید بر قانون اساسی، ص

"اساسنامه انسیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی"， به ارزیابی و تدقیق مسوده های نهادهای حکومتی می پردازد. چنانچه مطابق اساسنامه مزبور یکی از اهداف این انسیتوت "تحکیم قانونیت مبتنی بر احکام دین مقدس اسلام و قانون اساسی در حیات جامعه از طریق طرح، تسویه و تدقیق اسناد تقنی" می باشد. در این اساسنامه جایگاه انسیتوت قانونگذاری اینگونه معروفی شده است: "انسیتوت به حیث عالی ترین اداره علمی - تحقیقی در امور قانونگذاری حکومت، اسناد تقنی (قوانین، فرمانیں، مقرره ها، اساسنامه ها و تعدیلات، ضمایم، ایزاد، حذف در آنها و مصوبات شورای وزیران دارای ماهیت تقنی) را طرح، تسویه و تدقیق نموده، جهت طی مراحل به شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان ارایه می نماید.<sup>۱</sup> ماده ۵ این اساسنامه سایر وزارت ها، ادارات و شرکت های دولتی را مکلف می سازد که "طرح اسناد تقنی مربوط را جهت تدقیق و طی مراحل به انسیتوت ارایه نمایند." ریاست تقنین با دریافت مسوده از نهادهای دولتی، آن را در لیست سالانه قانونگذاری قرار می دهد تا یکی از ریاست های فرعی آن ریاست که با موضوع مسوده ارتباط موضوعی دارد، مسوده را در وقت تعیین شده تدقیق و مطالعه نماید. ماده ۶ این اساسنامه به ریاست تقنین صلاحیت می دهد که نماینده با صلاحیت نهاد ارسال کننده طرح و نیز نماینده کان سایر نهادهای ذیربسط را در جلسات تدقیق و بررسی مسوده یا سند تقنینی دعوت نماید.

فرستاده می شود. در صورتی که مسوده از نظر شورای وزیران کامل نباشد، ممکن است برای کار بیشتر دوباره به کمیته قوانین بازگردانده شود. در صورت تأیید شورای وزیران مسوده به وزارت دولت در امور پارلمانی ارسال می گردد.

وزارت دولت در امور پارلمانی مسوده را که توسط وزیر عدیله و وزیر آغازگر طرح قانونی امضا شده، به ضمیمه "یادداشت توضیحی مبنی بر ضرورت طرح قانونی"، به ولسی جرگه تسلیم می نماید. فرمان تقنینی در روزهای تعطیلی شورای ملی که ۴۵ روز در فصل تابستان و ۴۵ روز در فصل زمستان و مجموعاً ۹۰ روز می شود، حکومت می تواند مسوده قانونی را به صورت فرمان تقنینی تصویب نماید. مطابق قانون اساسی، این فرمان تقنینی حکومت در حکم قانون مصوب شورای ملی می باشد، البته با چهار شرط:

اولاًً اینکه ولسی جرگه در حالت تعطیلی باشد. ثانیاً اینکه شرایط اضطراری باشد و تصویب فوری مسوده قانونی ضروری باشد. ثالثاً اینکه در امور مربوط به بودجه و امور مالی نباشد. رابعاً اینکه طی سی روز از تاریخ برگزاری نخستین جلسه شورای ملی به آن شورا تقدیم گردد.

فرمان تقنینی صرفاً نیازمند توشیح رئیس جمهور می باشد و تا زمانی که از ناحیه شورای ملی رد نشده اعتبار قانون را دارد. مطابق جمله اخیر ماده ۷۹ قانون اساسی، هرگاه فرمان تقنینی توسط شورای ملی رد شود، از اعتبار قانونی ساقط می گردد.

#### گفتار چهارم : مرحله تصویب

بعد از مرحله تسویید، تدقیق و تأیید، مرحله تصویب طرح قانون در شورای ملی می رسد. بر اساس ماده ۸۱ قانون اساسی، شورای ملی عالی ترین ارگان تقنینی و مظہر اراده مردم افغانستان می باشد. بند ۱ ماده ۹۰ قانون اساسی در این باره می افزاید "تصویب، تعدلیل یا لغو قوانین و یا فرامین تقنینی" از جمله صلاحیت های شورای ملی می باشد. تصویب طرح قانون در شورای ملی دو مرحله ای است. طرح قانونی ابتدا باید

## گفتار پنجم: توشیح

در ولسی جرگه به تصویب برسد. سپس در مرحله دوم باید از تصویب مشرانو جرگه بگذرد، که توضیح هرکدام دربخش کارویژه های ولسی جرگه و مشرانو جرگه خواهد آمد.<sup>۱</sup>

این مرحله از مراحل قانونگذاری در اختیار قوه مجریه یا حکومت قرار دارد، هرچند که قوه مقننه با شرایط ویژه و قوه قضائیه نیز در محدوده خاصی می توانند طرح قانون را پیشنهاد و تسوید نمایند. در یک سیستم قانونگذاری فعال و پرشمر میان مراحل مذکور یک همکاری فعال و هماهنگی محکم و تنگاتنگی میان قوه مجریه و مقننه وجود دارد. در برخی کشورها رئیس حکومت هنگام تحويل طرح قانون به پارلمان در یک جلسه ای در مورد اهمیت و ضرورت طرح قانون و احیاناً فوریت آن صحبت نموده توضیح می دهد و تا پایان تصویب آن طرح همکاری نزدیک خود را با پارلمان حفظ می نماید و برای بهتر شدن قانون و توضیح ضرورت ها و رفع ابهامات هم چنان با پارلمان در تماس است. در افغانستان طرح قانون بعد از تدقیق و تأیید در قوه مجریه، به پارلمان تقدیم می شود و رئیس حکومت که رئیس جمهور است، در این خصوص برنامه ای جهت توضیح و دفاع از طرح قانون ندارد و متظر می ماند تا زمان تشریح برسد. آنگاه قانونی را که مورد تأییدش نیست، دوباره به شورای ملی مسترد می نماید. این روش، فرصت ها را ازبین می برد و نیز سبب تقابل میان دو قوه مقننه و مجریه می گردد. در حالی که اگر حکومت در زمان تصویب از نزدیک روند را دنبال و ابهامات را رفع کند و نمایندگان را تشویق به تصویب نماید، از پیامدهای منفی مذکور کاسته می شود. مطابق قانون اساسی توشیح و امضای مصوبه پس از تصویب شورای ملی در

<sup>۱</sup> جمعه محمدی، رویدادهای زیر خیمه لویه جرگه، کابل، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ۱۳۸۳، ج ۳، ص

صلاحیت رئیس جمهور می باشد. مصوبه شورای ملی، جز در موارد خاصی، بدون توشیح رئیس جمهور اعتبار قانونی پیدا نمی کند و قانون محسوب نمی شود. مصوبه شورای ملی باید به توشیح رئیس جمهور برسد. در صورتی که رئیس جمهور مصوبه را قبول نداشته باشد و نخواهد توشیح نماید، باید آن را ظرف ۱۵ روز با ذکر دلایل عدم قبولی، به ولسی جرگه برگرداند. در غیر آن صورت، مصوبه توشیح شده تلقی گردیده و با نشر در جریده رسمی نافذ می گردد. در جایی که رئیس جمهور مصوبه را در موعد ۱۵ روز به ولسی جرگه باز گرداند و ولسی جرگه با دو ثلث آرای کل اعضاء، بدون توجه به نظر رئیس جمهور، آن را عیناً تصویب نمایند، باز هم بدون توشیح رئیس جمهور مصوبه توشیح شده محسوب گردیده و با نشر در جریده رسمی نافذ می شود.

### گفتار ششم: مرحله نشر

نشر در جریده رسمی آخرین مرحله قانونگذاری است. مسوده قانونی با انتشار در جریده رسمی به یک قانون نافذ و لازم الاجرا تبدیل می شود. عموماً آخرین ماده هر قانون به این مرحله می پردازد و زمان نافذ شدن قانون را حد اقل یک هفته بعد از نشر جریده رسمی معین می سازد. در مورد نشر اسناد تقنینى، در افغانستان قانون خاص وجود دارد که بنام قانون طرز نشر و انفاذ اسناد تقنینى، یاد می شود. این قانون به منظور مطلع شدن تمام ادارات رسمی و غیر رسمی و اتباع کشور از قوانین، فرامین، مقررات، اساسنامه ها، مصوبه ها، و هچنین تنظیم و طرز نشر و انفاذ آنها، وضع گردیده است.

بنابراین، اسناد تقنینى باید برای بار اول در نشریه جریده رسمی دولتی خاص این منظور منتشر گردد. در بند یک ماده هفتم قانون مزبور نشر اسناد تقنینى را بعد از انتشار در جریده رسمی مجاز می داند. بنابراین مصوبه شورای ملی بعد از آنکه توشیح و سپس در جریده رسمی منتشر شد و حالت قانون به خود گرفت، به صورت آزاد قابل چاپ و انتشار است و منع قانونی ندارد. در بند ۲ همین قانون انتشار قانون را در

صورت ضرورت، در رسانه های گروهی حتی قبل از چاپ آن در جریده رسمی می توان منتشر نمود و حتی با تکس و تلگرام هم می توان ابلاغ نمود.<sup>۱</sup>

قوانين افغانستان به هر دو زبان ملی منتشر می شود. لذا طرح قانون باید به دو زبان تهیه شود، و گرنه ولی چرگه از دریافت آن خود داری می نماید.

ماده نهم این قانون در مورد زمان انفاذ و لازم الاجرا شدن قوانین قاعده ای را وضع می نماید که از تاریخ نشر در جریده رسمی نافذ می گردد، مگر اینکه در خود اسناد تقنینی طور دیگری پیش بینی شده باشد. نهادی که مسئولیت انتشار اسناد تقنینی را به عهده دارد، ریاست نشرات وزارت عدالیه می باشد.

### مبحث سوم: آسیب‌شناسی قانون گذاری در افغانستان

اقوام و موجودیت هر کشوری در گرو حاکمیت قانون و حاکمیت قانون در گرو قانون گذاری است. تا زمانی که امر قانون گذاری اصلاح نگردد به همان میزان حاکمیت قانون نیز تحقق نخواهد یافت. متأسفانه عوامل متعددی موجب ناکارآمدی قانون گذاری در کشور شده است. این نیازمند مطالعات اساسی در خصوص ناکارآمدی قانون گذاری در کشور است. امری که کمتر به آن پرداخته شده است و عوامل آن کمتر توجه شده است در این سطور بر آنیم که به طور مختصر این عوامل را بر شمریم. سابقه طولانی قانون گذاری در کشور و تجربه هایی که از این سابقه اندوخته شده است ما را رهنمون می سازد تا اینکه برای ارتقای نظام قانون گذاری، آسیب‌شناسی صورت دهیم تا قوانین ما از کارآمدی برخوردار گردند.

موارد ذیل را می توان از جمله مواردی آسیب‌زا در نظام قانون گذاری افغانستان بیان داشت هر چند این موارد را نمی توان به صورت انحصری از موارد آسیب‌زا در قانون

گذاری به شمار آورده و خوانندگان می‌توانند موارد دیگری را نیز به فراخور مطالعات و تجربه‌های خود بر این موارد بیفزایند.

### گفتار اول : عدم ثبات سیاسی

به تجربه می‌توان دریافت به هر میزان که کشوری از ثبات سیاسی برخوردار باشد به همان میزان قوانین نیز از ثبات برخوردار هستند و به هر میزانی که کشوری از ثبات سیاسی کمتری برخوردار باشد به همان میزان نیز قوانین بی‌ثبات هستند. افغانستان از بدو تأسیس تاکنون نزدیک به ده قانون اساسی را تجربه نموده است. این حکایت از این دارد که ثبات سیاسی در افغانستان کم است.<sup>۱</sup>

### گفتار دوم: عدم ثبات قوانین

یکی از اوصاف قواعد حقوقی دائمی بودن آن‌هاست یعنی اینکه قوانین و قواعد به صورت دائمی وضع گردند. اما در افغانستان عمر قوانین بسیار کوتاه است قوانین متعددی را می‌توان سراغ گرفت که حتی به یک‌سالگی نیز نرسیده‌اند و نسخ شده‌اند و دوباره در همان موضوع قانون وضع شده است. حتی در مدت حکمرانی یک حکومت نیز قوانین از عمر کمتری برخوردار شده‌اند و بارها مورد تغییر و تعديل قرار گرفته‌اند. این امر کار را برای مجریان قانون، شهروندان و دستگاه قضایی بسیار سخت می‌سازد.<sup>۲</sup> دولتها همیشه در پی این بوده‌اند که قوانین دولت قبلی را نسخ نموده و قانون جدید در همان موضوع وضع کنند بدون آنکه کمترین تغییر و انکشافی در موضوع صورت دهند. خوانندگان می‌توانند به مثال‌های بی‌شماری از این دسته از قوانین را اشاره کنند.

---

۱- احمد علیزاده، فرایند شکل‌گیری قانون اساسی، موضع‌گیری‌ها، چالش‌ها و تفاهمات در لوبه جرگه، تحقیق و تدوین مرکز تحقیقات اجتماعی، کابل، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۱۶

۲- همان، ۱۷

### گفتار سوم: فقدان تفکر سیستمی در قانون‌گذاری

افغانستان از جمله کشورهایی است که قانون‌گذاری در آن بر اساس تفکر سیستمی صورت نمی‌گیرد. بلکه بر اساس موردي قانون وضع می‌گردد. دولتها بر اساس خواسته‌های شخصی‌شان قانون وضع می‌کنند و از این قانون‌گذاری هدف خاص را تعقیب می‌نمایند. زمانی که قانونی نتوانست اهداف آنها را جوابگو باشد به سرعت اقدام به تغییر یا تغییر قانون می‌زنند. نهایت امر چنین می‌گردد که در چنین کشوری نهاد و نظام به وجود نیاید. این را باید پذیرفت که قانون برای تنظیم روابط اجتماعی اشخاص ایجاد می‌گردد. اجتماع نیز به مثابه یک کلیت مدنظر است و برای این امر کلی باید قانونی کلی وضع شود. زمانی که این امر کلی فراموش شود و بر اساس موردي عمل شد. دیگر نمی‌توان انتظار داشت که از این نوع قانون‌گذاری یک سیستم و یک نظام به وجود آید.<sup>۱</sup>

### گفتار چهارم: عدم فاصله زمانی بین توضیح و انفاذ قانون

مطابق احکام قانون اساسی توضیح قانون در صلاحیت رئیس‌جمهور قرار دارد. در بسیاری از قوانینی که به توضیح رئیس‌جمهور می‌رسد در فرمان ذکر می‌گردد که این قانون از تاریخ توضیح نافذ است. این امر مشکلاتی زیادی را برای ادارات، دستگاه قضایی و شهروندان به وجود می‌آورد. زیرا قوانینی که باید توسط شهروندان پیروی شود هنوز در جریده رسمی نشر نشده است و به اطلاع و آگاهی شهروندان رسانیده نشده در عین حال نافذ است. دیگر اینکه ادارات دولتی که مجری قانون هستند نیز هنوز قانون به آنها ابلاغ نشده است ولی نافذ شده است. برای محاکم نیز ایجاد مشکل می

۱- کنت کاترمن، «افغانستان: سیاست، انتخابات و عملکرد دولت» (واشنگتن دی سی، خدمات تحقیقاتی کنگره)،

۷۲، ۲۰۱۵

گردد<sup>۱</sup> زیرا هنوز قانون به دست آن‌ها نرسیده است و لی نافذ شده است. در عمل دیده شده است که تعدادی از فیصله‌های محاکم توسط ستره محکمه نقض شده‌اند به این دلیل که بر اساس یک قانون منسوخ حکم صادر شده است.

### گفتار پنجم: فقدان مطالعات قانون‌گذاری در دانشکده‌های حقوق

نظریه حقوق در دانشکده‌های حقوق دولتی و غیردولتی فقط تمایل بر این دارد که بر قضاویت و قوه قضائیه تمرکز کند در حالی که قانون به معنای وضع آن و قانون‌گذاری شامل قانون‌گذاران و قوه مقننه، اغلب نادیده گرفته می‌شود. حقوق‌دانان چنین استدلال می‌کنند که این مربوط به رشتہ سیاست است و در حوزه مطالعات حقوق قرار نمی‌گیرد. به عبارتی دیگر رویکرد قضاویت محوری در مقابل رویکرد تقنین محور در حقوق و تحلیل‌های حقوق قرار می‌گیرد. حقوق‌دانان بیشتر به جنبه قضایی حقوق توجه دارند تا جنبه تقنینی آن. نتیجه این شده است که حقوق‌دانانی که در این سیستم تربیت می‌شوند هیچ علمی در خصوص قانون‌گذاری که بخشی از فرایند قانون است ندارند. خواه ناخواه همین حقوق‌دانان زمانی که وارد پروسه تهیه و تدوین قوانین می‌گردند. نتیجه کارکردشان نیز رضایت‌بخش نخواهد بود. به یک دلیل ساده این حقوق‌دانان برای قضاویت تربیت‌شده‌اند و نه برای تهیه و تدوین قوانین.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد در آموزش حقوق تحولی به وجود آید. حقوق از رویکرد صرف قضاویت محوری اش خارج گردد و در کنار آن رویکرد تقنین محور نیز تقویت گردد. كما اینکه در بعضی از کشورها رشتہ مطالعات قانون‌گذاری تأسیس شده است که به موضوع قانون‌گذاری از دیدگاه‌های مختلف پرداخته می‌شود. ما هم ناگزیریم که چنین رشتہ‌ای را در دانشگاه‌ها ایجاد کنیم تا افرادی تربیت شوند که با مباحث قانون

۱- علیزاده، پیشین، ص ۱۵۲

۲- ورسیجی، اسدالله، قانون‌گذاری و قانون مداری، کابل، نشر خراسان، ۱۳۹۲، ص ۶۷

گذاری آشنایی کامل داشته باشند و از اندوخته‌های آنان بتوان در تدوین مسوده اولیه قانون در ادارات دولتی، ریاست تقینی وزارت عدليه و شورای ملی استفاده شود.

### **گفتار ششم: عدم تفکیک دقیق مرز بین قانون و مقرره**

از جمله آسیب‌های قانون‌گذاری در افغانستان عدم تفکیک دقیق مرز بین قانون و مقرره است از آنجایی که صلاحیت وضع قانون برای شورای ملی و مقرره برای حکومت است. در مواردی دیده شده است که سندي که باید هیئت قانون را به خود می‌گرفت در هیئت مقرره ظاهر می‌گردد. و عملاً حکومت در این خصوص وارد حوزه صلاحیتی شورای ملی می‌گردد.

### **گفتار هفتم: تعدد در مراجع قانون‌گذاری**

بر اساس قانون اساسی شورای ملی عالی‌ترین مرجع تقینی در کشور می‌باشد، در حالات تعطیلی ولسی جرگه و در صورت «ضرورت عاجل» به استثنای بودجه و امور مالی حکومت می‌تواند فرامین تقینی وضع نماید. این صلاحیتی که قانون اساسی به حکومت داده است عملاً به صورت یک قاعده در آمده است. و حکومت در رخصتی های تابستانی و زمستانی شورای ملی فرامین تقینی صادر می‌کند. این امر عملاً به این انجامیده است که شورای ملی از جایگاه واقعی خود تنزل نماید و زمام قانون‌گذاری به دست حکومت بیفتند. تعداد زیادی از فرامین تقینی زمانی صادر می‌گردند که هیچ ضرورت عاجل برای آن احساس نمی‌گردد. این امر تالی فاسد را به دنبال می‌آورد. زیرا اگر فرمان تقینی صادر گردد و شورای ملی آن را تأیید نکند تمامی هزینه‌هایی که برای اجرای قانون صورت گرفته است عملاً هدر می‌رود.

### **گفتار هشتم: تعدل و ایزادهای متعدد در قوانین**

یکی از آسیب‌های جدی در نظام قانون‌گذاری تعدل و ایزادهای متعددی است که بعد از تصویب قانون یا فرمان تقینی توسط حکومت وارد می‌گردد. این امر انسجام

قانون را به کلی بر هم می‌زند. زیرا بعضی از قوانین را می‌توان سراغ گرفت که تعديل های متعددی بر آن‌ها وارد شده است که احاطه کامل بر این تعديل‌ها حتی برای یک شخص حقوق‌دان نیز مشکل است چه برسد به دیگر اشخاص.

### گفتار نهم: عدم تدقیق صحیح قوانین

از وظایف ریاست عمومی تقнین وزارت عدلیه تدقیق طرح‌های قانونی است که به آن سپرده می‌شود. تدقیق قانون از این جهت ضرورت است که طرح قانون با دیگر قوانین و با کل نظام حقوقی سنجیده شود تا اینکه در تعارض با دیگر قوانین قرار نگیرد به دلیل عدم احاطه کامل اشخاصی که در ریاست تقنین فعالیت می‌کنند با دیگر قوانین نتیجه‌اش این می‌شود که قانونی که درنهایت به تصویب می‌رسد در مغایرت با دیگر قوانین قرار گیرد. امروزه می‌توان قوانین متعددی را سراغ گرفت که با یکدیگر در تعارض قرار دارند و امکان جمع بین آن‌ها با اصول حقوقی نیز مشکل به نظر می‌رسد.<sup>۱</sup>

### گفتار دهم: فقدان مرجعی قضایی برای بطلان مقررات مغایر با قوانین

افغانستان از جمله کشورهایی است که فاقد مرجعی قضایی برای باطل نمودن مقرراتی است که در مغایرت با قوانین قرار دارند. با مراجعته با مقررات دولتی می‌توان موارد متعددی از تضاد را مشاهده نمود. این در حالی است که بسیاری از کشورها، مرجعی قضایی را برای بطلان مقررات مغایر با قانون مورد پیش‌بینی قرار داده‌اند. در دیگر کشورها برای چنین مقصودی محاکم اداری را مورد پیش‌بینی قرار داده‌اند که به ابطال مقرراتی که در مغایرت با قانون قرار دارند پپردازد درحالی که افغانستان فاقد چنین محاکمی هست. نتیجه‌اش نیز این می‌گردد که سلسله‌مراتب قوانین رعایت نمی‌گردد.<sup>۲</sup>

۱- دانش، سرور، درآمدی بروجع و تصویب قانون اساسی جدید افغانستان، کابل: ص ۹۲

۲- همان، ص ۹۸

### گفتار یازدهم: وضع قانون قبل از امر اجتماعی

وضع قانون متعاقب بر امری اجتماعی اتفاق می‌افتد یعنی در ابتدا مسئله اجتماعی به وجود می‌آید سپس قانون‌گذار ضرورت وضع قانون را احساس می‌کند و درنهایت اقدام به وضع قانون می‌کند، در افغانستان می‌توان تعدادی از قوانین را سراغ گرفت که قبل از اینکه کدام مسئله اجتماعی وجود داشته باشد به وجود آمده‌اند.

### گفتار دوازهم: کارشناسی نشدن قوانین

علی‌رغم اینکه در قانون طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی پیش‌بینی شده است که طرح قوانینی که از سوی ادارات جهت تدقیق به وزارت عدليه سپرده می‌شود باید حاوی نظرات کارشناسی شده در خصوص طرح قانون باشد که ضرورت وجود قانون را توجیه نماید لیکن چنین کاری از سوی ادارات صورت نمی‌گیرد. بلکه ادارات تنها مسووده اولیه قانون را جهت طی مراحل به وزارت عدليه ارسال می‌کنند و وزارت عدليه بعد از تدقیق آن را به کمیته قوانین ارسال می‌دارد. درنهایت طرح قانون به تصویب می‌رسد . به‌این‌ترتیب است که درنهایت در زمان اجرای قانون، قانون مشکلات خود را نشان می‌دهد و ضرورت تعديل‌های متعدد برای آن احساس می‌گردد. به‌گونه‌ای که شاید بتوان ادعا نمود کمتر قانونی را بتوان سراغ گرفت که مورد تعديل قرار نگرفته باشد<sup>۱</sup>.

### گفتار سیزدهم: فقدان مکانیزم برای بررسی تأثیرات قوانین

در صورتی که قانون را به‌مثابه یک کالا در نظر بگیریم. کالایی بودن قانون اقتضا دارد که این کالا زمانی تولید شود که به آن جامعه نیاز دارد. این کالا باید به‌گونه‌ای تولید شود که کمترین هزینه را در پی داشته باشد و بیشترین منفعت را به دنبال آورد.

۱- شریعت پناهی، همان، ص ۱۷۲

در صورتی که قانون بیشترین هزینه را برای اجرا در برداشته باشد و در عین حال کمترین منفعت را در پی آرد این قانون کالای مناسب به شمار نمی‌آید. و باید کنار گذاشته شود. به عبارتی قانون نیز همانند کالا نیاز به بازاریابی دارد و این بازاریابی با ارزیابی تأثیرات قانون به دست می‌آید.

هر سال قوانین متعددی به تصویب می‌رسند این قوانین ممکن است بر زندگی شهروندان، ادارات دولتی، بخش خصوصی تأثیر وارد کند. هرچند لازم است که قانون باید به‌گونه‌ای وضع گردد که نابرابری را در جامعه به وجود نیاورد، مانع کسب‌وکار نگردد، امکان عملی اجرا را داشته باشد، از حقوق شهروندان حمایت کند. برای نیل به چنین اهدافی نیازمند ابزارها و امکاناتی برای ارزیابی تأثیرات قانون هستیم. شورای ملی تعدادی از کشورها پی به این هدف برده‌اند و مرکز پژوهش‌ها را به وجود آورده‌اند که به ارزیابی تأثیرات قوانین پردازند. افغانستان متأسفانه فاقد چنین مرکزی در شورای ملی است، نمایندگان بر اساس معلومات شخصی‌شان ارزیابی را انجام می‌دهند که این می‌تواند به دلیل نقصان یا فقدان اطلاعات متمرث نیز واقع نشود.

#### گفتا چهاردهم : عدم رعایت احتیاط در وضع قانون

قانون‌گذار رعایت احتیاط لازم را در وضع قانون به خرج نمی‌دهد، این حکایت از سیستم فکری قانون‌گذاران ماست که اقتدار طلب هستند و چنین می‌پندارند که هر آنچه آنان اراده نمودند و هیئت قانون بر آن پوشانیدند باید مورد متابعت شهروندان قرار گیرد. این فارغ‌البالی به این دلیل خواهد بود که آنان کدام مسئولیتی را در قبال قوانین نادرست و اشتباه خود احساس نمی‌کنند، کدام مسئولیتی نیز چنین قوانینی برایشان ایجاد نمی‌کند. این در حالی است که در دیگر کشورها حتی در قسمت قانون‌گذاری نیز برای دولتها، مسئولیت مدنی ایجاد شده است. به‌گونه‌ای که اگر قانون‌گذار انتظارات

### نتیجه گیری

مشروع اشخاص را نادیده انگارد و اقدام به وضع قانون نماید. اشخاص می‌توانند علیه دولت اقامه دعوی مسئولیت مدنی نمایند<sup>۱</sup>.

قانون اساسی، شورای ملی را به حیث عالی‌ترین ارگان تقنی تعریف نموده که صلاحیت تصویب، تعديل یا لغو قوانین و یا فرامین تقنی را دارا است. شورای ملی پس از نزدیک به چهار سال تأخیر، پس از انتخابات جنجالی ولسی‌جرگه (رکن اساسی شواری ملی) دوره هفدهم تقنی را آغاز کرد. قانون‌گذاران من‌حیث تنظیم‌کننده‌گان اصلی روابط و مناسبات شخصیت‌های حقیقی و حقوقی مسؤولیت بس خاطر و بزرگی را برای ایجاد یک جامعه قانون‌مند دارند. بسیاری‌ها معتقد‌اند که بخشی از مشکلات نظام اداری و قضایی افغانستان و در مجموع مشکلاتی که در تطبیق قوانین وجود داشته و دارد، ناشی از اشکالات جدی در فرایند قانون‌گذاری است. دور زدن قانون، استفاده از خلاصی قانونی، تفسیرپذیر بودن مواد قانون، در تعارض بودن مواد قانون، وجود ابهامات جدی در مواد قوانین، سازگار نبودن مواد قانون با شرایط جامعه، قابل تطبیق نبودن برخی از مواد قوانین و امثال‌هم از جمله مشکلات جدی در قوانین افغانستان شمرده می‌شود. وجود چنین اشکالات در قوانین از یک سو نشان‌دهنده عدم رعایت بایسته‌ها و اصول قانون‌گذاری است و از جانب دیگر چالش‌های فراوانی را نیز به همراه داشته و دارد. در اواخر سال ۱۳۹۳ زمانی که ماستریام را در رشته جزا و جرم‌شناسی دفاع می‌کردم، موضوع پژوهش نقد و بررسی قانون اجراءات جزایی مصوب ۱۳۹۳ بود. در آن زمان لازم بود نخست از همه اصول و بایسته‌های عام قانون‌گذاری را برایم روشن سازم. اینک که دوره هفدهم تقنی شورای ملی آغاز به کار کرده است، لازم دیدم

۱- احمدی، عید محمد و صداقت، قاسم علی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان با تاکید بر قانون اساسی، قم:

вшرده آن را با اعضای دوره هفدهم شورای ملی شریک سازم، شاید آن را در تصویب و تعديل اسناد تقنینی رعایت خواهند کرد.

#### منابع مأخذ

- ۱- احمدی، عید محمد و صداقت، قاسم علی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان با تأکید بر قانون اساسی، قم: انتشارات بین المللی المصطفی، چاپ اول ۱۳۸۸
۲. احمد علیزاده، فرایند شکل‌گیری قانون اساسی، موضوع‌گیری‌ها، چالش‌ها و تفاهمات در لوبه جرگه، تحقیق و تدوین مرکز تحقیقات اجتماعی، کابل، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ۱۳۸۳، ج ۴.
۳. جمعه محمدی، رویدادهای زیر خیمه لوبه جرگه، کابل، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ۱۳۸۳، ج ۳.
۴. جعفری، شکرالله، فرآورده‌های پارلمان افغانستان، کابل نشر عرفان، ۱۳۹۴
۵. دانش، سرور، درآمدی بروض و تصویب قانون اساسی جدید افغانستان، کابل: مرکز فرهنگی اجتماعی سراج، مطبوعه تعلیمی پوهنتون نبراسکا، چاپ اول ۱۳۸۲
۶. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: نشر میزان، چاپ نهم ۱۳۸۱
۷. کنت کاتزمن، «افغانستان: سیاست، انتخابات و عملکرد دولت» (واشنگتن دی سی، خدمات تحقیقاتی کنگره)، ۲۰۱۵
۸. محمدی، عبد العلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل: موسسه تحصیلات عالی خاتم النبین، چاپ اول ۱۳۸۷
۹. مشتاقی، رامین، رهنمود انتیتوت ماکس پلانگ برای حقوق اساسی افغانستان، ترجمه حسین غلامی، آلمان: طبع انتیتوت حقوق مقایسوی عame و حقوق بین الدول ماکس پلانگ، ویرایش یکم ۱۳۸۶ هـ، ش، ج ۱.
۱۰. نیلوفر صدیقی، «ارتقاء احزاب سیاسی و قانونگذاری مستقل در افغانستان»، شماره ۴، سال ۲۰۱۵
۱۱. ورسیجی، اسدالله، قانون گذاری و قانون مداری، کابل، نشر خراسان، ۱۳۹۲

#### ب : قوانین

۱۲. قانون اساسی افغانستان، تصویب ۱۳۸۲
۱۳. اصول وظایف داخلی ولسی جرگه.

# جایگاه اهل حل و عقد در نظام سیاسی اسلام

محمد ولی حنیف<sup>۱</sup>

## چکیده

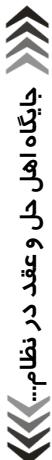
بحث اهل حل و عقد از جمله مباحث عمده و مهم نظام سیاسی اسلام است. اسلام با ارایه طرحی به نام اهل حل و عقد به حد کافی جانب احتیاط را در گزینش افراد در پستهای مهم دولتی از جمله مقام زعامت و رهبری کشور اسلامی مد نظر گرفته است. ناسازگاری موجود در شیوه های گزینش رهبران جامعه که وجود دارد؛ در شیوه حل و عقد وجود ندارد و اگر هم وجود داشته باشد، به حدی است که کمترین کاستی

---

۱- عضو کادر علمی دپارتمنت فقه و عقیده پوهنتون تعلیم و تربیه شهید استاد ربانی

را در پی نخواهد داشت. در گزینش رهبر از شیوه حل و عقد و یا سایر شیوه هایی به خصوص انتخاباتی که صورت میگیرد، اگر مقایسه یی انجام گیرد؛ اهمیت این شیوه به خوبی نمایان میگردد؛ زیرا در شیوه انتخابات عامه، عموم مردم که اکثر آنها از کافی برخوردار نیستند، مسؤولان را انتخاب می نمایند؛ در حالی که در این شیوه توسط نخبه گان و قشر منور و تحصیل کرده جامعه انتخابات تحقق می یابد. همچنان اهل حل و عقد گروهی از مردمان تحصیل کرده و نخبه گان جامعه اند که از تغییر و تطور جامعه و از اهمیت رهبری آگاه اند و میدانند برای جامعه اسلامی چه اشخاص و رهبرانی مناسب اند و این رهبران باید چه خصوصیاتی داشته باشند.

## علف



۹۹

واژه های کلیدی: اهل، حل، عقد، گزینش، سیاست.

### مقدمه

به طور قطع میتوان گفت که از میان نظام های رایج در دنیا، نظام سیاسی اسلام نظامی است متكامل و برخاسته از ارزش های والای الهی . و در عین حال انسانی که میتواند انسان سرگشته و گمراه را در تمام عرصه های مربوط به سیاست رهنمایی و هدایت کند؛ چنانکه سایر بخش های این دین با عظمت نیز میتواند؛ چنین هدایتی را در سایر بخش های زنده گی انجام دهد.

اینکه نظام سیاسی اسلام متكامل است به این معناست که این بخش بر تمام ابعاد زنده گی سایر انسانها سایه گسترده است؛ طوری که آنها را از آتش سوزان بی عدالتی نظام های سیاسی ساخته و پرداخته بشر حفظ میکند؛ چون اگر انسان سر گشته در عرصه سیاست به این ارزش ها پایبند باشد، یقینا میتواند خود را به بهترین سعادتها و آسایشها

برساند. چنین چیزی در اسلام بعید نیست؛ زیرا این دنیا تمام ارزش های خود را به خصوص آنچه مربوط به سیاست است، از وحی میگیرد. وحی که ممثل در دو منبع بزرگ و برجسته است: یکی قرآن کریم کلام خداوند(ج) که هیچ باطلی در آن راه ندارد

### اهمیت موضوع

اهمیت موضوع از خلال دانستن ارزش سیاست در زنده گی انسانها به خوبی واضح و مشخص میگردد، به خصوص زمانی که دانسته شود، در عرصه سیاست عنصری که از همه مهمتر و موثرتر است، عنصر حکومت و دولت است. شکی نیست که نقش اهل حل و عقد در تعیین زعمای دولت کلیدی است. از خلال این مساله میتوان به خوبی اهمیت موضوع را درک کرد؛ در کنار آن مطلب دیگری نیز وجود دارد که نشان دهنده اهمیت موضوع اهل حل و عقد و جایگاه آن در نظام سیاسی اسلام است. در نظام سیاسی اسلام اهل حل و عقد ارزش و جایگاه بلندی دارد؛ ازین جهت بسیار مهم است که از هر نگاه مورد بررسی قرار گیرد. اهل حل و عقد کسانی اند که حاکم اسلامی را بر می گزینند. رأی و نظر اهل حل و عقد در سمت و سو بخشیدن سرنوشت مسلمانان بسیار مهم و حیاتی اساسی است.

از نظر فقهای اسلامی انتخاب ریس دولت از طریق اهل حل و عقد بهترین روش و گزینه به شمار می آید؛ اینرو، این موضوع در فقه سیاسی اسلام از اهمیت خاصی بهره مند است.

از نظر فقه سیاسی اسلام ارگان اهل حل و عقد بزرگترین مرجع تصمیم گیری در عرصه عزل و نصب حاکم دولت اسلامی است.

و دیگری سنت رسول الله(ص) که حکمت این دین حنیف به شمار میرود و آنهم برخاسته از هدایت و رهنمایی پروردگار عالمیان است.

تمام ارزش‌های سیاسی این دین حنیف عادلانه و واقع بینانه است. جهت اثبات این امر لازم است هر بخش این نظام وسیع و گسترده بررسی شود؛ ولی بررسی تمام ابعاد آن به تألیف ده‌ها جلد کتاب نیاز دارد؛ جز اینکه یکی از جنبه‌های بسیار کوچک(نظام سیاسی اسلام) که به نام اهل حل و عقد یاد میشود به مطالعه گرفته شود.

## منظور از اهل حل و عقد چیست؟

تقریباً تمام فقهای امت اسلامی و همچنان اندیشمندان علوم سیاسی اسلامی در گذشته و حال به این نکته اتفاق نظر دارند که یکی از راه‌های انعقاد امامت و رهبری در اسلام، گزینش رهبری از اهل حل و عقد است؛ ولی بین آنها در تعریف اهل حل و عقد و در موصفات آن و احیاناً در وظایف که دارند تمایز فکری وجود دارد، به خصوص در مورد تعریف آن:

– تفتازانی در شرح المقاصد اندر باره آنها گوید: علماء، رؤسا و وجهای مردم اند (۴:۱۸).

– از نظر قشنقندی آنها نیز علماء، رؤسا و وجهای مردم هستند (۲۰:۲۰).

– به قول علامه محمد رشید رضا آنها سران امت، زعماء و رؤسای آنها اند، کسانی که در علوم و عمل صالح و طرف اعتماد مردم اند و مردم به آنها در امور دینی و دنیوی اقتدا می‌کنند (۷۴/۴).

– رملی می‌گوید: آنها عبارت از علماء، رؤسا و وجهای مردم اند که اجتماع آنها آسان است (۵:۴۱۹).

– عبدالله بن عمر الدمیجی صاحب الامامة العظمی در تعریف آنها می‌گوید: گروهی از مردم اند که دارای درجات بلندی از دین، اخلاق و علم به احوال مردم و تدبیر امور آنها و به آنها اهل اختیار و اهل شوری و اهل رأی و تدبیر هم می‌گویند (۲:۱۵۱).

– عبدالقدیر عوده می‌گوید: آنها علماء، فقهاء و صاحبان باز و بستن (عقد و فسخ کننده گان) هستند (۷:۲۴۴).

– به گفته احمد مصطفی المراجی آنها کسانی اند که امت به آنها اعتماد دارند، کسانی از علماء، رؤسا، رهبران نظامی و مدیران مصالح عامه مانند تاجران و کشاورزان و رهبران کارگری و احزاب و مدیران جراید اند (۱۲:۷۳).

### مناقشه بر این تعریف‌ها

قبل از مناقشه این نکته تذکر می‌یابد که علماء در تعریف اهل حل و عقد دو موقف متفاوت دارند: علمای معاصر تلاش کرده اند که این حل و عقد را تعریف کنند؛ اما علمای متقدم از تعریف مشخص اهل حل و عقد خودداری کرده اند. دانشمندانی چون فراء و ماوردی که از جمله علمای طراز اول نظام سیاسی اسلام اند و موضوع «امامت عظمی» و «احکام سلطانیه» را به بحث و بررسی گرفته اند، فقط به ذکر صفاتی از رجال اهل حل و عقد اکتفا نموده اند. از فحوای سخنان آنها بر می‌آید که بیان صفات، در واقع خود نوعی تعریف است؛ البته نه بر اساس فرمولهایی که منطقی‌های برای تعریف اشیا مدنظر دارند و از حد، رسم، جنس و فصل کار می‌گیرند؛ اما طوری که بر می‌آید این علماء در تعریفات خود روی برخی از صفات و خصوصیات و برخی شرایط لازم در اهل حل و عقد تأکید نموده اند، و آن صفات را در تعریفات خویش – اهل حل و عقد – گنجانیده اند، با این تمایز که تعریف علمای قدیم مختصر و حاوی معنویتی صفاتی است از اهل حل و عقد؛ در حالی که علمای معاصر در این زمینه توسعه به خرج داده، تعریفات طولانی تری از اهل حل و عقد ارایه داشته اند که قید و بند های بیشتری دارد؛ به عنوان مثال تفتیانی و قشلاقنده روی این نکته تأکید می‌ورزند که آنها از علماء، رؤسا و کسانی اند که دارای مقام و منزلت و وجاهت در جامعه می‌باشند. رملی نیز علاوه بر صفات فوق این شرط را بر تعریف خود علامه مینماید که امکان جمع شدن آنها به سهولت و آسانی میسر است؛ اما در شرایط کنونی، نمیتوان این تعریفهای کوتاه، مختصر و دارای قید و بند های اندک را پذیرفت؛ زیرا چنین تعریفاتی نمیتواند ضمانت لازم را برای انتخاب اشخاص شایسته فراهم کند، و سبب می‌شود تا

افرادی زیادی در دایره اهل حل و عقد داخل شوند که شایسته گی لازم را ندارند؛ طور مثال اگر تنها به شرط هایی چون عالم و رئیس و وجیه بودن اکتفا شود؛ میتوان به چنین اشخاصی اعتماد کرد یا نه؟ چون بسیاری از علمای امروزی اهلیت و شایسته گی لازم را برای رئیس شدن دولت ندارند؛ چون از سیاست و اصلاح امور مردم که اساس این موضوعات است بی خبرند؛ ولی تعریفات علمای جدید بهتر میتواند معبر اهل حل و عقد باشد و ضمانتهای لازمی را برای انتخاب اشخاص خوب و شایسته و مناسب فراهم نماید و یقیناً بهتر میتواند مردم این زمان را در این آشفته بازار سیاستها یاری رساند تا اشخاص صالح را برای ریاست دولت برگزینند.

از میان تعریفهای ارایه شده تعریف رشید رضا و دکتور عبدالله بن عمر المدیجی قابل قبول است؛ زیرا هردوی اینها علاوه بر شرایط علمای گذشته به مواصفات دیگری نیز اشاره کرده اند که بسیار با ارزش است، از جمله آنچه علامه رشید رضا گفته است مبنی بر اینکه عضو کاندیدای شورای اهل حل و عقد باید در علوم مختلف و عمل به آنچه از علم دارد و در زمینه رعایت مصالح مردم طرف اعتماد داشته باشد و مردم در امور دین و دنیا به آنها اقتدا نماید و یا بر اساس اظهارات دکتور عبدالله بن عمر المدیجی اینکه درجات بلندی از دیانت، اخلاق، علم به احوال مردم و تدبیر امور شان باشد؛ ولی با تمام اینها آنچه که از این تعریفات بر می آید، جامع و مانع نبودن این تعریفات و عدم تنظیم بر اساس جنس و فصلهای منطقی است. روی این اساس نمیتوان نظر علمای قدیم را ارجح دانست و پذیرفت؛ ولی در دو تعریف اخیر، تا حدی موضوع مشخص می شود.

### دلیل مشروعیت اهل حل و عقد

در قسمت مشروعیت اهل حل و عقد و اینکه یکی از راههای انتخاب زعیم و رهبر دولت اسلامی است، تقریباً بین علماء اتفاق نظر وجود دارد؛ ولی در مورد مشروعیت آن

تفاوت نظرهای وجود دارد و هر کسی سعی نموده است تا بر مشروعیت اهل حل و عقد در پرتو فهم و درکی که از نصوص شرعی دارد، دلیلی ارایه کند.

به هر حال در قرآن کریم اشاره بی به مصطلح «أهل حل و عقد» نشده، صفاتی نیز برای آن گروه ذکر نگردیده است؛ ولی به صورت کل آیات قرآن کریم بر فضل، بزرگی، جایگاه والای علماء و اندیشمندان اشاراتی دارد که نوعی امتیاز بخشیدن به آن مردم است و اشاره به این نکته که در تمام امور زندگی به خصوص در عرصه سیاست باید به آنها اقتدا شود.

با این حال برخی از مفسران و علماء تلاش کرده اند، این موضوع را به قرآن کریم ربط دهنده و دلیلی از قرآن کریم در این باره ارایه نمایند، از جمله فخر رازی در تفسیر کبیر، «أولى الامر» را در آیه مبارکه ۵۹ سوره نساء در مورد اهل حل و عقد چنین تفسیر نموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَوْلَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» {النساء ۵۹} «ای آنانی که ایمان آورده اید از خدا و پیامبر و صاحبان امر خویش اطاعت کنید». رازی در این مورد می گوید: «أولى الامر اهل حل و عقد از امت محمد صلی الله علیه وسلم است و این خود دلیلی بر مشروعیت اجماع نیز هست» (۳:۱۱۳)؛ ولی سایر مفسران چنین تفسیری را از «أولى الامر» ارایه نکرده اند. به نظر جابر بن عبدالله منظور از «أولى الامر» اهل قرآن و علم است. امام مالک نیز به این نظر است. ضحاک گفته که منظور فقهاء و علماء دین است. مجاهد گفته منظور اصحاب و یاران حضرت محمد صل الله علیه وسلم است. عکرمه میگوید: منظور ابابکر رضی الله عنه و عمر رضی الله عنه است (۹:۲۶۱)؛ اما کیسان نظری دارد نزدیک به تعریف علماء از اهل و عقد. وی میگوید: آنها صاحبان عقل و خرد و دارندگان رأی در دین اند که به تدبیر امور مردم می پردازنند (۹:۲۶۱)؛ اما با وجودی که قرطبی این نظریات به شمول نظر کیسان را نقل مینماید؛ ترجیح میدهد، که منظور از «أولى الامر» اهل قرآن و علم و یا فقهاء و علماء دینی است (۹:۲۶۱). این ترجیح نشان میدهد که تمکن رازی به تفسیر اولی الامر به اهل حل و عقد طرف اعتراف او نیست؛ ولی کسان زیادی از معاصران به تبعیت

از رازی نظر او را پذیرفته اند و در کتابهای خویش ارایه کرده اند از جمله: رسید رضا در «الخلافة» و دمیجی در «الإمامه العظمى»(۲:۱۵۱) و مراغی در تفسیر المراغی (۱۲: ۷۳)، ولی واقعیتی که برای من از خلال این تحقیق نمایان شده اینست که این موضوع در قرآن کریم ذکر نشده، الله متعال این مساله را به خود انسان ها واگذاشته است تا طبق مصالح خود در مورد آن تصمیم بگیرند؛ ازینرو آن را مسکوت گذاشته اند.

در مورد استدلال به حدیث که برخی از علماء در این زمینه به حدیث بیعت عقبه اشاره میکنند که در آن رسول الله صلی الله علیه وسلم خطاب به اهل بیعت عقبه فرمود: «برای من دوازده نقیب را معرفی نمایید» (۶: ۴۳۸).

وجه استدلال اینست که رسول الله صلی الله علیه وسلم از مردم مدینه که جهت ملاقات شان آمده بودند خواست تا دوازده تن را به عنوان بزرگان خویش معرفی نمایند و منظور از این بزرگان همان اهل حل و عقد است؛ ولی این استدلال آن اندازه قوی نیست که انسان را قانع سازد؛ زیرا در این خصوص صراحت ندارد و به بسیار تکلیف میتوان این حدیث را به اهل حل و عقد نسبت داد.

واقعیت اینست تحقیقاتی که انجام یافته است، احادیثی که بر مشروعیت یا عدم مشروعیت اهل حل و عقد دلالت نماید نمیتوان یافت؛ ولی در عملکرد اصحاب به حد کافی در این زمینه دلایلی هست و اکثر علمایی که به موضوع اهل حل و عقد اشاره کرده اند به این عملکرد صحابه به عنوان دلیل استناد نموده اند.

به هر حال از صحابه کرام آثاری در دست است که میتوان متکی بر این آثار بر مشروعیت اهل حل و عقد استناد نمود، از جمله، آثار واردہ در مورد سقیفه بنی ساعدة که در آن بزرگان و اهل حل و عقد صحابه جمع شدند و خلیفه مسلمانان را انتخاب نمودند و دیگران به تبعیت از آن بزرگان با خلیفه رسول الله صلی الله علیه وسلم بیعت نمودند. همچنان آثار واردہ در تعیین شورای انتخاب خلیفه که توسط سیدنا عمر بن الخطاب بدین منظور منصوب شدند و اعضای آن را به بزرگان صحابه و نخبه ها و اهل

حل و عقد تشکیل میداد، مانند: عثمان بن عفان، علی بن ابی طالب، عبدالرحمٰن بن عوف، عبدالله بن عمر بن الخطاب و دیگران.

### مواصفات اهل حل و عقد

مواصفات اهل حل و عقد دیدگاه‌های متفاوت دارند و برخی از آنها تعریفی ارایه نکرده‌اند بلکه مواصفات اهل حل و عقد را بیان داشته‌اند.

در مورد مواصفات اهل حل و عقد نیز چنین است با این تفاوت که در این بخش تا جایی که به دید می‌آید هیچ کس سکوت نکرده است نه ماوردی و نه ابی یعلی فراء و دیگران؛ در حالی که این دو تن در هنگام ذکر تعریف از این امر خودداری نموده بودند.

به هر حال از علمای قدیم ماوردی در کتاب معروف خود «الاحکام السلطانیه» برای اهل حل و عقد سه شرط را ذکر کرده است:

- ۱- عدالتی که جامع تمام شروط و مواصفات عدالت باشد؛
- ۲- دانشی که بتواند با آن تشخیص دهد چه کسی مستحق امامت و پیشوایی است؛

۳- اینکه دارای رأی و حکمت باشد، رأی و حکمتی که بتواند او را به طرف تشخیص مستحق امامت و پیشوایی سوق دهد و بداند چه کسی به تدبیر امور مردم و مصالح شان دانا تر و با ثبات تر است (۸:۴).

از علمای جدید عبدالله بن عمر المدیجی نیز شرایطی را برای اهل حل و عقد ذکر کرده است. شرایطی که فقط به ذکر نام آنها اکتفا می‌شود. اگر مقدار مختصری اگر بر آن توضیع و دلیل ارایه می‌شود اجتهاد نویسنده و تعبیر اوست. به هر حال این دانشمند این شروط را در دو دسته تقسیم می‌کند:

### الف) شروط ولایت عامه که عبارت است از

- ۱- اسلام؛ چون خداوند جل جلال الله هو برای غیر مسلمان هیچ راهی را بر غیر مسلمان قرار نداده، دیگر اینکه این پرسه، پرسه اسلامی است؛ پس باید توسط کسی ارایه شود که دارای اسلامیت است.
- ۲- عقل؛ چون فاقد عقل نمیتواند در این زمینه تصمیم اتخاذ کند و حتی تصرفات او در مورد خودش هم جایز نیست.
- ۳- اینکه مرد باشد؛ زیرا زن فاقد اهلیت کافی برای چنین کاری است.
- ۴- اینکه آزاد باشد؛ زیرا آزادی در ولایات کوچک هم شرط است، چه رسد به چنین ولایتی که از جمله بزرگترین ولایات سیاسی اسلامی میباشد.

### ب) شروط خاص اهل حل و عقد به علاوه شروط فوق

- ۱- عدالت که در نزد دمیجی عبارت از حالتی است پنهان در نهاد انسان که او را وا میدارد تا از گناهان صغیره و کبیره اجتناب کند و حتی از برخی مباحثات نیز خود داری کند (۲:۱۵۱).
  - ۲- علم یعنی اینکه عضواهل حل و عقد باید به حد کافی عالم باشد. البته از نظر برخی از علما لازم است این علم در حد اجتهاد باشد؛ ولی دمیجی بر این نظر است که اجتهاد شرط نیست بلکه مطابق به همان عصر و زمان که علم داشته باشد، کافی است.
  - ۳- رأی و حکمت یعنی اینکه عضو اهل حل و عقد علاوه بر علم شرعی دارای نظر دقیق و رأی حکیمانه باشد، بتواند خوب و بد روزگار را به خوبی تشخیص دهد و بر طبیعت مردم و زنده گی اجتماعی آنها واقف باشد (۲:۱۵۱-۱۵۶).
- نظر به اینکه اصل موضوع اهل حل و عقد یک مساله اجتهادی است، طبیعی است درمورد تعیین تعداد آنها هم نص صریح و قاطع وجود ندارد که مارا ملزم به رعایت آن نماید. از اینرو علمای امت اسلامی در این زمینه دچار اختلاف و چند دسته گی شده

اند، هر کدام نظری را بر اساس اجتهاد و فهم عمومی خود از نصوص قرآن و حدیث مربوط به امامت عظمی، ابراز داشته اند.

برخی از علماء به این باورند که باید اهل حل و عقد هر شهر و هر ولایت در یکجا جمع شوند و آنچه جمهور آنها فیصله کنند همان صحیح است و با آن خلافت منعقد میشود. استدلال اینها به این است که تا رضایت مردم نسبت به آن حاکم و خلیفه از طریق عمومیت پیدا کند و نشود که برخی ناراضی باشند و از این طریق دست به مخالفت زند، در نتیجه خلافت را سرنگون سازند و یا دچار مشکل دیگری نمایند.

گروه دیگری باور دارند که تعداد آنها حداقل باید پنج نفر باشد، به دلیل اینکه در سفیفه بنی ساعدۀ ابتدا پنج تن با ابی بکر صدیق بیعت کردند، آنها عبارت بودند از: عمر بن الخطاب، ابو عبیده بن الجراح، اسید بن حضیر، بشر بن سعد، و سالم مولی ابی حذیفه را منحصر به شش تن ساخت.

علمای کوفه بر این نظر اند که اگر آنها سه تن باشند کافی است. اینها موضوع امامت را به عقد نکاح قیاس کرده اند که در آن ولی و دو تن شاهد لازم است. همچنان معتقد اند که اگر سه نفر نیز باشد کافی است تا یکی از آنها حاکم باشد و دو تن دیگر به عنوان شاهد انعقاد امامت آن شخص.

بعضی ها هم به این باور اند که اگر یک تن هم باشد کافی است؛ چون در زمانی که پیامبر صلی الله علیه وسلم وفات نمود، عباس رضی الله عنه خطاب به حضرت علی (رض) گفت: دست خود را دراز کن تا با تو بیعت کنم و مردم بگویند عمومی رسول الله صلی الله علیه وسلم با او بیعت کرد؛ لذا کسی با تو مخالفت نمی نماید. دیگر اینکه این عمل خود نوعی حکم است و حکم یکتن نیز به اساس احکام فقهی نافذ است (۶: ۱۱).

گروهی از علماء میگویند (۲۲: ۱۰) تعداد آنها حداقل باید چهار نفر باشد؛ زیرا نماز جمعه کمتر از چهل تن صحت نمی یابد. آنها موضوع امامت کبرا را به امامت صغرا قیاس میکنند و این حکم را ابراز کرده اند.

تعدادی میگویند باید حداقل چهار تن باشد؛ زیرا آنها موضوع امامت را به حد زنا قیاس میکنند و میگویند در اثبات عملیه زنا حضور چهار شاهد ضروری است؛ پس در اینجا هم چنین است و باید لااقل چهار تن باشد تا به آنها اطلاق اهل حل و عقد صورت گیرد (۱۶۴: ۲۲؛ ۱۰: ۲۲).

لازم است جمهور واجدین شرایط اهل حل و عقد که در یک سرزمین وجود دارند، جمع شوند و در این زمینه تصمیم بگیرند و موافقت خود را اعمال نمایند. گروهی از علماء از جمله امام احمد حنبل، ابن تیمیه، ابی یعلی فراء و ماوردی بر این نظر اند (۱۶۳: ۲).

قالقندی میگوید نظر صحیح در مذهب امام شافعی این است که تعداد آنها وابسته به امکانیت گرد آمدن آنها است؛ یعنی، همان تعداد لازم است که میتوانند در یکجا به گونه عاجل جمع شوند و خلیفه را انتخاب نمایند (۲۳: ۲۳).

### چگونگی انتخاب اهل حل و عقد

و اما در مورد عملکرد آنها باید گفت که اهل حل و عقد وظیفه دارند بعد از اینکه جمع شدند به دقت در موضوع تعیین خلیفه غور و بررسی همه جانبه انجام دهنند و بینند کدام شخص حاوی شروط لازم برای خلافت است و چون این کار را کردند باید بیعت آنها با کسی باشد که از همه افضلتر و به لحاظ داشتن شرایط خلافت کاملتر باشد؛ سپس آنها موضوع را با آن واجد شرایط در میان بگذارند اگر قبول کرد با او ابتدا خود آنها باید بیعت کند؛ چون چنین کردند بر تمام امت اسلامی لازم است با پیروی از آنها با آن شخص بیعت نمایند و اگر آن شخص از قبول خلافت امتناع ورزید او را مجبور نسازند و به سراغ کسی دیگری بروند که در مرتبه بعد از او قرار دارد (۸: ۲۴).

البته برخی از علماء علاوه بر نکات فوق به مسائل دیگری نیز اشاره کرده اند؛ از جمله اینکه: هرگاه تعداد زیادی از انسانها در یک حد از داشتن شرایط و فضل قرار داشتند، در چنین حالتی باید مسن تر آنها را انتخاب کنند و همچنان کسی را به خلافت برگزینند.

که اطمینان داشته باشند مردم خلافت و امامت اورا میپذیرند و با او بیعت مینمایند و یا اینکه در صورت تساوی در علم، بیینند کدام یک شجاع تر است و سپس بر اساس نیاز همان وقت و زمان خلیفه را برگزینند؛ یعنی، اگر شرایط ایجاب میکرد که عالم تر انتخاب شود اورا برگزینند و اگر شرایط ایجاب مینمود تا شجاع تر انتخاب کنند این کار را باید انجام دهنند. البته برخی دیگری از علماء بر این نظر اند که اهل حل و عقد در این زمینه مخیّر اند، با هر کسی که میخواهند بیعت کنند و مقید به شرط و شروط اضافی نیستند(۷:۱۱)؛ ولی آنچه در عملکرد آنها مهم است این نکته میباشد که آنها باید این کار را با کمال اخلاص به دین و امت اسلامی انجام دهنند و هیچ ملحوظ دیگری جز سعادت اسلام و مسلمانان مد نظر نداشته باشند، نه ملاحظات قومی، نه منطقوی و نه سایر اموری که معمولاً انسانها تحت تأثیر آنها قرار میگیرند. دیگر اینکه این پروسه را با نهایت دقّت و مطالعه انجام دهند و نهایت سعی بشری خود را در انتخاب اصلاح و افضل به کار گیرند؛ زیرا هرگونه اشتباه از سوی آنها منجر به جلب ضررها و زیانهای بسیاری برای امت اسلامی میشود.

### اهل پایخت و نقش آنها در اهل حل و عقد

برخی از علماء از جمله علی جبائی در کتاب «المغنى فی ابواب التوحید والعدل» بر اساس نقل دمیجی از او بر این نظر است که ساکنان پایخت در عضویت اهل حل و عقد بر دیگران مزیت و برتری دارند و نه تنها که مزیت دارند، بلکه بر آنها واجب است تا آنها به این کار اقدام کنند. او میگوید: نصب امام بر اهل مدینه بی که امام در آن مرده است واجب میباشد و بر این اساس آنها نسبت به دیگران به این کار اولی اند(۲:۱۵۶). البته صاحبان این رأی در تأیید نظر خود دلیلی ذکر نکرده اند؛ ولی میتوان در تأیید نظر آنها دلایلی را ارایه کرد:

بعد از فوت رسول الله صلی الله علیه وسلم زمانی که مسلمانان در سقیفه بنی ساعده جمع شدند، تمام آنها اهل عاصمه و پایخت کشور اسلامی و ساکنان مدینه

منوره بودند و هرگز از سایر شهرها خواسته نشدند تا در جریان تعیین خلیفه جمع شوند. این امر میرساند که اهل پایتخت همان کسانی اند که باید دست به تعیین خلیفه بزنند.

بعد از وفات ابوبکر صدیق رضی الله عنہ بازهم این اهل پایتخت بودند که ابتدا با عمر رضی الله عنہ بیعت کردند و به تبعیت آنها سایر قبایل و شهرها با ایشان بیعت نمودند.

این وضعیت همچنان در زمانهای عثمان رضی الله عنہ و علی رضی الله عنہ هم صورت گرفت و اهل پایتخت های آن دوران این کار را انجام دادند.

به لحاظ عقلی هم آنها همواره جمع اند و از دیگران زودتر در جریان فوت خلیفه قرار میگیرند و خیلی سریعتر میتوانند موضوع تعیین خلیفه جدید را فیصله کنند. جمع شدن آنها خیلی آسان است و نیازی به ترتیبات وقت اضافی ندارد. به همه اینها و شاید هم با دلایل دیگری میتوان بر امتیاز اهل پایتخت بر دیگران استدلال جست.

### وظایف اهل حل و عقد

علماء در نقل وظایف اهل حل و عقد دو گونه تعامل دارند. برخی از آنها این امر را در دو نکته خلاصه کرده اند:

**نصب حاکم:** آن گونه که طی سطور گذشته توضیع داده شد نصب حاکم از جمله بزرگترین وظایف و اهداف تشکیل اهل حل و عقد است و بر این اساس آنها وظیفه دارند در این خصوص با دقت و بعد از غور و بررسی های فراوان اقدام کنند و اصلاح را برای خلافت و زعامت و رهبری مردم برگزینند و متوجه شروط و مواصفات لازم در یک حاکم باشند.

**عزل حاکم:** این امر نیز از جمله وظایف اصلی و اساسی اهل حل و عقد است؛ یعنی، آنها وظیفه دارند در صورتی که مشکلی در کار حاکم و خلیفه مسلمانان بروز

نمایند(۱۵۷:۲-۱۶۰).

از نظر من علاوه بر وظایف فوق که بسیار مهم و از وظایف شورای اهل حل و عقد است، میتوان از این شوری در سایر امور نیز بهره جست، به عنوان مثال لازم نیست اهل حل و عقد فقط در هنگام عزل و نصب حاکم تشکیل جلسه بدنه و سپس راه

اتفاق نظر دارند(۴۶۹:۲۰-۴۸۱).

برخی دیگر از علماء بر دو مورد فوق، وظایف دیگری را نیز به اهل حل و عقد

نسبت میدهند از جمله اینکه: آنها وظیفه دارند با خلیفه بیعت کنند و بین کسانی که مستحق امامت و خلافت اند اصلاح را برگزینند و اینکه انفع به مصالح امت را انتخاب

نمایند(۱۵۷:۲-۱۶۰).

**دوم: وسائل عزل:** طبیعی است عزل حاکم کاری سخت و مشکل و بزرگ است.

فقه سیاسی اسلام برای این کار وسائلی را مقرر داشته است، از جمله اینکه در آغاز باید از طریق نصیحت و توصیه و تذکر، حاکم را متقادع به استففاء نمایند و در صورتی که نشد از تمام وسائل صلح آمیز دیگر باید استفاده صورت گیرد تا حاکم عزل شود ورنه میتوانند با استفاده از جنگ و قیام مسلحانه دست به این کار بزنند و در قدم اول بیعت خود را پس بگیرند. اینها نکاتی است که بسیاری از علمای امت اسلامی نسبت به آنها

اتفاق نظر دارند(۴۶۹:۲۰-۴۸۱).

کند، او را همان گونه که به نماینده گی از آحاد مردم نصب کردند، باز هم به نماینده گی از عموم مردم عزلش کنند؛ ولی این عزل از خود احکامی دارد که اعضای اهل حل و عقد باید متوجه آن باشند. این احکام در دو بخش دسته بندی میشود:

**نخست، اسباب عزل:** به این معنی که مسئله عزل حاکم یک امر تابع احساسات و عواطف اشخاصی که در اهل حل و عقد عضویت دارند نیست، بلکه برای اینکه این صلاحیت را پیدا کنند و زمینه های لازم برای این کار فراهم شود، باید یک سلسله اسباب فراهم گردد تا بتوان بر اساس این اسباب حاکم یا خلیفه عزل شود. برخی از این اسباب عبارتند از: کفر حاکم و یا ارتداش، اسیر شدن، ترک نماز، حکومت بر خلاف شریعت اسلام، فسق و ظلم، نقص تصرف، نقص کفایت و سایر اسبابی که عزل حاکم را توجیه میکند.

خود را بگیرند و بروند، خیر آنها باید در یک شورای دائمی تنظیم شوند و همواره در پایتخت کشور اسلامی حضور داشته باشند و به عنوان مشاوران و خاصان خلیفه و حاکم اسلامی به او در اجرای وظایفش کمک و معاونت کنند و در عین حال بر کار حاکم و صحت تصمیمهای عملکردها و التزامش به شریعت خداوند جل جلاله و مصالح عامه مسلمانان ناظارت داشته باشند و از این طریق او را وادار کنند درست تصمیم بگیرد.

## علل



۱۱۳

### نتیجه گیری

از خلال این مبحث و نظریات که مطرح شد میتوان به نتایج زیر دست یافت:

- ۱- منظور از اهل حل و عقد در نظام سیاسی اسلام نخبه گان و دانشوران جامعه اسلامی است.
- ۲- وظیفه نصب و عزل حاکم در نظام سیاسی اسلام از جمله یی کارهای اهل حل و عقد است.
- ۳- انتخاب زعماء و رهبران جامعه اسلامی با استفاده از شیوه حل و عقد بهترین گزینه برای این کار است.
- ۴- اسلام راههای دیگر گزینش رهبر را نیز به رسمیت می شناسد.
- ۵- اسلام ضمن پذیرش انتخابات عامه به عنوان راهی برای انتخاب رهبران جامعه ملاحظات خود را هم بر این شیوه دارد و آن را به تمام معنی کامل و بدون عیب و نقص نمیداند.
- ۶- عقل و خرد سیاسی حکم میکند که باید نخبه گان جامعه رهبران آن را برگزینند.
- ۷- نظام سیاسی اسلامی مبتنی بر شعار های تو خالی نیست، بلکه مسائل را با دید عمیق مینگرد.
- ۸- اسلام آنچه را به خیر و صلاح انسان است بر میگزیند و هیچگاه تحت تأثیر شعار های مغالطه آمیز قرار نمیگیرد.

### فهرست متابع

١- القراء الكريمه.

٢- الدمييجي، عبدالله بن عمر بن سليمان. (١٤٠٧). الامامة العظمى عند اهل السنة والجماعه. مكة المكرمة: مطبعه جامعه آم القرى. الطبعة : الاولى .

٣- الرازى، فخرالدين، محمد بن عمر التيمى. (١٤٢١). مفاتيح الغيب. بيروت: دارالكتاب العلميه. الطبعة : الاولى .

٤- رضا، محمد رشيد. (ب ت). الخلافة. القاهرة : الزهراء للإعلام العربى. الطبعة : الاولى .

٥- الرملانى، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه. (ب ت). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دارالكتاب العربى.

٦- طبرانى، ابوالقاسم، سليمان بن أحمد بن آيوب بن مطير. (ب.ت). المعجم الكبير. بيروت: دارالكتب العلميه.

٧- عودة، عبدالقادر. (ب ت). التشريح الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعي. بيروت: دارالكتب العلميه. الطبعة : الاولى .

٨- الغراء، ابى يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف. (١٤٢١). الأحكام السلطانية . صحيحه وعلق عليه محمد حامد الفقى. بيروت: دارالكتاب العلميه. الطبعة : الاولى .

٩- قرطبي، ابوعبدالله، محمد بن آحمد بن أبي بكر بن فرج الانصارى. (١٤٢٧). الجامع لأحكام القرآن. تحقيق عبدالرازق المهدى. بيروت: دارالكتاب العربى. الطبعة : الاولى .

١٠- القشلاقندي، احمد بن عبدالله. (١٩٨٥). مآثر الإنابة في معالم الخلافة. الكويت: مطبعه حكومة الكويت.

١١- الماوردى، ابوالحسن على بن محمد بن حبيب البصري. (ب ت). الأحكام السلطانية. بيروت: دارالكتب العلميه. الطبعة : الثانية .

٩- مسلمانان وظيفه دارد تا استفاده از شیوه اهل حل و عقد را در زنده گی سياسى خود احیا کنند.

١٠- تقليد کورکورانه از دیگران نمیتواند ضامن انتخاب درست، در مسائل عمدہ و مهم سیاسی باشد.

# مسئولیت جزایی پزشکان در حقوق افغانستان

## بخش چهارم

محمد اسحاق کیهان

### چکیده

در طول تاریخ همواره بشر به امکان پیوند عضو و بافت از فردی به فرد دیگر می‌اندیشده است، با توجه به پیشرفت علوم از جمله علم پزشکی در قرون آخر، در زمینه پیوند اعضاً نیز پیشرفت‌های شگرفی حاصل گردیده است و به نفع آن مسائل اخلاقی و قانونی پیرامون آن نیز خود را نمایان ساخته است. پیوند اعضاً یکی از دستاوردهای نوین علم پزشکی وارد عرصه‌های جامعه ما شده، و مانند همهی علوم جدید در کنار مزیت‌ها، چالش‌هایی را نیز برای جامعه به وجود آورده است.

## مقدمه

پیوند اعضاء به معنای انتقال بافت یا عضو، زنده یا مرده، درون یک فرد، بین افرادی از یک گونه یا گونه‌های مختلف است. انقلابی که تحقیقات و اکتشافات نوین پزشکی در قرن بیستم در زمینه علم پزشکی به وجود آورد در کنار فواید و مزیت‌ها، جامعه را از چالش‌ها و مشکلات به خصوص نیز مواجهه کرد. پیوند اعضاء به عنوان رهاوردی نوین، در کنار حیات بخشیدن به جان هزاران انسان، اسباب جرایم گونا گون از جمله: قتل، سرقت، آدم ربایی برای اعضای و مهمنتر از همه تا قاچاق اعضاء را در جوامع انسانی سبب شد. تنها آمار مربوط به آدم ربایی و قاچاق اعضاء در کشورهای مختلف جهان سهم به سزاوی از جرایم علیه جسمانیت انسان را نشان می‌دهد که متأسفانه اکثریت قربانیان آن کودکان و زنان استند. اخلاق اسلامی و قانون به عنوان عناصر بازدارنده از رفتارها و اعمال که منجر به ضرر و زیان اجتماع و فرد گردد و خلق مسئولیت کند، نقش بسزایی دارد. فاعل زیان به مال و جان و نفس انسان در شرع و حقوق مورد بازخواست می‌باشد و عمل ضرری آنان نکوهش و منع شده و موجب جبران زیان و خسارت از نفس و مال می‌گردد. مسئولیت در نتیجه ارتکاب فعل ضرری و عمل جرمی با اراده فرد و یا خطابی و سهوای خلق می‌شود. مسئولیت پزشکی یکی از مهم‌ترین شقوق مسئولیت تلقی می‌گردد که

در کشورهای اسلامی با توجه به خاستگاه دینی بودن قوانین از یک سو و قانونی بودن این عمل از سوی دیگر، مشروعتی آن همواره مورد ارزیابی اندیشمندان قرار داشته است. بدون شک پیوند اعضای مختلف، ره آوری غنی از دانش نوین را با خود به ارمغان آورده است. دانشمندان علوم پزشکی این سرزمین با وجود نبئذ وسایل کافی و امکانات طبی با همتی والا در این جهت تلاش افتخار آفرین انعام داده اند و مشکلات شهروندان را رفع نموده و تعداد بی‌شماری پیوند اعضاء را انجام داده اند.

## واژه‌های کلیدی: مسئولیت جزایی، پزشکان، حقوق، افغانستان

میین تعهد پزشک به جبران ضرری است که در نتیجه اعمال و اقدامات خود به بیماران وارد کرده است، که معادل اصطلاح ضمان طبیب در نظام فقهی است که همانا مسئولیت مدنی و کیفری و مسئولیت انتظامی پزشکی می باشد

#### بحث چهارم: بررسی پیوند اعضاء، برائت، انعقاد قرار داد و انواع مسئولیت

##### جزایی پزشکان

هر جامعه‌ی از افراد مختلف و متفاوت ترکیب یافته است، که هر یک از آن‌ها به تناسب استعداد و تجربه و سایر قابلیت‌ها بخشی از وظایف را عهده دار می‌شوند و بدین وسیله سعی می‌کنند که جامعه را به سوی کمال سوق بدهند. تا در راستای انجام وظایف اجتماعی و شغلی ممکن است به دلایل عدیده برخی از افراد ارزش‌های قرارداد جامعه را نادیده و به این طریق حقوق فردی و نظم اجتماعی را مورد تعریض قرار دهند. بناءً خواستم در این مبحث ابتدا بررسی پیوند اعضاء را از دیدگاه فقهی مورد بحث گرفته و موضوعات مرتبط را در گفتار‌های جداگانه مورد بحث قرار داده تا خواننده به مغالطه راه نیافته و موضوع مورد بحث را کما حقه درک نمایند.

##### گفتار اول: بررسی پیوند اعضاء در مباحث فقهی

پیوند اعضاء لوازم و پیامدهای آن در مباحث فقهی از جنبه‌های گوناگون مطرح شده و عنوان خاص به آن اختصاص یافته که از سه جهت قابل طرح و بررسی است، حکم شرعی آن با توجه به راههای تأمین پیوند عضو، حکم روابط مالی میان دهنده عضو و گیرنده آن اعم از این که دیه یا داد و ستد به شمار آید و حکم طهارت و نجاست و مردار بودن عضو پیوندی. البته پیوند اعضاء در این گفتار، منحصر به قسمت‌های از بدن مانند دست، پا، قلب و کلیه نیست بلکه حتی تکه‌ی گوشت و پوست و نیز مواردی چون مغز استخوان و خون را نیز شامل می‌شود.

### بند اول: راههای تأمین عضو مورد نیاز برای پیوند

امروزه عضو مورد نیاز برای پیوند از سه راه متعارف قابل تأمین است. مصنوعات پزشکی، بدن حیوانات و بدن انسان استفاده از مصنوعات پزشکی، مانند آنچه در انواع جراحی‌های ترمیمی پوست به کار می‌رود یا قطعات فلزی و شبه فلزی که بجای استخوان (درشکستگی وغیره) در بدن قرار داده می‌شود. و نیز استفاده از اجزای بدن حیوان زنده یا مرده ای که تزکیه شده باشد (مانند پیوند چشم از حیوان به انسان) از نظر همه فقهاء جایز است و هیچ منع شرعی بر آن وجود ندارد.<sup>۱</sup>

### بند دوم: صورت‌های پیوند اعضای بدن انسان

استفاده از اعضای بدن انسان برای پیوند دو صورت دارد: با متعلق به خود شخص است و یا از بدن شخص دیگری گرفته می‌شود. صورت اول: به شرط رضایت خود شخص و بیش تر بودن نفع مترتب بر پیوند نیست به ضرر ناشی از قطع عضو، از نظر فقهاء جایز است<sup>۲</sup> در مورد جواز پیوند زدن عضو جدا شده از بدن انسان به بدن خود او اگر این قطع عضو به اثر حادثه یا جنایات رخ داده باشد، نیز بحثی نیست؛ اما چنانچه قطع عضو ناشی از اجرای حد یا قصاص باشد در باره آن اختلاف نظر هست. سابقه این موضوع به صدر اسلام باز می‌گردد و از روایات اسلامی و منابع فقهی مطرح شده است. صورت دوم: عبارت است از برداشت عضو از بدن یک انسان جهت پیوند به بدن انسان دیگری که خود دو حالت دارد برداشت عضو از بدن شخص زنده و برداشت عضو از بدن شخص مرده.

۱- عاملی، محمد حسین؛ وسائل شیعه الى التحصل مسائل الشريعة، چاپ عبدالرحیم ربانی، شیرازی، بیروت ۱۹۸۳

۲- خوئی، ابوالقاسم، ملحقات رساله آیت الله خوئی با حاشیه آیت الله تبریزی

### بند سوم: برداشت عضو از بدن

شرط مورد اتفاق همه فقهاء رضايت شخص اعطا کننده عضو و لازمه نافذ بودن چنین رضايتي دارا بودن شرایط عمومي تکليف، از جمله بلوغ و عقل است. بنا براین، جدا کردن عضوي از بدن کودک نا بالغ يا مجنون، به منظور پيوند زدن آن به پيوند انساني ديگر حتی با اذن ولی او جايز نیست، زира ولايت ولی بر کودک و مجنون تا اين اندازه وسعت ندارد.<sup>۱</sup> هم چنین برداشت يك عضو به نقض جدي بدن بینجامد (مانند برداشت چشم يا قطع يك پا و...) يا زيان مهمي به آن وارد کند، غالب فقهاء اين کار را جرام و مصدق اضرار به نفس می دانند.<sup>۲</sup> بر همین اساس در صورتی که برداشت عضو به سلامتی اعطا کننده لطمه نزنند و حیات اساسی متوقف بر آن باشد و از راه ديگري نیز قابل تأمین نباشد، مانند اعطای يك کلیه به کسی که نیاز به آن دارد، در جايز بودن آن اختلاف چندانی نیست.<sup>۳</sup>

### بند چهارم: حکم قطع عضو بدن مرد

برخی مؤلفان با توجه به اين که مستند اصلی حرمت قطع عضو بدن مرد مسلمان لزوم حفظ کرامت مؤمن و عدم هتك اوست و از طرفی، امروزه تلقی عرفی از قطع عضو بدن مدت براي پيوند زدن آن به بدن شخص زنده دگرگون شده است، به طوريکه اين امر ديگر نه تنها توهين به ميت نیست بلکه اقدامی انسانی به شمار می آيد، حرمت آن را نفي کرده اند با اين حال در مواردی که قطع عضو بدن ميت فقط برای سلامتی يك مسلمان از حفظ جان او لازم می شود نسبت به جواز يا عدم جواز برداشت

۱- لاريجاني، باقر، نگرشی جامع به پيوند اعضاء

۲- قمي، محمد مؤمن، کلمات سديده في مسائل جديده، قم، سنه ۱۴۱۵

۳- شاهرودي، محمود هاشمي، حکم الصادق العضو المقطوع في القصاص، فقه اهل البيت، سنه ۱۴۱۹، ج. ۲، تهران-

نشر، مؤسسه تنظيم ونشر آثار امام خميني صص ۱۱-۱۲

عضو مردہ مسلمان اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقهاء نیز نظر قطعی دراین باره نداده اند و از تعبیرات و استدلال های فقهاء می توان در یافت که قطع عضو بدن میت به منظور پیوند زدن آن به شخصی دیگر چنانچه فایده ای فرعی وغیر اساسی داشته باشد، جایز نیست. البته طبق نظر برخی فقهاء پس از برداشت عضو بدن مردہ مسلمان، حتی در صورتی که قطع آن جایز نبود، پیوند آن به بدن شخص زنده جایز است در مجموع می توان گفت که غالب فقهاء اسلام نسبت به مسئله پیوند اعضا جز در فروع و جزئیات آن نظر مساعد دارند.

#### بند پنجم: برداشت عضو از بدن شخص مردہ مسلمان

برداشت عضو از بدن شخص مردہ برای پیوند به بدن شخص زنده است. قطع عضو بدن مردہ مسلمان از آن رو که مصدق مثله کردن و هتك حرمت شخص مؤمن حرام است و در چندین حدیث از آن نهی شده است. دراین باب تفاوتی میان آرای فقهاء مذاهب اسلامی وجود ندارد. اما در شرایط خاص، جدا کردن اعضای بدن مردہ جایز است که مهم ترین آنها حفظ جان یک مسلمان باشد. به علاوه لازم است که رضایت شخص مردہ از طریق وصیت او اجراء شود یا اولیای میت پس از مرگش اجازه برداشت عضو وی را بدهنند. در هر حال مستند اصلی جواز برداشت عضو بدن مردہ مسلمان و پیوند آن به بدن شخص زنده اهمیت حفظ جان شخص مسلمان و ترجیح آن به حرمت جدا کردن عضوی از بدن مردہ است.<sup>۱</sup> اما اگر عضوی بدن مردہ مسلمان برای کافر پیوند داده شود، موضوع متفاوت خواهد بود و سوال پیدا می شود که جواز دارد یا خیر؟ و لازم دیده نمی شود که به جواب پرداخته شود.

---

۱- اجتهداد، مجموعه مقالات فی مسائل مستحدنه (اقتصاد، پژوهشکی، حقوقی، سیاسی، اجتماعی و متفرقه) ج.۱، ص

## گفتار دوم: صدور گواهی خلاف پزشکی

یکی از وظایف روز مرہ پزشکان در ارتباط با حرفه‌ی خود، این است که بنا به تقاضای مریض خود، اقدام به صدور گواهی در خصوص وضعیت سلامت، مریض یا نقص عضو او بنماید. برخی مریضان و نوافض که افراد به آن مبتلا هستند، موجب می‌گردد تا از انجام وظایف و تکالیفی که قانوناً بر عهده آنان است بتوانند معاف گردند.

بنا براین، مریض حق دارد از پزشک خود گواهی بخواهد و پزشک هم باید به در خواست مریض جواب قناعت بخش داده و گواهی لازم را بر اساس واقعیت صادر نماید، متأسفانه یکی از روش‌های غیر اخلاقی برای فرار از انجام تکالیف قانونی،

تمسک به عذر مریض است. فرد متخلص برای رسیدن به مقصد سؤ خود شخصاً اقدام به جعل گواهی نامه به نام پزشک برای خود می‌نماید یا اینکه به مراجعته به پزشک او را راضی به صدور چنین گواهی نامه می‌نماید، این گواهی‌های خلاف به جهت آثار سؤی که دارند و ممکن است موجب ضرر یا زیان دولت یا اشخاص حقیقی دیگر گرددند، جرم شناخته می‌شوند.<sup>۱</sup> مسلم است، در صورت که قاعده یا قانون وجود نداشته باشد که شخص آن را رعایت کند هر عملی مجاز به شمار می‌آید و مسؤولیت در میان نخواهد بود. صدور گواهی خلاف پزشکان از جمله جرائم است که پیامدهای اجتماعی و فردی زیادی در نا امنی و بی‌نظمی جامعه حقوق می‌گردد، در ماده ۳۱۹ ق

بج، به جرمی بودن فعل تزویر و جعل که همان صدور گواهی خلاف پزشکی می‌باشد اشاره دارد. عمده و آگاهانه بودن؛ انواع جرم صدور گواهی خلاف پزشکان؛ مجازات فعل جرمی تزویر و جعل. پزشکی با امضا و تأیید یک قضیه خلاف واقع یا یک ورق و سند که تأیید بر معلومیت، از کار افتادگی، تحقیق جرم، مرگ و فوت، که این تأیید می‌تواند شهادت دروغ باشد. این سندها و اوراق امضا شده و تأیید شده از

۱- عباسی، محمود، حقوق پزشکی (مجموعه مقالات) انتشارت حقوقی، جلد سوم، سال ۱۳۸۳، ص ۲۸۳

سوی پزشکان و طب عدلی در پیشگاه دادگاه و محکمه قرار گیرد. طب عدلی نیز همانند پزشکان معالج مرکز و مرجع برای تأیید موارد جرمی است که چنانچه این مرجع مهم در تأیید و رأی نظر دچار نقصان و اشتباه گردد. یعنی اصل و واقعیت را بیان و طور غیر وافل ابراز و سند معرفی کند، مطابق قانون و اخلاق پزشکی مسؤول می‌باشد. در شرایط و مواردی که جرم نا معلوم و مبهم است به طب عدلی ارجاع می‌شود. بنابر ماده ۵۰ بند ۳ قانون اجراءات جزایی: اداره طب عدلی می‌تواند در صورت ضرورت هنگام معاینه جسد بر علاوه متخصص متالوجی، طبیبی را که بار اخیر شخص متوفی را تداوی نموده احضار نماید. تا در نتیجه دریافت اطلاعات درست، نوع جرم و مجازات و نتیجه جرمی مشخص گردد. مجازات صدور سند خلاف واقع و جعل و اظهارات غیر واقعی در موارد قانونی ۳۱۹ و ۳۲۰ ق.ج، حسب احوال به حبس متوسط ویا جزای نقدی که از دو هزار افغانی کمتر و از شصت هزار افغانی بیشتر نباشد محکوم می‌گردد. اما باید در نظر داشت که چنانچه گواهی خلاف منجر به مرگ و اعدام شخص گردد، این مجازات و رسیدگی کفايت می‌کند و عدالت جاری خواهد شد؟

ماده ۵۲ قانون اجراءات جزایی، عدم تصدیق گواهی و تأیید معالجات طبی را توسط اهل خبره، جهت تعیین جرم، نحوه و نوع را چنین مقرر و مجازات پیش بینی نموده است. معاینات طب عدلی و گزارشات واقعه جرمی در پیشگاه محکمه در اختیار طرفین، مجنی عليه، متهم قرار می‌گیرد تا در طی رسیدگی به جرایم و اظهارات خود را مبنی بر فعل جرمی ابراز و اقرار کنند. مطابق ماده ۵۲ اجراءات جزای اگر معاینات و بررسی های طب عدلی و اهل خبره که مرحله توأم با کشف جرم توسط پولیس و حارنوال می‌باشد، از نظر مجنی عليه و متهم خلاف واقع و حادثه باشد، می‌توانند

تقاضای تکمیل و انجام دوباره معاینه را داشته باشند.<sup>۱</sup> ماده ۱۷۸ ق.ج، رسیدگی به جرایم تزویر و خلاف واقع را مقرر و بیان داشته است. " محکمه ورق مورد ادعای تزویر را به منظور اجرای تحقیق به حارنوال محول می نماید. در صورتی که ورق مورد ادعای تزویر به نتیجه رسیدگی قضایی و صدور حکم مؤثر باشد، محکمه رسیدگی به قضیه را الى انفال دعوی تزویر به تعویق می اندازد و در صورت اثبات تزویر، علاوه بر اینکه ورق مذکور اعتبار قانونی را از دست میدهد، فاعل تزویر نیز مورد تعقیب عدلي قرار می گیرد. در دعوی حق العبدی، متضرر جرم می تواند دعوی حق العبدی و جبران خساره را توأم با دعوی جزایی در پیشگاه محکمه ابتدائیه که به قضیه جزایی رسیدگی می کند اقامه نماید. پزشکان با معاینه و تشخیص که از وضعیت جسمی و روحی بیمار حاصل می کند، تجویز نسخه و صدور گواهی مبنی بر عدم توانایی بر انجام وفعالیت و معافیت از انجام تکلیف قانونی به جهت نقص و معلولیت که برای بیماران و مصدومین حاصل شده است. شخصی که براثر حادثه ای در محل کار، تصادف و یا حوادثی و بیماری دچار نقصان در عضو، شکستگی از کار افتادگی اعضا و یا عضوی اط اعضا بدن منجر به معلولیت دائمی یا فقدان یکی از حواس گردد. پزشکان در نتیجه معاینات و تشخیص که به عمل آورده است، گواهی و تصدیقی را نسخه نویسی خود برای بیماران انجام می دهد که تصدیق بر این است که بیماران قادر به انجام فعالیت در محل کار، تحصیل و ... نمی باشند.

صدور گواهی و تصدیق بر عدم توانایی از سوی پزشکان در مواردی که خلاف واقع باشد و صدق نداشته باشد برای پزشکان خلق مسؤولیت می کند. فرد در خواست

۱- نسخه های گذارش معاینات های اهل خبره در دسترس طرفین دعوی قرار داده می شود. طرفین دعوی حق ابراز نظر در مورد قضیه، مطالبه سوالات اضافی جهت معلومات از اهل خبره، و تقاضای تکمیل در انجام دو باره معاینه را دارند. این مطالب و اعتراضات در کتاب ثبت می گردد.

کننده گواهی و تصدیق خلاف واقع برای رسیدگی به مقصد سو خود که عدم انجام وظایف قانونی می باشد، اقدام به جعل گواهی و تهیه آن نماید مسؤول فعل جرمی خود می باشد که در اینجا بحثی از مسؤولیت پزشکان نیست. زمانی می توان از مسؤولیت پزشکان را در این جرم بحث کرد که پزشکان خود نیز اقدام به تصدیق و صدور گواهی خلاف واقع برای شخص نماید. تصدیق و جعل که در گواهی انجام می گیرد به جهت آثار سوی که دارد، موجب ضرر وزیان به دولت با اشخاص حقیقی و حقوقی می گردد. مطابق قانون و موازین دولتی جرم پنداشته و مسؤولیت به بار می آید.

یکی از جرایم مرتبط به امر پزشکی موضوع اظهار نظر های خلاف واقع پزشکان می باشد. دستگاهها و مؤسسات موجود در جامعه در مواردی نیاز به اطلاع از واقعیت مسائل پزشکی دارند تا بر اساس گواهی صادره توسط پزشکان اقدام نمایند. در برخی موارد قصد مان در پزشکی بر خلاف موقع اظهار نظر می نمایند بطور مثال: فرد مشمول برای فرار از خدمت یا نظام عسکری نزد پزشکان می رود و پزشکان مذبور نیز بدون معاینه و هرگونه اقدام پزشکی مبادرت به صدور گواهی مبنی بر صعب العلاج بودن بیمار مذکور می نمایند. با توجه به توسعه این عمل خلاف جامعه احساس نا امنی نموده قانونگذار ما نیز موضوع را در ماده ۹۹ قانون جزای سال ۱۳۰۹ و ماده ۳۲۱ و مورد ۳۱۹ و ۳۲۰ این موضوع را پیش بینی نموده و بر اساس مواد مذکور شخص مجرم (پزشکان) به جزای نقدی که از پنج هزار افغانی تجاوز نکند محکوم می گردد.

در ماده ۹۵ قانون جزای سال ۱۳۰۶ ارتکاب عمل جرمی صدور و تصدیق گواهی خلاف واقع توسط پزشکان و کادر پزشکی را به طور مستقل بیان و پیش بینی شده است. و در ماده ۳۲۱ اخذ گواهی خلاف واقع را توسط افراد عموم را با بیان مجازات تعیین شده آن در قانون متذکره استفاده از تجهیزات پزشکی، گواهی و... در واقع جرم گواهی خلاف واقع همانند شهادت دروغ است که توسط پزشکان انجام می گیرد. تزویر و جعل به مثابه دروغ و شهادت دروغ است که اگر دادگاه و مقام دولتی مورد استعمال گردد که در اثر آن امری تا حق اجرا گردد، مسؤولیت جزایی در پی دارد. پزشکی در تمام اعصار

به خصوص در اعصار قدیم در نظر مردم یک کار آمیخته به تقدس و معجزه و کرامت بوده است. اهمیت و قدر آن به اندازه بوده و هست که بسیاری از مردم معتقدند و اکنون هم هستند که برای پزشک بودن فقط دانستن طب داشتن کواهی نامه و سند واژ دانشکده کافی نیست چرا که هر کس در درگاه خدا تقرب و عزت دارد ممکن است منشأ شفا و راهی از دردهای بی درمان باشد.<sup>۱</sup>

#### بند اول: عناصر صدور گواهی خلاف پزشکی

مطابق بند ۴ و ۵ ماده ۳۸۶ قانون جزا، بند ۴ "شخصی که با وجود علم به تزویر به منظور اثبات در دعوی قضایی یا تحقیق، تصدیق، اظهار، ترجمه سند، وثیقه یا اشیای دیگر تزویر شده را استعمال نماید. بند ۵ "شخصی که در اثنای جریان تحقیق یا دعوی در دفتر یا دوسيه یا اوراق دیگری که جهت اثبات استعمال آن ممکن باشد چیزی غیر صحیح را درج نماید، به نحویکه به اثر آن نزد محکمه رأی خطا پیدا شده و در حکم تأثیر وارد نماید." ماده ۵۲ قانون اجراءات جزایی، هرگاه اهل خبره بدون دلیل موجه از ابراز نظر خود داری ورزند یا رعایت معیارهای تخصصی و یا بخلاف آنچه از نتایج بررسی های مربوط استنباط می شود، اظهار نظر نماید، محکوم به پرداخت ده هزار افغانی جریمه نقدی محکوم می گردد. هرگاه اهل خبره عمداً و آگاهانه اظهارات کاذب ارائه کند. مطابق احکام قانون مورد تعقیب عدلى قرار می گیرد. در قوانین کشور ما تعریف دقیق و مشخص از مرگ به عمل نیامده و تشخیص فوت، عملاً بر عهده پزشکان می باشد، لازم صدور گواهی فوت در مواردی از وظایف پزشکان می باشد. و از صدور گواهی دفن در مورد مشکوک، حوادث و مسمومیت‌ها و نیز بیمارانی که کمتر از ۲۴ ساعت در شفاخانه‌ها بوده در این مدت نوع بیماری وعلت مرگ آنها روشن است خود داری نمایند. وجسد به همراه دوسيه جهت پیگرد به طب عدلى تحويل داده شود

۱- مهدی، آزر، حیثیت و مسؤولیت پزشک و دایپزشکی، مجله، علمی نظام پزشکی، شماره ۵، سال ۱۳۴۹، ص ۳۳۱

هم چنین در مواردی که شاکی خصوصی از نحوه درمان پزشکان یا تیم پزشکی وجود داشته باشد جهت روشن شدن علت مرگ ورسیدگی به مورد شکایت، جسد به طب عالی فذستاده می شود و این مستلزم تشخیص فوت و احراز فوت بیمار توسط پزشکان می باشد. مرگ مغزی را به ازین رفتن غیر قابل برگشت تمامی اعمال همه قسمت های مغز شامل قشر و ساقه مغز تعریف می کنند. این درحالی است که قلب به علت خاصیت خود کار بودن حرکات عضلات آن و مقاومت بودن مرکز تنظیم اعمال برای مدتی بکار خود ادامه خواهد داد. حصول چنین شرایطی منوط به داشتن امکانات کافی برای تنفس مصنوعی و تجهیزات بخش مراقبت های ویژه می باشد. اگر چه با تمام این کوشش ها امکان ادامه حیات طولانی وجود نخواهد داشت.<sup>۱</sup> ضماناً تعریف تشریحی مرگ مغزی نیز چنین است. آسیب و تخریب غیر قابل جبران به نیمکرهای ساقه مغز را مرگ مغزی می گویند.<sup>۲</sup> همچنین در تعریف فیزیولوژیک مرگ مغزی چنین آمده است: محو کامل تظاهرات فیزیولوژیک قشر خاکستری و هسته های قاعده مغزی همچنین سایر احراز ساقه مغز به عنوان مرگ مغزی تلقی می شود.<sup>۳</sup>

#### ۱- عنصر قانون

قصد و نیت مجرمانه‌ی را که در جعل و تزویر فعل پزشکی می توان با توجه به ماده (۳۱۹) و (۳۲۱) قانون جزا سال ۱۳۵۵ مورد بحث قرار داد. پزشک با توجه به علم و آگاهی که به جعل و تزویر دارد، عمل صدور گواهی خلاف واقع را انجام می دهد. یعنی قصد انجام جرم و آگاهی از جرمی بودن فعل را می رساند. در واقع پزشک فعل و عمل و حقیقتی غیر واقع را که خود به عدم واقع بودن آن آگاهی دارد و

۱- طبا طباوی، سید محمود، محسنی، دکتر مصطفی، مرگ و بیوند اعضا، نشر، بنیاد امور بیماری های خاص، سال اول، شماره ۳، ص ۱۹

۲- اعرابی، دکتر بیژن، آن سوی اغما یا مرگ مغزی، ص ۴۵

۳- همان، ص ۴۵

نا محسوس می باشد، همانند معلولیت و تثبیت یک نوع مرض، ایراد عیب، مرگ را برای اشخاص مورد اثبات علم و فن خود قرار می دهد. مرتكب جرم با انجام این فعل جرمی با توجه به مواد قانونی می رساند که ۱- فعل از روی عمد بوده ۲- قصد و نیت محرز است ۳- آگاهی و علمیت به جرمی بودن فعل، مسؤولیت کیفری را برای متهم ثابت می نماید. طب عدلی به عنوان یک مرکز و منع در اثبات جرایم بعد از بررسی ها و معاینات طبی، متهمان و مجنی علیه، نقش مهم و به سزاگی در اجرای قوانین و مجازات ها و ایجاد عدالت دارد. تثبیت و گواهی که از این مرکز به دست محکمه رسیدگی به دعاوی می رسد، ختم قضیه برای مجنی علیه بر جرم می باشد. حال اگر این تثبیت سند و گواهی بر اساس عدالت و مهارت فنی پزشک طب عدلی و همکاران وی بدون غرض و دور از کدام دسیسه باشد، که در اکثر موارد چنین است، هیچ بی قانونی و بی عدالتی در کیفر رخ نخواهد داد. اما اگر رشوت کلان و افعال مغرضانه در میان باشد، پزشکان عمومی و یا متخصص در طب عدلی نوع قتل و جرایم شکل گرفته را از حالت و صورت اصلی آن زاویه بر حادثه غیر مترقبه دهد و برداشت از معاینه و تشخیص را غیر واقع بیان کند. ایجاست که فعل پزشکی دچار نقصان هدف عالیه پزشکی می شود.

## ۲- عنصر مادی

با توجه به اینکه طبیب لفظ عام است و جراح را نیز در بر می گرد حذف کلمه جراح عملاً تغییری در قلمرو و شمول آن نادرد. به هر حال برای تحقق این جرم لازم است که مرتكب (پزشک و جراح) باشد. بنابراین، سایر اشخاص در صورت صدور گواهی خلاف واقع به اسم پزشک، مشمول بحث ما نخواهد بود. از طرفی مرتكب این جرم باید صلاحیت عنوان پزشک بودن را داشته باشد. یعنی باید آموزش های لازم را در رشته پزشکی را به اتمام رسانده باشد و گواهی نامه‌ی که او را به عنوان پزشک

معرفی می‌نماید، اخذ کرده باشد.<sup>۱</sup> بنابراین، داروسازان، دامپزشکان، قابله‌ها، محصلین پزشکی و سائر متخصصان علوم وابسته به علم پزشکی خارج هستند. البته مرتكب این جرم ممکن است پزشک یا جراح به هر نوع تخصص باشد که در صورت مشتمل عنوان طبیب دور از مجازات نخواهد بود.

### ۳- عنصر معنوی

سُوئیت یا قصد مجرمانه از عناصر معنوی صدور گواهی خلاف پزشکی است. در اینجا منظور از قصد مجرمانه مرتكب، این است که وی در انجام عمل خلاف قانون عمد داشته باشد. به عنوان مثال، پزشکی که نوعی مریضی را گواهی می‌کند که اساساً در شخص وجود خارجی ندارد و علی‌رغم این که به عدم وجود آن مریض علم و اطلاع دارد، لیکن عمدآ مبادرت به صدور گواهی خلاف واقع برای شخص مورد نظر می‌نماید قصد مجرمانه او برای ارتکاب جرم محرز می‌باشد و این بدان معنا نیست که چنانچه پزشکی به اثر اشتباه در تشخیص نوع مریضی و با تعیین مدت تداوی مبادرت به صدور گواهی خلاف واقع پزشکی نماید.<sup>۲</sup> یا اینکه پزشک جراحت‌های را که در جسم مریض وجود خارجی ندارد مورد گواهی قرار دهد و گواهی او مناطح حکم بر علیه دیگری باشد که به جبران خسارت وارد محاکوم گردیده پزشک مسؤول است.

لازم به یاد آوری است، که تحقق جرم صدور گواهی خلاف واقع پزشکی منوط به تتحقق اهداف مورد نظر شخص که پزشک برای او گواهی صادر نموده باشد بلکه به مجرد تحریر، مهر و امضأ گواهی واقع تسلیم آن به شخص مورد نظر، در صورت تتحقق سایر شرایط جرم مذبور کامل می‌باشد. و ضرورتی ندارد که مراجع قضای تصدیق نامه را پذیرفته با ادرات دولتی و نظام وظیفه فرد را از خدمت معاف کرده باشد.

۱ - عباسی، محمود، مسئولیت ناشی از صدور گواهی خلاف واقع پزشکی، شماره دوم، پاییز ۱۳۸۶

۲ - همان، ص ۳۲

### گفتار سوم: بررسی پیوند اعضای در حقوق

پیوند اعضای بدن انسانی به اشکال مختلف سابقه‌ای دیرینه دارد که به هزاران سال قبل باز می‌گردد، چنین عملیاتی به صورت ابتدایی در تمدن‌های چینی، هندی، مصری، بابلی و عصر اسلام وجود داشته است. از زمان‌های بسیار دور، اندیشه جایگزینی و پیوند عضو از کار افتاده، به وسیله اشیا و اعضای مصنوعی یا عضو طبیعی سالم انسان‌های تازه گذشته، وجود داشته است و آثار به جای مانده از آن دوران‌ها این امر را به اثبات می‌رساند.

علف



۱۲۹

در موزه "لوور" پاریس ظرفی وجود دارد که متعلق به چهار قرن قبل از میلاد مسیح است و معمولی را با یک ساق پای چوبی نشان می‌دهد، در تابلو نقاشی‌ای که در موزه "پرادو" مادرید نگهداری می‌شود، صحنه‌ای از شهر دمشق در قرن سوم پس از میلاد طراحی شده است که پزشکان در حال پیوند پای یک سیاهپوست مرد به بدن سفیدپوستی هستند که با پای لهشده در حال مرگ است. ظاهراً این عمل پیوند موفقیت آمیز بوده و در جهان مسیحیت آن را معجزه سنت کاسمس<sup>۱</sup> و سنت دامین<sup>۲</sup> می‌نامند. مسلمانان نیز در عصر تیموری برای نخستین بار موفق به پیوند دو باره بینی قطع شده شخصی شدند و به دنبال آن جهان غرب جراحی پلاستیک را از مسلمانان فرا گرفت. در قرن شانزدهم میلادی عملیات ساده پیوند پوست انسان صورت گرفت و عملیات پیوند و کشت اعضا به صورت جدید از نیمه دوم قرن حاضر در ۲۶ دسامبر ۱۹۵۲ با پیوند کلیه مادری به فرزندش آغاز شد. البته این برای اولین بار در تاریخ پیوند کلیه بود که به جای برداشت کلیه از تن یک مرد، از تن ژیلبرت رنار مادر ماریوس رنار برداشت شده تا برای نجات فرزندش که کلیه خود را بر اثر حادثه از دست داده بود، به او پیوند شود. پیوند با موفقیت انجام شد و بیمار پس از گذشت دوازده روز از عمل،

<sup>۱</sup> – Saint cosmas

<sup>۲</sup> – Damian saint

از جای خود برخاست و با شادابی به قدم زدن پرداخت اما به دلیل پنهان ماندن پدیده رد پیوند (پراندن) در ۲۷ ژانویه، در حال تشنج، جان سپرد. هفده فرد پیوند شده کلیه هم که بعد از او کلیه های پیوندی دریافت کرده بودند بر اثر پدیده پراندن یکی پس از دیگری مردند. تا این که در ۲۳ دسامبر ۱۹۵۴ پزشکان جراح به بیماری که کلیه هایش را از دست داده بود، کلیه برادر دو قلویش را که دو قلوی واقعی و از یک تخم به وجود آمده بودند، پیوند زدند که در این صورت چون بافت ها و نسوج بیمار با عضو پیوندی بیگانه نبودند، پیوند کلیه با موفقیت رو به رو شد. پس از آن هم چند پیوند کلیه از دو قلوهای یک تخمی با موفقیت انجام شد تا این که در ژانویه ۱۹۵۹ جراحان به پیوند کلیه دو قلوهای دو تخمی مبادرت کردند و پس از عمل پیوند برای متوقف ساختن پدیده پراندن، دریافت کننده پیوند را در معرض "پرتوگیری" قرار دادند که نتایج به دست آمده موفقیت آمیز بود و کلیه پیوندی رد پیوند نشد.

پس از این که از طریق پرتوودهی کالتی گام مهمی در پیشرفت نتیجه های مساعد در پیوند حاصل شد، بنیادگذاران علمی شروع به مطالعه پیرامون هم سانی و ناهم سانی گروه هایی کردند که میان انسان ها وجود دارد و در خلال سال ها برای بیشتر مشکلات پیوند عضو راه حلی یافتدند و با محفوظ داشتن عضو پیوندی قبل از پیوند و گروه بندی بافتی بین پیوند دهنده و گیرنده و آماده ساختن گیرنده قبل و پس از پیوند و مبارزه دارویی علیه پدیده پراندن، امروزه پیوند عضو را با رعایت نکات فوق در سطح بالایی از موفقیت انجام می دهند. پس از پیوند کلیه، برای اولین بار در سوم دسامبر ۱۹۶۷ نخستین پیوند قلب انسانی به انسان دیگر توسط دکتر کریستین برنارد انجام شد. اما اولین انسان با قلب پیوندی، پس از هجده روز بر اثر پیشرفت بیماری عفونی درگذشت. این جراح نا امید نشد و بلا فاصله دست به کار شده و در دوم ژانویه ۱۹۶۸ برای دومین بار قلب انسانی را به انسان دیگر پیوند زد که این پیوند با موفقیت رو به رو شد.

## بند اول: پیوند اعضاء در حقوق پزشکی

پیوند اعضاء یکی از موضوعات اساسی مورد مطالعه در حقوق پزشکی است که به واسطه گسترش فن‌آوری‌های نوین پزشکی، منجر به تحولات گسترده‌ای در دنیا حقوقی و بالاخص حقوق پزشکی شده است. جلوه‌های نخستین این پدیده در گذشته‌های دور مربوط به پیوند انگشتان قطع شده و در واقع پیوند اعضاء جدا شده بدن است که در قالب طب سنتی صورت می‌گرفت و در این میان، به صورت علمی و با بهره‌گیری از ابزارهای نوین پزشکی، انجام عمل مزبور به سده بیستم برمی‌گردد که برای نخستین بار با پیوند عروقی تبلور یافت. پیوند اعضاء در زمرة یکی از جدیدترین شیوه‌های درمانی است که برای بیماران لاعلاج و درمان ناپذیر به کار برده می‌شود، بیمارانی که به واسطه ابتلا به بیماری‌هایی نظیر نارسایی کلیه، سیروز کبد و یا آترزی مجاری صفراوی و ... راهی درمانی جز پیوند اعضاء سالم دیگری به جای عضو ناسالم خود ندارند.

منابع عمده تأمین این شیوه نوین پزشکی درمانی انسان زنده و نیز اجساد انسانی هستند که حسب قابلیت، کارایی و استفاده اعضاء مورد نیاز، از هر یک از این منابع بهره برداری می‌شود. با این همه، امروزه غالب پیوندهای اعضاء از افراد مبتلا به مرگ مغزی گرفته می‌شود که در این وضعیت می‌توان از پانکراس (لوزالمعده)، کبد، قلب، کلیه، قرینه و ... آنها استفاده کرد. در پیوند اعضاء و انجام هرگونه پیوندی، غیر از افراد متخصص که عمل جراحی و پیوند را انجام می‌دهند، اهدا کننده عضو و در یافته کننده آن هم وجود دارند که در این ارتباط رابطه خاصی میان این دو دسته اخیر حاکم است. برای تعیین دامنه و گستره ارتباطی دهنده عضو پیوندی و گیرنده آن که اعضاء اصلی تحقق فرآیند پیوند اعضاء را تشکیل می‌دهند، ما وارد دنیای حقوق می‌شویم و رابطه مزبور متصف به وصف حقوقی می‌شود. به دیگر بیان، در انجام عمل پیوند میان دو شخص رابطه‌ای حقوقی محقق می‌گردد که به لحاظ محوریت پزشکی، در وادی حقوق پزشکی مبتلور است. مشخص کردن وضعیت حقوقی انجام پیوند اعضاء، جایگاه

#### گفتار چهارم: عدم اخذ رضایت از مریض یا ولی او

مریض با اذن دادن به پزشک، او را از مسؤولیت بری می‌کند. بنا براین، چنانچه پزشکی با رعایت اصول علمی و با پاییندی به مقررات، مریضی را مداوا کند و در نتیجه آن مریض بمیرد، پزشک مسؤول نمی‌باشد. یکی از راههای بیرون رفت و رهایی پزشک از مسؤولیت جزایی که هم در فقه و هم در حقوق موضوعه افغانستان به آن تأکید شده، گرفتن رضایت توسط پزشک از مریض یا اولیای وی قبل از آغاز تداوی است؛ از این رو، قانون جزای افغانستان به موجب ماده ۲۰ قانون صحت عامه می‌گوید: "عملیات جراحی و کاربرد متodeهای تشخیص مغلق به منظور تشخیص معالجه، بعد از موافقه کتبی مریضان" و در صورتی که مریض به سن قانونی خویش نرسیده یا به امراض عقلی مبتلا باشد، به موافقه والیدین، اقارب و قایم مقام آنها در اسرع وقت صورت گیرد.<sup>۱</sup> مراد از موافقه کتبی مریضان در اینجا، همان برائت نامه است که باید به صورت کتبی از جانب پزشک از خود مریض یا اولیاء وی اخذ گردد.<sup>۲</sup> کسی که به معالجه انسان یا حیوان اقدام می‌کند باید از ولی مریض برائت بگیرد و

۱- یوسفی، راحل، پیوند اعضاء از نظر حقوق و فقهی، نشر: مقالات حقوقی مستمر، سال ۱۳۹۳

۲- کاظمی، سهراب، دانشجوی کارشناسی ارشد فقه مقارن و حقوق جزای اسلامی، ضمانت طیب در فقه اسلامی، سال

۵ شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۸

گرنه ضامن خواهد بود. علت اینکه در روایات آمده است که در صورت تلف شدم مريض اين ولی است که از پزشك در خواست ضمان می‌کند پس هرگاه ابراء پيش از استقرار ضمان مشروع باشد اين ابراء از سوي کسی باید باشد که بعداً متولی مطالبه آن می‌باشد.<sup>۱</sup>

مهم ترين وظيفه پزشكان قبل از شروع به درمان اخذ رضایت از بیمار است. عدم رضایت از بیمار، يك نوع خطای پزشکی محسوب می‌شود. بنا براین، پزشكان باید اطلاعات را که برای بیماران لازم است به او ارایه کنند و بیماران را از همه جوانب امر آگاه نمایند تا او، آگاهانه به درمان خویش رضایت دهد، و اراده تداوی را نسبت به خود نماید، اگر چند اراده بنای هر عمل حقوقی است ولی زمانی می‌توان مؤثر باشد که اراده کننده، رضایت به ایجاد آن عمل حقوقی داشته باشد، محاسبه سود و زیان هم از مقدمات تکوینی اراده است. انسان هرگاه امری را به منفعت خویش بیند، اراده می‌کند و گرنه دوری می‌جويد، اما آنچه برای اين محاسبه و سنجش نفع و ضرر لازم است آزادی اراده است و اگر کسی تحت فشارهای مادی و معنوی، خارجی یا داخلی اقدام می‌کند، اراده اش به لحاظ حقوقی، معتبر نخواهد بود. لذا شرط اساسی برای تأثیر اراده رضایت اراده کننده است و البته قلمرو رضایت هم تاجایی است که جان بیمار به خطر نیافتد و در مورد نحوه اخذ رضایت نیز دیدگاههای متعدد و شیوههای متنوع وجود دارد که دراین تحقیق به صورت مختصر با تاکید بر قوانین موضوعه افغانستان مباحث آن را دنیال می‌کنیم. پزشكان مسلط به کار خود، نسبت به مريض اش در انجام مراقبت از او داشته که منجر به ورود خسارت اعم از جانی و مالی و... شده است. به طور کلی، می‌توان گفت هرگاه پزشك به تعهد خود جامعه عمل نپوشاند دچار خطای پزشکی شده است. خطای پزشکی به دو گونه مطرح می‌شود. خطای در فعل؛ خطای

در تشخیص، اشتباه و خطا در تشخیص که ناشی از خصیصه انسانی بودن پزشک و عدم تکامل دانش پزشکی است، بدین صورت است که پزشک در مرحله مقدماتی و تشخیص مريض دچار اشتباه شده و همین اشتباه سبب ورود خسارت جانی و مالی به مريض شود. خطا در فعل نيز در مرحله درمان و تداوى از پزشک سر می‌زند و سبب ورود خسارت به مريض می‌گردد.

### بند اول: اخذ رضایت مريض از منظر قوانین موضوعه افغانستان

مورد که در خصوص عدم مسؤولیت طبیب بابت اقداماتش در کود جزای افغانستان و دیگر قوانین مربوط پیش بینی شده، اخذ رضایت است. قانونگذار کشور ما اخذ رضایت از مريض، قبل از عمل جراحی را موجب سقوط ضمان طبیان دانسته است؛ از این رو در ماده ۳۵ قانون صحت عامه مقرر می‌دارد: اجرای عملیات جراحی و یا سائر معالجات طبی مشروط به اینکه مطابق اصول فنی به طور کل می‌توان گفت: مبنای مسؤولیت در حقوق افغانستان، از این رو رضایت مريض یا اولیا وی برطرف کننده تقصیر بوده و در نتیجه، رضایت مانع ضمان پزشکان می‌گردد، اما رضایت نمی‌توان خطر ناشی از تقصیر پزشک را برطرف نماید پس مانع ضمانت وی نخواهد شد. رضایت بیمار به عنوان علت تبرئه کننده پزشک در فقه چندان جایگاه ندارد؛ زیرا اولاً نمی‌تواند عمومیت داشته باشد و در همه موارد قابل اخذ باشد.<sup>۱</sup> ثانیاً، به عقیده برخی از حقوق دانان اسلامی، رضایت مجبوی علیه نمی‌تواند علت توجیه کننده یک فعل یا ترک فعل مجرمانه باشد؛ چرا که مجازات به منظور دفاع از منافع خصوصی

<sup>۱</sup>- مرتضی، آموزگار، تعقیب جزا انتظامی پزشک مقصص، تهران، انتشار مجد، سال ۱۳۸۵، چاپ اول، ص ۹۵

ایجاد نشده است؛ بلکه قوانین جزایی جهت استقرار نظم عمومی و بقای جامعه پدید آمده اند.<sup>۱</sup>

بنابراین، این نهاد نمی‌تواند مبنای شایسته برای معافیت پزشکان از مسئولیت جزایی و جنائی که در هنگام انجام شغل خویش مرتكب آن می‌شود، به دلیل اینکه نهاد رضایت مريض هم در بین حقوق دانان اختلافی است وهم در بین فقهاء، مخالفان و موافقان دارد، از ذکر آن به عنوان عامل موجهه پزشکان به صورت مستقل از منظر فقه اسلامی خود داری کردیم. به هر ترتیب برای اینکه بتوان قتل و یا هر نوع جراحی ناشی از اعمال جراحی را به عنوان علل موجهه جرم و مجازات معاف نمود، لازم است، علاوه بر اخذ برائت و رضایت، شرایط زیر تحقق پیدا کند: پزشکان باید در ازای انجام عمل جراحی، موازین فنی، علمی و نظمات دولتی را رعایت نموده باشند؛ بیمار یا اولیا یا سر پرستان یا نمایندگان قانون، بیمار باید در جریان کامل بیماری، سیر آن، نوع جراحی و بیهوش وعاقب عمل وعوارض آن قرار گیرند، و متوجه برائت نامه ای که می‌دهند باشند؛ پزشکان مجوز قانونی برای جنایت رضایت داشته باشند؛ عمل جراحی به تشخیص پزشک معالج، ضرورت داشته باشد به حوى که تنها راه بهبود مريض، عمل باشد؛ عملیات طبی وجراحی باید مشروع باشد؛ مثلا برای سقط جنین باشد؛ پزشکان باید قصد معالجه داشته باشند.<sup>۲</sup>

#### بند دوم: تفاوت رضایت و برائت در مسئولیت جزایی پزشکان

با توجه به تعریف لغوی و اصطلاحی که از ابراء و رضایت در کتاب‌های لغت صورت گرفته است و با نگاه به مسئولیت پزشکان در برابر بیماران می‌توان دریافت

۱- نوربهای رضا، زمینه‌های حقوق جزای عمومی، نشر کانون وکلایی دادکستری مرکز، سال ۱۳۶۹، چاپ ۳۲، ص

۲۲۸

۲- نجاتی، پیشین، ص ۹۴

که میان مفهوم برائت و رضایت به عنوان راهکارهای سقوط و زوال مسؤولیت در فقه و قانون وجود دارد. رضایت همان طور که در تعاریف آمده است: یعنی رضایت برای معالجه به پزشکان در نقش و افعال طبی مؤثر می‌باشد. زمانیکه پزشکان از بیماران اخذ رضایت می‌کنند در واقع فعل پزشکان را مجاز می‌دانند، پزشکان با خیالی آرام و آسوده اقدام به انجام اعمال طبی و فنی برای مداوای بیماران بکنند.<sup>۱</sup> ماده (۵۴) قانون جزا رضایت را قبل از درمان تحت شرایطی چون: ۱- رعایت موازین دولتی ۲- اصول فنی و مهارت، بیان کند که بیمار می‌تواند با اثبات و احراز تقصیر و خطای پزشکان تأثیر ندارد. مگر اینکه تقصیر ثابت شود از سوی بیمار رضایتی که قبل از درمان از بیمار اخذ می‌گردد، پزشک را که در اقدامات طبی خود رعایت فن و قوانین را داشته است، از مسؤولیت مبرأ می‌سازد. بدین معنی که رضایت نمی‌تواند خطر ناشی از تقصیر را در فعل پزشکی برطرف نماید. پس می‌تواند مانع مسؤولیت پزشکان باشد. لذا برای عدم مسؤولیت پزشکان علاوه بر رضایت برائت نیز اخذ گردد. برائت که شرط عدم مسؤولیت است اما در اقدامات عمدی و در حکم عمدی کارایی ندارد و عامل زیان از مسؤولیت معاف نمی‌سازد.<sup>۲</sup> از این رو قانونگذار ما در ماده ۵۴ ق. ج ۱، موافقه و رضایت را قبل از درمان بر عدم ضمان پزشکان بیان داشته و موافقه کتبی که در ماده ۲۰ قانون صحت عامه، ذکر شده است همان برائت است که اخذ آن را قبل از درمان برای پزشکان و کادر پزشکی شرط بر عدم مسؤولیت دانسته است.

<sup>۱</sup>- رضایت و اذنی که بیماران به پزشکان میدهند در واقع بیان کننده این است که پزشکابا انجام فعل یا ترک فعل موجبات آسیب و صدمه به بیماران را فراهم نیاورزند، که در غیر آن رضایت تأثیر نداشته و پزشکان با اثبات تقصیر و خطای مسؤول است

<sup>۲</sup>- پور اسماعیلی، علیرضا، بررسی مفاهیم اذن، رضایت و برآت و تاثیرات آنها در مسؤولیت پزشک، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۲ شماره ۲ تابستان ۱۳۸۹، ص ۹

## بحث دوم: انواع رضایت

انجام اقدامات پزشکی برای درمان و معالجه بیمار نیاز به اخذ رضایت دارد که این رضایت در نتیجه رفتار صریح که بیمار و خانواده وی با گفتار و آگاهی نسبت به بیمار دارند صورت می‌گیرد که انواع آن بحث می‌شود.

مراجعه بیماران به پزشکان در معاینه خانه، جهت معالجه مرضی، یک رضایت صریح است، که به پزشکان اجازه مداوا را می‌دهند و البته رضایت به صورت مطلق مداوا و نجوه درمان را در بر نمی‌گیرد. این نوع از رضایت با مراجعه به پزشکان مطابق عرف پذیرفته شده احراز می‌گردد. پزشکان با معاینه و تشخیص که از بیمار می‌گیرند اقدام به درمان می‌کنند. همین نوع درمان نیز با توجه به گوناگون بودن درمان‌ها، بسته به نوع بیماری و تشخیص را علاج و مدت زمان بهبودی، از بیماری رضایت برای انجام نوع درمان اخذ می‌گردد. اخذ رضایتی که برای پزشکان انجام اقدامات درمانی چون عمل جراحی را قرار می‌دهد. می‌تواند پزشکان را در شرایطی مواردی یا موضوع دیگر از درمان که نیاز به رضایت است بری سازد و آن رضایت نیز ضمنی است. رضایتی که در ضمن رضایت اخذ شده از بیمار جهت درمان داده می‌شود. این نوع از رضایت چون در ضمن دیگر رضایتها و با توجه به مصالح و وضعیت بیمار می‌باشد همانند اینکه بیماری برای بهبودی بیمار خود به پزشکان اجازه عمل جراحی دهد و زودآپاندیس را بر دارد و در حین عمل جراحی، پزشکان به چربی‌های زیادی بر خورد کند و یا توموری را مشاهده کند، در اینجا پزشکان نیز برای برداشتن چربی‌های اضافی و یا تومور از بیمار رضایت اخذ نکرده است، اما اگر کار را انجام دهد برای سلامتی بیمار و بهبودی وی مفید و خوب می‌باشد لذا در اینجا با توجه به مصالح بیمار و اینکه هیچ فردی نسبت که به ضرر اقدام نماید و اتلاف جان و مال خود را بخواهد و هر گاه آنچه که برای صحت و بهبودی بهار لازم باشد نیاز به اخذ رضایت از بیمار نمی‌باشد. بلکه رضایت بیمار در ضمن رضایتی است که بیمار به پزشک برای انجام عمل جراحی داده است. مواردی نیز وجود دارد که بیمار با وضعیت

اورژانسی به شفاهانه‌ها انتقال داده می‌شوند و وضعیت صحی آنان طوری است که نمی‌توان صبر کرد تا والدین و یا اقارب بیمار از راه برسد و با بیمار به وضعیتی برسد که خود نیز اجازه و رضایت به درمان و عمل جراحی بدهد و امکان دارد با کوچکترین تأمل و درنگ سلامتی بیمار و جان وی با خطرهای پیش‌بینی نشده مواجه گردد که در اینجا است که پزشکان و یا قادر پزشکی با توجه به ضرورت درمان و درمیان بودن حیات جان بیمار که نیاز به اخذ رضایت (با توجه به مواد قانونی جزا ماده ۴۵ و ماده ۲۰ قانون صحت عامه) نمی‌باشد بلکه رضایت در ضمن همین ضروت و نجات جان بیمار قرار دارد اقدام به اعمال طبی و عمل جراحی لازم نمی‌باشد.

أخذ رضایت از بیمار باید آگاهانه باشد، یعنی رضایت نباید از روی نا آگاهی باشد. "اگر رضایت ناخواسته یا از روی تردید و دلی باشد، بازهم از تأثیر آن کاسته نمی‌شود. اگر آگاهی از این مسئله، که در صورت عدم اعلام رضایت، سلامت یا حیات فرد به خطر می‌افتد، نبود، بسیاری از بیماران، نسبت به انجام عمل‌های جراحی مهم رضایت نمی‌دانند انگیزه‌های مالی رضایت نسبت به رویه‌های غیر درمانی نیز رضایت را بی‌اثر نمی‌کنند. طوریکه اگر فشارهای روانی نیز باعث اعلان رضایت شده باشد، بازهم رضایت را بی‌اثر نمی‌کند."<sup>۱</sup> پزشکان با ارائه و دادن اطلاعات به بیمار پیرامون بیماری و عوارض آن و عواقبی که درمان در پی دارد، آگاهی لازم را بدهد تا بیمار آگاهی و آزادی، یعنی بدون اکراه و اجبار و تردید و با میل و راه رغبت خود رضایت به انجام راههای درمان و علاج و عمل جراحی بدهد.<sup>۲</sup> پزشکان ملزم است

۱- دی، جی، اسکیج، حقوق و اخلاق و پزشکی، ترجمه: محمود عباسی، بهرام مشایخی، چاپ دوم، پاییز سال ۱۳۸۱، نشر حقوقی، ص ۷۴

۲- عباس محمود، مجموعه مقالات حقوق پزشکی، ج. ۶، نشر حقوقی، پزشک اطلاعات را که به بیمار میدهد باید دید که آیا بیمار یا دادن این اطلاعات، آگاهی و درست نسبت به بیماری و وضعیت خود کسب کرده است. پزشک باید مثل یک انسان متعارف به بیمار معلومات و آگاهی دهد یعنی به اندازه فهم و درک غیر پزشک، بیمار از بعضی

خطراتی را که به طور غیر عادی قابل پیش بینی است با بیمار در میان بگذارد و اطلاع می دهد. در مورد معلومات که پزشکان باید در اختیار بیماران و خانواده هایشان قرار می دهند سه معیار وجود دارد. " نخست معیار پزشکی است که همان قواعد لازم الاجرا میان پزشکان است. ثانیا: معیار نوعی است بر اساس این معیار معلومات باید حدی باشد که یک متخصص معقول و متعارف بدان نیاز دارد. ثالثاً معیار، معیار شخصی است که ملک آن روحیه رفتار، کردار و پندار بیمار مراجعه کننده است. امروزه رضایت آگاهانه از بیما، حرف امضای یک ورق توسط بیمار با بیان مشخصات تحقیق از بیمار می باشد.<sup>۱</sup>

## علف



۱۳۹

طرفداران این نظریه معتقدند که مبنای معافیت اعمال پزشکان و جراحان از تعقیب جزایی، به وجود قرار داد فی مابین متصدیان این نوع اعمال و بیمار بر می گردد. مطابق این نظریه به محض مراجعته بیمار به پزشکان بین آنان نوعی قرار داد منعقد می شود و در انعقاد این قرارداد بایستی نظیر سایر قرار دادها کلیه جوانب قانونی از جمله رضایت طرفین در نظر گرفته شود. اعلام رضایت از طرف مریض یا اولیای او در واقع به منزله گردن نهادت به عواقب و خطرات ناشی از معالجه یا جراحی است و پزشکان را از مسؤولیت مبرأ می سازد. جهت گیری حقوق و قضای در انگلستان نیز به این سمت است که سبب عدم مسؤولیت پزشک رضایت مریض نسبت به " اقدامات او " می باشد. بعضی از حقوق دانان در آلمان و فرانسه هم این نظریه را پذیرفته اند. محکم فرانسه و مصر در گذشته این چنین حکم کرده اند.<sup>۲</sup> نظریه رضایت نیز به نوبه خود

---

اصطلاحات و عوایض آن نمی تواند در ک مناسبی داشته باشد که پزشک دارد باید اطلاعات را به صورت عام فهم بیان کند.

۱- عباسی ، محمود، حقوق پزشکی، مجموعه مقالات، چاپ اول، ج.۵، ص ۹۸

۲- محمود ذکری، الشمس، المسؤولية التقصيرية الاطباء، دمشق، مؤسسه غیور لی لطبعه، الچاپ الاول، سنه، ۱۴۱۹، الصفحة، ۲۵۵

### بند اول: رضایت ضمنی و تلویحی

این نوع رضایت، بیشتر موارد معاینه های پزشکان را تشکیل می دهند؛ بدین معنا که وقتی بیمار به پزشکی مراجعه می کند و با پرداخت حق ویزیت پزشکان برای درمان در انتظار نوبت می نیشنند، تلویحأ به معاینه بدنی خود، رضایت داده است، دراین مورد طبیب با توجه به اظهارات بیمار باید عضو یا اعضای از او را که متالم است، معاینه نماید و در ضمن آن، معاینات فریکی؛ مانند گرفتن نبض، درجه حرارت وسمع قلب وریه و دیدن زبان و... مانع ندارد<sup>۲</sup> به طور مثال بیماری که نیاز به معاینه دستگاه زنانه یا نشمنی گاه دارد و یا در ضمن معاینه گاهی لازم می شود که پزشکان از بیمار در مواردی پرسش نماید، از جمله این که حامله است یا خیر، پزشک باید با توجه به پاسخ بیمار، اقدام به تجویز دارد یا اعزام برای عکس برداری نماید.

۱- همان، ص ۲۵۸

۲- الفايك، الجوهري، محمد، المسؤولية الطبية في القانون مصر، سال، ۱۹۵۱، ص ۲۵۷

### **بند دوم: رضایت ابرازی یا اظهاری**

به عنوان مثال در مواردی که بیمار از درد پهلو متلم بود یا از درد زیر شکم رنج می‌برد در این مورد، معاینه دستگاه تناسلی هم شاید لازم آید؛ زیرا برای تشخیص افتراق دردهای کلیه؛ مثل آپاندیس، دردهای رحم و منضمات آن، معاینه مثانه و مجرای ادراری یا تناسلی لازم است و دراین مورد، دیگر رضایت تلویحی کافی نیست، باید بیمار در جریان کسالت و نوع معاینه او قرار دارد و با رضایت او اقدام به معاینه دستگاه تناسلی ادراری یا بازدید اعضای پوشیده اونمود و اگر بیمار ازاین کار آبا داشت نباید با اعمال زور یا خشونت و یا بدون رضایت، او مورد معاینه قرار گیرد این نوع رضایت را، رضایت ابرازی یا اظهاری می‌نامند.<sup>۱</sup>

### **بند سوم: رضایت کتبی**

در موارد است که ابراز رضایت به صورت کتبی لازم باشد، مثل انجام یک عمل جراحی، دراین صورت باید نوع عمل به نحوه بی‌هوشی و مدت بستره شدن و خطرات و عوارض احتمالی، برای بیمار یا کسان او شرح داده شود، و در زمان ابراز رضایت بیمار از وی به صورت کتبی رضایت حاصل گردد که خوشبختانه امروزه، این نوع از رضایت در تمام شفاحانه‌های کشور و شفاخانه‌های جهان رایج است.<sup>۲</sup>

### **بند چهارم: رضایت قانونی**

آخرین و معتبر ترین نظریه راجع به مبنای معافیت اعمال پزشکان و جراحان از تعقیب جزایی نظریه ای اجازه‌ی قانون است. طرفداران این نظریه معتقدند که مبنای مشروعیت اقدامات طبی و فقدان مسؤولیت پزشکان نسبت به جنایاتی که در هنگام

۱- محمد جواد الحسینی، العاملی، مفتاح اکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دارالتراث، ۱۳۱۴، چاپ اول، ج. ۱۲.

۲- مرتضی، آموزگار، پیشین، ص ۱۲۰

حرفه مرتکب آن می‌شوند به قوانینی بر می‌گردد که دولت‌ها برای کنترول و تنظیم فعالیت‌های پزشکان نسبت به وضع آن‌ها اقدام نموده‌اند. به نظر آنان امروز کسانی که می‌خواهند در حرفه طبی خدمت کنند می‌بایست مراحلی را بگذارند تا موفق به دریافت جواز اشتغال به کار شوند، دراین اثنا کاملاً روشن است کسی که بر اساس قوانین و مقررات مؤقت به دریافت جواز فعالیت به امور طبی می‌باشد از نظر قانون حرفه و عملش مجاز شناخته شده است و بر همین اساس خطرات احتمالی ناشی از آن را نیز پیش بینی نموده است. لذا اگر در جریان معالجه قتل و جرح واقع شود به علت این قتل و یا جرح در جریان انجام یک امر قانونی مجاز صورت گرفته است عمل مرتکب، موجه خواهد بود، چرا که اگر این صورت نباشد ترس از مجازات باعث روی گردانی اشخاص از فرا گیری علم طب و امر معالجه درمان می‌شود.

به موجب ماده ۳۶ قانون ادویه کشور "اولاً: اشتهرارات و تبلیغات در رابطه به ادویه و سایر لوازم طبی مجاز می‌باشد، لیک مشروط بر اینکه محتوای آن توسط اداره فارمسمی تأیید شده باشد، ثانیاً: اشتهرارات و تبلیغات طفل شیر خور بدون اجازه وزارت صحت عامه دولت اسلامی افغانستان مجاز نمی‌باشد." مطابق این ماده تبلیغات و اشتهرارات تحت کنترول اداره فارمسمی باشد، و نیز تبلیغات و اشتهرارات در مورد طفل شیرخور منوط به اجازه وزارت صحت عامه گردیده است. آنچه قابل یاد آوری است این است که در مواد قوانین موضوعه کشور ما به صورت صریح راجح به تبلیغات و اشتهرارات خلاف واقع نپرداخته است و فقط تبلیغات را منوط به نظارت و زارت صحت عامه و اداره امور فارمسمی نموده است اما آنچه که از محتوای ماده بدست می‌آید نظارت این دو ارگان نیز محدود به دواخانه‌ها می‌باشد و شامل اطباء دست اندکاران امور پزشکی نخواهد شد در حالیکه انتشارات و آگهی‌ها تبلیغاتی از سوی پزشکان که موجب گمراهی بیماران یا فریب دادن مراجعین به آن‌ها بوده و هم‌چنان استفاده از عنایین مجھول و خلاف حقیقت روی تابلو و سرنسخه و دادن و عده‌های فریبینده به بیماران از مصادیق بارز است که در قوانین موضوعه سایر کشورها پرداخته

شده است و احتمال بیشتر آسیب و تخلفات پزشکی نیز از این ناحیه عاری نیست. جرایم پزشکی همواره یکی از موارد بحث انگیز در بخش سلامت و صحتمندی است. پزشکان از آن جا که با سلامت و جان بیماران سروکار دارند، باید کمترین میزان خطا را داشته باشند، چرا که در طبابت گاهی هرگز فرصت جبران وجود ندارد و برخی از اشتباهات ممکن است به حیات بیماران خود خاتمه دهند. از نظر علمی، شیوه رسیدگی به قضیه‌های پزشکی در محاکم بدین کیفیت است که شخص یا اشخاص از معاینات پزشکان یا امور وابسته به درمان و مداوای آنها ناراضی بوده یا صدمه شدیدی برایش رسیده و خواهان احقيق خویش عندالمحکمه می‌باشند. پس از شکایت توسط بیمار یا اولیای دم متوفی در محکمه صلاحیت رسیدگی به جرم در امر پزشکی را دارا می‌باشد و قضیه توسط قصاص مربوطه تحت بررسی قرار می‌گیرد.

از نظر اسلام، پزشکی حرفه ای نیست که بوسیله آن ثروت اندوزی کرد و به خاکستر دینا دست یافت. بلکه رسالتی است بسی عظیم و انسانی و مسؤولیتی شرعی در درجه اول محسوب می‌گردد، هر حرفه‌ی که صاحبیش قصد دارد از آن به پول برسد، مختار است که با این معامله کند، اگر قانع شود که معامله اش او را به پول قانع کننده ای می‌رساند. و اگر دریافت که این معامله نمی‌تواند گرسنگی و احتیاجش را رفع و بر آورده سازد، می‌تواند با او معامله نکند. قطعاً این‌ها شامل مال پزشکان نمی‌شود، چون کسی که از درمان مجروحی دست بکشد همان طور که قبلًا طور که قبلًا ذکر قطعاً پزشک زخم زننده است. و برای گرفتن مزد یا زیادی آن به هر علتی دیگر، حق آن را ندارد که درمان را اعلا کند. اما پزشکان امروزی چنین نمی‌باشند، و عده شان از این طریق تجارت و حتی دیده شده که اعضای بدن بیماران را به فروش می‌رسانند و از این طریق پول هنگفت بدست می‌آورند.

## گفتار اول: اقدامات پزشکی بدون رضایت

درجای که مخالف یک بیمار با انجام عمل جراحی معلوم نیست لازم است که احتیاط شود. اما نباید به این دلیل که بیمار از دادن رضایت خود داری نموده است سلامتی بیمار به مخاطره انداخت همان طور که رضایت نفس مؤثری در ایفای اعمال پزشکی برای بیمار دارد و رافع مسؤولیت می‌باشد. موردی نیز وجود دارد که پزشکان حتی با وجود اینکه قانون خاصی برای انجام این گونه از اعمال پزشکی در صورت عدم رضایت وجود دارد، قانون نیز انجام اعمال طبی را که با نفع بیمار است و سلامتی او را به همراه دارد را مجاز می‌داند. پزشکان باید هر آنچه را که رویه پزشکی متعارف است انجام داده و رعایت نماید تا سلامتی بیمار به مخاطره نیافتد. مطابق قانون، اخذ رضایت قبل از درمان لازم است. اما در شرایطی که بیمار نیاز به عمل جراحی دارد و وضعیت او طوری است که نمی‌تواند کسب رضایت نماید، حکم خاص دارد که در مورد بیان می‌گردد.

بیماری که وضعیت بیماری وی، او را ناتوان<sup>۱</sup> از اعلام رضایت می‌کند، معلوم نمی‌باشد که بیمار، با انجام اعمال جراحی رضایت دارد یا خیر و اقارب و اشخاص که می‌توانند به جای بیمار تصمیم بگیرند و اعلام رضایت، انجام جراحی بدهند، حضور دارند و مسئله مهم می‌ماند که آیا سر پرستان قانونی هم نیز با انجام جراحی مخالف هستند یا موافق در اینجاست که پزشکان اقدام به انجام عمل جراحی و اقدام طبی می‌کند که به نفع بیمار است. "گاهی پزشکان بدون رضایت بیمار هم در مواردی که فوریت داشته باشد و موقعی که وضع مزاجی بیمار اقداماتی را ایجابی می‌نماید، حق دست زدن به آن‌ها را دارا می‌باشد. بهترین دلیل برای مشروع بودن عمل پزشک این

---

۱- ناتوانی و قادر نبودن به اعلام رضایت از سوی بیمار با توجه به وضعیت بیمار می‌تواند مربوط به بیمارانی باشد که در حادثه‌ای دچار آسیب و صدمه‌ای جدی شده است و بیهوش می‌باشد.

است که او به علت داشتن درجه دکتری عمل کرده است".<sup>۱</sup> به عنوان نمونه در جریان عمل جراحی برای معالجه، فقط<sup>۲</sup> در بیماری، پزشکان معالج متوجه می‌شوند که بیضه بیمار بسیار آسیب دیده است. لذا پزشکان تشخیص را براین دیده بودند که باید بیضه بیمار بر داشته شود. چنانچه اگر این کار صورت نگیرد ممکن آسیب بیضه به فانقار ریا تبدیل گردد و در نتیجه عفونت وارد خون بیمار می‌شود و باعث مسمومیت خون گردد. بیمار چون در حالت بیهوشی عمومی به سر می‌برد، پزشکان بر اخذ رضایت از بیمار صبر نکرده است و اقدام به انجام عمل جراحی و برداشت بیضه آسیب دیده نموده است. بیمار در دعوایی علیه پزشکان این اقدام را ایراد صدمه اعلام نموده پزشکان نیز با بیان اینکه اگر بیضه آسیب دیده را بر نمی‌داشت، تهدید برای سلامتی و حیات بیمار به وجود نمی‌آمد.<sup>۳</sup>

بیمار قادر به اعلام رضایت نیست اما اقارب و اشخاصیکه می‌توانند بجای بیمار اجازه صادر نمایند از دادن اذن و رضایت امتناع می‌کنند. به طور مثال کودکی که در جریان بیماری به تشخیص پزشک نیاز به تزریق خون دارد اما والدین کودک راضی به این نوع از معالجه نمی‌باشند، یعنی از دادن رضایت به درمان امتناع می‌ورزنند. بیماری که خود نیز از دادن رضایت برای درمان و علاج خود امتناع می‌ورزد، اگر اذن کلی باشد نمی‌توان پزشکان را مسؤول دانست چنانچه دندانپزشکی دندان فاسد دیگری را،

- 
- ۱- ملک اسماعیل، دکتر عزیزالله، مقاله مسؤولیت پزشک، شماره ۴۹، سال ۱۳۵۵، ص ۲۸ (به نقل از کتاب حقوق پزشکی)، محمود عباسی مقاله رضایت برای درمان، چاپ اول سال ۱۳۸۳، ص ۱۱۸
- ۲- فقط در نتیجه کسب ما درزدادی دائمی به وجود می‌آید. در بخش از دوران جینی، بیضه درون حفره شکم و پست کلیه قرار دارد. سپس از دیواره پشتی و کشاله ران پائین آمده و در کیسه بیضه جای می‌گیرد. (پزشکی برای حقوق دانان) بر گرفته از متاب روی پالمر، ترجمه: محمود عباسی، عباسیان، کیانی، چاپ اول، سال ۱۳۹۰، ص ۱۵۶
- ۳- دی، جی، اسکیج، پیشین، صص ۷۷-۷۸

## گفتار دوم: برائت

غیر از دندان که مورد نظر بیمار بوده بکشد به این علت که آن دندان خطر ناک بوده،  
اینجا پزشک مسؤول نیست زیرا اذن کلی برای کشیدن دندان وجود داشته است.<sup>۱</sup>

برائت (مصدر) است و از ریشه‌ی (ب ر ء) گرفته شده و بیشتر به مفهوم عام،  
پاک شدن از عیب، تهمت، تیرئه شدن، خلاص شدن از قرض و دین و رها شدن معنا  
می‌دهد.<sup>۲</sup>

اصل برائت یکی از درخشنان‌ترین دست آورده‌های تمدن بشری است که ریشه در  
فطرت عدالت خواه بشر و عقل سليم وی دارد. امروزه، این اصل از بنیادی ترین  
اصول حقوقی هر نظام جزای قانونمند است؛ همچنان اولین رکن اساسی ترین پایه در  
قانون اصول محاکمات جزای به شمار می‌رود. اصل برائت محصول فکری یک یا چند  
متفکر یا حقوق دان نیست، بلکه اندیشمندان در قرون متتمادی آن را ایجاد کرده است.  
این اصل حافظ بسیاری از حقوق و آزادی‌های اساسی است.<sup>۳</sup>

### بند اول: مفهوم برائت

در این مبحث تلاش خواهد شد تا پیرامون برائت و آنچه به برائت مربوط می‌شود  
مورد بحث قرار داده و هر یکی را جداگانه توضیح و بیان خواهد کرد تا خوانده دچار  
گنگی و پراگندگی موضوعات مطروحه نگردد. ابراً در لغت مصدر از باب افعال از  
ریشه (بری) به کسر همزه به معنای، تنزیه، تخلیص، بری کردن و ادار کردن و بهبود  
بخشیدن آمده است. برائه الذمه یا برائت در اصطلاح فقهی به معنی فقدان تعهد است.  
مثالاً بیع البراءة که در آن فروشنده در صورت وجود نقص یا عیب در بیع از هرگونه

۱- جعفری تبار، حسن، از آستین طبیان، (قولی در مسؤولیت مدنی پزشکان، مقاله حقوقی) صص، ۶۴-۶۵

۲- لغتنامه فارسی، معین

۳- اکبری رومی، فرناز، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

تعهد و مسؤولیتی در برابر خریداری آزاد است. در اصطلاح فقهی برایت عبارت است از: گردیش به طرف نفی الزام قانونی و عدم تعهد و تکلیف و آزادی اراده در موقع بر خورد باشک در تکلیف.<sup>۱</sup> ابراء، اسقاط حق ثابت بر ذمه دیگری، ساقط کردن حقی که انسان بر ذمه دیگری دارد، ابراء نامیده می‌شود و قلمرو آن محدود تر از اسقاط (اسقاط حق) است. از آن در باب‌های تجارت، رهن، حواله، ضمان، صلح، اجاره، کفالت، وصیت و نکاح سخن رفته است که در اینجا به مهم ترین مباحث آن اشاره می‌شود. ماهیت: در میان فقهای شیعه معروف است که حقیقت ابراء، اسقاط حق است نه تمیلک، لیکن در این که عقد است یا ایقای، اختلاف است. قول دوم مشوره است.

حکم: ابراء در اصل، امری مباح است، لیکن گاه با پیدایش عوارض حکم دیگری پیدا می‌کند، مانند اینکه ابراء مديون مؤمن در صورت ناتوانی از پرداخت دین، مستحب است و در صورت شرط کردن آن در ضمن عقد لازم، واجب می‌شود.<sup>۲</sup> روایاتی وجود دارد که پزشکان را مسؤول رفتار خود دانسته است؛ امام صادق از حضرت علی کرام الله وجهه روایت کرده اند: "هر کس که به پزشکی یا وامپزشکی می‌پردازد، باید پیش از درمان، از ولی بیمار یا صاحب حیوان برایت جوید و گرنه ضامن است." و نیز فرموده اند: (حضرت علی فرموده است: پزشک ختنه گر (ختان) را که حشفه پسری را بریده بود، ضامن دانستند).<sup>۳</sup> بنا براین، مسؤولیت پزشکان مطلق است و آن‌ها همواره مسؤول فعل خود به شمار می‌رود تنها راه رهایی از این مسؤولیت اخذ برایت است.

۱- محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۱۰۷

۲- جمعی از پژوهشگران، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ج. ۳، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، به مذهب اهل بیت، قم.

۳- وسائل الشیعه، ج. ۱۹، ص ۲۶۰

### بند دوم: ارکان برائت

عبارت اند از: براء کننده: شرایط ابراء کننده عبارت اند از بلوغ، عقل، اختیار، قصد، محجور نبودن در صورتی که مورد ابراء مال باشد و مالک بودن یا اذن داشتن از جانب مالک بر اساس آخرین شرط، ابراء به نحوه فضولی تحقق نمی‌یابد نزد فقهای شیعه، ابراء حتی در بیماری منجر به مرگ نیز اسقاط است نه وصیت، لیکن در این که باید ثلث ترکه محاسبه شود یا از اصل آن، اختلاف است.

ابراء شونده: ثبوت حق در ذمه ابراء شونده، شرط است و گرنه ابراء صحیح نیست مانند این که مضمون له، ذمه مضمون عنه را ابراء کند؛ در حالی که حق در ذمه ضامن مستقر است. مورد ابراء، مورد ابراء باید حق باشد، همچون کفالت، ضمان، قرض و دیگر حقوقی که بر ذمه تعلق می‌گیرد. از این رو، ابراء از عین خارجی درست نیست. مورد ابراء هم چنین باید ثابت و مستقر در ذمه باشد. در این که ابراء از حق معجهول و ناشخص صحیح است یانه؟ اختلاف است. اما قول مشهور، صحت است.

صیغه: ابراء به هر لفظی که بیانگر آن باشد، تحقق می‌یابد، ولی تعلیق ابراء به شرط آن را باطل می‌کند.

حکام: ابراء، لازم است و ابراء کننده پس از ابراء نمی‌توان از آن باز گردد. اگر کسی حق ثابت بر ذمه دیگری را به وی هبہ کند، در این نوع هبہ، ابراء، به شمار می‌رود. تا از سوی ابراء شونده نیازمند قبول نباشد، یا این که ابراء نیست تا نیازمند قبول باشد. هر چند فایده ابراء را دارد اختلاف است. اگر فردی بدھی خود را با طلبکار (اصل محل له) حواله کند، در این که ذمه حواله دهنده (محیل) به صرف حواله بری می‌شود یا تنها در صورت که طلبکار، حواله دهنده را ابراء کند، اختلاف است. قول اول مشهور است.

### بند سوم: اخذ برائت

مسئلیتی که در نتیجه اعمال طبی به پزشکان باز می‌گردد، جدای از اینکه پزشکان مهارت لازم و رعایت فنون و موازین علمی و دولتی را داشته باشد، خلق

مسئلیت برای پزشکان به همراه دارد. روایاتی وجود دارد که پزشکان را مسئول رفتار متعارف خود دانسته؛ امام صادق از حضرت علی روایت کرده اند که فرمود: (هرکس که به پزشکی یا دامپزشکی می‌پردازد، باید پیش از درمان، از ولی بیمار یا صاحب آن می‌توان برائت جوید و گرنه ضامن است). و نیز فرموده اند: پرشک ختنه گر (ختان) را که حشفه را بریده بود، ضامن دانستند. بنا براین، مسئلیت پزشکان مطلق است و همواره مسئول افعال خود به شمار می‌روند تنها راه رهای از این مسئلیت، اخذ برائت است. با توجه به مبنای برائت نزد فقهاء، پزشکان چنانچه قبل از درمان اخذ برائت از بیمار و یا اولیاء وی را داشته باشند، مبری از مسئلیت شناخته می‌شوند با توجه به دیدگاه فقهاء و شرع پیرامون زوال مسئلیت پزشکان دو دیدگاه وجود دارد.

دیدگاه اول- اخذ برائت را قبل از درمان، موجب سقوط مسئلیت نمی‌داند: اخذ برائت از بیمار یا اولیاء وی توسط پزشکان قبل از درمان موجب سقوط مسئلیت نمی‌گردد، زیرا پیش از درمان بیمار خسارتی به او وارد نشده تا پزشکان به خاطر آن مسئول شناخته شوند. بنا براین، ابراء بیمار یا ولی او در واقع اسقاط حقی است که هنوز به وجود نیامده است، از آنجاییکه<sup>۱</sup> ابراء عمل حقوقی تبعی است. لذا اگر بعد از سقوط این یا پیش از تحقیق دین واقع شود بدون موضوع بی اثر می‌باشد. با توجه به نظریه (اسقاط حق قبل از ثبوت) که یکی از مصادیق ابراء مالم یجب که منسوب به این ادریس می‌باشد براین مبنای استوار است که ابراء طبیب قبل از معالجه را موجب سقوط ضمان نمی‌داند زیرا این امر به معنی اسقاط حق قبل از ثبوت آن است. دیدگاه دوم- مشهور فقهاء عدم مسئلیت و ضمان را برای پزشکان در صورت اخذ برائت قبل از درمان بیان می‌کنند. آن‌ها به روایتی از حضرت علی چنین استناد می‌کنند؛ ترجمه: کسی که طبابت یا بیطاری می‌نماید باید از ولی بیمار برائت بگیرد و إلا ضامن است.

### بند چهارم: برائت قبل از تداوی

اخذ برائت به عنوان یکی از عوامل و شرایط عدم مسؤولیت پزشکان در فقه و حقوق بیان شده است. برائت که توسط پزشکان و یا تیم پزشکی از بیمار یا اولیاء وی قبل از اقدام به تداوی و معالجه صورت می‌پذیرد<sup>۱</sup> برائت یک عمل حقوقی تبعی است لذا بعد از سقوط این یا پیش از تحقق دین واقع شود بدون موضوع و بی‌اثر است.<sup>۲</sup> ماهیت حقوقی برائت این چنین است که در واقع برائت یکی از مصادق‌های عدم مسؤولیت است، تا زمانی نافذ خواهد بود که پزشکان در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر نشده باشند.<sup>۱</sup>

### بند پنجم: چگونگی اخذ برائت

چنانچه پزشک قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مريض یا ولی او برائت حاصل نماید ضامن خسارت جان و مالی یا نقض عضو نیست. اگر بیمار از روی ناچاری مجبور به امضای برائت ذمہ شود، تا وقتی که به حد اجبار و اکراه نرسیده باشد، پذیرفته می‌شود. ولی اگر به حد اجبار و اکراه برسد، امضایش اثر ندارد و از شک رفع مسؤولیت نمی‌کند. از این رو برائت باید آزادانه باشد یعنی بیمار با میل و اراده و طیب خاطر، داوطلبانه، پزشکان معالج را نسبت به پیامدهای ناگوار اعمال جراحی شده باشد هیچ‌گونه اثر قانونی بر آن مترب نمی‌گردد.<sup>۲</sup> اگر پزشکان با فردی که می‌خواهد عضو خویش را به دیگری اهدا کند یا بفروشد، شرط عدم ضمان کند و هنگام قطع عضو برای پیوند بدون کوتاهی از ناحیه پزشکی آسیب دیگری به شخص وارد شود و یا آن فرد بمیرد، پزشک ضامن است. در هنگام گرفتن برائت از بیمار یا ولی او باید کاملاً در جریان امر قرار دهنده به نحوی که با علم و اطلاع اقدام به این کار نماید و

۱- همان، ص ۳۵۴

۲- کاتوزیان، ضمان قهری، مسؤولیت مدنی، پیشین، ص ۳۵۴

گرنه امضای بیمار یا ولی او بدون اطلاع کافی از مفاد برائت ذمه، سلب مسؤولیت از مؤسسه و کادر درمانی نمی‌کند و بیمار یا ولی او – در صورت آسیب- شرعاً حق پیگیری را دارند.<sup>۱</sup> در واقع برائت باید آگاهانه و آزادانه باشد. برائتی آگاهانه تلقی می‌شود که در پی ارائه یک رشته اطلاعات دقیق علمی راجع به معالجه و درمان و در نتیجه علم و آگاهی از کم و کیف معالجه و پیامدهای آن حاصل شده باشد. بنا براین، برأتی که از روی نا آگاهی و توأم با اطلاعات ناقص یا اشتیاهی اخذ شده باشد اعتبار قانونی است. بنا براین، به این نتیجه می‌رسیم شرط اساسی رفع مسؤولیت جزای پزشکان مشروط و مقید است به: مشروعیت عمل جراحی یا طبی؛ رعایت موازین فنی و علمی و نظمات دولتی؛ رضایت بیمار.

در صورت که هر یک از شرایط فوق محقق نباشد، بدیهی است که نمی‌توان پزشکان را از مسؤولیت جزای مبری دانست زیرا این اصول کلی بر همه اعمال و اقدامات پزشکی حاکمیت دارد و شرط برائت تا زمانی مؤثر و نافذ است، که پزشکان در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر و خطای نشده باشد و تنها در این صورت است که برائت قبل از درمان رافع مسؤولیت خواهد بود. برائت به معنی معاف شدن از ضمان ناشی از احتمال خطر با وجود شرط احتمال خطر از سوی پزشکان بیمار یا باز ماندگان او باید عمومی ثابت نماید؛ از این رو مسؤولیت پزشکی که به اذن بیمار به درمان او پرداخته است نه مطلق است و نه شرط برائت یکسره از او رفع مسؤولیت می‌کند.<sup>۲</sup>

مورد دیگری که در خصوص عدم مسؤولیت پزشکان از بابت اقداماتش در قانون جزای ما پیش بینی شده، اخذ رضایت است. قانون گذار افغانستان اخذ رضایت از مریض، قبل از عمل جراحی را موجب سقوط ضمان پزشکان دانسته؛ از این رو در ماده ۵۳ بیان می‌دارد: "برابر است با بند ۲ ماده ۵۴ اجرای عملیات جراحی و یا سایر معالجات طبی

۱- لنگرانی، محمد فاضل، موحدی، احکام پزشکی و بیماران، ص ۱۹۷

۲- عباسی، محمود، مسؤولیت پزشکی، چاپ دوم، انتشارات حقوق اکیاتان، سال ۱۳۸۹، ص ۲۹۱

مشروط به این که مطابق اصول فنی حرفه طب با رضایت مریض یا ولی و یا نماینده قانونی وی صورت گرفته باشد". جرم نبوده، در نتیجه، داکتر ضامن خسارات واردہ به مریض نخواهد بود. بسیاری از حقوقدانان فرانسوی به این نظر گردیده اند که سبب معافیت اعمال پزشکان و جراحان از تعقیب جزای فاقد قصد مجرمانه است، زیرا پزشکان فعل را به قصد سلامتی بیماران انجام می‌دهند. سیستم قضای مصر نیز در زمان صدور این نظر را پذیرفته اند.<sup>۱</sup> برای توضیح بیشتر اضافه می‌نماید مطابق این نظریه اصل براین است، که هر عملی که پزشکان انجام می‌دهند به نفع و اصلاح بیماران است و قصد پزشکان از آن عمل کمک کردن به بیماران و سود رسانیدن به آن‌هاست به ضرر و زیان آن‌ها نمی‌باشد و اگر زمان این امر به ضرر و زیان آن‌ها تمام شود این برخلاف خواسته پزشکان است چنانچه در جریان این امر تقصیری از پزشکی سر زده باشد نباید مجرم شناخته شوند. از سوی دیگر اگر این نظریه را هم کاملاً قبول کنیم باز نتیجه‌ی آن عدم مسؤولیت مطلق پزشکان نخواهد بود چرا که مناطق و ضابطه‌ی مسؤولیت و یا عدم مسؤولیت، قصد و انگیزه پزشکان است و تشخیص انگیزه که از جمله امور شخص است جنبه‌ی درونی و باطنی داشته و شناخت آن چندان سهل و ساده‌ای نیست.

آنچه ذکر کردم به معنای این نیست که پزشکان اصلاً نباید مزد خود را نگیرند، نه آنچه که امروز در شفاهانه‌های دولتی و شخصی و هم‌چنان در کلینیک‌ها به چشم می‌خورد و چنین کارها باعث می‌شود که مردم از پزشکان دل زده و متنفر شوند، چون در این صورت بیشتر پزشکان سر بار دیگران خواهد بودند و دیگر اینکه باعث می‌شود بیشتر مردم به فراغیری این علم روی نیاورند. جدای از نبوغ و ابداع که در آن به وجود می‌آورند، در نهایت انسانیت را از یک عنصری مهم، بلکه می‌توان گفت از مهم ترین

۱- محمود ذکی، *المسؤولية التقصيرية للأطباء*، دمشق، مؤسسه نجور الطباعة، چاپ اول ۱۴۱۹ هـ، ص ۲۵۵

عناصر آسایش و سعادت بخش انسانیت و پیش برنده آن به پله‌های مختلف کمال و عظمت، محروم خواهد کرد. از حضرت علی (ع) نقل است که فرمودند: "بر امام واجب است دانشمندان فاسد و پزشکان نادان را زندانی نماید." به دلیل اینکه اشتغال نادان در حرفه پزشکی بیشتر به افزایش درد و رنج‌های مریضان منجر می‌شود و آسایش و آینده اش را (اگر نگوی زندگی بسیاری را) به خطرات زیادی می‌کشاند و هزارها انسان را معیوب ابدی کرده اند که تا پایان عمر از آن رنج برد و درد می‌کشند. همان طوریکه علمای فاسد، دین را به فساد می‌کشانند، پزشکان نادان نیز بدن‌ها را فاسد می‌کنند و آسایش و سعادت و سلامتی انسان را در دنیا می‌ربایند، پس جلوگیری از آنان و ایستادگی در مقابل آنان با تمام قدرت، واجب است.

بحث‌هایی که بر مسؤول بودن یا نبودن پزشک در میان فقها شده است، همه در مورد طبیب حاذق است و اما بی‌تردید متطبق غیر حاذق همواره مسؤول است؛ زیرا حذاقت و دانایی شرط اول و رکن اصلی طبابت است و عنوان طبیب و صفت حذاقت لازم و ملزم یکدیگرند و هردو به یک باره به ذهن متبار می‌شوند. بنا براین، تنها کسی می‌تواند عنوان پزشک را دارا شود که هم از لحاظ علمی و هم از لحاظ عملی شایسته آن باشد؛ زیرا همان طور که علمای فاسق دین را به تباہی می‌کشانند، پزشکان نادان نیز به بدن آسیب رسانیده و سعادت دینوی را از شخص می‌گیرند. به همین دلیل تعدی شغل پزشکی و شب مربوط به آن، اگر بدون آگاهی لازم باشد موجب مرگ یا ضایعه‌ی در عضو یا قوه‌ی از قوای انسان شده و مسؤولیت پزشکی را را در پی خواهد داشت. به همین دلیل، اسلام از ابتدا با قدرت و دور اندیشی عمیقی با این مسئله رو برو شده است. رسول خدا در حدیثی می‌فرمائید: "من تطب و لم یکن بالطبع معروفا فهو ضامن" یعنی کسی که به پزشکی پردازد و از قبل دانش آن را نیاموخته باشد

### گفتار سوم: انعقاد قرارداد

تا زمانی که مشکلی در امر درمان پزشکان و بیماران حادث نشود، از این رابطه حقوقی و آثار و نتایج آن صحبتی به میان نمی‌آید و به شیوه متداول، بیمار به یک پزشک مراجعه می‌نماید و طبیب نیز طبق عرف و عادات اقدامات پزشکی خود را

۱- جنوردی، حق محمدی فرد، پیشین، ۳۴-۳۵

ضامن و مسؤول است.<sup>۱</sup> از نظر عقل، عرف و ضوابط فقهی و قاعده "وجوب ضمان به تلف کننده" وقتی افراد جاهل و نادان مبادرت به خدمات پزشکی نمایند و به جای اصلاح و علاج مریضان؛ باعث فساد و تباہی او گردد، در قبال اعمال خویش مسؤول خواهد بود و اگر طبابت آن‌ها منجر به فوت مریض گردد ضامن دیه نیز خواهد بود. فقها در خصوص ضمان پزشک نادان (جاهل) اتفاق نظر دارند و خلافی در این مسأله وجود ندارد.

پزشکان نادان و غیر متخصص، اگر به مداوای مریضان پردازنند و آنچه را باید اصلاح کنند، فاسد می‌نمایند، عقاля، عرفاً و شرعاً مسؤول می‌باشند. بنابر قاعده ضمانت بر هر تلف شده ای که اگر این کار منجر به مرگ شود، همان طور که معلوم است، باید دیه خطا را ضمانت کرد در این امر بین فقها "بدون خلاف در آن" متداول است. در کتاب‌ها آمده است: "طبیب که دانش کم دارد، به اجماع فقها ضامن فساد در درمان خود است." در این امر، علمای اهل سنت نیز به طور اجماع به آن متفق القولند اگر کسی به پزشکی آگاه باشد و در ادای کاری که بر عهده اوست کوتاهی کند، افزون بر مسؤولیت شرعی، چه برایت از بیمار یا ولی اش گرفته باشد یا نگرفته باشد، ضامن است و اگر پزشکان در انجام وظیفه اش کوتاهی نکنند و پزشک یا دیوانه باشد و پزشک از ولی امرش اجازه گرفته باشد، یا مریض بالغ باشد و پزشک از او اجازه برایت از ضمانت گرفته باشد، در این صورت او ضامن است.

شروع می‌کنند؛ در حالی که براین انتخاب و مراجعه به پزشکان معین و پذیریش و معالجه بیمار از ناحیه پزشکان قواعد حقوقی و شرایطی حاکم است؛ چرا که در اثر این رفتار متقابل قرارداد خصوصی به نام قرارداد درمان منعقد می‌شود.

#### بند اول: مفهوم قرارداد در معالجه

عقد یا قرار داد در معنای عمومی و عرفی به معنای توافق دو یا چند نفر (توافق یک یا چند اراده) با هم است برای انجام یک یا چند عمل مشخص و متقابل؛ اعم از مالی و غیر مالیاً هم است برای انجام یک یا چند عمل مشخص و متقابل؛ اعم از مالی و غیر مالی؛ مانند خرید و فروش (بیع) که فروشنده متعهد به دادن یک جنس معین با او صاف مشخص شده و خریدار نیز پرداخت مبلغ (ثمن) و ارزش کالا را تعهد می‌کند. در هر قراردادی حداقل دو طرف وجود دارد و برای انعقاد قرارداد رضایت و توافق طرفین شرط لازم است. شرایط دیگری هم برای صحیح بودن قرارداد لازم است؛ از جمله مشروعیت و قانونی بودن موضوع معامله و همچنین اهلیت داشتن طرفین برای انعقاد معالمه در قرارداد درمان یا معالجه دو طرف وجود دارد. پزشکان و بیماران، مطابق این قرارداد بیمار با حق انتخاب پزشکان معالج خود در شرایط عادی، به پزشکان مراجعه می‌نمایند و پزشکان پس از اخذ رضایت بیمار برای معالجه و بعد از این که نوع بیماری را در حوزه تخصص خود دانست، شروع به معالجه می‌کنند. هر چند در عمل تمامی مراحل با یک مراجعه و معاینه و نوشتن نسخه به پایان می‌رسد؛ اما از بعد حقوقی هر عمل و عکس العمل آثار و نتایج حقوقی و قانونی خود را دارد و از نظر قانونی یک قرارداد با ضوابط خاص خود حاکم بر روابط پزشکان و بیماران می‌شود و این قرارداد تا مرحله پایان درمان یا انصراف بیمار از معالجه، آثار و نتایج حقوقی خود را به دنبال داشته و پس از تجویز دارو متوسط پزشکان خاتمه خواهد یافت.

### بند دوم: ماهیت قرارداد در معالجه

بررسی ماهیت قرار داد معالجه، در تشخیص مسؤولیت یا عدم مسؤولیت پزشکان، در حالی که میان پزشکان و بیماران، رابطه قراردادی وجود ندارد، اهمیت فروانی دارد. دیدگاه‌های مختلفی در مورد ماهیت قرارداد معالجه وجود دارد که می‌توان به آن اشاره کرد.

### بند سوم: نظریه اجازه بودن قرارداد در معالجه

در کلیه مشاغلی صاحب حرفه، به ارائه خدمات متلزم می‌شوند قواعد عامه، عقد اجاره حاکم است. به نظر می‌رسد این دیدگاه نادرست باشد. زیرا که در عقد اجاره مدت باید معلوم باشد، قرارداد باطل خواهد بود در حالیکه در قرارداد معالجه، مدت درمان نامشخص است. بنابراین در معالجه، قواعد عامه اجازه حاکم نیست.

### بند چهارم: نظریه معالجه بودن عقد در معالجه

برخی از فقهاء از جمله ابن قدامه، به این باور است که قرارداد میان پزشکان و بیماران نوعی جuale است که مجھول بودن عملی یا مدت، در آن امکان پذیراست. به نظر می‌رسد که عقد معالجه، جuale نیز نباشد، زیرا که در عقد جuale، عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جuale را تسلیم کرده یا انجام داده باشد. ماده ۵۶۷ قانون مدنی، اما در قرارداد معالجه، پزشکان قبل از معالجه، حق العمل خود را در یافت می‌کنند و برخلاف قرارداد جuale حصول نتیجه برای دریافت حق معالجه شرط نیست.  
 پوتیه، حقوق دان فرانسوی، به این باور است که عقد بین پزشکان و بیماران عقد وکالت است و به هر بیمار واجب است که هدیه‌ی به پزشکان به عنوان حق الوکاله بدهند. ترولویخ نیز عقیده دارد که امکان توصیف رابطه بین پزشکان و بیمار جزء عقیده و کالت وجود ندارد. زیرا که پزشکان از جانب بیمار وکیل است که به درمان او می‌پردازد. افزون براین، مؤکل باید خود بر انجام آنچه که وکالت می‌دهد، قادر باشد،

در حالیکه کمتر بیماری دریافت می‌شود که خودش بتواند به درمان خویش به درمان خویش، مبادرت نماید.

#### گفتار چهارم: انواع مسؤولیت جزایی پزشکان در قوانین افغانستان

مصادیق مسؤولیت جزایی پزشکان عبارت اند از: مسؤولیت جزائی عام و مسؤولیت جزائی خاص، که هر کدام را به نوبه خود مورد معرفی قرار خواهد گرفت.

##### بند اول: مسؤولیت جزایی عام



۱۵۷

منظور از مسؤولیت جزایی عام، این است که شخص مسؤول جزای خصوصیت ندارد و هر فردی در صورت ارتکاب جرم و مشروط به دارا بودن شرایط عام مسؤولیت کیفری قابل تعقیب و مجازات می‌باشد. به طور مثال: برای جرایم نظیر قتل، سرقت یا فربیکاری مرتکب جرم خصوصیت ندارد. هر کس ولو متعدد امر پزشکی باشد، در صورت ارتکاب جرایم مذکور مسؤولیت جزایی دارد. بنابراین، ضابطه تشخیص تحقیق مسؤولیت جزایی عام برای یک جرم آن است که بررسی شود آیا مرتکب جرم خصوصیت دارد، یا خیر؟ بدیهی است در این پایان نامه مطلق خصوصیت مرتکب ملاک نبوده و لازم است نوع خصوصیت مرتبط با یکی از متصدیان امر طبی باشد. ممکن است خصوصیت مرتکب یکی از ارکان تحقیق جرم باشد. لیکن چنانچه خصوصیت مذبور ملازمه مشاغلی حرفه پزشکی دانسته نباشد، مسؤولیت کیفری به اعتبار افراد مذکور از نوع عام تلقی می‌شود. ولی چون خصوصیت مرتکب مستقیماً با متصدیان امر پزشکی ارتباط ندارد و در فلسفه جرم انگاری نیز جرم اختلاس با متصدیان امور پزشکی ملازمه انحصاری ندارد. مختلسین به اعتبار جرایم پزشکی در زمرة مسؤولیت کیفری عام قرار می‌گیرد حتی در فرض اینکه مختلس یک پزشک مستخدم دولت باشد، پس اگر پزشکان مسؤول در یک بیمارستان دولتی مرتکب اختلاس گردند، مسؤولیت جزایی نامبرده از نوع عام می‌باشد زیرا ملاک مسؤولیت جزایی رابطه استخدامی وی با دستگاه دولتی بوده است تا تصدی وی به امر پزشکی. بنابراین، ارتکاب جرم

اختلاس توسط پزشکان در قلمرو جرایم طبی قرار نمی‌گیرد. فایده تمیز مسؤولیت جزایی عام به اعتبار متصدیان امر پزشکی در این است که در تفسیر و اجرای قانون دچار مشکل نمی‌شود. یعنی در مسؤولیت مذکور فلسفه جرم انگاری پزشکان و حرفه، البته نیست و قانون در معنای وسیع تری تغییر می‌شود زیرا تصور قانونگذار در این گونه جرایم صیانت اختصاصی از جامعه پزشکی نمی‌باشد.

مسئولیت پزشکان از این حیث در باب عمومیات، مسؤولیت مورد بررسی قرار می‌گیرد. بدیهی است که مسؤولیت پزشکان منحصر به نوع کیفری نبوده کما اینکه قراردادی و غیر قراردادی پزشکان نیز بحث شده است. مسؤولیت قراردادی نوعی مدنی بوده و ناظر به زمانی است که پزشکان از انجام تعهدات خود که از قرارداد ناشی شده است باز نماند و بدین وسیله باعث ورود ضرر به بیمار گردد.

### بند دوم: مسؤولیت جزایی خاص

در مسؤولیت مذکور متصدیان حرفه پزشکی عنصر اساسی و تشکیل دهنده جرم بوده و در نتیجه قلمرو جرم انگاری وسیع و نا محدود نمی‌باشد. در این نوع مسؤولیت جزائی شرط تعقیب جرای و انتساب جرم آن است که مرتكب از مصاديق مذکور در قانون باشد. پزشکان و صاحبان حرفه پزشکی معالج که دارای اجازه طبایت می‌باشند، در صورت عدم رعایت موازین علمی و فنی و نظمات دولتی (بطور جمیع و یا هر یک از آنها بطور جداگانه) بر حسب میزان و در حد سهل انگاری و یا قصور انجام شده، مسؤول پرداخت خون بهای بیماران و یا دیه آنها خواهد بودند.

هر نوع درمان و عمل جراحی مشروع که از انگیزه شفای بیمار و با رعایت موارد فوق الذکر انجام گردد و قبل از آن رضایت بیمار و یا اولیای وی اخذ شده باشد و هیچ‌گونه بی‌احتیاطی و بی‌بالاتی انجام نگیرد مسؤولیت نخواهد داشت. قانون گذار ما در ماده ۵۳ ق. ج، بیان داشته است که " در حالات اجرای عملیات جراحی و یا سائر معالجات طبی مشروط براینکه مطابق اصول فنی حرفه پزشکی به رضایت مریض یا

ولي و يا نماينده قانوني وي صورت گرفته باشد، اجرای عمليات جراحى در حالات عاجل ازايin حكم مستثنى است. علاوه بر موارد قانوني ماده فوق الذكر، ماده ۲۰ قانون صحت عامه نيز در اين خصوص مقرر مى دارد كه: عمليات جراحى و كاربرد ميداهای تشخيص مغلق به منظور معالجه، بعد از موافقه "كتبي مریضان" در صورتى كه مریض به سن قانوني خویش نرسیده يا به امراض عقلی مبتلا باشد به " موافقه والدين، اقارب يا قايم مقام قانوني آنها" در اسرع وقت صورت مى گيرد. در وقایع عاجل كه تاخیر در تشخيص و تداوى، حیات مریض را به خطر مواجه مى سازد و اخذ موافقه والدين، قايم مقام قانوني يا اقارب وي ميسر نباشد، عمليات جراحى بعد از تصویب تحریری هیأت پزشکان معالج بدون مریض صورت گرفته مى تواند.

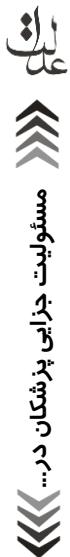
### نتیجه گیری

مسئولیت کیفری پزشکان همان پاسخگویی پزشك در برابر خطأ و تقصیری است، كه در اقدامات طبی خود در برابر بیمار سهواً و يا از روی غفلت و در مواردی از روی عدم مرتكب شده است . مسئولیت جزایی، مسئولیت مرتكب جرمی از جرائم مصرح در قانون را گویند كه متضرر از جرم، اجتماع است. و به همین لحاظ، اسقاط حق در مسئولیت جزایی يا کیفری به صلح و سازش ميسر نیست. پزشكی و امر درمان فعلی است، بسیار پر مخاطره و پیچیده كه از اهمیت بسیار در علم و حقوق بر خوردار است. مشهورترین دیدگاهها و نظریات كه به وضع اجتماع و نظام حاكم بر حقوق و رویه های اجتماعی مورد قبول و پذیرش می باشد و نظام حقوقی افغانستان نيز بر همان دیدگاه مبنا و نظر دارد، ضمان پزشك است. قولی كه بر اساس قواعد فقهی چون قاعده اتلاف، تسبیب، لا ضرر و قاعده عدم هدر بودن خون انسان بیان شده است. نظام حقوقی افغانستان مبنا را بر مسئولیت پزشك، تقصیر دانسته است. در عرف پزشكی، قضایی، تعهد پزشك از نوع تعهد به وسیله می باشد كه در راستای درمان بیمار نسبت به حصول

### مأخذ

- ۱- مرتضی، آموزگار، تعقیب جزا انتظامی پزشک مقصو، انتشار: مجد، سال ۱۳۸۵، چاپ: اول، ص ۹۵
- ۲- نوریها، رضا، زمینه های حقوق جزای عمومی، نشر: کانون وکلایی دادگستری مرکز، چاپ ۳۲، سال ۱۳۶۹، ص ۲۲۸
- ۳- پور اسماعیل، علیرضا، بررسی مفاهیم اذن، رضایت و تأثیرات آنها در مسؤولیت پزشک، فقه و حقوق اسلامی، سال ۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹، ص ۹
- ۴- دی، جی، اسکیج، حقوق و اخلاق پزشکی، ترجمه: محمود عباسی، بهرام مشایخی، چاپ دوم، پاییز سال ۱۳۸۱، نشر: حقوقی، ص ۷۴
- ۵- عباسی، محمود، حقوق پزشکی، مجموعه مقالات، چاپ اول، ج ۵، سال ۱۳۸۹، ص ۹۸
- ۶- محمود ذکی، الشمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء، دمشق، مؤسسه غیور لی لطاعة، چاپ الاول، سنه ۱۴۱۹، الصفحة ۲۵۵
- ۷- الفائق، الجوهري، محمد، المسؤولية الطبية في القانون مصر، سال ۱۹۵۱، ص ۲۵۷
- ۸- جعفر تبار، حسن، از آستین طبیان (قولی در مسؤولیت مدنی پزشکان) مقاله حقوقی، سال ۱۳۸۹، صص ۶۴-۶۵
- ۹- اکبری، رونا، قرناز، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق - دانشگاه شهید بهشتی
- ۱۰- جمعی از پژوهشگران: سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل سنت، ج ۳، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی،
- ۱۱- قانون ادویه، مصوبه سال ۱۳۸۵
- ۱۲- عاملی، محمد حسین، وسائل شیعه الى التحصل مسائل الشريعة، چاپ: عبدالرحیم ربانی، شیرازی، بیروت، سال ۱۹۸۳، ۶۲
- ۱۳- قمی، محمد مؤمن، کلمات سدیده فی مسائل جدیده، قم: سنه ۱۴۱۵
- ۱۴- مشاهروdi، محمود هاشمی، حکم الصادق العضو المقطوع فی القصاص، فقه اهل البيت، سنه ۱۴۱۹، تهران، نشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، صص ۱۱-۱۲
- ۱۵- قانون جزا، مصوبه سال ۱۳۵۵

- ۱۶- قانون اجراءات جزایی مصوبه سال ۱۳۹۳
- ۱۷- عباسی، محمود، حقوق پزشکی (مجموعه مقالات) نشر: حقوقی، چاپ سوم، سال ۱۳۸۳، ص ۲۸۳
- ۱۸- قانون جزا سال ۱۳۰۹
- ۱۹- نظامنامه سال ۱۳۰۶
- ۲۰- مهدی، آزر، حیثیت و مسؤولیت پزشک و دانپزشکی، نشر» مجله علمی و نظام پزشکی، شماره ۵، سال ۱۳۴۹، ص ۳۳۱
- ۲۱- طباطبای، سید محمد، محسنی، دکتر مصطفی، مرگ و پیوند اعضاء، نشر: بنیاد امور بیماری های خاص، سال اول، شماره ۳، ص ۱۹
- ۲۲- عباسی، محمود، مسؤولیت ناشی از اصدار گواهی خلاف واقع پزشکی، شماره ۲، پاییز سال ۱۳۸۶
- ۲۳- یوسفی، راحل، پیوند اعضاء از نظر حقوق و فقهی، نشر: مقالات حقوقی، سال ۱۳۹۳، ص ۶۵
- ۲۴- کاظمی، سهراب، دانشجوی کارشناسی ارشد فقه مقارن و حقوق جزای اسلامی، ضمان طیب در فقه اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۹، بهار سال ۱۳۸۸
- قانون صحت عامه مصوبه سال ۱۳۸۵



## دیدار و گفت‌وگوی جلالت‌مآب وزیر عدليه با آقای کالن واس رئيس سازمان جهاني انکشاف حقوق



در این دیدار، آقای "کالن واس" روی برنامه‌های عملی حمایت از انکشاف مسلکی متداوم (CPDS) گزارش مختصر را ارایه نموده و به ادامه همکاری‌های این سازمان با وزارت عدليه تعهد نمود.

از سوی هم، جلالتمآب وزیر عدليه در مورد برنامه‌های متذکره نظریات و پیشنهادات خویش را ارایه نموده و خواهان همکاری‌های بیشتر سازمان جهاني انکشاف

حقوق با وزارت عدليه و راهاندازی برنامه‌های آموزشی در بخش مساعدت‌های حقوقی اين وزارت گردید.

دو طرف در اين ديدار، همچنان روی برنامه‌های جديد (کاهش تاثيرات ناامني روی سكتور عدلی و قضائي در افغانستان) نيز بحث و تبادل نظر نمودند.

منبع: آمریت مطبوعات



# اشتراك دكتور عبدالبصير انور وزير عدليه در پنجاه و هشتمين نشست سازمان مشورتى حقوقى آسيا - افريقا



جلالتمآب دکتر عبدالبصیر انور، وزیر عدليه جمهوری اسلامی افغانستان در پنجاه و هشتمين نشست سازمان مشورتى حقوقى آسيا - افريقا موسوم به (AALCO) شرکت کرد.

وزیر عدیله در این نشست که در کشور تانزانیا برگزار شده بود، پیامون تقویت تجارت جهانی، همکاری های عدلی و قضایی میان کشورها، تقویت قوانین و فرآهم‌آوری زمینه تطبیق کنوانسیون‌هایی که افغانستان به آن پیوسته است، صحبت کرد. وزیر عدیله کشور، طی مراحل و نشر ۲۳ سند تقنینی مربوط به سازمان تجارت جهانی را بخشی از تعهدات افغانستان در تطبیق مواد کنوانسیون‌های جهانی خواند. او افزود که گام‌های موثر دیگری هم در این اواخر برداشته شده‌است.



وزیر عدیله در این نشست گفت که افغانستان به تاریخ ۷ اگست سال ۲۰۱۹، کنوانسیون سنگاپور در پیوند به حل و فصل منازعات تجارت جهانی را امضا کرده‌است. وی افزود که این کنوانسیون می‌تواند نقش مهم در ارتباط تجارتی میان کشورهای عضو ایجاد کند و عملی نمودن مواد آن زمینه‌های سرمایه‌گذاری و تقویت در روابط تجاری میان کشورهای عضو را گسترش خواهد داد.

وزیر عدیله در این نشست، تروریزم جهانی را بزرگ‌ترین چالش در برابر منافع همه کشورها عنوان کرده و افزود که این پدیده، جرایم متعدد فرامرزی از جمله پولشویی، فاچاق مواد مخدر، فاچاق انسان و سایر جرایم سازمان یافته را نیز افزایش می‌دهد.

او همچنان افزود که افغانستان بیشتر از هر کشور دیگری قربانی پدیده تروریزم بوده است.

در کنار این، وزیر عدیله، اعتمادسازی را در خصوص شگوفایی و ثبات اقتصادی جهانی بسیار مهم عنوان کرده و اضافه کرد که افغانستان برای جلب اعتماد مردم و سایر نهادها، برحی از قوانین مهم مانند قانون مبارزه علیه فساد اداری، قانون دسترسی به اطلاعات و قانون حمایت از اطلاع دهنده‌گان جرایم فساد اداری را نیز تصویب و نشر نموده است.

سازمان حقوقی مشورتی آسیا - افریقا یک سازمان دولتی بین‌المللی است که به عنوان هیأت مشاوره برای ابهام‌های موجود در قوانین بین‌المللی برای کشورهای عضو این سازمان عمل می‌کند.

منبع: آمریت مطبوعات

## برگزاری ششمین کنفرانس مراکز اصلاح و تربیت اطفال به منظور هماهنگی بیشتر و انکشاف مهارت‌ها در کابل



هدف از تدویر این کنفرانس، تقویت هم‌آهنگی میان ادارات مراکز اصلاح و تربیت اطفال و نهادهای دولتی و موسسات که با مراکز اصلاح و تربیت اطفال همکاری داردند، بوده است.

دکتر زکیه عادلی معین امور اجتماعی وزارت عدلیه گفت، محیط‌های ناسالم تربیتی گراف اطفال متخلّف از قانون را در کشور بالا برده است و با توجه به نقش اطفال در اعمار جامعه و مسئولیت‌های فردای اطفال در قسمت تربیه آن‌ها باید تلاش بیش‌تر صورت گیرد.

او هم‌چنان گفت: همه کسانی که در امر تربیه اطفال (خانواده‌ها، مکاتب، مساجد...) مسئولیت دارند تا در قسمت تربیه درست اطفال تلاش نمایند.

از سوی هم، غلام حیدر جیلانی معین اجتماعی وزارت کار، اطفال را سرمایه‌های امروز و فردای کشور عنوان می‌کند و تاکید دارد که ادارات ذیربطری برای حل مشکلات در زمینه‌ی چالش‌های پیش‌راه اطفال محروم، باید کارهای بیش‌تر و هم‌آهنگ انجام دهند.



آقای جیلانی هم‌چنان از آماده‌گی های وزارت کار و امور اجتماعی در قسمت فراهم‌آوری تسهیلات و مرکز حمایوی اطفال، جهت پذیرش اطفال محکوم به بدیل‌های حجز اطمینان داد.

از سوی هم، نماینده‌های وزارت صحت عامه، اداره لوى حارنوالى، وزارت ارشاد حج و اوقاف، حقوق بشر و معین جوانان وزارت اطلاعات و فرهنگ، هر کدام در

خصوص بخش‌های کارشنان در زمینه رسیده‌گی به اطفال متخلف از قانون و دریافت بدیل‌های حجز و تعلیم و تربیه درست اطفال، اطمینان دادند.

منبع: آمریت مطبوعات

علم



گزاری ششین کنفرانس ...

## **دیدار معین امور اجتماعی وزارت عدليه با ريس برنامه مشاركت دفتر (USAID)**



دکتر زکیه عادلی، معین امور اجتماعی وزارت عدليه، با خاتم آندریا کموینس،  
رييس برنامه مشاركت اداره انکشاف بين المللی امريكا (USAID) دیدار کرد. دو طرف  
در اين ديدار روی همکاری های بيشتر اداره انکشاف بين المللی امريكا با وزارت عدليه  
و برنامه های آينده هردو نهاد تاکيد کردند.

دکتر زکیه عادلی مشارکت و توانمندسازی زنان را در ادارات دولتی مهم خوانده و خواستار توجه و همکاری بیشتر دفتر «USAID» در زمینه بلند بردن ظرفیت کارمندان زن در وزارت عدله شد.

از طرفی هم خانم کموینس از نحوه فعالیت و دستاوردهای این دفتر در برنامه مشارکت صحبت کرد و به همکاری‌های بیشتر با وزارت عدله تعهد سپرد.

## علق

منبع: آمریت مطبوعات



## تطبیق ۸ پیشنهاد بنیاد آسیا در زمینه مساعدت‌های حقوقی وزارت عدله



وزارت عدله جمهوری اسلامی افغانستان از مجموع ۱۱ پیشنهاد «نقشه راه» بنیاد آسیا (Asia Foundation) در زمینه موثرسازی مساعدت‌های حقوقی به دولت افغانستان، ۸ پیشنهاد آن را که از صلاحیت‌های این وزارت بوده، تطبیق کرده است.

دکتر زکیه عادلی، معین امور اجتماعی وزارت عدله روز چهارشنبه، ۲۹ عقرب در کنفرانسی که به همین منظور زیر نام «کنفرانس تطبیق پیشنهادهای نقشه راه مساعدت‌های حقوقی» به همکاری سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق (IDLO) در کابل با شرکت مقام‌های دولتی و مسؤولان نهادهای ارایه مساعدت‌های حقوقی برگزار شده بود، حق دسترسی شهروندان به خدمات حقوقی را از حقوق اساسی آنان خواند و گفت که دولت‌ها بر بنیاد قوانین ملی و بین‌المللی متعهد به ارایه این خدمات‌اند.

او گفت که یکی از مهم‌ترین مسائل تطبیق شده در این مدت، تطبیق ماده ۳۱ قانون اساسی کشور است که توظیف وکیل مدافع رایگان برای مظنون و متهم از سوی دولت را تضمین می‌کند.

خانم عادلی گفت که وزارت عدله در دو سال توانسته سیستم مختلط مساعدت‌های حقوقی را ایجاد کند که این سیستم هم با وضعیت اقتصادی افغانستان همخوانی دارد و هم شهروندان از مساعدت‌های حقوقی توسط نهادهای دولتی و غیر دولتی مستفید می‌شوند.

در همین حال ریموند مایکل رایت، رئیس عمومی دفتر سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق در این کنفرانس گفت که هدف این سازمان در افغانستان، مستفید شدن افراد نیازمند به مساعدت‌های حقوقی به شکل درست از این مساعدت‌ها، بلند بردن دانش وکلای مدافع و مساعدین حقوقی به منظور تضمین عدالت جزایی، انکشاف بخش آگاهی عامه حقوقی و افزایش هماهنگی میان نهادهای ارایه کننده مساعدت‌های حقوقی می‌باشد.

بنیاد آسیا پس از بررسی چگونگی ارایه‌ی مساعدت‌های حقوقی توسط نهادهای دولتی و غیر دولتی در سراسر افغانستان در سال ۱۳۹۶، نقشه راه مساعدت‌های حقوقی را ترتیب داد و بر بنیاد آن ۲۱ پیشنهاد را به منظور بهبود وضعیت مساعدت‌های حقوقی در کشور مطرح کرد. این پیشنهادها شامل ۱۱ پیشنهاد به دولت افغانستان، ۶ پیشنهاد به

مراجع ارایه کننده مساعدت‌های حقوقی، و نیز<sup>۴</sup> پیشنهاد دیگر به نهادهای (غیر دولتی) تمویل کننده مساعدت‌های حقوقی می‌شود.

وزارت عدليه جمهوري اسلامي افغانستان در اين مدت توانيته از ميان<sup>۹</sup> پیشنهادی که در حيظه صلاحیت‌هايش بوده، ۸ مورد آن را که شامل ايجاد سистем مختلط مساعدت‌های حقوقی، حفظ بورد مستقل مساعدت‌های حقوقی، تعديل مقرره مساعدت‌های حقوقی، حمایت از مساعدین حقوقی، استفاده از ديتاييس مساعدین حقوقی و وکلای مدافع به حيث سیستم مدیریت قضایا، ايجاد ميكانيزم‌های معیاري برای حفظ اسناد و معلومات، به کار گيري اصول و وکالت دفاع استراتژيک و ايجاد معیارهای لازم جهت تشخيص بی‌بصاعتي می‌شود، تطبق کند.

دستاوردهایی که از تطبیق شدن این پیشنهادها به دست آمده شامل پیش‌برد قضایا توسط وکلای مدافع دولت افغانستان، ارایه مساعدت‌ها و خدمات حقوقی توسط نهادهای غیر دولتی، تعديل بورد مساعدت‌های حقوقی به کمیسیون عالی مساعدت‌های حقوقی و افزایش تعداد اعضای آن و ايجاد صندوق وجهی برای پیش‌برد قضایا می‌شود.

همچنین در اين مدت مقرره مساعدت‌های حقوقی تعديل شده و در پنج فصل و ۳۵ ماده به تصویب رسیده است. ديتاييس (بانک اطلاعاتی) شبکه مساعدین حقوقی و وکلای مدافع نيز منحیث سیستم مدیریت قضایا به کار گرفته شده و برنامه‌های آموزشی این ديتاييس برای مساعدین حقوقی برگزار شده است؛ طوری که جزئيات قضیه‌ها در هر مرحله از تعقیب قضایی در این ديتاييس ثبت می‌شود. در این بانک اطلاعات همچنین اسناد و معلومات به صورت معیاري حفظ می‌شود.

وزارت عدليه به منظور اين که اصول دفاع استراتژيک که در قضایا مورد استفاده قرار گيرد، فورم‌های رهایی موقت موکل قبل از محاکمه را تطبیق كرده و نیز گروه‌های دادخواهی مسلکی را در سطح ولايات به منظور جلوگیری از نقض سیستماتیک حقوق موکلین، تشکیل داده و این گروه‌ها به فعالیت آغاز کرده‌اند.

همچنین وزارت عدليه، مسوده طرزالعمل تشخيص بي بضاعتي را تدوين کرده که در آن معيارهای لازم جهت تشخيص بي بضاعتي کسانی که خواهان دريافت مساعدت های حقوقی اند، وضع شده است.

منبع: آمریت مطبوعات

