

د عدالت

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

ماهانه تخصصي، حقوقی و فرهنگي - سال بيست / شماره مسلسل ۱۹۷ / سرطان ۱۳۹۸

نشانی ناجیه ششم، افشار دارالامان، سرک شهرب ک اميد سبز، وزارت عدالیه ج.ا.ا.، ریاست نشرات، مدیریت مجده 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،
- ◆ حلیم سروش،

صاحب امتیاز

وزارت عدالیه د. ج. ا.ا.

مدیر مسؤول

حلیم سروش

(۰۷۹۹۴۰۲۹۳۶)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمیل و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

Website: www.moj.gov.af

E-mail: adalat@moj.gov.af

قيمت اين شماره: (۶۰.۴۸) افغاني

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 پشتیوی 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 | نقد و بررسی قانون صدور فرمان تقنی ^۱ محمد اخلاقی |
| ۳۲ | فرایند و شرایط صدور فرمان تقنی ^۲ معراج الدین معراج |
| ۴۸ | مسؤولیت جزایی پزشکان در حقوق افغانستان ^۳ محمد اسحاق کیهان |
| ۹۶ | مجازات قصاص در اسلام ^۴ محمدحسین حکیمی |
| ۱۲۷ | سقط جنین در حقوق کیفری افغانستان ^۵ راضیه رئوفی |

گزارش‌ها

- | | |
|-----|---|
| ۱۵۶ | تأکید وزیر عدله بر دسترسی افغان‌ها به عدالت به منظور ایجاد صلح پایدار در کشور |
| ۱۵۸ | برگزاری نشست کمیته انسجام و هماهنگی حمایت حقوق بشر در ادارات دولتی |
| ۱۶۱ | نشست شورای رهبری وزارت عدله ج.ا، به ریاست وزیر عدله، |
| ۱۶۳ | دیدار و گفتگوی وزیر عدله با رییس عمومی سازمان بین‌المللی مهاجرت (iom) |

نقد و بررسی قانون صدور فرمان تقنینی^۱

محمد اخلاقی

چکیده

در نظام حقوقی افغانستان نظر به شرایط و اقتضایات زمانی، استفاده از فرامین تقنینی رو به گسترش بوده است. برخی از شرایط مربوط به وضعیت و عوامل درون-پارلمانی به خصوص در ولسی جرگ، اما برخی دیگر از اقتضایات نیز به نگرش‌ها و تمایلات درون‌حکومتی مرتبط است. در مورد اهمیت قانون صدور فرمان تقنینی همین بس که، یکی از مهمترین و مختصرترین قوانین بوده و در عین حال، به یکی از پرکاربردترین و مناقشه‌انگیزترین اسناد تقنینی در نظام حقوقی افغانستان مرتبط است. سند تقنینی که استفاده منطقی و قانونی از آن می‌تواند خلاً یا نقص حاکمیت قانون در جامعه را رفع کند.

¹. Mohammad Akhlaqi; Critique and Analysis of “The Law on Issuance of Legislative Documents”

در این نوشتار علاوه بر بررسی مسئله مهم ضرورت و شرایط واقعی در اصدار فرمان تقنینی، به حواشی حقوقی و موضوع تقابل یا تعامل قوای سهگانه در نظام سیاسی و حقوقی افغانستان در تصویب یا رد این قانون نیز پرداخته می‌شود. به نظر می‌رسد که اگر هدف عمدۀ و اصلی تکامل و ثبات نظام حقوقی افغانستان و نیز دغدغه تصویب و تطبیق قوانین کارآمد برای رفع مشکلات نظام اجتماعی سرلوحه نظر و عمل مسئولین باشد، علاوه بر اینکه، منجر به کاهش حواشی تقنینی و حقوقی در فرایند قانون‌گذاری خواهیم بود، هزینه‌های زمانی، مالی و ... نظام حقوقی و اجتماعی را کارآمدانه به ثمر مطلوب خواهد نشست.

واژگان کلیدی: فرمان تقنینی به مثابه قانون، قانونیت اجرآات، ضرورت عاجل، قانون‌گذاری، مؤثریت نظام حقوقی افغانستان^۱

طرح بحث:

قانون صدور فرمان تقنینی^۲ از ابعاد مختلف دارای اهمیت و اثرات مفید تقنینی و حقوقی در کشور است. اول/ تعیین حدود قانونی برای صدور یکی از پرکاربردترین اسناد تقنینی در کشور است که به لحاظ اهمیت در سلسله مراتب اسناد تقنینی^۳ حتی بعد از قانون^۴ نیز قرار می‌گیرد.^۵ یعنی مهمترین سند تقنینی که در نظام حقوقی

۵

^۱. Keywords; Legislative Decree as Law, Legality of Procedure, Immediate Need, Legislation, Efficiency of the Afghanistan Legal System

^۲. The Law on Issuance of Legislative Documents

^۳. Hierarchy of legislative documents

^۴: "قانون: مجموعه قواعد حقوقی الزامی است که مطابق حکم ماده نوی و چهارم قانون اساسی افغانستان، طی مراحل گردیده باشد." "فرمان تقنینی: مجموعه قواعد حقوقی الزامی است که مطابق حکم ماده هفتاد و نهم قانون اساسی افغانستان، طی مراحل گردیده باشد." (بندهای ۲ و ۳ قانون طی مراحل اسناد تقنینی)

^۵: "اسناد تقنینی: قانون، فرمان تقنینی، مقرره، اسنادمه و تعديل، ایزاد، حذف، الغاء، تعلیق و ضمیمه در آنها و مصوبه حکومت است که دارای صبغه تقنینی باشد." (بند ۱ ماده ۳ قانون طی مراحل اسناد تقنینی)

افغانستان^۱ بعد از قانون دارای اهمیت، کارکرد و کاربرد زیادی دارد، اصدار فرامین تقنینى از طرف حکومت است.^۲ دوم/ تا جایی که نگارنده جستجو نموده است، این قانون از جمله کوچک‌ترین و در عین حال، از مهمترین قوانین (و حتی در بین تمام اسناد تقنینى) در ساختار و نظام حقوقی افغانستان است. در واقع، این قانون ۲ فصل و ۸ ماده دارد. اما از جهت اینکه به یکی از پرکاربردترین اسناد تقنینى کشور پرداخته است، از جمله مهمترین قوانین نیز تلقی خواهد شد. سوم/ تعامل یا تقابل قوه مقننه (به خصوص ولسى جرگه) با قوه اجرائیه و نیز قوه قضائیه در مورد قانونی بودن یا غیر قانونی بودن این قانون و احکام مندرج آن است. شاید مهمترین پیامد تقنینى و حقوقی آن همین مسئله باشد که نهادهای ذیدخل و حقوق‌دانان کشور بتوانند این تقابل تقنینى پیش‌آمده را نقد و قانون صادره را تحلیل نمایند. در واقع، اهمیت دوچندان این تقابل حقوقی مانند دیگر فرامین تقنینى صادره پیش از این نیست. یعنی در موارد قبلی که شورای عالی ستره محکمه به تقاضای شورای وزیران^۳ اقدام به لغو مصوبات دو ثلت کل اعضای ولسى جرگه می‌نمود، این بار و در این قانون، به قانونی ارتباط گرفته است که بدنبال قانونمندسازی صدور فرمان تقنینى^۴ حکومت است. به عبارت دیگر، قانون متذکره سومین قانونی است که، در مقام مناقشه حقوقی^۵ بین قوای سه‌گانه^۶ قرار گرفته

^۱. Afghanistan Legal System

^۲. بند ۱ ماده ۳، ماد ۵۲ و ۵۳ قانون طی مراحل اسناد تقنینى

^۳. Council of Ministers / The Government

^۴. Legalization of issuance of legislative document

^۵. Legal Challenge

^۶. شورای ملی به‌حیث عالی ترین ارگان تقنینى مظہر اراده مردم که از قاطبه ملت نمایندگی می‌کند. (ماده ۸۱ قانون اساسی)، ستره محکمه به‌حیث عالی ترین ارگان قضائی که در رأس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد. (ماده ۱۱۶) و حکومت (متشكل از وزرا تحت ریاست رئیس جمهور) که تعیین کننده قوانین و فیصله‌ها، تعیین کننده و تطبیق کننده سیاست‌های داخلی و خارجی کشور و تأمین کننده نظم و امن در جامعه است. (مواد ۷۱، ۷۵ و ۷۶)

گرفته و منجر به اصدار قرار قضایی ستره محکمه مبنی بر خلاف قانون اساسی و احکام آن مواجه شده است.

نکات متذکره فوق بر حساسیت و اهمیت قانون مورد بحث و لذا احکام مندرج آن و نیز دلایل ارائه شده توسط قواهی ثلاشه می‌تواند مهر تأیید باشد. این نوشتار تلاش دارد تا به تبیین و تحلیل این موضوعات پرداخته و به نقد و بررسی این قانون و حواشی حقوقی و تقنینی آن پردازد. اما با این حال، می‌طلبد که از سوی حقوقدانان، قانون‌گذاران و مجریان قانون با مراجعة به حقیقت‌ها و دقت‌ها در زمینه، علاوه بر تحلیل منطقی از ماهیت و شرایط مربوط به فرمان تقنینی، به پیامدها و نتایج کم و کیف ناشی از تنوع و تکثر صدور فرامین تقنینی در نظام تقنینی و حقوقی کشور و بالتابع در نظام سیاسی و اجتماعی پرداخته شود. بدین منظور جهت حصول مقصود نویسنده، ترتیب منطقی و حقوقی مطالب بدین شکل است که در بخش اول تمرکز بر اقدام قوه قانون‌گذار (ولسی جرگه)^۱ بوده و در بخش دوم توجه بر اقدام قوه قضائیه (ستره محکمه)^۲ است و در نهایت به ارزیابی و نتیجه بحث خواهیم رسید.

در این نوشتار این نکته مهم بازتاب داده شده است که خردترین قانون در کشور منجر به کلان‌ترین جنجال و حواشی حقوقی در نظام حقوقی افغانستان شده است که ظاهراً و فعلاً پایان مشخصی هم ندارد.

بخش اول / مبانی، دلایل و شرایط صدور فرمان تقنینی^۳ و شرح قانون

قسمت اول که بخش مقدماتی است بیشتر به قانون مورد بحث توجه شده و اقدام حقوقی یا تقنینی ولسی جرگه در تصویب قانون را مورد اشاره قرار می‌دهد.

¹. The National Assembly the of I.R. of Afghanistan (the House of People)

². The Supreme Court of the I.R. of Afghanistan

³. Foundations, Reasons and Conditions of Issuance of Legislative Decrees

۱- مبانی اصدار فرمان تقنینی:

مبانی قانونی در اصدار فرامین تقنینی، مواد ۷۹ و ۹۴ قانون اساسی است. ماده ۷۹ چنین حکم کرده است که؛ "حکومت می‌تواند در حالت تعطیل ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی، فرامین تقنینی را ترتیب کند. فرامین تقنینی بعد از توشیح رئیس جمهور حکم قانون را حایز می‌شود. فرامین تقنینی باید در خلال ۳۰ روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود و در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط می‌گردد."

ماده ۹۴ نیز در مورد تعریف از قانون بیان می‌دارد که؛ "قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد. ... " قسمت اخیر این ماده، صراحت به تنفیذ قانون از مجرای غیر از مسیر عادی آن یعنی مصوبه مجلسین است که شامل اصدار فرامین تقنینی با شرایط قانونی آن می‌باشد.

اما قانون اساسی در چند مورد دیگر نیز از فرمان تقنینی یاد و نام می‌برد: اول/ بند ۱۶ ماده ۶۴ در مورد صلاحیت‌ها و وظایف رئیس جمهور؛ "توضیح قوانین و فرامین تقنینی"^۱ دوم/ بند ۱ ماده ۹۰ در مورد صلاحیت‌های شورای ملی؛ "تصویب، تعدلیل یا لغو قوانین و یا فرامین تقنینی"^۲. سوم/ ماده ۱۲۱ در مورد صلاحیت بررسی تطابق قوانین و فرامین تقنینی با احکام قانون اساسی و تفسیر آنها. و چهارم/ در فصل اخیر آن راجع به احکام انتقالی که مصادیق و موارد آن فعلاً و عملاً کاربرد ندارد. (جز اینکه به عنوان تاریخچه حقوقی و تقنینی در نظام حقوقی افغانستان به آنها می‌توان نظر داشت).

^۱. endorsement of laws and legislative decrees

^۲. approval, amendment or abrogation of laws and legislative decrees

در مورد دلایل و توجیهات اصدار فرمان تقنینی^۱، مهم‌ترین آن، تمرکز بر قانون و قانونی بودن اقدامات یا به تعبیر حقوقی‌تر، حاکمیت قانون^۲ در جامعه است. از این جهت است که در غیبت کاری نهاد مقننه، راه بدلیل درنظر گرفته می‌شود. لذا مهم‌ترین سازوکار در تحقق هدف حکومت‌داری خوب^۳، توجه و ارتقای اصل حاکمیت قانون در جامعه است. به‌نحوی که سلطنت و سیطره قانون در تمام ابعاد زندگی فردی و جمعی بشر (از جمله مسئولین) حاضر، ناظر و حاکم باشد. حتی به نظر می‌رسد که بتوان ادعا کرد که؛ در پرتو تغییر قوانین خوب (کارآمد) بتوان مدعی وجود حاکمیت قانون در جامعه و در تمامی اجراءات شد. بر این اساس، قانون مطلوب نه تنها بستر لازم حاکمیت قانون بلکه، سازوکار اساسی در حکومت‌داری خوب نیز پنداشته می‌شود.^۴

الف) قانونیت اجراءات^۵؛ امروزه اساس و معیار تمام امور و اجراءات قانون در پرتو رعایت اصل و هدف حاکمیت قانون است. در واقع، قانونی بودن اجراءات و اقدامات یکی از مهم‌ترین اصول عمومی در اعمال اداری^۶ است که ادارات و مقامات عامه را به انجام وظایف و اعمال صلاحیت‌ها در حدود قانون وادار می‌سازد. (ماده ۶ قانون اجراءات اداری) این مسئله در خصوص، نهادهای مرتبط با فرایند تعقیب عدلي که تضمین حمایت از حیات و حیثیت اشخاص و جامعه را روی دست دارند، نیز مطرح و اساسی است. لذا اصل قانونیت جرم، جزا و محکمه صالحه،^۷ ذکر مصدر و منبع تقنینی فیصله محکم^۸ و نیز اجراءات مربوط به گرفتاری، تعقیب، اقامه دعوی، محکمه و تأمین

^۱. Reasons and Justifications of Issuance of Legislative Documents

^۲. The Rule of Law

^۳. Good Governance

^۴. اخلاقی، محمد، تحلیل اقتصادی نظام قانون‌گذاری افغانستان، کابل، انتشارات سعید، چاپ اول، ص ۲۲۹-۲۳۳

^۵. Legality of Procedure

^۶. Administrative practice

^۷. مواد ۷ و ۳۲ کود جزا

^۸. مواد ۱۲، ۱۳ و قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان

^۱. ماده ۳ قانون اجرآت جزائی

². Absence / Recess of Legislature Institution

³. The Principle of the Separation of Power

⁴. Legislation authorities and duties

⁵. Drafting

⁶. Verification / Scrutiny

⁷. Ratification

⁸. Government Bill

⁹. Approval

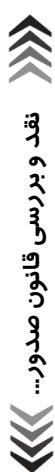
و تضمین حقوق و وجایب طرفین دعوی در تمام قضایای جزائی^۱ در قوانین تذکر رفته است. در واقع، تبیین و تحلیل حکومت قانون بر اعمال وظایف و صلاحیت‌ها از ابتدایی ترین و حیاتی ترین قواعد و اصول کاری است که در زندگی فردی و جمیع بشر باید وجود داشته باشد به خصوص، اعمال قدرت توسط مقامات عالی‌رتبه دولتی (تقنی، اجرایی و قضایی)

بنأً يا قانون موجود است و بر مبنای آن اجرآت صورت می‌گیرد، يا قانون موجود جوابگو نمی‌باشد و يا اینکه قانون اساساً وجود ندارد. در این صورت، امکان تحقیق و تعییل حکومت‌داری خوب مقدور نبوده يا ضعیف خواهد بود. بدین ترتیب، در عدم حضور مقتن و ضرورت عاجل باید فرمان تقنی صادر شده تا امور محوله متوقف نگردد يا حداقل اجرآت غیرقانونی يا فراتر از قانون در اعمال صلاحیت‌ها صورت نپذیرد تا اصل حاکمیت قانون در جامعه صدمه نییند. اصلی که سد محکمی در قانون-گریزی و مخدوش ساختن آزادی‌ها و حقوق اشخاص است.

ب) خلاً نهاد قانون‌گذار^۲؛ از جهت اصل و نظریه تفکیک قوا^۳، قوه مقتنه صلاحیت صلاحیت و مسئولیت تقنی^۴ را دارد. لذا طبق اصول و قوانین قانون‌گذاری، بعد از طی-طی مراحل تسویید^۵، تدقیق^۶ و تأیید^۷ طرح قانون از مجرای حکومت^۸، پارلمان باید آن را آن را تصویب^۹ نماید تا از طرف خانه ملت و به نمایندگی از ملت اعمال صلاحیت

کرده باشد.^۱ از این جهت، در خلاً یا تعطیلی نهاد قانونگذار و جلوگیری از پیامدهای فاحش از ابعاد مختلف از جمله اقدامات فرماقانونی یا غیرقانونی، راه بدیل یا موقت تقینی تعیین گردیده است. بر این اساس، حکومت با تأیید و اصدار فرمان تقینی که ضرورت عاجل ماهیت بنیادین آن را ترسیم و تعیین می‌کند، روند انجام امور را معطل قرار نداده و اقدام مقتضی را انجام می‌دهد. ناگفته نماند که، جهت تکمیل بحث به تحلیل میزان اهمیت و مقدم و مؤخر بودن موارد و مسائل فوق در ادامه مباحث بررسی و تحلیل خواهد شد.

علوٰ



در واقع، می‌توان تحلیل کرد که در صورت وجود شرایط شکلی و ماهوی در اصدار فرمان تقینی، صدور فرمان هم به عنوان حق^۲ و هم تکلیف^۳ حکومت تلقی خواهد شد. حق است؛ چرا که به عنوان راهکار بدیل در خلاً کاری نهاد مقننه پنداشته شده و صلاحیت رئیس جمهور در عرصه تقین برای مراقبت از اجرای قانون اساسی و اداره جامعه در ایام تعطیلی شورای ملی قابل اغماض و سکتگی نمی‌باشد. تکلیف است؛ چرا که تمام امور و تدبیر در نظم و نظام اجتماعی باید در چوکات قانون انجام و به سرانجام نیک برسند.

بدین ترتیب، آنگونه که قانون اساسی حکم نموده است، فرمان تقینی با برخورداری از شرایط قانونی به حیث قانون بوده و حتی در مواردی که خلاً قانونی مطرح باشد، حیثیت قانون را پیدا خواهد کرد.

^۱. جهت کسب معلومات دقیق از فرایند تقین در نظام حقوقی افغانستان به مقاله این نویسنده مراجعه شود: قانون؛ از مسوده تا مصوبه، مجله عدالت، سال ۱۸، برج حوت، شماره ۱۳۹۵، ۱۶۹.

^۲. Right

^۳. Duty

۲- شرایط اصدار فرمان تقنینی

در این قسمت در عین حالی که، قانون متذکره نقادی می‌شود، شرایط منطقی یا واقعی و نیز قواعد حقوقی ناظر بر ماهیت و کارکرد فرمان تقنینی را هم به بررسی می-گیریم. در واقع، از دید حقوقی، صدور این فرمان موجه و پذیرفته است اما باید تابع شرایط و محدودیت‌های قانونی باشد.^۱

۱- تعطیلی ولسی جرگه؛ شرط نهادی یا مقدماتی

مطابق ماده ۱۰۷ قانون اساسی، اجلاس عادی شورای ملی مشتمل بر دو مدت چهار و نیم ماهه (نه ماه در سال) است.^۳ بدین ترتیب منظور از تعطیلی ولسی جرگه همان رخصتی‌های یک و نیم ماهه تابستانی و زمستانی است. طبق رویه شورای ملی، پارلمان افغانستان از ابتدای سپتامبر الی پانزده میزان (رخصتی تابستانی) و از ابتدای دلو الی پانزده حوت (رخصتی زمستانی) تعطیل است. در رخصتی بودن نهاد یا مجلس نمایندگان در واقع، مقدمه و شرط ابتدایی در اصدار فرمان تقنینی بوده و زمینه را برای تحقق شروط دیگر فراهم خواهد ساخت.

قید رخصتی ولسی جرگه از این جهت است که عموماً و اصولاً پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت نخست به این جرگه تقدیم می‌شود و تنها طرح پیشنهادی قانون در امور «بودجه دولت و پروگرام انکشافی حکومت» ابتدا به مشرانو جرگه ارسال خواهد شد. (مواد ۹۷ و ۹۸ قانون اساسی)

^۱. محمدی، عبدالعلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل، نشر واژه، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۳۰۴

^۲. Absence / Recess of the House of People

^۳. "شورای ملی در هر سال دو اجلاس عادی دایر می‌کند. مدت کار هر دو اجلاس شوری، در هر سال نه ماه می‌باشد. در صورت ایجاب، شوری می‌تواند این مدت را تمدید کند. جلسات فوق العاده شوری در ایام تعطیل به امر رئیس جمهور دایر شده می‌تواند."

نکته مهم در این مورد که نباید مغفول بماند، رخصتی یا تعطیلی قانونی است.

در واقع، حکومت خواسته یا ناخواسته می‌تواند پارلمان را به سمت تعطیلی کشانیده و از این ماجرا تصامیم تقنی نخواهد نماید. مثلاً حالت اول، اتمام دوره قانونی وکالت اعضای شورای ملی است که برای ۵ سال کاری انتخاب می‌شوند. حالتی که اینکه (حمل ۱۳۹۸) جاری است. یعنی حکومت عمدتاً و نظر به شرایط سیاسی و امنیتی از اعلام نتایج نهایی انتخابات پارلمانی دریغ ورزیده و از ورود اعضای سابق نیز جلوگیری می‌کند و عملاً قوه مقننه را از ارکان ثالثه خارج ساخته است. (؟!)^۱ حالت دوم، حالت اضطرار^۲ (ناخواسته) مقابل فصل ۹ قانون اساسی است که حکومت نظر به شرایط اقلیمی، امنیتی و سیاسی برخی از صلاحیت‌های شورای ملی را بر عهده گیرده (ماده ۱۴۴)

بدین ترتیب، از نظر علمی، مبادرت قوه اجرایی به وضع قانون در این دوره شرایطی دارد که باید لحاظ شود؛ این شرایط عبارتند از اینکه:

- نیاز به قانون، جدی و واقعی باشد.
- تعطیلی قانون‌گذاری معلول عمل و سوء نیت حکومت نباشد.
- حکومت، مشروع و قانونی باشد.
- پس از پایان دوره، این فرامین به پارلمان جهت تصویب ارائه گردد.^۳

^۱. هرچند که از نظر حقوقی و قانونی نمی‌توان به وکلای سابق نیز به حیث نمایندگان برحال ملت نگریست اما با این حال، وضعیت فعلی خود نیز غیر قانونی بوده و این وضعیت نیز ناشی از عملکرد حکومت است. لذا حکومت می‌باید طبق قانون به برگزاری و اعلان نتایج انتخاباتی برنامه‌ریزی و رسیدگی می‌نمود. از طرف دیگر، اگر حکومت تمایل به ادامه این وضعیت غیر قانونی پارلمان نداشت، چرا در یک یا دو سال گذشته وجود و اجرآت پارلمان غیر قانونی را تحمل نموده است. (؟!) بدین ترتیب، مسئله عدم مشروعیت (قانونیت) تمام ساختار دولت و بویژه قوای ثالثه را نمی‌توان نادیده گرفت و بر مبنای مصالح زودگذر موقف دولت را در اجتماع و نزد افکار عامه و جامعه جهانی نامشروع ساخت. اصل اساسی و بنیادینی که مسلم پنداشته می‌شود.

^۲. State of Emergency

^۳. محمدی، پیشین، ص ۳۰۵

۲. ضرورت عاجل^۱؛ شرط ماهوی یا موضوعی

تبیین و تحلیل مفهوم دقیق و واقعی از ضرورت عاجل داشتن طرح قانون سهل و سخت است. سهل است از این جهت که، در ایام رخصتی شورای ملی نظر به وضعیت کلی جامعه یا با خلاً قانونی مواجهیم و یا اینکه، قانون فعلی پاسخگوی رفع و دفع حساسیت پیش آمده نمی باشد. لذا حکومت برای حل شرایط و اوضاع اقدام به اصدار فرمان تقنینی می نماید. سخت است از این جهت که، استعمال بیش از حد از این حق، خود منجر به بروز مشکلات و تعارضات و تقابلات بین قوای سه گانه به خصوص، قوه مقننه و قوه اجرائیه در اعمال صلاحیت های اصلی و ذاتی خواهد شد.

در واقع اگر تنوع صدور فرامین تقنینی بیش از حد معمول باشد، یعنی غیرعادی به نظر آید، می تواند شایبه دخالت در صلاحیت تقنینی شورای ملی را مطرح سازد.^۲ این در صورتی است که، حکومت ممکن است حتی در زمان فعالیت شورای ملی، قصدآ در ارسال قوانین (طرح حکومت و یا تغییرات پیشنهادی) کوتاهی نموده تا بتواند از مجرای فرمان تقنینی مقصود خود را دریافت و نظر به موانع و مشکلات درون پارلمانی آن را به ملت و نهاد قانون گذار تحمیل نماید. به نظر می رسد بتوان این حقیقت را ادعا کرد که؛ نتوان فقط عدم موجودیت قانون را در تبیین و تعیین معنا و مفهوم درست از ضرورت عاجل دخالت مستقیم داد. لذا ممکن است قانون وجود داشته باشد اما جوابگوی حل یا رفع ضرورت موجود یا حالت غیرقابل پیش بینی فعلی را نداشته باشد. همچنین برخی حقوق دانان، مفهوم «ضرورت» را به بروز «مشکلات جدی و جبران ناپذیر برای کشور یا حکومت» در دوره تعطیلی یا شروع کار رسمی ولسی جرگه

^۱. Immediate / Urgent Need

^۲. طبق مکتوب نمبر ۱۵۵/۱۹۱ مورخ ۱۳۹۷/۸/۲۲ کمیسیون امور تقنینی ولسی جرگه از بدرو ایجاد حکومت وحدت ملی تا کنون، جماعت به تعداد ۸۸ طرح قانون و یا تغییر قانون توسط فرمان تقنینی نافذ شده است.

تعییر می کنند که، باز هم تا جایی توجیه حقوقی و منطقی از اصدار فرامین مذکور است.^۱

۳- به استثنای امور مالی و بودجه^۲؛ شرط استثنا یا امور غیر مالی راجع به این شرط، قانون اساسی چند حکم دارد:

اول- "پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می گیرد." (قسمت اخیر ماده ۹۵) لذا ولسی جرگه نمی تواند طرح تقنینی اعضا را در این خصوص مطرح سازد. در این راستا، "بودجه دولت و پروگرام انتکافی حکومت از طریق مشرانو جرگه توأم با نظریه مشورتی آن به ولسی جرگه تقدیم می شود." (قسمت اخیر ماده ۹۸)

دوم- در سایر موارد نیز طرح تقنینی اعضا ولسی جرگه، مسائل بودجوی و مالی در تطبیق (طرح) قانون نیز باید سنجش و درنظر گرفته شود. لذا "هرگاه پیشنهاد طرح قانون حاوی تکلیف جدید یا تنقیص در عایدات دولت باشد، به شرطی در فهرست کار داخل می شود که در متن پیشنهاد، مدرک جبران نیز پیش بینی شده باشد." (ماده ۹۶)

۴- رعایت ميعاد زمانی^۳؛ شرط زمانی یا ميعادي

شرط اخیر شرط زمانی یا ميعادي است. یعنی حکومت باید از مجازی قانونی فرمان صادره را در خلال ۳۰ روز از انعقاد نخستین جلسه شورای ملی تقدیم آن کند. ميعاد ۳۰ روزه بعد از آغاز نخستین اجلاس شورا (نه ولسی جرگه) در واقع، همان شروع به کار بعد از رخصتی پارلمان است. لذا دیگر مهم نیست که اجلاس شورا دقیقاً بعد از ختم تعطیلی یک و نیم ماهه شروع شده باشد. مهم این است که، با برگزاری

^۱. دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص

². Except of related to budget and financial affairs

³. comply of limited term

اولین جلسه شورای ملی (ولو با طولانی شدن رخصتی)، مدت زمان مزبور دقیقاً رعایت شود. بناءً از این جهت، مشکلات کاری و اداری این دفاتر (ادارات) نمی‌تواند در محاسبه میعاد متذکره اثرباره باشد و یا هم معطلي ایجاد کند.

نکته دیگر، طی مراحل و تقدیم فرمان به شورای ملی است. در حال حاضر، مکاتبات و مراسلات اداری از جمله فرامین تقنینی حکومت از مجرای ریاست عمومی اداره امور ریاست جمهوری اسلامی افغانستان^۱ و (دفتر) وزارت دولت در امور پارلمانی^۲ از قوه اجرائیه به قوه مقننه و بلعکس آن طور رسمی و کتبی ارتباطات صورت می‌گیرد.^۳

۵- عدم رد فرمان؛ شرط تأییدی یا تکمیلی

فحواي ماده مورد بحث قانون اساسی، نشان می‌دهد که اصل بر تأیید یا نافذ بودن فرمان است، مگر اينکه توسط پارلمان رد گردد. اين اصل را می‌توان از هيئت قانون پيدا کردن فرمان با توجه به رخصتی شورای ملی که در ماده متذکره صراحت دارد، برداشت نمود. لذا فرمان تقنینی با دارا بودن تمامی شروط به حيز قانون و بناءً نافذ بوده مگر اينکه توسط مجلسين حکم به رد آن داده شود. در واقع، با تحقق شرط عدم رد فرمان، ماهیت تقنینی آن تکمیل خواهد شد. با این وضعیت، هيئت قانونی که در آغاز با فرمان بود تا زمانی که معلوم نیست، ادامه می‌یابد.

^۱. Administrative Office of the President (AOP)

^۲. State Ministry of Parliamentary Affairs (SMPA)

^۳. ماده ۸ قانون تنظیم روابط سلوکی مقامات قوای ثلاثة دولت ج. ۱.۱

"اداره امور مکلف است، طرح نهایی سند تقنینی را که از طرف حکومت تأیید، تصویب یا رد می‌گردد، غرض طی-مراحل بعدی به وزارت عدله ارسال نماید." (قره ۴ ماده ۴۵) "وزارت عدله مکلف است، طرح قانون و تعديل، ایزاد، حذف، الغاء، تعليق و ضميمه قانون را بعد از تأیید حکومت و فرمان تقنینی را به زبان‌های پشتو و دری غرض تصویب شورای ملی از طریق دفتر وزیر دولت در امور پارلمانی به ولسی جرگه ارسال نماید. وزارت عدله مکلف است، فرمان تقنینی را بعد از توشیح رئیس جمهور از طریق دفتر وزیر دولت در امور پارلمانی در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن شورا ارسال نماید." (قره ۱ و ۲ ماده ۴۶ قانون طی مراحل اسناد تقنینی)

ممکن است حالتی پیش آید که، فرمان تقنینی صادر و از سوی شورای ملی هم رد یا تأیید نگردد. اما بعد از گذشت مدت کم یا زیاد، فرمان تقنینی دیگر در زمینه (فرمان تقنینی اول) صادر شود. مثلاً قانون انتخابات سال ۱۳۹۵ منتشره جریده رسمی ۱۲۲۶ و تعديلات سال ۱۳۹۷ منتشره جریده رسمی ۱۳۲۹ در آن.

۳- شرح قانون صدور فرمان تقنینی^۱

فلسفه وجودی قانون مورد بحث:

از آنجایی که نویسنده (به حیث مشاور حقوقی) در جریان مستقیم و دلایل اصلی طرح تقنینی اعضا هستم، شاید بتوانم واقعیات این طرح را شریک سازم. کمیسیون تفتیش مرکزی و نظارت بر اجرای قانون ولسی جرگه^۲ در سال ۱۳۹۵ طرح اعضا را در زمینه ترتیب و از مجرای مصوبه ولسی جرگه و مشرانو جرگه (بعد از تصویب هیئت مختلط مجلسین) گذراند.

مهمنترین دلیل در اقدام برای تهیه طرح اعضا، تنها قانونمندسازی اصدار فرامین تقنینی از سوی حکومت بوده است. به عبارت دیگر، حکومت در بسیاری از حالات در ایام رخصتی شورای ملی (که فرصت یا شرط زمانی استفاده از این حق نیز به شمار می‌آید). به پیمانه وسیع اقدام به استعمال حق صدور فرامین تقنینی می‌نمود. به گونه‌ای که تاریخ صدور نیز یک یا دو روز قبل از آغاز به کار (اجلاس) بوده است. اقدامی که از سوی کمیسیون و برخی دیگر از کمیسیون‌ها ناموجه پنداشته می‌شد. این مسائل منجر شد تا ذهنیت و نگرش استفاده ابزاری از این حق، در کمیسیون و بالطبع در خانه ملت بر جسته و حساسیت‌زا گردد. (مانند صدور ۸۸ فرمان تقنینی در چهار سال حکومت وحدت ملی)

^۱. Describe of the Law on Issuance of Legislative Document

^۲. Commission on General Investigation and Overseeing the Implementation of Law (the House of People)

بدین ترتیب قانونی بودن فرامین تقنینی در کشور مهمترین دلیل کمیسیون مربوطه در تهیه و طی مراحل طرح تقنینی اعضا بوده است. اینک در ادامه، به شرح قانون پرداخته می‌شود. ناگفته پیداست که، اساساً ساختار یک سند تقنینی از جمله قانون مبتنی بر وجود عنوان گویا و مختصر، فهرست عناوین فصول و مواد، بیان مبنا و اهداف قانون، تعریف اصطلاحات و نیز ماده انفاذ قانون و ذکر قواعد معایر احکام است که در قانون مورد بحث تعبیه شده است.^۱

مبنا قانون، مواد ۷۹ و ۹۷ قانون اساسی بوده که در مورد صلاحیت اصدار فرمان تقنینی حکومت و طی مراحل پیشنهاد طرح قانون در کشور است. اهداف چهارگانه قانون در ماده ۲ متضمن "تحوه و فرایند صدور فرمان تقنینی، تنظیم روابط قانون‌گذاری میان قوه اجرائیه و مقننه، سرعت و سهولت در پروسه قانون‌گذاری و جلوگیری از ضیاع وقت و تطبیق بهتر و دقیق‌تر حاکمیت قانون" بیان شده است.

تعاریف اصطلاحات: قانون موردنظر از اصطلاحات مربوطه چنین تعاریفی را ارائه می‌نماید:

- ۱- ایام تعطیلی: منظور رخصتی‌های رسمی زمستانی و تابستانی شورای ملی است که در مطابقت به ماده یکصد و هفتم قانون اساسی می‌باشد.
 - ۲- عاجل بودن: موضوعی است مرتبط با منافع ملی، تمامیت ارضی، امنیت و ثبات کشور، که در زمینه قانون نافذه وجود نداشته باشد.
 - ۳- امور بودجه و مالی: مواردی است که با مسائل مالی، بودجوي، مالياتي، قراردادها، معاشات، امتيازات و سایر امور مشابه مرتبط باشد. "(ماده ۳)"
- موارد قانونی صدور فرمان تقنینی که در ماده چهارم منعکس شده است، بیان می-دارد که حکومت صرف در موارد ذیل می‌تواند فرمان تقنینی صادر نماید:

^۱. اخلاقی، پیشین، ص ۱۲۳-۱۲۵، همچنین در رابطه با ساختار و محتواي قانون مراجعه شود به؛ رسولی، محمدشرف، اصول، فنون و روشهای قانون‌گذاری، کابل، انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۲۵۵-۱۶۴

۱- در ایام تعطیلی شورای ملی. ۲- ضرورت و عاجل بودن موضوع.
بدین ترتیب، به تبعیت از ماده فوق و تعریف عاجل بودن (ذیل اصطلاحات)
"حکومت در موارد ذیل نمی‌تواند فرمان تقنینی صادر نماید:
۱- در ایام کاری شورای ملی. ۲- در امور مربوط به بودجه و مالی. ۳- در
موجودیت قانون نافذه. ۴- عدم ضرورت عاجل." (ماده ۵)
پیامد عدم رعایت مواد ۴ و ۵ این خواهد شد که، "فرمان صادره حکومت در موارد
ذیل از اعتبار ساقط است:

۱- در صورتی که فرمان تقنینی حکومت در خلال یک ماه بعد از تاریخ انعقاد
نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم نشود. ۲- در صورتی که قانون نافذه موجود
باشد." (ماده ۶)

ماده ۷ تحت عنوان «مکلفیت‌های شورای ملی» چنین حکم کرده است:
"شورای ملی مکلف است طبق فقره‌های ۳ و ۵ ماده نود و هفتم قانون اساسی،
طرح قانون و فرامین تقنینی را شامل آجندای کاری خویش نموده، تصمیم اتخاذ
نماید."

ماده اخیر راجع به «انفاذ» قانون است که اشاره می‌کند، "این قانون بعد از توشیح،
نافذ و در جریده رسمی نشر می‌گردد." (ماده ۸)

برای نقد مواد فوق باید متذکر شد که، اساساً عبارات و اصطلاحات مندرج در
قانون باید صریح، دقیق و متناسب باشد.^۱ این مسئله حتی در مورد
تعریف اصطلاحات باید واضح‌تر و ملموس‌تر باشد. یعنی جملاتی که برای تعریف
اصطلاحات نگاشته می‌شود باید در راستای شفافیت‌بخشی و وضاحت‌دهی موضوع
باشند نه اینکه آن را مغلق‌تر و پیچیده‌تر سازند. مثلاً توضیح بکار رفته برای ایام

^۱. حاجی‌ده‌آبادی، احمد، بایسته‌های تقنین، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم، ۹۶ و ۷۵، ۱۳۹۵

تعطیلی، از جهت تعطیلی‌های غیر از ایام رخصتی زمستانی و تابستانی مانند عدم افتتاح شورای ملی نبایر عدم تمایل حکومت یا حالت اضطرار، صراحت و لذا پاسخ‌گو نیست. یا عبارت منافع ملی، تمامیت ارضی و امنیت و ثبات کشور که در زمینه قانون نافذه موجود نباشد برای تفهیم عاجل بودن. همچنین بیان یک قاعده مشخص و صریح در دو ماده مجزا نیز از نشانه‌های دیگر این قانون است هرچند که منظور از آن، تأکید اُکید بوده باشد. مانند اشاره به ایام تعطیلی، ضرورت عاجل و موجودیت قانون نافذه در مواد ^۴، ^۵ و ^۶.

بخش دوم- مبنا، شرح و مفهوم ناظارت ستره محکمه^۱

ستره محکمه بر مبنای قانون اساسی و درخواست حکومت به بررسی مطابقت قانون صدور فرمان تقینی با احکام مندرج در قانون اساسی اقدام نموده و اقدام به اصدار قرار قضایی در زمینه نموده است. در این بخش به شرح و بررسی این قرار بعد از یک مقدمه کوتاه پرداخته می‌شود.

۱- مفهوم و ماهیت ناظارت یا صیانت^۲؟

اساساً بحث از تطابق قوانین عادی با قانون اساسی و لزوم تطبیق احکام مندرج در قانون اساسی، تحت موضوع ناظارت یا صیانت از قانون اساسی^۳ مطرح است. بر این اساس و به طور کلی، در میکانیزم کنترولی بر تطبیق احکام قانون اساسی، در نظام‌های سیاسی (حقوقی) دو شیوه معمول است؛ یکی ناظارت یا مکانیزم سیاسی (غیر قضایی)^۴ و دیگری ناظارت یا مکانیزم قضایی^۵ (مشترک اما متفاوت در نظام‌های حقوقی مدون^۶ و

^۱ . Foundation, describe and oversight of Supreme Court

^۲ . Concept and Nature of Overseeing of Protection

^۳ . Oversight and Protection of Constitution

^۴ . Political Review / Non-Constitutional Control

^۵ . Judicial Review / Constitutional Control

^۶ . Civil law (Continental European)

غیر مدون^۱). هرچند این بحث و جدل عموماً در ساحه حقوق اساسی جای دارد و نگارنده نمی‌تواند و نمی‌خواهد وارد آن شود. اما از جهت ارتباط مسئله با موضوع، تبیینی مختصر در وضعیت نظارت فعلی توسط ستره محکمه بر مبنای قانون اساسی ارائه می‌شود.^۲

در نظام حقوقی افغانستان نظر به احکام (مواد) مندرج در قانون اساسی^۳، قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه^۴ و قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی^۵ می‌توان گفت که؛ نظارت بیشتر از تطبیق^۶ قانون اساسی بوده اما صیانت یا حفاظت بیشتر با تفسیر^۷ قانون اساسی مطرح است. درواقع، آنگونه که صراحةً مواد قانون اساسی تبارز می‌سازد، ماده ۱۲۱ بر بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و لذا تفسیر آنها بوده که موضوع صیانت از آن است^۸ و ماده ۱۵۷ که مبنای قانونی در ایجاد کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی دارد، بر وظیفه و صلاحیت کنترول اجرای احکام آن (به شمول ارائه مشوره‌های حقوقی، پیشنهادات و گزارش‌دهی)^۹ در ساختار و فرایندهای دولت جمهوری اسلامی افغانستان اشاره می‌کند.

^۱. Common law (American)

^۲. جهت مطالعه تکمیلی رجوع شود به؛ محمدی، پیشین، ص ۴۰۷-۴۱۶

^۳. Constitutional of the I.R. of Afghanistan

^۴. Law on Organization and Jurisdiction of Judiciary

^۵. Law on Independent of Commission for Overseeing the Implementing of Constitution

^۶. Oversight from Implementation

^۷. Protection with Interpretation

^۸. "شورای عالی ستره محکمه در ساحه طرح تنظیم، پیشنهاد و تفسیر قوانین دارای صلاحیت‌های ذیل می‌باشد:

۱- بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنی، معاهدات بین‌الدول و میاثق‌های بین‌المللی با قانون اساسی، بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم.

۲- تفسیر قوانین و فرامین تقنی به اساس تقاضای حکومت یا محاکم.

۳- استکاف از تطبیق قوانین که مغایر احکام قانون اساسی باشد." (ماده ۲۸ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه)

^۹- ماده ۸ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی

ناگفته نماند که، اولین مسئولیت رئیس جمهور نیز طبق ماده ۶۴ قانون اساسی "مراقبت از اجرای قانون اساسی" است که هم طور مستقیم و هم غیر مستقیم (با گزارش‌گیری از کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و ارجاع قوانین جهت تفسیر و بررسی تطابق آنها با قانون اساسی) قابل انجام است.

اساساً برای اولین بار ارجاع بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و احکام مندرج آن، مربوط به قانون رسانه‌های همگانی و قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی برمی‌گردد. این قوانین به تاریخ ۱۳۸۷/۶/۱۰ به دو ثلث کل اعضای ولسی جرگه تصویب شده بودند. اما ریاست جمهوری در قوانین متذکره نسبت به برخی احکام آن ملاحظاتی داشت که نظر به آن، برای بررسی مطابقت آن با احکام قانون اساسی حسب ماده ۱۲۱ قانون اساسی به ستره محکمه ارسال می‌دارد. ذیلاً موارد مورد مناقشه و دلایل ستره محکمه اشاره می‌گردد؛

الف) در پاراگراف دوم ماده ۱۳ قانون رسانه‌های همگانی در خصوص "تعیین رئیس رادیو تلویزیون ملی از جانب رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه صورت می‌گیرد." حکم شده بود. دلیل رد: محصور بودن ذوات قابل تأیید از سوی ولسی جرگه در قانون اساسی.

ب) چندین ماده قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی:

ماده ۷ (پیشنهاد سلب عضویت): "پیشنهاد سلب عضویت در مطابقت به اجزای (۳، ۴ و ۵) ماده ششم این قانون از جانب حداقل پنج تن از اعضای کمیسیون مطرح می‌گردد. منظوری پیشنهاد مذکور با اکثریت آراء اعضاء از صلاحیت‌های ولسی جرگه می‌باشد. رئیس جمهور عضو جدید را در خلال مدت یک ماه از تاریخ استعفاء مطابق به احکام این قانون تعیین می‌کند."

ماده ۵ (شرایط عضویت): "داشتن تابعیت افغانستان." (جزء ۱)

ماده ۸ (وظایف و صلاحیت‌ها): "تفسیر احکام قانون اساسی به اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و حکومت." (جزء ۱)، "مطالعه قوانین نافذه غرض دریافت تناقضات با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آنها." (جزء ۴)

ماده ۱۱ (مسئونیت از تعقیب قضایی): "عضو کمیسیون بدون اخذ موافقه رئیس جمهور گرفتار، توقيف و مورد تعقیب عدلی قرار گرفته نمی‌تواند. حالات جرم مشهود از این امر مستثنی است." (فقره ۱)

ماده ۱۵ (نشر نظر کمیسیون): "نظر کمیسیون در مورد تفسیر قانون در جریده رسمی نشر می‌گردد و گزارش کار آنها از طریق رسانه‌های خبری دولتی به اطلاع عامه رسانیده می‌شود."

مهمنترین جنجال حقوقی و استدلالات بعدی ستره محکمه در قرار قضائی^(۵) مورخ ۱۳۸۸/۱/۲۵ در مورد تفویض صلاحیت در تفسیر قوانین بهویژه تفسیر قانون اساسی است که ستره محکمه نظر به وجود و تحلیل سابقه تقینی^۱ از مسووده قانون اساسی فعلى، اراده مقنن و مباحث پیرامون مسووده در لویه‌جرگه تاریخی ۱۳۸۲ در کابل آن را محدود به صلاحیت خود تبیین و تشریح کرده است.^۲ در واقع، موارد و مسائل فوق، نشان می‌دهد که فعلاً و عملاً نظارت قضایی برای صیانت از احکام قانون اساسی در نظام حقوقی افغانستان نهادینه شده باشد.

-۲- مبنای قانونی اصدار قرار قضائی متذکره:

اول/ قانون اساسی: ماده ۱۲۱ این قانون چنین حکم می‌کند که؛ "بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و

¹. legislative precedent

². جهت مطالعه تفصیلی به قرار قضایی شماره (۵) مورخ ۱۳۸۸/۱/۲۵ شورای عالی ستره محکمه منتشره جریده رسمی ۹۸۶

تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد."

دوم- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه: ماده ۲۸ این قانون تحت عنوان «صلاحیت پیشنهاد و تفسیر^۱ قوانین» بیان می‌دارد که، "شورای عالی ستره محکمه در ساحه طرح تنظیم، پیشنهاد و تفسیر قوانین دارای صلاحیت‌های ذیل می‌باشد: ۱- بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی، بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم. ۲- تفسیر قوانین و فرامین تقنینی با اساس تقاضای حکومت یا محاکم. ۳- استنکاف از تطبیق قوانینی که مغایر احکام قانون اساسی باشد." بر این اساس، "حکومت می‌تواند مواردی را که در آن تخطی از احکام قانون مطرح باشد، غرض تفسیر و اتخاذ تصمیم به ستره محکمه راجع سازد." (ماده ۲۹)

سوالاتی که مقام عالی ریاست جمهوری از مجرای فیصله کابینه در خصوص مصوبه دو ثلث ولسی‌جرگه در مورد قانون صدور فرمان تقنینی جویا شده است قرار ذیل عبارتند از:

۱- آیا شورای ملی صلاحیت وضع چنین قانونی را دارد تا صلاحیت‌های رئیس جمهوری اسلامی در حدودی که در ماده (۷۹) قانون اساسی ذکر است، را محدود نماید؟

۲- در فقره (۳) ماده پنجم و فقره (۲) ماده ششم قانون متذکره، موضوع عدم موجودیت قانون تذکر رفته و صدور فرمان تقنینی را در موجودیت قانون منع قرار داده و در عین حال آنرا از اعتبار ساقط دانسته است. اصل بحث اینجاست که ممکن است قانون در زمینه وجود داشته باشد، ولی نیاز به تعديل آن باشد و یا هم پاسخگویی

^۱. "تفسیر: توضیح و تشریح مقصود حکم قانون و ابراز اراده مقتن است." (بند ۸ ماده ۴)

نیازمندی‌های زمان نباشد. بنابرآ در نظرداشت تعهدات حکومت جهت رفاه جامعه و تعهدات آن در قبال جامعه جهانی، حکومت ناگریر است تا به این تعهدات به شکل عاجل عمل نماید.

۳- عاجل بودن در فقره (۲) ماده سوم قانون چنین تعریف گردیده است: (موضوعی است مرتبط با منافع ملی، تمامیت ارضی، امنیت و ثبات کشور که در زمینه قانون نافذه وجود نداشته باشد). بر اساس ماده (۷۹) قانون اساسی افغانستان، تشخیص ضرورت عاجل از صلاحیت‌های حکومت است. زیرا حکومت بهتر می‌داند که کدام قضایا و موارد استعجالیت دارند و بایست طی فرمان نافذ گردند. در عین حال موضوعات مرتبط با منافع ملی، دفاع از تمامیت ارضی، امنیت و ثبات کشور با توجه به ماده (۷۵) قانون اساسی افغانستان جزء وظایف حکومت‌اند. با در نظرداشت موارد فوق الذکر، چنین استتباط می‌گردد که شورای محترم ملی با تصویب این طرح، علاوه بر اینکه از مفاد ماده (۷۹) قانون اساسی افغانستان چشم‌پوشی نموده، با عبور از وظایف ناظارتی خویش، در اجرای وظایف حکومت عملاً مداخله نموده است. زیرا از دید ما شورای محترم ملی صلاحیت وضع محدودیت بر نحوه صدور فرمان تقنینی را نداشته و شرایط صدور فرمان تقنینی در ماده متذکره به گونه واضح و صریح درج گردیده است و شورای ملی نمی‌تواند برای حکومت تعیین تکلیف نماید که در کدام موارد می‌تواند فرمان تقنینی صادر کرد و در کدام موارد نمی‌توان؟

۴- **شرح قرار قضائی ستره محکمه و جواب کمیسیون امور تقنین ولسی جرگه:**

"... ستره محکمه به حیث عالی‌ترین ارگان قضائی در رأس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد."^۱ بر این اساس، ستره محکمه بر مبنای ماده ۱۱۲ قانون اساسی به تقاضای حکومت به بررسی مطابقت قانون صدور فرمان تقنینی با احکام

^۱. ذیل ماده ۱۱۶ قانون اساسی

قانون اساسی نمود و دلایل و نظرات ذیل را، طی قرار قضائی (۷۱) مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۴ (که به همراه قانون صدور فرمان تقنینی در جریده رسمی منتشر شده است) ابراز کرده است.

۱- از نظر پرنسیب‌های قبول شده و قواعد قانون‌گذاری در افغانستان، بطورکل، بنای وضع قوانین فرعی پیش‌بینی حکم صریح آن در قانون اساسی افغانستان تشکیل می‌دهد، که آن را «قانون ارگانیک»^۱ می‌نامند. چنانکه در موارد متعدد قانون اساسی افغانستان به آن تصریح گردیده، اما برخی دیگری از قوانین، نظر به ضرورت ارکان دولت بدون تصریح بنای آن در قانون اساسی، طرح، ترتیب و طی مراحل می‌گردد که این دسته را «قوانين عادی»^۲ می‌نامند. بدین ملحوظ، صلاحیت طرح قوانین ارگانیک به استثنای قانون مندرج ماده (۱۱۶) قانون اساسی، مشترکاً مربوط قوه اجرائیه و مقنه می‌باشد، ولی طرح قانون عادی نظر به عرصه کاری، از صلاحیت‌های اختصاصی هر یک از قوای ثلاشه بشمار می‌رود. چنانکه در مواد (۹۵ و ۹۷) قانون اساسی افغانستان به آن اشاره شده است. با رعایت این پرنسیپ، طرح و تصویب «قانون صدور فرمان تقنینی من جانب ولسی‌جرگه از یک طرف» با در نظرداشت ماده (۷۹) قانون اساسی بطورکل، تشییث و اصطکاک در صلاحیت حکومت و قوه اجرائیه تلقی می‌گردد و از جانبی هم-چون احکام مندرج مواد (۷۹ و ۹۷) قانون اساسی صراحتاً، اشارتاً یا دلالتاً راجع به وضع قانون مشخص در عرصه تنظیم امور مربوط به فرمان تقنینی حکم معینی را پیش-بینی نموده، بنابر وضیع آن، اضافت بر قانون اساسی پنداشته می‌شود.

۲- مطابق حکم ماده (۷۹) قانون اساسی افغانستان، پیشنهاد طرح قانون از جانب حکومت در حالت انعقاد اجلاس شورای ملی نخست به ولسی‌جرگه تقدیم می‌گردد، اما چنانچه در فوق نیز به آن اشاره شد، ماده (۷۹) قانون اساسی حالات خاصی را برای

^۱. Organic law

^۲. Ordinary law

صدور فرمان تقنینی حکومت (منحیث قانون) که همانا (تعطیلی ولسی جرگه) و (ضرورت عاجل) می‌باشد، قید نموده و توشیح رئیس جمهور بر آن را شرط اجرائی و تنفیذی وضع نموده است.

۳- قانون اساسی افغانستان اصل را بر این بنا نموده است که با توجه به مسئله تفکیک قوا، پیشنهاد طرح قانون مطابق ماده (۹۷) قانون اساسی از جانب حکومت یا اعضا شورا صورت می‌گیرد و پیشنهاد طرح قانون در ساحه تنظیم امور قضایی مطابق ماده (۹۵) قانون اساسی از طرف ستره محکمه توسط حکومت صورت گرفته می‌تواند. دلیل اینکه چرا قانون‌گذار افغانستان مرجع پیشنهاد طرح قانون را به صورت عام به اعتبار ساحه کاری ارکان ثالثه دولت در ماده (۹۷) و (۹۵) قانون اساسی مشخص نموده، این است که صلاحیت‌های قانونی یک قوه توسط قوه دیگر محدود نگردد. مطابق ماده (۹۴) قانون اساسی افغانستان، قانون مصوبه هر دو مجلس شورای ملی است که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد. نتیجه اینکه حکومت مطابق به ماده (۷۹) در حالت ضرورت عاجل و بدون هیچ قید دیگر (از جمله تصویب قانون صدور فرمان تقنینی) اضافت بر نص قانون اساسی می‌باشد.

۴- در رابطه به ضرورت عاجل باید متذکر شد که هدف همان ضرورتی است که حکومت در ساحه کاری خود، احساس نموده و غرض رفع آن فرمان تقنینی صادر می-نماید، تا اداره و تنظیم امور که در آن باب ضرورت بر وضع فرمان تقنینی دیده شده است، جنبه الزامی و قانونی را به خود احراز نماید. بدین مفهوم، که هر نوع اعمال حکومت و احراز صلاحیت از جانب آن، باید توسط قانون تنظیم گردد. اینکه حکومت بر مبنای ماده (۷۹) و به اساس ضرورت عاجل لازم می‌بیند که فرمان تقنینی ترتیب نماید، در واقع بیانگر قانون‌مند نمودن اجرآت در ساحه کاری حکومت می‌باشد. البته با توجه به اینکه فرامین تقنینی باید در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه

شورای ملی به آن شورا تقدیم گردد و اگر فرمان مذکور از طرف شورای ملی رد شود از اعتبار ساقط می‌گردد.

۵- نص قرار: روی دلایل فوق مصوبه شورای ملی مبنی بر تصویب قانون صدور فرمان تقینی در مطابقت با قانون اساسی افغانستان نمی‌باشد، بنابراین اعتبار قانونی و حقوقی آن تصمیم اتخاذ گردید.

در ادامه و در اخیر، مهم‌ترین دلایل و توجیهات کمیسیون امور تقینی ولسی جرگه (صادره مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۴) در رد نظریات شورای عالی ستاد محاکمه و اصرار بر مصوبه شورای ملی را طور مختصر اشاره می‌نماییم.

اول / وظیفه قانون‌گذاری در اصل، صلاحیت انحصاری شواری ملی بوده و در موارد استثنایی بنابر ضرورت عاجل، صلاحیت شبه قانون‌گذاری به مرعج دیگری (حکومت) نیز تقویض شده است. در این راستا شورای ملی می‌تواند طبق ماده ۹۴ قانون اساسی با مصوبه دو ثلث، نظر رئیس جمهور را رد نماید. لذا صدور فرمان تقینی پیرامون موضوعاتی که در خصوص آن قانون نافذه موجود است، بدین معناست که حرف اخیر (در ساحه قانون‌گذاری) با رئیس جمهور می‌باشد، که این کار خلاف نصوص احکام قانون اساسی خواهد بود.

دوم / فرمان تقینی در واقع قانون نبوده، بلکه نظر به ماده ۷۹ قانون اساسی حکم قانون را حایز می‌باشد. لذا هیچگاه شبه قانون نمی‌تواند قانون نافذه را ملغی و یا حتی تعديل سازد. با این حال، در ایام تعطیلی شورای ملی و بروز حالت بحران، رئیس جمهور طبق ماده ۱۰۷ قانون اساسی باید جلسه فوق العاده را دایر نماید.

سوم / از آنجایی که طبق مواد ۵، ۵۶، ۶۴ و ۷۵ قانون اساسی الزامیت در تعییل و تطبیق احکام قانون اساسی تبیین شده است، بی‌اعتبار ساختن قانون توسط قوه قضائیه علاوه بر نقض نص مواد فوق، جایگاه، صلاحیت و اصل استقلالیت نهاد مقننه و مسئله تفکیک قوا مخدوش خواهد شد که خلاف روح قانون اساسی (و اصول پذیرفته شده

حقوقی) است. لذا صلاحیت تفسیر (مشوره) قوانین عادی و نه رد آنها در صلاحیت ستره محکمه می‌باشد و نه فراتر از آن.

نتایج

امروزه مسلم شده است که اصل یا مسئله تفکیک قوا در نظامهای سیاسی نهادینه و برای تحقق عدالت و حکومت‌داری و منع فساد رعایت می‌گردد. لذا نهاد مقننه نهاد صالح در تقنین و نمایندگی از ملت، نهاد قضائیه نهاد صالح در تحقق عدالت و قضاوت در قضایا و نهاد اجرائیه نهاد صالح در اجرا و تأمین نظم و امن در جامعه پنداشته می‌شود. از این جهت در ساحه صلاحیت و تخصص نهادها، نهاد دیگر صلاحیت برترو ختم‌دهنده را نخواهد داشت. از این منظر، قانون‌گذاری ایجاب می‌نماید که رئیس دولت نتواند مصوبات تقنینی شورای ملی را در نهایت خدشه‌دار سازد. حتی در حالت مخالفت با مصوبه شورای ملی، مصوبه دو ثلث ولسی‌جرگه حائز شرط تقنینی و تنفیذی می‌باشد. (مفهوم ماده ۹۴ قانون اساسی)

از مجموع مباحث و مستندات فوق می‌توان عمدۀ توجیه و تمرکز را برای بروز رفت از بن‌بست حقوقی را تفهیم و تبیین درست و منطقی از مسئله "ضرورت عاجل" باید دانست. در واقع، مهمترین توجیه قانون اساسی و حکومت و حتی منطق اصلی در اصدار فرمان تقنینی، از یک سو و رفع شباهات و اشکالات برای ایجاد فضای مطلوب و مساعد بین قوای سه‌گانه در راستای "رعایت تکامل و ثبات نظام حقوقی" (ماده ۱۷ قانون طی مراحل استناد تقنینی)، از دیگر سو تمرکز بر همین ضرورت عاجل بودن فرمان تقنینی است.

از یک قضاوت عادلانه و دلسوزانه از بحث، باید اشاره نمود که، ضرورت عاجل داشتن فرمان اساساً وابسته به بود و نبود قانون ماقبل یا نافذ در زمینه نیست. اما از طرف دیگر حکومت از حق اصدار فرامین تقنینی به عنوان یک ابزار و حریبه تقنینی استفاده نموده و این نیز تا حدی به مشکلات و موانع در شورای ملی برمی‌گردد: کم و

منابع:

الف) کتب:

- اخلاقی، محمد، تحلیل اقتصادی نظام قانون‌گذاری افغانستان، کابل، انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۹۶
 - حاجی‌ده‌آبادی، احمد، بایسته‌های تقنین، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۵
 - دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ اول، ۱۳۸۹
 - رسولی، محمد اشرف، اصول، فنون و روشهای قانون‌گذاری، کابل، انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۹۳
 - محمدی، عبدالعلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل، نشر واژه، چاپ دوم، ۱۳۹۵
- ب) اسناد تقنینی:

کیف جلسات، برخوردها، تعاملات و مسائل سیاسی در مواجهه با طرح‌های تقنینی واصله (غیر حقوقی، قومی و امثال آن). لذا اعمال صلاحیت‌های رئیس جمهور در عرصه‌های اجرائی، تقنینی و قضائیه و برای مراقبت از اجرای قانون اساسی، صرف در راستای "رعایت مصالح علیای مردم افغانستان" معنا دارد و بس. (مواد ۶۰، ۶۴ و ۶۶ قانون اساسی) از منظر تبیین و تحلیل صلاحیت‌ها و وظایف حکومت (رئیس جمهور) – برخلاف شورای ملی – نیز، توشیح قوانین و نه لغو آنهاست. (مواد ۶۴ و ۹۰، همان) ستره محاکمه نیز در راستای تحقق عدالت، صداقت و استقلالیت خویش بدور از هرگونه وابستگی و اثرباری وظیفه ایمانی و وجودانی خویش را انجام داده و در مسیر مصالح علیای مردم و بازاعتمادسازی مقتدرانه گام بردارد.

شاید مهمترین مصدق و معیار قانونی بودن یا نبودن صدور فرمان تقنینی بدون نظرداشت غرض و مرض‌های سیاسی مقامات ذیصلاح، رفع و جلوگیری از بروز مشکلات و مصائب وارد به کلیت نظام اجتماعی، سیاسی و اقتصادی باشد. در واقع، ضرورت عاجل ایجاب می‌کند که در خلاً حضور نهاد مقتنه با اصدار فرمان تقنینی بخواهیم مانع ورود توان کلان و جنجال غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل کنترول در سطح ملی را بگیریم. در غیر آن، انجام طی مراحل تقنین عادی شاید مناسب‌ترین و معقول‌ترین گرینه حقوقی و قانونی باشد.

- ۱ قانون اساسی؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۸۲
 - ۲ قانون طی مراحل اسناد تقینی؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۹۷
 - ۳ قانون صدور فرمان تقینی؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۹۷
 - ۴ قانون اجرآت اداری؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۹۷
 - ۵ کود جزا؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۹۶
 - ۶ قانون اجرآت جزائی؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۹۳
 - ۷ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۹۲
 - ۸ قانون تنظیم روابط سلوکی مقامات قوای ثالثه دولت ج. ا؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۹۰
 - ۹ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۸۸
 - ۱۰ قانون رسانه‌های همگانی؛ منتشره جریده رسمی ۱۳۸۸
 - ۱ اصول وظایف داخلی ولی‌سر جرگه؛ مصوب ۱۳۹۶



نقد و بررسی قانون صدور...

فرایند و شرایط صدور فرمان تقنینی

معراج الدین معراج

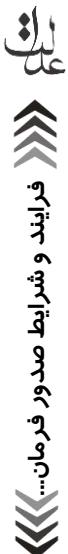
چکیده

فرمان تقنینی، مجموعه قواعد حقوقی عام و الزام آور است که در صورت ضرورت عاجل، به اساس ماده هفتاد نهم قانون اساسی از جانب حکومت ترتیب و توسط رئیس جمهور توشیح گردیده باشد. در روز های تعطیلی شورای ملی، رئیس جمهور می تواند مسوده قانونی را در حالت ضرورت عاجل به صورت فرمان تقنینی توشیح نماید که حائز حکم قانون است. فرامین تقنینی باید در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود. در صورت فرامین تقنینی توسط شورای ملی تصویب شود به قانون تبدیل می شود اما، در صورت رد از اعتبار ساقط اند. توسل به فرمان تقنینی در نظام های دموکراتیک به عنوان یک استثناء، استثنای که فraigir و عمومی شده یک امر رایج و معمولی است به هدف رسیدگی به موقع در بعضی موارد برای امر حقوقی و اداری صورت می پذیرد. که بنابر دلایل و عواملی از لحاظ فنی و حقوقی موجه پذیرفته شده است.

واژگان کلیدی: قانون ، فرمان تقنینی، طی مراحل

۱- بیان مسئله

یکی از صلاحیت های مهم و تأثیر گذاری قدرت اجرایی و حکومت در افغانستان صدور فرمان تقنینی است، که به اساس ماده هفتاد نهم قانون اساسی توسط حکومت ترتیب و توسط رئیس جمهور توشیح گردیده باشد. مطابق حکم ماده نود قانون اساسی، فرمان تقنینی باید توسط حکومت در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود. اگر چه حکومت فرامین تقنینی را در این مدت به شورای ملی تقدیم نموده است. اما، بنابر عدم تقدیم ظرف زمانی تصویب فرمان تقنینی توسط شورای ملی در قانون اساسی، شورای ملی فرامین تقنینی را به اسرع وقت تصویب یا رد نکرده است. مثل فرمان تقنینی راجع به نافذ شدن قانون منع خشونت علیه زن که در سال ۱۳۸۹ نافذ شد و شورای ملی تا کنون آنرا رد و تصویب ننموده است. موعدی که باید در خلال آن شورای ملی فرامین تقنینی را تصویب یا رد نماید در قانون اساسی پیش بینی نشده است. لذا ، مطابق ماده هفتاد نهم قانون اساسی تا زمانی که فرامین تقنینی از طرف شورای ملی رد نشود دارای اعتبار می باشد. در پژوهش حاضر، فرایند و شرایط صدور فرمان تقنینی در نظام حقوقی افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است.



بحث اول) فرایند صدور فرمان تقنینی

فرایند یا پروسه در علوم مختلف معانی مختلفی دارد و در کسب و کارها و سازمان ها به مجموعه ای از اعمال ساختار یافته و مرتبط ایجاد کننده یک خدمت یا یک محصول گفته می شود، با در کاربرد های مربوط به دیگر علوم به دنباله ای از تغیرات رخ دهنده در ویژگی های یک سیستم یا شی گفته می شود که این تغیرات می توانند به طور طبیعی رخ دهنده یا طراحی شده باشند، به پروسه گاه آمایش گویند. فرایند به معنی پیش رفتن، هماهنگی دارند و پیشرفت گام به گام به سوی هدفی را می

رسانند. به طور خلاصه اصطلاح روند، یعنی تغیر مرحله به مرحله به سمت یک هدف معین.

در نظام های دموکراتی، صلاحیت وضع قانون و قانونگذاری به عهده نهادی است که اعضای آن انتخابی اند و از طرف مردم انتخاب میشوند. به همین اساس، قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان به شورای ملی (پارلمان) تعبیر میگردد که از نظر قانون اساسی، عالی ترین مرجع قانونگذاری است.^۱

در ماده ۷۹ قانون اساسی آمده است: «حکومت می تواند در حالت تعطیل ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی، فرامین تقنینی را ترتیب کند. فرامین تقنینی بعد از توشیح رئیس جمهور حکم قانون را حایز می شود. فرامین تقنینی باید در خلال ۳۰ روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم می شود و در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط می گردد.».

چنان که از صراحت این ماده فهمیده می شود، فرمان تقنینی احکام قانونی ای است که صلاحیت تصویب آن به حکومت و رئیس جمهور داده شده است. فرمان تقنینی، از نگاه ماهیت حقوقی بعد از توشیح رئیس جمهور، حکم قانون را دارد. این بدان معنی است که فرمان، در شکلیات خود، قانون نیست چون قانون مصوبه هر دو مجلس

^۱. قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ ش

شورای ملی است که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، ولی از نظر لازم الاجرا بودن، حکم قانون را دارد.^۱

سوالیکه مطرح می‌گردد اینکه، فرمان تقنینی کدام مراحل را طی می‌کند و شرایط صدور فرمان تقنینی چیست؟

در پرسش به سوال باید گفت که فرمان تقنینی از نگاه شکلی و اجرایی در دو مرحله طی مراحل می‌شود:

گفتار اول) مراحل فرمان تقنینی

نخست، قبل از تشکیل شورای ملی، حکومت ناگزیر به منظور تنظیم امور و سامان دهی کشور به اسناد قانونی و حقوقی نیازمند است. پس در صورت عدم تشکیل شورای ملی با قوه مجریه جبران و از طریق حکومت، با ترتیب و صدور فرمان تقنینی، تلافی میگردد.^۲ در این مرحله فرمان تقنینی، ترتیب توسط شورای وزیران با در نظرداشت شرایط مندرج ماده ۷۹ قانون اساسی؛ توشیح از طرف رئیس جمهور و نشر در جریده رسمی، را می‌پیماید. ماده ۷ بند ۴ قانون طرز طی مراحل نشر و افذاذ اسناد تقنینی پیرامون طرز طی مراحل فرمان تقنینی حکومت می‌گوید: «الف- ترتیب توسط شورای وزیران با در نظرداشت شرایط مندرج ماده ۷۹ قانون اساسی؛ ب - توشیح از طرف رئیس جمهور و ج - نشر در جریده رسمی.

ثانیاً، در این مرحله به دوران تشکیل شورای ملی مربوط می‌شود، با وجود مرجع و نهاد مشروع قانونگذاری، تنها، در صورت ضرورت عاجل یا همان مصلحت و تعطیلی پارلمان، قانون اساسی به حکومت صلاحیت وضع و ترتیب فرمان تقنینی را میدهد که

^۱. سرور، دانش، حقوق اداری افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۱۷۸.

^۲. قانون اساسی، پیشین، مواد ۱۵۹ و ۱۶۱.

با توشیح رئیس جمهور حکم قانون را دارد و از اعتبار و قدرت اجرا برخوردار است.^۱ ماده ۲۳ قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی پیرامون ارسال فرمان تقنینی به شورای ملی تصریح می کند: « حکومت مکلف است، طبق حکم ماده ۷۹ قانون اساسی فرامین تقنینی را در خلال ۳۰ روز بعد از انعقاد نخستین جلسه شورای ملی، به آن تقدیم نماید.».

حکومت چنانچه صلاحیت صدور فرامین تقنینی را دارد، مکلفیت های نیز در مورد دارد؛ حکومت بعد از آغاز نخستین جلسه شورای ملی، مکلف است تا فرامین را در خلال سی روز به آنها تقدیم نماید.

گفتار دوم) نقش شورای ملی در قبال فرامین تقنینی

در صورتی که فرامین تقنینی در موعد مقرر به شورای ملی تقدیم شود، شورای ملی صلاحیت رد و یا تائید آنرا دارد. (ماده ۹۰ بند قانون اساسی). بر این اساس در صورت رد، فرامین تقنینی از اعتبار ساقط میشود. اما، در صورت تائید فرمان تقنینی پس از توشیح دوباره رئیس جمهور به قانون تبدیل میشود. چنانچه قبلًا گذشت، موعدی که در آن شورای ملی باید فرامین را تصویب و یا رد نماید، در قانون اساسی پیش بینی نشده است. و تا زمانی که فرامین تقنینی از طرف شورای ملی رد نشود معتبر آنده.

هرگاه فرمان تقنینی از طرف شورای ملی رد گردید از اعتبار ساقط میشود. پس آیا فرمان مذکور از زمان تصمیم شورای ملی مبنی برد یا الغاء، ملغی شمرده میشود و یا از زمان تصویب آن؟

فرامین تقنینی که از طرف شورای ملی رد گردد، از زمان رد ملغی شمرده میشود و اثری به آن مرتب نمی شود. هرگاه اجرآت مطابق آن صورت گرفته باشد، معتبر بوده

^۱. عبدالعلی، محمدی، حقوق اداری افغانستان، تهران: مؤسسه اشارات عرفان، ۱۳۹۰، ص ۷۹

بعد از رد فرامین تقنینى از طرف شورای ملی، حکم مذکور به حال خود باقیست. اما از زمان رد فرامین تقنینى از سوی شورای ملی، احکام آن قابل اجرا نیست و ملغی قرار میگیرد.

در صورتیکه فرامین تقنینى در موعد مقرر در قانون اساسی به شورای ملی ارایه نگردد، تکلیف چیست؟ در صورتیکه فرمان تقنینى در موعد مقرر به شورای ملی تقدیم نشود، از اعتبار ساقط است. ماده ۲۳ قانون طرز طی مراحل نشر و افذاذ اسناد تقنینى پیرامون ارسال فرمان تقنینى به شورای ملی تصریح می کند: « حکومت مکلف است، طبق حکم ماده ۷۹ قانون اساسی فرامین تقنینى را در خلال ۳۰ روز بعد از انعقاد نخستین جلسه شورای ملی، به آن تقدیم نماید. هرگاه حکومت به هر دلیلی، فرمان تقنینى را در خلال مدت معینه به شورای ملی تقدیم نکند، فرمان تقنینى از اعتبار ساقط و رد شده محسوب میگردد. ».

در نتیجه می توان گفت که، صلاحیت رد و یا تصویب فرامین تقنینى توسط شورای ملی به صورت خودکار در قانون پیش بینی گردیده است که یک میکانیزم بهتر میباشد، یعنی واگذاری این اختیار به صورت خودکار به شورای ملی می تواند تأخیر احتمال آنرا بی اثر کند.

بحث دوم) شرایط صدور فرمان تقنینى

فرامین تقنینى همان قوانین مصوب پارلمان، بعد از توشیح رئیس جمهور حکم قانون را به خود گرفته، همانند قانون نافذ و لازم الاجراء میباشد. به همین لحاظ حد اکثر آنکه صدور فرمان تقنینى ممکن است همراه با شرایط و محدودیت های است که بیان آن با وجود این که شیوع و گسترش آن در نظام های دموکراتی هنوز هم نگرش سنتی در تفکیک قوا و احترام به حریم هر یک از قوای کشور در مباحث سیاسی و حقوقی، جایگاه ارزنده دارد. به همین ترتیب، در این بحث نظر به قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان به شرایط صدور فرامین تقنینى می پردازیم.

با توجه به حکم قانون اساسی و بخاطر عدم مواجه شدن دولت به خلا قانون، صلاحیت صدور فرامین تقنینی و توشیح آن از منظر قانون گذار اساسی دارای شرایط مهم و اساسی آتی میباشد، که عبارت از شرایط زمانی (گفتار اول)، شرایط موضوعی (گفتار دوم)، شرط ماهوی (گفتار سوم) و شرط صحت و اعتبار در (گفتار چهارم) مورد بررسی قرار میدهیم:

گفتار اوم) شرط زمانی

شرط زمانی این است که ولسی جرگه در حالت تعطیل باشد. مطابق قانون اساسی،
شورای در هر سال دو اجلاس عادی دایر میکند. هم چنان مدت کار هر دو اجلاس
شورا، در هر سال نه ماه است.^۱

همچنان مطابق ماده ۳۹ وصول وظایف داخلی ولسی جرگه: «مدت کار دو دوره اجلاس جرگه در هر سال نه ماه است که به دو دوره کاری چهار و نیم ماه تقسیم میگردد، مگر این که ضرورت مندرج ماده نود و نهم قانون اساسی پیش آید». بنابرین، موعد تعطیلات تابستانی و زمستانی ولسی جرگه بالترتیب از پانزدهم جوزا تا اول اسد و از پانزدهم قوس الی اول دلو هر سال می باشد.» و نیز این حکم در مورد مشرانو جرگه قابل تطبیق است. سوالیکه به ذهن میرسد این است که چرا در ماده هفتاد و نه قانون اساسی تنها ولسی جرگه ذکر شده و از مشرانو جرگه ذکر صورت نگرفته، در حالیکه مطابق ماده ۱۰۹ اصول وظایف داخلی مشرانو جرگه فرامین تقنینی بعذار تصویب ولسی جرگه به مشرانو جرگه نیز فرستاده شود، زیرا تصویب تعديلی لغو فرامین تقنینی نیز از جمله صلاحیت های شورای ملی است (ماده ۱۰۹ ق.ا). در جواب میتوان گفت که دلیل این که چرا در ماده ۷۹ قانون اساسی تنها ولسی جرگه ذکر کرده است، نه مشرانو جرگه، این است که فرامین تقنینی مثل طرح قوانین نیز بعد

۱. قانون اساسی، پیشین،

از توشیح رئیس جمهور، از طریق وزارت دولت در امور پارلمان به ولسی جرگه فرستاده میشود. بنابرین، در ماده ۷۹ قانون اساسی تنها ولسی جرگه ذکر گردیده است. همچنان روشن می شود که شورای ملی (پارلمان افغانستان) در هر سال در کل سه ماه تعطیل است، به این ترتیب، بر اساس قانون اساسی، قانونگذاری در نظام حقوقی و سیاسی کشور مواجه به یک فاصله زمانی معین است که تعطیل پارلمانی را به دنبال دارد. هرگاه در این فاصله زمانی، ضرورت به وضع یک قانون شود. راه حل چیست؟ دوم اینکه آیا منظور از تعطیل شورای ملی (پارلمان) همان تعطیل ماده ۱۰۷ قانون اساسی است. و یا سایر مواردیکه پارلمان کشور قادر به تشکیل جلسه نباشد؟ در پاسخ به پرسش اول باید گفت که قانون اساسی، ترتیب فرمان تقنینی از سوی حکومت را شناسائی نموده که با توجه به شرایطی، در حکم قانون است و خلا قانون را پر نماید. اما به عقیده حقوق دانان توسط حکومت مشروط به این که:
 اولاً: حکومت به آن قانون نیاز مبرم و واقعی داشته باشد؛
 ثانیاً: فترت قانونگذاری، معمولاً وقایع غیر مترقبه باشد، نه معلول عمل و سوءنیت حکومت؛

ثالثاً: حکومت واضح قانون و مقررات، حکومت مشروع و قانونی باشد؛
 رابعاً: حکومت پس از پایان دوره فترت، فرامین مذکور را به پارلمان جهت بررسی و تصویب ارایه نماید.^۱

۳۹

آنچه که در این رابطه به خصوص در مورد شرط زمانی یا دوره فترت به نظر میرسد این که اولاً این فترت، از سوءنیت حکومت بیرون است، چون یک امر عادی و پیش بینی شده در قانون اساسی است نه امر غیر عادی.^۲

۱. موتمنی، طباطبایی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷، ص ۳۳

۲. محمدی، عبدالعلی، پیشین، ص ۸۲

اما، اگر حکومت نیازمند قانون است و به قانون نیاز دارد، میتوانند با وجود این که پارلمان در زمان معین تعطیل است طرح قانون را آماده نموده و قبل از فرارسیدن تعطیل به پارلمان ارایه نماید، چنانچه این که پارلمان طبق قانون اساسی وظیفه دارد به اتخاذ تصمیم در مورد طرح قوانین، معاهدات و پروگرام های انکشافی که به اساس تقاضای حکومت ایجاب رسیدگی عاجل را نماید اولویت دهد (ماده ۹۷ قانون اساسی).

همچنان بر اساس اصل حاکم و همکاری بین قوا و نیز مطابق قانون اساسی «حکومت وظیفه دارد طرح قانون را تدوین و غرض بررسی و تصویب به شورای ملی ارایه نماید. (ماده ۹۵ و ۹۷ ق. ۱). و روند تدوین و بررسی چیزی نیست که فوراً رخ دهد چون تدوین طرح قانون نیازمند روند طولانی و زمان گیر است و بعيد به نظر میرسد که در فاصله یک و نیم ماه به انجام برسد. در پاسخ به این سوال که، آیا منظور از تعطیلی شورای ملی همان تعطیل ماده ۱۰۷ قانون اساسی است و یا سایر مواردی که شورای ملی به هر دلیلی و یا در هر زمانی که قادر به تشکیل جلسات نباشد، را نیز شامل میشود؟

در مورد تعطیل شورای ملی، این که منظور تعطیل تابستانی و زمستانی بین هر دو اجلاس سالانه است که در ماده یکصد و هفت قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است، باید گفت که ظاهر ماده ۷۹ قانون اساسی بیانگر آن است که تعطیلی باید رسمی مندرج ماده یکصد و هفت قانون اساسی باشد، اما دلیل اصلی که باعث صدور فرمان تقینی میشود، این است که شرایط زمانی به گونه ای باشد که جلسات پارلمان برای تصویب قوانین دایر نباشد و نتواند مطابق ضرورت، قانون را به تصویب برساند. این دلیل میتواند در حالات دیگری غیر از تعطیل رسمی، نیز وجود داشته باشد، مانند حالت

اضطراری یا حالت انحلال و یا حالت فاصله بین دوره قبلی تقینی و دوره بعدی که به هر دلیل ای شورای ملی نتوانسته است جلسات خود را دایر کند.^۱

به عقیده برخی از حقوق دانان، قانون اساسی حالت رسمی تعطیل ای پارلمان را مورد توجه قرار داده است، نه تعطیل غیر رسمی پارلمان را مثل حالات اضطراری، حالت انحلال و یا حالت ای که پارلمان به هر دلیلی قادر به تشکیلات جلسات نیست. در حالی که براساس احترام به اصول دموکراسی و رعایت حریم قانون گذاری، مناسب تر آن بود که فرض فقدان و عدم تشکیل یا حداقل، فرض ناتوانی پارلمان در تشکیل جلسات را مدنظر قرار می داد.^۲ مثل این که در کشور بلژیک، فرمان تقینی (LOW ORDER) به قوانین مصوب از سوی حکومت اشاره دارد که طی جنگ های اول و دوم جهانی، در زمانیکه پارلمان کشور قادر به تشکیل جلسه نبود، صادر شده است.^۳ به همین ترتیب در ماده ۱۰۸ قانون اساسی مصر آمده است که رئیس جمهور میتواند عندالضرورت و در حالت استثنائی و بنابر تفویض صلاحیت از مجلس نماینده گان با دو ثلث آراء، فرمان تقینی صادر کند.^۴

گفتار دوم) شرط موضوعی

ترتیب بودجه و تنظیم وضع مالی دولت در نظام حقوقی افغانستان از وظایف حکومت است (ماده ۷۵ بند ۴ قانون اساسی). این وظایف عملاً توسط وزارت مالیه جمهوری اسلامی افغانستان انجام میشود. بدین ترتیب بودجه دولت به طور یک کل به

۱. دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل: مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ۱۳۸۹، چاپ اول، ص ۶۲۱

۲. محمدی، عبدالعلی، پیشین، ص ۷۰

^۳ Wikipedia, the free encyclopedia

^۴. دانش، سرور، پیشین، ص ۶۲۰

شورای ملی تقدیم میشود. مطابق قانون اساسی، پیش نهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی تنها توسط حکومت امکان پذیر است و بس (ماده ۹۰ قانون اساسی).

براساس حکم ماده ۹۷ قانون اساسی پارلمان بدون هیچ گونه دخالت در مورد تدوین یا تعديل طرح قانون بودجه و امور مالی، میتواند آنرا بصورت یک کل و بدون کمترین تغییر و جابجای در ردیف های بودجه و تخصیص مالی برنامه، تصویب یا رد کند. و هم چنان مطابق حکم ماده ۹۰ قانون اساسی تصویب بودجه از جمله صلاحیت های شورای ملی است. در صورت رد بودجه از طرف پارلمان، حکومت مؤلف است از طرح قانون بودجه و امور مالی دفاع کند و نسبت به توجیه و قانع ساختن پارلمان مبادرت ورزد و یا نکات مورد نظر پارلمان را اصلاح و تعديل نماید. امکان دارد رخصتی زمستانی نمایندگان و سناتوران شورای ملی مصادف با روز های تصویب بودجه باشد، لذا ماده ۹۹ قانون اساسی نمایندگان و سناتوران شورای ملی را مکلف نموده است اول بودجه را تصویب و سپس به رخصتی زمستانی بروند. یعنی در صورتیکه تصویب بودجه در دستورکار شورای ملی قرار داشته باشد، شورای ملی نظر به اهمیت موضوع نمی تواند به رخصتی زمستانی برود، مگر اینکه در مورد موضوع نظر خویش را ابراز کند.

همان گونه که ملاحظه میگردد قانون اساسی، بودجه و امور مالی را از گستره شمول فرمان تقینی خارج می داند و حکومت را از مبادرت به ترتیب فرمان تقینی در موضوع مالی و بودجه بر حذر میدارد. شاید منع ترتیب و تصویب فرمان تقینی توسط حکومت در موضوع مالی و بودجه به دلیل اهمیت و حساسیت آن است. بودجه در واقع، سند مالی و اندازه دخل و خرچ دولت است که پس از کارشناسی لازم، برای یک سال مالی ترتیب و تنظیم و تصویب می شود و مورد اجرا قرار میگیرد و معمولاً منابع عاید و مصرف در سند بودجه به بخش عادی و بخش انکشافی به اساس برنامه ها

بطور دقیق بیان میشود. بنابرین، دخل و مصرف یا جرح و تعديل آن در طول سال ناموجه و غیر قابل قبول شمرده میشود.^۱ لذا رئیس جمهور نمی تواند سند بودجه را توسط فرمان تقینی در دوره تعطیلی شورای ملی نافذ نماید. زیرا چنانچه تفصیل آن گذشت، ترتیب و طرح قانون بودجه از صلاحیت های حکومت است، اما تصویب آن که مشمول استثنای قانون میشود. از صلاحیت های شورای ملی است و هم چنان به دلیل اهمیت موضوع و حساسیت ائیکه در مورد آن وجود دارد.^۲

گفتار سوم) شرط ماهوی

مطابق قانون اساسی حکومت می تواند در حالت ضرورت عاجل، فرمانی تقینی را صادر کند. یعنی شرط ماهوی که در واقع توجیه اصلی برای صدور فرمان تقینی شمرده میشود، عبارت از « ضرورت عاجل و فوری » است. اینکه ضرورت عاجل کدام است و تشخیص چنین ضرورت از صلاحیت کدام ارگان خواهد بود؟ ضرورت سیاسی یا همان مصلحت مفهومی است که با ذات و ماهیت سیاسی آمیخته است و بخاطر مدیریت بهتر کشور و منافع گوناگون توسل به فرمان جواز دارد. هم چنان ضرورت عاجل میتواند به ضرورت ای اطلاق گردد که هرگاه موضوع فرمان الی شروع کار رسمی شورای ملی به تأخیر انداخته شود، مشکلات جبران ناپذیر برای کشور رخ خواهد داد.

در نظام های دموکراتی ممکن است قوای قانون گذاری و اجرائی که هر دو مسئول تدوین و تطبیق طرح ها و اجرای قانون در کشور است، شاید در اثر اعمال نظر و هم شاید کارشنکنی پارلمان و کندي روند قانون گذاری نتوان به حد مطلوب به هدف و خواست های خود برسد. بنابرین، فرصت سنگی و ترصد زمان برای آن حیاتی است،

^۱. موتمنی، طباطبای، پیشین، ص ۲۹۸

^۲. عبدالله، نظام الدین، مبادی حقوق افغانستان، کابل: انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۱۴۳

پس باید پیش ازینکه وقت فوت شود، تدبیری اتخاذ و فرمان صادر شود.^۱ در حالیکه توسل به ضرورت در چنین وضعیتی ممکن است تبدیل به یک استراتیژی برای حکومت گردد تا از بحران سیاسی و خلاء قانونی بتواند به سلامت یا با کمترین آسیب بیرون آید، این مسله وقته جدی‌تر میشود که مرجع تشخیص ضرورت بدون شک وظیفه خود حکومت است.^۲

همچنان اینکه، سیر تدوین و ترتیب فرامین تقنینی در افغانستان از زمان گذشته دور تا حال بیانگر این مسأله است که حکومت به منظور رهایی از مشکلات احتمالی ناشی از اعمال نظر پارلمان و یا کندی روند قانون در خصوص طرح‌های قانونی، حتی بدون لحاظ ضرورت؛ چه رسد به ضرورت عاجل به ترتیب و صدور فرمان تقنینی مبادرت ورزیده است. آنچه که این مسأله را بیشتر پیچیده میکند و عملاً پارلمان را موضوع انفعالی سوق میدهد. این است که، بخاطر بررسی و تصویب فرامین تقنینی باید به پارلمان فرستاده شود. و باین میکانیزم پارلمان با اکثر از فرامین تقنینی مواجه میشود که بررسی آنها با توجه به مشکلات فنی و تخصصی و سیاسی که در پارلمان موجود است به پیچیدگی موضوع می‌افزاید.^۳

حکومت در ضرورت عاجل یا ضرورت سیاسی و در حالت تعطیلی پارلمان میتواند فرامین تقنینی را ترتیب نموده و ازین طریق از مانع پارلمان به آسانی عبور کند، در حالیکه این فرامین تقنینی به طور کامل مطابق خواست و میل نیاز حکومت تدوین و هم چنان طبق اراده حکومت اجرا میشود.

^۱. عبدالله، نظام الدین، پیشین، ص ۲۶

^۲. دانش، سرور، پیشین، ص ۶۲۰

^۳. محمدی، عبدالعلی، پیشین، ص ۸۶

گفتار چهارم) شرط صحت

شرط دیگری اینکه برای اعتبار فرامین تقنینی، عدم رد شدن آن از سوی پارلمان است؛ به عقیده برخی حقوق دانان تجویز منفی قانون اساسی (عدم رد از سوی پارلمان) در راستای همان ضرورت سیاسی قابل توجیه باشد؛ زیرا اگر قانون اساسی با تجویز مثبت، بر تصویب فرمان تقنینی از سوی پارلمان تصریح میکرد، این گمان تقویت می شد که با ارایه آن به پارلمان جهت تصویب، در شمار طرح های قانون قرار گرفته و از اعتبار حقوقی ساقط میگردد. در این صورت حکومت به اهداف خود نمی رسد و نمی تواند جریان امور را به نحو مطلوب مدیریت نماید. به این جهت، قانون اساسی از رد نشدن فرمان تقنینی از سوی پارلمان سخن میگوید تا اعتبار حقوقی و قدرت قانونی آنرا به طور نامحدود حفظ کند.^۱

اعطای صلاحیت قانونگذاری از طریق صدور فرایمین تقنیی به ریس جمهور محل ایراد است، زیرا برجستگی نقش حکومت و اقدامات فرا حقوقی در قانونگذاری، زمینه قانونگذاری را برای ریس جمهور فراهم می کند، که این امر خلاف اصل تفکیک نسبی قوا است و آموزه سنتی تفکیک قوا را متزلزل و ناستوار می سازد؛ دیگر اینکه این امر عملاً فرایند قانونگذاری عادی را به چالش مواجه کرده است.

فرمان تقنینی که جز صلاحیت رئیس جمهوری و بر اساس قانون اساسی و قوانین عادی مراحله آن تشریح شده است، اما در اکثریت موارد این معیار های که برای فرمان تقنینی مدنظر گرفته شده است توجه نمی شود، در برخی موارد می تواند حکومت را در عمل قانون گذاری سوق دهد و در نهایت بستر استبداد و خود کامگی را فراهم سازد. همچنان موعدهی که در آن شورای ملی پاید فرامین تقنینی را تصویب و پیارده

نماید، در قانون اساسی پیش بینی نشده است. لذا به اساس حکم ماده ۷۹ قانون اساسی، تا زمانیکه فرامین تقنیکی از طرف شورای ملی رد نشوند دارای اعتبار می باشند.

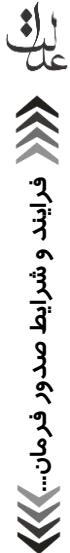
نتیجہ گیری

اعطای صلاحیت قانونگذاری از طریق صدور فرامین تقنینی به ریس جمهور محل ایراد است، زیرا برجستگی نقش حکومت و اقدامات فرا حقوقی در قانونگذاری، زمینه قانونگذاری را برای ریس جمهور فراهم می کند، که این امر خلاف اصل تفکیک نسبی قوا است و آموزه سنتی تفکیک قوا را متزلزل و ناستوار می سازد؛ دیگر اینکه این امر عملاً فرایند قانونگذاری عادی را به چالش مواجه کرده است.

فرمان تقنینی که جز صلاحیت رئیس جمهوری و بر اساس قانون اساسی و قوانین عادی مراحل آن تشریح شده است، اما در اکثریت موارد این معیار های که برای فرمان تقنینی مدنظر گرفته شده است توجه نمی شود، در برخی موارد می تواند حکومت را در عمل قانون گذاری سوق دهد و در نهایت بستر استبداد و خود کامگی را فراهم سازد. لذا پیشنهاد می شود، که باید فرایند و شرایط صدور فرمان تقنینی به صورت دقیق مشخص شود تا قدرت اجرایی از صلاحیت تصویب و توشیح صدور فرمان تقنینی سوه استفاده ننماید و به جایگاه پارلمان و تفکیک قوا آسیب وارد نگردد.

منابع و مأخذ

- ۱ دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل: مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ اول، ۱۳۸۹ هـ ش
 - ۲ دانش، سرور، حقوق اداری افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، چاپ دوم، ۱۳۹۴ هـ
 - ۳ طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷ هـ ش.
 - ۴ عبدالله، نظام الدین، مبادی حقوق افغانستان، کابل: انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۹۱ هـ ش.
 - ۵ محمدی، عبدالعلی، حقوق اداری افغانستان، تهران: مؤسسه اشارات عرفان، ۱۳۹۰ هـ ش.
 - ۶ قانون اساسی، منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ ش
 - ۷ قانون طرز طی مراحل نشر و اتفاق اسناد تحقیقی، منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۴۶، مؤرخ، ۱۳۹۵ هـ ش
 - ۸ مقرره طرز تهیه و طبع، مراحل، اسناد تحقیقی، منتشره جریده رسمی، شماره ۱۰۸۱، سال ۱۳۹۰ هـ ش



مسوولیت جزایی پزشکان در حقوق افغانستان

محمد اسحاق کیهان

چکیده

با تأسف، یکی از چالش‌های اساسی که افغانستان، طی سال‌ها با آن رو برو و از این بابت رنج می‌برد و خسارات زیاد مالی و جانی را متحمل شده است نبود پزشکان متخصص و دلسوز در زمینه درمان و طبابت می‌باشد. سالانه هزاران نفر اعم از مردان، زنان و کودکان افغان به اثر بیماری و نبود پزشکان متخصص و از همه مهم تر ادویه‌های بی‌کیفیت که از کشورهای همسایه وارد می‌شود و صدھا دلایل گوناگون دیگر، جانهای شیرین شان را از دست می‌دهند. وضعیت درد ناک در امر معالجه و درمان از یک طرف و از سوی دیگر بسیاری از کلینیک‌ها و شفاخانه‌های دولتی و خصوصی؛ نه شفاخانه، بلکه جlad خانه و سلاخ خانه انسان‌های بی‌گناه گردیده است

و آنان، نه تنها به بیماران خود توجه نشان نمی‌دهند، بلکه به نوعی به تجارت و کسب سود به قیمت جان انسان کوشش می‌کنند.

در این نوشتار ابتدا به مفهوم و تعریف مسئولیت و بررسی انواع آن پرداخته شده است. سپس تعریف پزشکی به بیان لغوی و اصطلاحی و چیستی مسئولیت پزشکی و اقسام آن به عنوان مبحث اساسی و مهم در حقوق پزشکی پرداخته شده، همچنان مسئولیت جزای پزشکان در مذاهب پنجگانه تذکر در ادامه فرق بین اخلاق و حقوق پزشکی و فقه و حقوق پزشکی اشاره شده و در مقاله‌های بعدی که ادامه این تحقیق خواهد بود موضوعات دیگر پیرامون مسئولیت جزایی پزشکان و آنچه در قوانین نافذه کشور ذکر شده بحث مفصلی ارائه خواهد شد.

کلید واژه‌ها: مسئولیت جزایی، پزشکان، حقوق، افغانستان

مقدمه

خدمت دانش پزشکی به اندازه‌ی خود انسان است. زیرا انسان از بدو وجود تا کنون با درد و رنج و مشکلات جسمانی مواجه بوده است. متأسفانه، از نحوه تداوی مریضان و به تبع آن از مسئولیت و ضمان اطمینان از دوران اولیه، اطلاع در دست نیست. بدیهی است که پیشرفت مصریان پس از آن بابلی‌ها و در این اواخر در همه کشورها در زمینه پزشکی، سبب توجه شان به احکام و شرایط حرفه‌ی پزشکی و مجازات متخلفان با این احکام و آداب شد. حالا باید پرسید که مشکل اساسی در کجاست؟ گفته می‌توان که در این رابطه علل و عوامل مختلفی وجود دارد و می‌توان آن را بر شمرد. نبود فرهنگ سلامتی در بین افغان‌ها، نبود پزشکان متخصص در زمینه طبابت و درمان بیماران، همچنان نبود فرهنگ سلامتی، انسان دوستی و وظیفه شناسی در بین پزشکان ما وجود دارد، زمانی که در معاینه خانه‌های پزشکان برویم؛ معاینه خانه‌ای شان که از کف اتاق معاینه خانه گرفته تا پرده‌ها، چوکی‌ها، در و دیوار، ابزار و وسائل آن کثیف و چتل دیده می‌شود و هزاران مشکلات دیگر را نیز می‌توان اشاره کرد.

در نهایت درخواهیم یافت که قوانین مربوط به پزشکان و مراکز صحی و ادویه‌های و اشکالات که در این قوانی وجود دارد چیست؟ روی این همه مشکلات و چالش‌های موجود در نظام پزشکی و در افغانستان، تحقیقی را انجام داده شود.

از این‌که پزشکان با جسم و جان افراد سرو کار دارند، با وجود که داشتن تجربه و تبحر در معالجات ممکن است نتایج مطلوب نداشته باشد و حتی زیان‌های را نیز موجب شود. از طرفی پیشرفت علم و دانش طبابت و گسترش امر مراقبت و درمان و پیچیده شدن روابط به آن حساسیت و مسؤولیت پزشکی را در زمان حاضر دو چندان کرده است. درکشورما؛ وزارت صحت عامه، عهده دار و متولی سلامت جامعه و آحاد مردم می‌باشد. اما متأسفانه، وجود پزشکان غیر متخصص و ادویه‌های بی‌کیفیت سبب شده تا وضعیت سلامتی از هم پاشیده و اعتماد مردم از متولیان صحت و درمان سلب گردد. مانند سهل انگاری پزشکان در قسمت تداوی مریضان، این خود ضربه سنگین بر پیکر دستگاه صحت و سلامتی وارد ساخته و عده از پزشکان سوگند یاد نموده را بدست فراموشی سپرده و اصول اخلاقی و علمی حرفه خود را رعایت نمی‌کنند. این بی‌احتیاطی سبب آسیب رساندن شدید جسمی و روحی به و هموطنان بیمارما گردیده است.

بحث اول: مفهوم مسؤولیت پزشک

در ابتدا لازم است که مفاهیم کلیدی بحث را به لحاظ لغوی و اصطلاحی تعریف نمایم تا در ادامه بحث موضوعات که دنبال می‌شود روشن باشد و از مغالطات لفظی پرهیز شود.

گفتار اول: تعریف مسؤولیت

مسئولیت در زبان فارسی به معنای ضمانت، تعهد و مؤاخذه است و مسؤولیت به معنای فاعلی با کلماتی چون عهده دارشدت، مؤلف بودن و ملتزم و پاییند بودن مترادف است و به معنای مفعولی با کلماتی هم‌چون، بر عهده‌ی او، در ضمان او به

یک معنا است. انتخاب واژه مسؤولیت در زبان فارسی از عرف و فرهنگ اسلامی نشأت گرفته که هر نوع تکلیف و تعهدی سر انجام پرسش و موافذه به دنبال دارد.^۱ به عبارت دیگر، مسؤولیت عبارتست از و ضعیت و شرایطی است که شخص در مطابق قانون در مقابل فعل یا ترک فعل پاسخگو قرار می‌گیرد. این پاسخگویی ممکن است حاصل فعل یا ترک فعل ناشی از نقض قوانین موضوعه جزایی یا تخلف از قرارداد (اعم از مكتوب یا غير مكتوب) و یا تخطی از موازین و مقررات حرفی و صنفی باشد. پژشك ممکن است به لحاظ رفتار معینی و یا تخطی از موازین و مقررات حرفی و صنفی باشد. پژشك ممکن است، به لحاظ رفتار معینی و مواجه با یکی از انواع مسؤولیت‌های (جزایی، مدنی و مسلکی) شود و یا تا جایی که همان رفتار او در معرض جمیع این مسؤولیت‌ها قرار دهد. به طور مثال پژشكی که در صدور جواز فن رعایت دستور العمل‌ها و ترتیبات نمی‌کند بدون شک از جهت تخلف از آن نظامات تنها از نظر مسلکی مسؤول است. مسؤولیت جزایی را می‌توان نوعی الزام شخص به تحمل عواقب و نتایج رفتار مجرمانه اش توصیف کرد، و یا می‌توان مسؤولیت جزای را نقض قوانین و مقررات تعیین شده از طرف جامعه با اداره و آگاهی کامل تعریف نمود.^۲ پس از نظر جزای، ارتکاب جرم و به طور کلی هر نوع نقض قوانین و مقررات اجتماعی که دارای ضمانت اجرای جزای می‌باشند، شرط لازم مسؤولیت جزای شمرده شده است.^۳

^۱- امیری، حسین، رضا گزمه، مسؤولیت کیفری پژشكان از منظر فقه و حقوق - تهران، سال ۱۳۹۶

^۲- نجاتی، مهدی، مسؤولیت پژشك در فقه و حقوق کیفری ایران، تهران، انتشارات خرستنی سال: ۱۳۸۹، چاپ اول،

ص ۳۷

^۳- صالح ولیدی، محمد، مسؤولیت کیفری، تهران، نشر امیر کبیر، سال: ۱۳۷۱، ص ۲۶

۱- در لغت

مسئلیت مصدر صناعی یا جعلی از مسؤول به معنای ضمانت، ضمان، مواخذه و نیز مسئلیت چیزی با کسی بودن؛ به گردن او و در عهده او و در ضمان او بودن هم‌چنین به معنی پرسش، مورد سوال واقع شدن و به مفهوم تفکیک وظیفه نیز آمده است.^۱

۲- در اصطلاح

مسئلیت در مفهوم اصطلاح از دو منظر مورد بررسی و بحث گرفته می‌شود.

۲-۱ - حقوق

در اصطلاح حقوقی، تعهد قهری یا اختیاری شخص در مقابل دیگری است (خواه مالی باشد یا غیرمالی) و آن بر دو قسم است یکی مسئلیت جزایی که قابل تقویم به پول نباشد و دیگری مسئلیت مالی یا مدنی که قابل تقویم به پول را دارد.^۲ و نیز به معنای "ضمانت، تعهد، مواخذه، مؤظف بودن شخص است به رفع ضرر دیگری که وی به آن‌ها وارد آورده است. خواه، این ضرر ناشی از تقصیر خود وی باشد

^۱- معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج. ۱، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم، سال: ۱۳۷۱، ص، ۹۵

^۲- محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات کنج دانش، سال: ۱۳۸۰، چاپ یازدهم، ص

یا از فعالیت آن‌ها ایجاد شده باشد".^۱ باید توجه داشت که در فقه به جای مسؤولیت لفظ ضمان در همین معنا به کار رفته است، که هر نوع مسؤولیت اعم از مدنی و جزایی را شامل می‌شود. چنانکه دیده می‌شود مسؤولیت در اصطلاح حقوق نیز مناسب با معنی لغوی آن به کار رفته است و حول محور پاسخگویی، مواخذه شدن در قبال رفتار وکردار و تعهد در قبال دیگران به خاطر عملی است که از سوی شخص صادر گردد، می‌باشد. اما برای استنباط بیشتر مفهوم مسؤولیت باید مقدمات و شرایط آن را در نظر داشت.

اما مسؤولیت در معنای لاتین مترادف عبارت^۲ قرار می‌گیرد که از معنای پاسخگوی بودن^۳ مشتق می‌شود. در معنای حقوقی و مدنی مسؤولیت عبارت است از تفکیک قانونی شخص در وارد نمودن ضرر و زیان به دیگری به صورت مستقیم و غیر مستقیم می‌باشد.^۴ ماده (۸۴) کود جزا افغانستان چنین بیان می‌دارد: فقره (۱) "مسؤلیت جزایی یک امر شخصی است." فقره (۲) "مسؤلیت جزایی زمانی می‌آید که شخص با اراده آزاد و در حالت صحت عقل و ادراک مرتكب عملی گردد که قانون آن را جرم شناخته باشد."

۲-۲ - فقه

در معنای شرعی و فقهی نیز مسؤولیت مترادف به عبارت ضمان بکار گرفته شده است و کسی را که مسؤولیت برذمه وعده او قرارمی گیرد مسؤول با ضامن می‌نامند. ضمان و مسؤولیت فقهی در شریعت به سه دسته، مسؤولیت در برابر خدا، در برابر خود

^۱- محمد جعفر، لنگرودی، مأخذ پیشین، ص ۹۴۲

^۲- Responsibility

^۳ - Response

^۴- محمد جعفر، لنگرودی، ص ۶۴۲

و در برابر دیگران تقسیم شده است. مسئولیت‌های انسان در برابر خالق خویش را حق الله گویند که انسان مؤظف و مکلف به انجام برخی افعال و ترک برخی دیگر است. مسئولیت‌های انسان در برابر خود را حق النفس می‌نامند. و بازترین مسئولیت انسان در برابر دیگران، و ظایفی است که در برابر دیگران انسان‌ها دارد که به حق الناس تعبیر می‌شود.^۱

گفتار دوم: مفهوم پزشک

- در لغت: پزشک در لغت: کسی که به درد مریضان رسیدگی کند و به تدبیر و دارو شفا بخشد.^۲
- در اصطلاح: در اصطلاح، مراد از طبیب در اینجا، طبیب حاذق، متخصص و ماهری است، که به صورت اکادمیک در رشته طب تحصیل کرده، و با طی مراحل آن به درجه متخصص و حاذقیت رسیده، و با کسب گواهی نامه متخصصی با اجازه قانون به شغل طبابت مشغول است.^۳ یا به صورت تجربی و حرفه‌ی به درجه حاذقیت رسیده است. حال چنین طبیب که علی‌رغم به کار بستن تمام تلاش و با حسن نیت و رعایت اصول و مقررات فنی به درمان بیمار می‌پردازد؛ ولی بیمار به جای بهبودی، جان خود را از دست می‌دهد یا درمان منجر به نقض عضو مریض می‌شود، آیا چنین طبیب ضامن است یا خیر؟ و گرنه چنانچه فرد جاهمی خود را طبیب معرفی کند و به درمان بیماران بپردازد، بی‌آن که از طبابت چیزی بداند که در اصطلاح به او طبیب جاهم و غیر متخصص گفته می‌شود، در ضمان او هیچ جای بحث و شکی وجود ندارد و آیات و روایات اسلامی هم ضمانت چنین انسانی را مورد تأکید

^۱- مصباح‌یزدی، محمد تقی، دروس فلسفه اخلاق، تهران، نشر: اطلاعات، سال ۱۳۷۳، ص ۱۷۷

^۲- دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، باستفاده از نرم افزار

^۳- نجاتی، مهدی، پیشین، ص ۶۳

قرار داده است، زیرا اولاً، صرف تصدی عمل او تقصیر به شمار می‌آید و ضمانت مطلق را به دنبال دارد، و ثانیاً، چنین افرادی از اشتغال به طبابت منوع است، و نباید بیماران را مداوا کند و حتی به دلیل حفظ مصالح عمومی، چنین فردی محجور دانسته شده، و حاکم باید از اشتغال اینگونه افراد به طبابت جلوگیری کند، تا مبادا جان و مال مردم به خطر بیفتد.^۲ پزشکی به عنوان یک واجب کفایی، بر هر شخص و فردی که این علم را آموخته است لازم می‌داند تا در برابر اعمال طبی خود که با حسن و جان انسان سروکار دارد، مسؤول باشد. پزشکی و امر درمان که موضوع اصلی و هدف دراین علم و حرفه حفظ حیات و نجات جان آدمی است. توسط پزشکان انجام می‌شود. الطب (مص) پزشکان حاذق و ماهر در کار خود گویند: الطب معالجه و درمان جسم و جان^۳ پزشکان یا همان طبیب^۴ شخصی است که به حرفه و شغل درمان بیماران می‌پردازند. در واقع پزشکی است که به معالجه و تشخیص امراض پرداخته و از پیشرفت بیماری جلوگیری می‌نماید. تعریفی که از پزشک ارایه شده توسط قدماء و با توجه به اشتغال به این امر و کسب علم پزشکی، الطب علاج الجسم و النفس^۵ طبابت: علاج و درمان جسم و نفس است. طبیب کسی است که حاذق است در کار خود و شناخت و حمایت دارد به آن و از این جهت طبیب نامیده می‌شود که معالجه

^۲ و به الزحلی، الفقه الاسلامی وادله، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱، ج ۵، صص ۴۴۹ - ۴۵۰

^۳- طب، طب، و یطب طباء: دوا و درمان کرد، لویس معلوم المنجد، ص ۱۰۱۰

^۴- ماده ۳ طب عدلی، طبیب: شخصی است که دارای سند فراغت تحصیلی در رشته طب، (دیپلم طبی) از مؤسسات تحصیلی داخلی یا خارجی کشور باشد.

^۵- رجل طب و طبیب عالم بالطب؛ تقول، ماکنت طبیب، بالكسر، المتطلب: الذى يتعاطى علم الطب. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، ج. ۱، دارالفکر للطباعه والنشر والتوزیع، دارصادر، بیروت، لبنان، چاپ سوم، سال ۱۴۱۴ هـ - ق، ص ۵۵۳

مبحث دوم: انواع مسؤولیت

مسؤلیت که امروزه از آن یاد می‌شود یک پدیده حقوقی است، که حقوق نشأت یافته از اخلاق می‌باشد. پس مسؤولیت از اخلاق سرچشمه می‌گیرد. در حقوق روش‌ها و هدف اصالت دارد. یا مسؤولیت پزشکی، پاسخگو بودن پزشکان در قبال خسارات و زبان روحی و معنوی است که به بیمار وارد می‌آورد و این خسارات، ناشی از انجام وظایف پزشکی است. مسؤولیت پزشکان در ابعاد حقوقی، اخلاقی، قراردادی و غیرقراردادی و انتظامی قابل بررسی است. که در این گفتار به انواع مسؤولیت در حقوق پزشکی به صورت مفصل به آن پرداخته می‌شود.

گفتار اول: مسؤولیت حقوقی و مسؤولیت اخلاقی

مسؤولیت حقوقی^۱ که قانون گذار از آن در قانون یاد کرده باشد یعنی تعهداتی قانونی که اگر فردی از آن سر باز زند مطابق آنچه در قانون بیان شده است ضمان بروی بوده و حکم می‌شود یعنی ضمان اجرای قانون (جزای و مدنی) دارد. این نوع از مسؤولیت در مقابل مسؤولیت اخلاقی و دینی قرار دارد و به دو شاخه جزایی و مدنی تقسیم می‌شود. مسؤولیت اخلاقی هر نوع مسؤولیتی که قانون گذار متعرض آن نشده

^۱- الطیب فی الاصل-الحادق بالامور، العارف بها، وبه سمعي الطیب الذى يعالج المرضى، این منظور، ص ۵۵۴، ج ۱.

^۲- ابن منظور، پیشین، ج ۱، ص ۵۵۳

باشد، مانند مسؤولیت انسان نسبت به خدای خود و دیگری.^۱ مسؤولیت اخلاقی بیشتر جنبه شخصی دارد، و فرد در مقابل اعمال و رفتاری که از وی سرزده است پیش خود و خدای خود احساس گناه می‌کند.

مسؤلیت حقوقی، مسؤولیتی است، که شخص در اثر زیان و ضرری که به دیگری وارد کرده است، مسؤول فرد و جامعه می‌باشد. مسؤولیت قانونی شامل اعمالی می‌شود که بطور صریح و آشکارا صورت گرفته است و جرم کشف شده باشد. حقوق دانان اخلاق را جدا از حقوق می‌دانند درحالیکه اخلاق انسان را از انجام هرگونه فعل که به دیگری ضرر و زیان برساند باز می‌دارد. درست است که اخلاق در قانون ماده خاص بر آن اختصاص داده نشده است اما همین که اخلاق حکم می‌کند که به دیگری ضرری نرسد و اگر ضرری وارد شد، باید جبران شود، مسؤولیت پیدا می‌کند، در برابر خود و خدای خود و دیگری، هرگاه انسان نسبت به هم نوع خود و منافع او فعلی را انجام دهد که به وی صدمه برسد در درجه اول اخلاق است که انسان را مورد نکوهش قرار می‌دهد و در قدم دوم قانون و حقوق، همین خطأ و تقصیر که شخص را در برابر وجودان وی خدایش مسؤول می‌کند به افراد و جامعه سرایت می‌کند و مسؤولیت‌های دیگر را نیز خلق می‌کند. با توجه به قوانین و حقوق و شرع در می‌یابیم که مسؤولیت اخلاقی جدایی از اخلاق نیست، همه قوانین و حقوق، سرچشمه از اخلاق دارند. اخلاق همان باید ها و نباید ها است که انسان برای بهتر و خوب زیستن در یک جامعه و اجتماع انسانی و کنار هم بدان نیاز دارد. رشتہ تمام مسؤولیت‌ها در حقوق و قانون نادیده گرفتن اخلاق انسانی و دینی است. مسؤولیت‌های اخلاقی در حرفة پزشکی نقش زیادی دارد اما به لحاظ قانونی و حقوق بسیار کمنگ جلوه می‌کند. پزشکی که بر اثر خطای تقصیر مسؤولیت بروی بار شده است، به لحاظ اخلاقی این

مسئولیت در درون و جدان وی نیز شکل گرفته است. مسئولیت اخلاقی شامل اعمال و رفتار چه به صورت اشکار و چه پنهان می‌گردد.

در معنی مسئولیت اخلاقی می‌گویند: "کلکم راع و کلکم مسؤول عن رعیته"^۱ در صورتی که مسئولیت قانونی هر نوع مسئولیتی است که در قانون پیش بینی شده و جزای قانونی برای آن معین شده باشد.^۲ این دو نوع مسئولیت با یکدیگر متفاوت می‌باشد. چرا که مقامات صلاحیت دار قضایی ممکن است فردی را محکوم سازند، در حالیکه وجدان او خود را بی‌گناه بداند؛ بر عکس شاید آن مقامات فردی را بی‌گناه تشخیص دهند. در صورتی که او نزد وجدان خویش خود را گناهکار بشناسد. علت این امر این است که اولاً مسئولیت در مقابل اجرای قوانین مستلزم علم و قانون نیست و هرگاه کسی مرتکب عمل مجرمانه ای شود که قانون آن را منع کرده، اگر جا هل به حکم قانون هم باشد، در مقابل محکمه مسؤول است. از همین رو است که در مورد مدنی قاعده "جهل به کلمه رفع تکلیف نمی‌کند" پذیرفته نمی‌شود در حقیقت قانونگذار در این مورد متول به فرض قانون شده، چنین تصور نموده است که به محض این که قانونی تشریفات خود را طی کرد و لازم الاجرا شد، کلیه کسانیکه در حیطه حکومت آن قرار دارند، از کم و کیف قانون مطلع هستند، لذا ادعای جهل به قانون پذیرفته نیست ولی در امور جزای اگر چنین فرضی مورد قبول قرار گیرد، نوعی عقاب بلا بیان یا چیزی شبیه اصل قانونی بودن جرم و مجازات است؛ چون طبق ضوابط اسلامی علم حکمی و موضوعی برای مکلف لازم و ضروری است.

ثانیاً مسئولیت به اعمال و افعال تعلق دارند نه به مقاصد و نیات. نیت هر قدر هم که بد باشد بطور کلی و جزی جامه عمل نه پوشیده باشد مستوجب مسئولیت نیست. هیچ‌گاه کسی را به نیت زشتی که داشته محکمه نمی‌کنند بلکه پس از این که فعل

^۱- به نقل از شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج. ۱، ص ۸۳ و ج. ۴، ص ۱۸۶

^۲- ولیدی، محمد صالح، مسئولیت جزایی، نشر امیر کبیر، تهران، سال ۱۳۷۱، ص ۳۶

زشت از او سرزد یا لاقل اجرای آن شروع شد، سعی می‌کند بینند نیت اوچه بوده است؟

ثالثاً مسؤولیت قانونی تنها شامل اعمالی می‌شود که بطور صریح و آشکار صورت گرفته و جرم کشف شده باشد بنا براین، هر عمل زشتی که به صورت پنهانی صورت گیرد؛ او در محکمه قابل تعقیب و بالمال مجازات نیست. در صورتی که در مسؤولیت اخلاقی اولاً مسؤولیت مستلزم علم به قانون اخلاقی است؛ ثانیاً نیت شرط عمدۀ مسؤولیت اخلاقی است چنانچه می‌گویند: "انما الاعمال بالنيات"^۱ ثالثاً مسؤولیت اخلاقی بر

کلیه اعمال از آشکار و پنهان تعلق می‌گیرد؛ رابعاً مسؤولیت اخلاقی به دنبال خود مکافات دارد و آن عبارت است از رضایت خاطر یا پشیمانی یا ندامتی که بر اثر اطاعت و جدان یعنی اجرای تکلیف یا تخطی از آن به انسان دست می‌دهد. و مسؤولیت رنگ اخلاقی نیز دارد و به طور معمول هر که این بار را بردوش می‌کشد، خطا کار است.^۲ پاره‌ای از نویسنده‌گان اعتقاد دارند که همه مسؤولیت‌های مدنی قواعد راجع به آن بر مبنای قواعد اخلاقی و مذهبی پایه گذاری شده است. یعنی همان قواعد اخلاقی است که ضمانت اجرای مادی و دولتی یافته و به شکل قواعد حقوقی جلوه گر شده است. زیرا اخلاق حکم می‌کند که هیچ کس نباید به دیگری زیان برساند و هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند. با وجود این در نظام کنونی بین مسؤولیت اخلاقی و حقوقی نیز باید تفاوت گذاشت. مسؤولیت اخلاقی چهره‌ی از شرمساری، و جدان و گناه است جنبه شخصی دارد و مفهوم آن از تقصیر (به معنای کار قابل سرزنش) جدا نیست. در حالیکه مسؤولیت مدنی رفته به صورت "نوعی" در می‌آید و معیارهای کلی می‌یابد و حتی مفهوم خط و تقصیر نیز از مفهوم اخلاقی آن جدا شده رنگ اجتماعی یافته است و فکری تا صورت خارجی نباید و به انجام دادن کار یا تفریطی متنه‌ی نشود، هیچ‌گاه

^۱- نقل از صحیح بخاری، ج ۱، حدیث ۱

^۲- ناصر، کاتوزیان، (قانون مدنی در نظام کنونی)، تهران، نشر میزان، چاپ هشتم، سال: ۱۳۸۱، صص ۹-۸

گفتار دوم: مسؤولیت قراردادی و غیر قراردادی

مسؤولیت قراردادی^۱ مسؤولیتی است که در عقدی از عقود (اعم از عقود معین و غیر معین) تعهدی را پذیرفته باشد و به علت عدم انجام تعهد و یا در حین انجام تعهد و یا سبب انجام تعهد خساراتی را به متعهد له وارد کند.^۲

پس در مسؤولیت قراردادی دو رکن وجود دارد:

قرارداد صحیح و تخلف از مفاد قرارداد، رابطه علیت میان خسارات و نقیض قرارداد، خواه این امرناشی از عمد باشد یا خطأ، اما در مسؤولیت قراردادی نقش عقد قرارداد نادیده گرفته شده است، بلکه با تحقق خسارت و صدمه به دیگری و احراز آن نیز ثابت می‌شود. در واقع مسؤولیت تعاقدي، الزام به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد و عقد است. مسؤولیت ماورای تعاقدي و یا غیر قراردادی، هرگونه مسؤولیت قانونی که فاقد مشخصات مسؤولیت قراردادی باشد، مسؤولیت غیر قراردادی نامیده می‌شود. مسؤولیت خارج از قرارداد برخلاف مسؤولیت قراردادی مربوط به نظم عمومی است اسقاط آن از طریق تراضی ممنوع است. در این نوع مسؤولیت که ناشی از

^۱- همان، صص ۱۰-۱۱.

^۲- محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۶۴۳

جرائم و شبه جرم است، جبران خسارت بر فاعل زیان که ناشی از یک واقع نا مشروعی است، که در خارج از قرارداد روی داده است، بار می‌شود. متضرر نیز باید ضررو زیان حاصله را ثابت نماید. اثبات و تحقق مسؤولیت در مسؤولیت‌های قراردادی و تعاقدي بسته به نوع قرارداد متفاوت می‌باشد. طوریکه در برخی از قراردادها حصول نتیجه مطلوب مد نظر و رضایت می‌باشد اما در دیگر قراردادها صرف رعایت احتیاط و مراقبت‌های لازم، کافی است.

به عبارت دیگر، مسؤولیت قراردادی عبارت از تعهد است که در نتیجه تخلف از

مفاد قرارداد خصوصی برای اشخاص حاصل می‌شود. در مسؤولیت خارج از قرارداد، دو طرف قرارداد هیچ پیمان و قراردادی با هم ندارند و یک طرف به علت فعل یا ترک فعل خود به عمد یا خطأ ضرر و زیانی به دیگری می‌زنند. ریشه این نوع مسؤولیت پیمان متضرر و زیان زننده نیست. بلکه تخلف از تکالیفی است که برای همه اقرار وجود دارد. اگر کسی تعهد ناشی از قرارداد را انجام ندهد، طرف مقابل حق دارد از او خسارت بگیرد. قانون مدنی این خسارت را خسارت عدم انجام تعهد نامیده است. مسؤولیتی که متعهد در این گونه موارد در قبال متعهد له پیدا می‌کند در اصطلاح، مسؤولیت قراردادی نام دارد. به بیان دیگر، مسؤولیت قراردادی عبارت از تعهدی که در نتیجه تخلف از مفاد قراردادهای خصوصی برای اشخاص ایجاد می‌شود. ولی مسؤولیت غیر قراردادی که ضمانت قهری نیز گفته می‌شود ویژه فرضی است که شخص از متعهدهای قانونی و عمومی سرپیچی کند و در نتیجه به دیگری ضرر بزند. برای مثال: اگر پزشک برای درمان بیماری با او قرارداد بیند و خسارت ناشی از بی‌احتیاطی (عدم انجام تعهد) را به طور مقطوع معین سازد، بیمار نمی‌تواند بدین عنوان که بی‌احتیاطی پزشک به موجب قانون نیز از موارد مسؤولیت جزای است، پیمان امضا شده را نادیده بگیرد و خسارت بیش از آن مطالبه کند. زیرا احتمال دارد مقطوع بودن خسارت، انگیزه اصل در بستن پیمان و کاهش میزان دستمزد باشد و استناد به قانون، تعادل بین دو عرض را بر هم می‌زنند. مسؤولیت قرارداد، مسؤولیت ناشی از قرارداد که

یکی از اقسام مسؤولیت‌های جزایی است، مسؤولیت کسی است که در عقدی از عقود (اعم از معین و غیر معین) تعهدی را بپذیرد و به علت عدم انجام تعهد یا تأخیر را انجام تعهد یا در حین انجام تعهد یا به سبب انجام آن خسارتی به متعهده وارد کند. بنا براین، مسؤولیت قراردادی یا عقد، ناشی از نقض قرارداد یا تأخیر در انجام تعهد یا به نحوه انجام تعهد یا به سبب آن مربوط می‌شود. در هر حال، ریشه قراردادی که مختلف از قرارداد مکلف است خسارت وارد شده به متعهد له را جبران نماید.

گفتار سوم: مسؤولیت جزایی و مسؤولیت مدنی

مسؤولیت جزایی، مسؤولیت مرتکب جرمی از جرایم مصروف در قانون است. همین مسؤولیتی است که مرتکب عمل مجرمانه علاوه بر اطلاع باید دارای سؤنیت یا قصد مجرمانه بوده، رابطه علیت بین عمل ارتکابی در نتیجه حاصل از جرم باید وجود داشته باشد تا بتوان عمل انجام شده را به مرتکب نسبت نمود. شخص مسؤول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید و به علاوه باید از عهد خسارت مدعی خصوصی هم برآید. مسؤولیت مدنی عبارت است از تعهد الزامی که شخص به جبران زیان وارد شده به دیگری دارد، اعم از این که زیان مذکور در اثر عمل شخص مسؤول یا عمل اشخاص وابسته به او و یا ناشی از اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف او باشد. در هر مورد که شخص مؤظف به جبران خسارت دیگری باشد، در برابر مسؤولیت مدنی دارد یا ضامن است. همچنین مسؤولیت مدنی عبارت از جبران ضرر، زیان و خسارت به دیگری است. این مسؤولیت بر اساس یک رابطه دینی بین زیان دیده و زیان زننده ایجاد می‌شود که اصطلاحاتی نظیر بدھکاری و طلبکاری و داین و مدیون مسؤولیت بکار بردہ می‌شود. بنابراین، مسؤولیت مدنی هنگامی به وجود می‌آید که کسی ملزم به ترمیم نتایج خسارتی باشد که به دیگری وارد کرده است. لذا مسؤولیت مدنی وقتی تحقق پیدا می‌کند که شخص در برابر دیگری جوابگو باشد.

هر فعل و ترک فعلی که منجر به زیان و صدمه به دیگری گردد، مسؤولیت را برای فاعل زیان خلق می‌کند. در انجام افعال زیان بار مسؤولیت و پیامدهای آن با توجه به فعل زیان و قصد و نیت فاعل گستره معنای حقوقی زیاد و متفاوت پیدا می‌کند. مسؤولیت جزای و مدنی در فقه و حقوق نیزهم ریشه و تاریخ می‌باشد هنگامیکه در فقه از ضمان و مسؤولیت شخص بحث می‌شود هم شامل مسؤولیت کیفری و هم مدنی می‌شود تحولاتی که برحقوق و مسؤولیت در زمانی بوجود آمده است. این در مسؤولیت جزایی و مدنی را از هم تفکیک نموده است. حدود در مسؤولیت مدنی و جزایی مبتنی بر بیان قانونگذار است، طوری که هر فعل و تحرک فعل که دیگری ضرر برساند، خواه در قانون مقرر شده باشد و یا نشده باشد، مسؤولیت مدنی را بوجود می‌آورد. اما در مسؤولیت جزایی فعل تصریح شده در قانون است که انجام و یا ترک آن جرم بوده و مسؤولیت آور است. مسؤولیت که پاسخگو بودن در مقابل عمل و رفتار است در مسایل حقوقی و جزایی، شخص مسؤول باید فعل و عمل زیان بار را با قصد و سُئُنیت صورت گرفته باشد. در مسؤولیت جزایی علاوه بر انجام و یا ترک فعل که به موجب قانون جرم پنداشته می‌شود و عمل زیان آور آثار خارجی به فرد و جامعه وارد آورده است، با واکنش فرد و اجتماع است که مسؤولیت احراز و زیان کار مسؤول و پاسخگو به عمل خود می‌باشد.^۱ در حقوق مسؤولیت جزای: "مسؤولیت مرتكب جرمی از جرایم مصرح در قانون را گویند و شخص مسؤول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید. متضرر از جرم، اجتماع است برخلاف مسؤولیت مدنی که متضرر از عمل مسؤول افراد است".^۲ مسؤولیت حقوقی آن است که در قانون پیش بینی شده و ضمانت اجرای قانونی (مدنی و جزای) دارد و شخص در مقابل افراد دیگر مسؤول است.

^۱- ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای عمومی، (مسؤولیت جزایی، مشارکت و مساعدت در ارتکاب جرم)، ج.۳، نشر:

داد- تهران، سال ۱۳۷۳، ص ۲۹

^۲- محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۶۴۲

گفتار چهارم: مسؤولیت مسلکی و مسؤولیت جزایی

مسؤلیت حقوقی یا قانونی خود به دو شاخه عملده تفکیک می‌شود که عبارت از مسؤولیت جزا و مسؤولیت مدنی که در جهات مختلف با هم تفایق دارند ولی مشترکاً هر دو نقض الزام و تعهد است که قرارداد داد یا قانون به عهده اشخاص قرار داده است و هر دو را می‌توان از محکمه مطالبه نمود و وجود ضرر نیز در هردو مفروض است.^۱

مسؤولیت کیفری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات مانع این نیست که نتوانیم اخلاقی بودن یک رفتار حرفه‌ای را به خودی خود مبنای مسؤولیت جزای ندانیم. در مسؤولیت اخلاقی، رفتار خلاف شئون حرفه و هتك حیثیت جامعه و صنوف است که در حرفه پزشکی نیز می‌عارهای اخلاق پزشکی را می‌توان برای مسؤول دانستن اعمال کرد و پزشکی با هدف صیانت از حیثیت و اعتبار حرفه پزشکی، می‌توان موجبات جلب اعتماد و احترام جامعه را که مقدمه ارتباط خوب بیمار و پزشکان را فراهم می‌سازند یک پزشک صرف نظر از فرآگیری اصول حاکم برخلاف پزشکی، اخلاق حرفه‌ای و دانستن نفس آن در جلب اعتماد بیمار را باید بداند که با رعایت این قواعد، بر زندگی حرفه‌ای و شغلی او مؤثر است. بند (۳۰) ماده (۳) قانون صحت عامه طبیب مؤلف و مکلف است در مورد ترکیب و عوارض جانبی ادویه تجویز شده به مریض معلومات ارایه نماید. به لحاظ اخلاقی و قانونی پزشکان باید رفتار و عملی را انجام دهند که منع قانونی نداشته باشد و به بیمار آسیب و صدمه ای نرسد و مطابق ماده (۴۵) معاینه خانه و اجرا کننده این تخلفات مسدود می‌گردد. مسؤولیت انتظامی همان رفتار خلاف شئون حرفه و هتك حیثیت جامعه صنفی و حرفه‌ای است. مسؤولیت مسلکی پزشکان، زمانی از مسؤولیت مسلکی بحث می‌شود که با معیارهای اخلاقی پزشکان مورد داشته باشد. رعایت معیارهای اخلاقی یک پزشک است که برای پزشک احترام و

^۱- محمد صالح، ولیدی، پیشین، ص ۴۶

شخصیت خلق می‌کند. تخلف مسلکی، نقض مقررات صنفی به وسیله یکی از افراد آن صنف "تخلف انتظامی مانند جرم جزایی صراحة و قاطعیت ندارد به همین جهت بی لیاقتی، عدم رعایت شؤون صنفی نیز جرم انتظامی تلقی می‌شود. و نیز کیفر تخلف مسلکی تناسب و ارتباط با شغل مرتكب تخلف دارد از قبیل توبيخ، تعلیق موقت یا دائم از شغل و غیره^۱ مجازات‌های مسلکی را که منحیت تخلف از انتظام و نظم یک حرفه و صنف بوجود می‌آید به سختی مجازات‌های عمومی نیست. ماده ۸۸۶ کود جزای افغانستان، ماده ۱۹ قانون صحت عامه: "طبیب نمی‌تواند ادویه را که شامل لیست ادویه

نمی‌باشد، به مریض تجویز نماید". هر فعلی از سوی پزشکان که به حیثیت و منافع جامعه پزشکی لطمه بزند، مبنای مسؤولیت مسلکی پزشکان می‌باشد. هدف در مسؤولیت انتظامی صیانت از منافع عمومی جامعه و برقراری نظم می‌باشد. در حرفه پزشکی این مسؤولیت و صیانت اجرایی آن که در مورد فوق مقرر شده" قانون بیان شده براین است تا از حقوق معنوی صاحبان این حرفه محافظت بعمل آید تا شاغلین براین حرفه با رعایت حقوق لازمه به پاسداری از این وصف ارتقاء علم و تکنالوژی را داشته باشد. پزشکان باید در جذب بیمار رفتاری مخالف شؤون پزشکی داشته باشد.

به طور کلی انجام هرگونه امور خلاف شأن پزشکی، که موجب تا هتك حرمت پزشکی گردد، ممنوع است. ماده ۱۵ قانون صحت عامه: "هرگاه کارکنان طبی و دواسازی در انجام وظایف اختصاصی مربوط تخلف ورزند، مطابق احکام قانون مورد تعقیب عدلي قرار گیرد". در محقق شدن مسؤولیت انتظامی، علاوه بر اثبات فعل (یا ترک فعل) پزشکان و سببیت آنکه در ماده فوق به طور کلی تخلفات انتظامی پزشکان را بیان کرده است، در ایراد خسارت معنوی به جامعه پزشکی، باید تقصیر انتظامی ثابت شود. همانند ماده: (۲۵) قانون ادویه "طبیب موظف نمی‌تواند برای مریض داخل

^۱- محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۱۴۳

گفتار پنجم: مسؤولیت مسلکی پزشکان در قوانین افغانستان

ماده ۲۶ قانون ادویه: "طیب حق فروش و توزیع ادویه را در معاینه خانه شخصی ندارد". ماده ۱۹ قانون صحت عامه و ماده ۲۹ قانون ادویه: طبیب نمی‌تواند ادویه را که شامل لیست ادویه نمی‌باشد، به مریض تجویز و توصیه نماید.

هر فعل از سوی پزشکان که به حیثیت و منافع جامعه پزشکی لطمه بزند و یا وارد کند، مبنای مسؤولیت انتظامی پزشکان می‌باشد. هدف از مسؤولیت مسلکی صیانت از منافع عمومی جامعه و برقراری نظم می‌باشد. در حرفه پزشکی این مسؤولیت و ضمانت اجرایی آن که در مواد قانونی مقرر شده در قانون بیان شده است، براین اساس تا به پاسداری از این صنف ارتقاء علم و تکنولوژی را داشته باشد. پزشکان نباید در جذب بیماران مخالف شون پزشکی داشته باشند.

هر نوع تبلیغ گمراه کننده از طریق رسانه‌های گروهی و نصب آگهی، خارج از ضوابط نظام پزشکی. به طور کلی انجام هرگونه امور خلاف شان پزشکان، که موجبات هتك حرمت جامعه پزشکی گردد، ممنوع است. ماده ۱۵ قانون صحت عامه: "هرگاه کار کنان طبی و دواسازی در انجام وظایف اختصاصی مربوط تحالف ورزند، مطابق قانون مورد تعقیب عدلي قرار گیرد". در محقق شدن مسؤولیت انتظامی، علاوه بر اثبات فعل (یا ترک فعل) پزشکان وسیبیت آن در ماده فوق به طور کلی تخلفات انتظامی پزشکان را بیان کرده است. در ایراد خسارت معنوی به جامعه پزشکی، باید تقصیر

بستر شفاخانه دولتی ادویه را که از طرف دولت طور مجانية توزیع می‌گردد، نسخه خریداری تجویز نماید". در صورتی که بیمار یا اقارب و بستگان وی ثابت نماید که پزشک داروها را بر بیمار فروخته است. پس جدای از قصد یا نیت پزشکان، هنگامی او با مسؤولیت انتظامی مواجه می‌شود که فعل او در مقام نقض قوانین و مقررات اصول اختلاف وحشه‌ای یا موازین علمی و فنی بوده و موجب هتك حیثیت جامعه پزشکی شود.

انتظامی ثابت شود. همانند ماده ۲۵ قانون ادویه: " طبیب مؤظف نمی‌تواند برای مریض داخل بستر شفاخانه دولتی ادویه را که از طرف دولت طور مجانی توزیع می‌گردد، نسخه خریداری تجویز نماید". در صورتی که بیمار یا اقارب و بستگان وی ثابت نمایند که پزشکان داروها را به بیمار فروخته است. پس جدای از قصد و یا نیت پزشکان، هنگامی او با مسؤولیت انتظامی مواجه می‌شود که فعل او مقام نقض قوانین و مقررات اصول اخلاقی و حرفة‌یا موازین علمی و فنی بوده و موجب هتك حیثیت جامعه پزشکی شود.

بحث سوم: تاریخچه مسؤولیت جزایی پزشکان

در ابتدا لازم است که مفاهیم کلیدی و جامع بحث را به لحاظ لغوی و اصطلاحی تعریف و مشخص نمایم و در ادامه بحث موضوعات که تحریر و دنبال می‌شود روشن و واضح گردیده و از مغالطات لفظی پرهیزشود. مسؤولیت پزشکی در تمدن‌های ابتدائی که انسان‌های اولیه به صورت جمعی و قبیله‌ی زندگی می‌کردند، مشاهده می‌شود. در بابل باستان، قانون حمورابی به مسؤولیت جزایی پزشکان توجه مبذول داشته و این امر حاکی از مسؤولیت پزشکان می‌باشد. مسؤولیتی که به هر صنف و مشاغل حاکم؛ عبارت از مسؤولیت جزایی و مدنی می‌باشد. یونان باستان نیز نادیده نگرفته و به آن اشاره نموده است. هم‌چنان در مصر قدیم از گذشته دور در باب طب و طبابت اشارات نموده و به بیان شاخه‌های علم پزشکی پرداخته است. در دوران اسلامی، نیز پزشکان دارای شاخه‌های بودند. مانند: تدبیرالاطحا (تدرستی اشخاص) تدبیرالحالی (سلامتی زنان آبستن جهت سالم نگاه داشتن جنین) تدبیر المولودین (پزشکان نوزادان) تدبیرالصیبان (پزشکان کودکان) تدبیرالمشايخ (پزشکان سالخوردگان) را می‌توان اشاره کرد. و مساحتی نیز در این رابطه نقش به سزای را در

تحولات علمی و حقوقی مسؤولیت جزایی پزشکان داشته است.^۱ مسؤولیت پزشکان در افغانستان از شروع اسلام رنگ دیگری به خود گرفته و درقرن (۶) بود که ژویستن امپراتور روم شرقی دانشگاه های آتن را مسدود ساخت وعلماء و اطباء به سمت شرق آمدند و تحولات آوردنده وخصوصاً در دوران امیر حبیب الله خان که خودش به مرض نقصص مبتلا بود.^۲

در قرون وسطی و پیش از انقلاب فرانسه، در قوانین وضعی برای انسان و حیوان و جماد مسؤولیت لحاظ شده بود. اجسام بی جان و حیوانات مقابل اعمال زیان باری که به آنها نسبت داده می شد، جزا می شدند. همچنان که انسان هم در مقابل ارتکاب اعمال ممنوع جزا می دید. اموات مانند زندگان در معرض عقوبات بودند و فوت متهم، او را از محکمه و مجازات معاف نمی ساخت. یک فرد، تنها در مقابل اعمال خود مسؤول نبود، بلکه بازاء عمل دیگران هم مورد مؤخذه قرار می گرفت؛ هرچند به آن عمل خود مسؤول آگاه نبود و به مرتكب آن تسلط و اقتداری نداشت. مجازات نه تنها خود مجرم کار بلکه خانواده و دوستان را در بر می گرفت، و به آن همان قدر زیان می رسانید که در مورد خود او در حالی که آنان از جرم ارتکابی وی مبرا بودند. اینها برخی از اصول قدیم و بوسیله‌ی قوانین وضعی بود. این اصول از نظریه‌ای مسؤولیت مادی که؛ قوانین وضعی حاکم بود و صرفاً ارتباط فیزیکی بین جرم و مجرم، و پیوستگی مجرم با دیگر اعضای خانواده و وابستگان را در نظر داشت، نشأت می گرفت. از این زمینه تصورات ذهنی مجرم، قدرت وی بر تفکر، تمیز خوب از بد، اختیار وی، انگیزه‌ی گرایش او به ارتکاب جرم و تأثیر این مورد در واقع جرم و شخص مجرم به

^۱- محقق، مهدی، تاریخ و اخلاق پزشکی در اسلام و ایران، تهران، انتشارات سروش، چاپ اول، سال ۱۳۷۴، ص ۳۹۸

^۲- مومنی، عبدالحی، تاریخچه طبابت و فارمسي و سیر تکامل آن در افغانستان، سال: ۱۳۸۴ چاپ: اول ص، ۷۲

حساب نمی‌آمدند.^۱ این اصول تا انقلاب فرانسه (رنسانس) پا بر جا بود، در نتیجه‌ی رنسانس، وضعیت ستم باز گذشته از هم‌گسیخت و اصول جدید جایگزین اصول قدیمی و گذشته شد که به عدالت استوار بود و درک و آزادی اراده را مبنای مسئولیت جزای می‌دانست. در اثر همین تحول، فقط انسان زنده شایستگی آن را یافت که موضوع مسئولیت جزای قرار بگیرد. مجازات‌ها شخصی شد و تنها مجرم را در بر می‌گرفت و کسانی که در ارتکاب جرم دخالت نداشتند، شامل نمی‌شدند.

گفتار اول: تمدن‌های ابتدائی

در تمدن‌های ابتدائی که جوامع بشری به صورت قبیله‌ای زندگی می‌کردند، مردان روحانی قبیله با شناخت گیاهان دارویی، طبابت می‌کردند؛ یعنی علاوه بر منصب قضاوت، به امور طبابت می‌پرداختند. کلمه طبیب به معنی جادوگر یا افسونگر است، از زمان‌های قدیم مصطلح شده و به اینگونه به روحانیون طبیب اطلاق می‌کردند.^۲ در آن زمان چون روحانیون این فکر را که بیماری‌ها ناشی از خشم خدایان هستند، گسترش داده بودند، مسئولیت متوجه آن‌ها نبوده است. بعدها که تمدن پیشرفته کرد و طبابت از روحانیت جدا شد، به تدریج برای پزشکان مسئولیت قابل شده‌اند. البته در آغاز به دلیل آنکه مسئولیت جزایی و مسئولیت مدنی از هم جدا نبود، جبران خسارت مفهومی نداشت. مجازات نیز به جهت تسکین آلامی بود که به یک الام وارد می‌آمد. بعدها توجه به گسترش اندیشه فرد گرایی، مسئولیت جزایی از مسئولیت مدنی جدا شد و در نتیجه مسئولیت پزشکان نخستین تحولات خویش را تجربه نمود. شرایط آن است که وجود حکم شرعی، به وجود آن متوقف باشد و از عدم آن، عدم حکم لازم آید.

^۱- عوده، عبدالقادر، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، ج. ۱، ترجمه: دکتر حسن فرهودی نیا،

انتشارات خیر - کابل، ص ۳۶۰

^۲- نجاتی، مهدی پیشین، ص ۵۴

گفتار دوم: بابل، یونان و روم باستان

در بابل باستان، حمورابی، مجموعه قوانینی وضع نمود که به موجب آن در صورت که پزشکان در اثر عدم آگاهی از اصول مسلم داشتند طبابت و خطا در معالجه، موجب بروز ضرر و زیان به بیماران می‌شدند مسؤولیت داشتند^۱ قانون نامه حمورابی طی (۹) ماده قانونی به بیان مجازات طبیبان و جرم‌های نقدی پرداخته است. و این امر حاکی از مسؤولیت پزشکان است، مسؤولیتی که بر هر صنف و مشاغل حاکم است عبارت اند از مسؤولیت مدنی و مسؤولیت جزایی، در مسؤولیت مدنی جبران خسارت قابل تقدیم با پول است اما در مسؤولیت جزایی، این طور نیست. مسؤولیت پزشکی به عنوان یک حرفه و مشاغل می‌تواند هردو مسؤولیت را داشته باشد. در مسؤولیت جزایی اصل شخصی بودن جرایم و مجازاتهای غیر قابل نقض است. در یونان باستان، در صورتی که طبیب به علت در معالجه موجب مرگ بیمار می‌شد، مستوجب مرگ بود. در ماجراهی هفستیون، اسکندر مقدونی، دستور اعدام معالج او را به علت عدم شفای نامبرده صادر نمود. رومیان نیز که وارث علوم و فنون و طب یونانی بودند، جهل و خطای طبیب را موجب مسؤولیت می‌دانستند و در صورت که طبیب در معالجاتش، از اصول و ضوابط مسلم طبابت تخطی می‌کرد، او را به جبران خسارت واردہ به متضرر ملزم می‌نمودند.^۲

گفتار سوم: دوران قبل از اسلام

امر پزشکی از همان دوره‌های ابتدائی جایگاه اجتماعی خاص میان مردم داشته است. طبابت در قبل از اسلام تاریخی ۵۰۰ سال ق.م دارد. در درمان و معالجه بیماران، چنانچه صدمه و خسارتی به بیماران عاید می‌شد، حالی از ضمانت اجرایی نبود.

^۱- به نقل، الگود، سیریل، تاریخ طب ایران و سر زمین‌های خلافت شرقی، ترجمه: باهر فرقانی، تهران، انتشارات

امیر کبیر، سال ۱۳۵۸، چاپ اول، ص ۲۱

^۲- بسام، محاسب بالله، مسؤولیت الطیبه والجزاء، بیروت، الانتشار دارالایمان، الطبعه الاول، سنه ۱۴۰۴، هـ، ص ۴۰

بقراط پزشک حاذق آن عصر در سوگند نامه خود، وظایف یک طبیب را به لحاظ اخلاقی و حقوقی تدوین و به آن اشاره داشته است.

ولی افشاری اسرار بیمار را توسط پزشک معالج مورد نکوهش و مجازات می‌داند. در واقع اهمیت دادن به پزشکی و فعل درمان از همان دوره‌های دور نیز مورد توجه بوده و با پیشرفت علم و تکنولوژی، و سیر تحولات حقوقی، ضمانت اجرای پزشکی از حالت مختلط به مسؤولیت مدنی و مسؤولیت جزایی تقسیم شده است. مجموعه قوانین حمورابی^۱ در بابل در حدود ۲۲۰۰ سال ق.م، می‌باشد و به طور کلی قدیمی ترین قانون مدنی مدونی بوده است که متشکل از ۲۸۲ دستور و قاعده حقوقی است و در خصوص مسؤولیت پزشکان نیز قواعد بیان شده است، که از این مجموعه قوانین، مسؤولیت جزایی پزشکان احراز می‌شود. مطابق این قانون، در صورتی که جراح موجب مرگ بیمار می‌شد یا گودی چشم کسی را باز می‌کرد و باعث نا بینایی وی می‌گشت، به قطع دست محکوم می‌شد.^۲ طبابت و موضوع آن در مصر قدیم نیز از گذشته‌های دور تاریخ داشته، طومارهای بجامانده از آن در باب طب و طبابت ۱۶۰۰ سال ق.م بوده است که به مسائل و شاخه‌های علم پزشکی پرداخته است. مصریان در کتاب "سفر مقدس" تدوین یافته از قواعد و موازین در حیطه طبابت، که رعایت مجموعه قواعد و مقررات را بر هر طبیب الزامی دانسته و تخطی و تخلف آن برای پزشکان مسؤولیت آور بود و مجازات را در پی داشت. در یونان نیز پزشکان به علت خطا در معالجه موجب مرگ می‌شد، مستوجب مرگ بود. طب یونانی از زمان

^۱- قانون نامه حمورابی، قدیمی ترین قانون بشر است که به حدود ۴۰۰۰ سال پیش تعلق دارد. اما ناگفته نباید گذاشت که قبل از قانون حمورابی چهار قانون نامه دیگر بنام‌های اورنمو ۲۲۲۱، لیپیت اشتار ۱۳۳۲، اشنونا ۱۷۷۲ و هیتی‌ها ۱۰۲۲ قبل از میلاد بوده است و موضوعات مختلفی (جزایی) در آن‌ها نیز اشاره شده است، تاریخ حقوق کیفری بین النهرين، تالیف: بینا، ترجمه: علی حسین نجفی ابرند ابادی و حسین بادمچی، نشر سمت، تهران، سال ۱۳۸۳، ص ۱۵۲

^۲- علی پاشا، صالح، سرگذشت قانون، مباحث از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، چاپ چهارم، سال ۱۳۹۰ ص ۲۷-۳۰

گفتار چهارم: دوران بعد از اسلام

پزشکی، یکی از علوم است، که کاهنان بابل (کادانیان) اساس آنرا وضع کردند، چه آن‌ها نخستین مردمی هستند که در باره معالجه و تداوی بیماری‌ها مطالعه نمودند. و معمول شان چنان بود که مریضان را در سر راه‌ها و گذرها می‌گذارند تا راه گذری از آنجا بگذرد و هر کس به آن بیماری دچار گشته و تداوی او را پیدا کرده، اطلاعات خود را باز گوید، سپس آن اطلاعات را روی لوحه‌های نگاشته در معبد‌ها می‌آویختند و از آن رو کاهنان کلدانی کار داکتری را انجام می‌دادند. سایر ملت‌ها پزشکی را از کلدانیان گرفتند و از ان جمله عرب‌ها بودند.

آشوریان و مصریان و فینیقیان نیز چنان می‌کردند. لیک یونیان همان مطالب را جمع آوری کرده چیزی‌های بر آن افروزند و آن را مرتب و ترتیب ساختند و ایرانیان و رومیان پزشکی را از یونیانی‌ها فرا گرفتند.^۱ حرث بن کلده از پزشکان عصر اخیر جا هلیت است، وی از قبیله بنی ثقیف و از مردم طایف می‌باشد و علم پزشکی را در ایران در شهر گندی شاهپور آموخته در آنجا به طبابت اشتغال داشته و ثروت فراوان از این طریق پیدا کرده بود. آنگاه از ایران به شهر خود بر گشته و در طایف مشغول

^۱- محتسب بالله، بسام، پیشین، ص ۴۰

^۲- جرجی، زیدان، تاریخ تمدن اسلام، ترجمه و نگارش، علی جواهر الکلام، انتشارات امیر کبیر، سال ۱۳۶۹، ص ۴۰۳

پزشکی شده و شهرت زیادی پیدا کرده است. حرث معاصر پیامبر بوده است و هر کسی در آن زمان مريض می شد آن حضرت او را نزد حرث می فرستادند و حرث به تداوی مريضان می پرداخت، حرث در سال ۱۳ هجری در گذشت.^۱ از ساسانیان به بعد بود که، در قرن دهم آثار علمی، ادبی و طبی زیادی به وجود آمد. در قرن ۱۱ و ۱۲ سرعت اکشاف بحدی زیادی بود که افغانستان باستان از نگاه اکشاف علوم و فرهنگ در صف اول کشورهای جهان قرار گرفت.^۲ در این دوره طب و طبابت با در نظر داشت جنگ‌های که رخ داده است، جراحی به سویه‌ای که مروج بوده، بازارخوبی داشته است.

علق



۷۳

در زمان سلطان مرزا بن غیاث الدین منصور بن عمر شیخ بن امیر تیمور (۱۴۶۸-۱۵۰۵) بود که اطبای چون: قطب الدین محمد آدم، شیخ الدین، طبیب حبیب الله، نظام الدین عبدالحی و طبیب سمرقندی در هرات می زیستند و به تداوی امراض مشکله می پرداختند. منصور طبیب دیگریست که در حقیقت انا تو مست زمان بوده است. در طی پنج قرن دیگر براساس آزادی و فراهم آمدن امکانات تعداد علماء و دانشمندان زیاد شدند. مسیحیت در غرب نیز با عث فروندی و پیشرفت علوم و حقوق در ساحه طب گردید. در زمینه طب کتاب‌های زیادی در اسلام نگاشته و تدوین شده است: طب النبوی، طب الرضا و طب الصادق، در روایتی از امام صادق منقول است. یعنی هیچ اهل سرزمینی از سه چیز برای دنیا و آخرت شان بی نیاز نیستند، که اگر آنها نباشند، صاحب زندگی نا خوشایند می شونند.^۳ آن سه عبارت است. از "فقیه، عالم پارسا و فرمان روای خیر خواه" و مورد اطاعت و پزشکان آگاه و مورد اعتماد.^۴ عرب‌ها اورادی

^۱- همان، ص ۴۱۳

^۲- عبدالحی، مؤمنی، پیشین، ص ۹۳

^۳- لا يستغنى أهل كل بلد عن ثلاثة نوع إليه من أمر دنيا و آخرتهم، فان عدموا ذالك كانوا لهم جاء فقيه عالم، امير خير مطاع و الطيب بصير ثقه.

^۴- مبادی حقوق جزای افغانستان، پژوهه حقوقی افغانستان ALEP، نویسنده‌گان: اونا او، راج نارایان، ماکس پلانگ،

گفتار پنجم: دوران معاصر افغانستان

داشتند که برای بیرون کردن ارواح خبیث بکار می‌بردند و امراضی که بگان آن‌ها از حلول ارواح خبیث حاصل شده بود با اخراج آن‌ها شفا می‌داد و معمولاً برای تباها عزاییم می‌خواندند و برای اخراج جن و شیطان طلسماً بکار می‌بردند. دیگر از معتقدات عرب آنکه موقع ترس مانند الاغ نعره میزدند تا از خود دفع شر کنند و دیگر آن که گمان می‌کردند خون پادشاه هان دیوانگی را بر طرف می‌سازد.

تاریخچه حقوقی افغانستان از زمان امیر عبدالرحمن خان در سال ۱۲۶۲ که به قدرت رسید آغاز گردید. وی اعلام کرده بود که هیچ کس نباید مرتکب جرم یا خیانت گردد. یکی از اطبای که محترم و معتمد امیر بود مرزا ابراهیم خان نام داشت. در بیماری اخیر که امیر در باغ بالا بود مرزا ابراهیم به غرض کاری خارج عمارت رفت، طی همین مدت بود که به امیر جامی ازدواج نشانیده شده بود. مرزا در دعوت جام را در دست پیش خدمتی دید، گرفت و بوئید و پرسید چیست؟ پیش خدمت جواب داد که این جام دوایست که سردار صاحب کلان (سردار حبیب الله) به امیر صاحب داد. در همین لحظه سردار از اتاق امیر بیرون خارج شد و سیلی سختی بروی مزرا کشید و گفت امیر صاحب خواب است و تو بلند حرف می‌زنی. آن وقت پیش خدمت را با جام مرخص کرد و خود به اتاق امیر بر گشت. فردا آن روز شنبه اول اکتوبر ۱۹۰۱ امیر عبدالرحمن خان را بیجان یافتند و وی به عمر پینجا و پنج سالگی از دنیا در گذشت. مرزا ابراهیم؛ برای هژده سال در دوران سلطنت امیر حبیب الله خان از امورات رسمی مطرود و در منزوی حیات بسر می‌برد حتی قسمت ادویه‌ی که برای امیر عبدالرحمن خان ساخته شده بود بالای وی حواله و تحصیل شد. مرزا ابراهیم خان بعد از قتل امیر حبیب الله از

طرف شاه امان الله نوازش شد. آن وقت بود که وی این قصه را به دوستان و نزدیکان خود در میان گذاشته بود.^۱

در سال ۱۹۰۳ که مکتب حبیبیه بحیث اولین لیسه یا یک مکتب با پرو گرامهای درسی عرض اندام کرد. در صنف رشدیه آن حفظ الصحه نیز تدریس می شد. در تشکیلات معارف آن وقت و لو که کوچک هم بود یک لابراتوار بنام بیت الحکمه و یک شفاخانه بنام بیت العلاج وجود داشت که از طرف دو نفر کاتب اداره می شد. داکتر عبدالغنى هندی و برادران وی از معلمین مشهور مدرسه حبیبیه بودند. در سال ۱۹۱۱ م

مطابق ۱۲۹۰ شمسی شفاخانه ملکی کابل در قلعه باغر خان بنام شفاخانه میوند در زمان سلطنت این امیر تأسیس و توسط پزشکان ترکی بکار آغاز کرد. و مدیر شفاخانه داکتر منیر عزت (منیر بیک) جراح ماهر بود، بعد از منیر بیک یک داکتر جوان ترکی بنام فهیم بیک در بار این شاه گردید. این شفاخانه ۲۵ بیستر دائمی و ۵ بیستر احتیاطی (عاجل) داشت. همین شفاخانه بود که برای اولین بار از گوساله برای تهیه ویروس چیچک استفاده به عمل آمد. در عین زمان یک شفاخانه کوچک نظامی هم در کابل تأسیس گردید. و توسط پزشکان هندی تنظیم و اداره می شد که تنها برای نظامیان بود. در سال ۱۹۱۵ م شهر کابل توسط مرض کولرا استیلا گشت که چهل و یک روز دوام یافت، ۱۴۲۲ نفر مصایبن داشت که ۸۸۳ نفر آن هلاک شدند. به تعقیب آن در سال ۱۹۱۸ نفر نفوس داشت ۲۵۰ نفر آن هلاک گردی و در پغمان در چهار روز ۱۵۰۰ نفر جان بحق سپردنده.^۲

^۱- همان، ص ۱۸۳

^۲- غبار، میر غلام محمد، افغانستان در مسیر تاریخ؛ ج. ۱، نشر: سعید، سال ۱۳۸۳، ص ۱۸۳

شريعت بلا فاصله با توجه به فتوای علمای دینی، براساس دستورات خدا، مختلف را مجازات خواهد کرد.^۱ در آن زمان پایه و اساس سیستم عدالت جزایی به نام واسس القضاط یا کتاب رهنمای قضاط یاد می شد. اولین کتابی که در تاریخ افغانستان در آن حقوق اسلام از سوی دولت تدوین و اجرا شد. محاکم که اکثریت قضایای جرمی را مورد بررسی قرار می داد بنام محاکم شرعی یاد می گردید. این محاکم جزاپی و قضایی تا به امروز نیز در قالب ستره محکمه شکل یافتند.

اسلام و مسیحیت نقش به سزاپی را در تحولات علمی و حقوقی و پژوهشی داشتند. طبابت در افغانستان از شروع اسلام، رنگ دیگر بخود گرفته است. در قرن (۶) بود که ژوستین، امپراتور روم شرقی دانشگاه آن را مسدود ساخت و علمائً واطبأ به سمت شرق آمدند و شاه ساسانی آنان را پذیرا شد. تأسیس دانشگاه از همین دستاوردها است. اوایل قرن ۷ در سال ۶۷۰ م بود که عرب‌ها با مهاجرت به سمت هندوکش (افغانستان) علم طب را که از بابلی‌ها فرا گرفته بودند با طب افغانستان باستان عجین نموده و به امر تداوی پرداختند.^۲ قانون اساسی در سال ۱۳۰۲ به صراحة نظام قضایی را تدوین نمود و به اساس ماده ۱۰۴ قانون اساسی در سال ۱۹۲۱م، ایضاً حاتی به داخل دوازده فقره در مورد خدمات صحی گنجانیده شده بود که عرصه خدمات صحی را وسیعأ برای مردم اختوا کرد. و برای اولین بار اصل مهم هیچ عملی جرم نیست مگر به حکم قانون یا اصل قانونی بودن را تدوین نمود. قانون جزاپی سال ۱۳۰۶ با تدوین و مقرر نمودن مواد قانونی ماده ۲۰۶ و ۲۱۰ به ذکر مسؤولیت جزاپی پزشکان پرداخته است.

تاریخ طبابت معاصر افغانستان از سال ۱۹۳۲ آغاز گردید و در سال ۱۴۱۲ش مطابق با ۱۹۳۳م مدیریت مستقله طبیه به ریاست صحیحه ارتقا یافت. در اکتبر سال

^۱- عبدالحی، مؤمنی، پیشین، ص ۹۳

^۲- همان، ص ۸۲

۱۹۳۲ مطابق با ۱۳۱۱ش، فاکولته طب نیز آغاز به کار و فعالیت می‌کند.^۱ طب عدلی نیز به عنوان یک شاخه از طب و حقوق نیز نقش مهم و کاربردی در مسؤولیت جزایی دارد که در سال ۱۳۱۵ بعد از تأسیس فاکولته طب در افغانستان تاریخ گرفت. در سال ۱۳۱۵ شفاخانه پغمان افتتاح و در عقرب ۱۳۱۵ شفاخانه عقلی و عصبي در علی آباد بازگردید ۲۸ آپریل ۱۹۲۲ (۱۳۰۱) ش بود که دوره اول همکاری فرهنگی و صحی بین افغانستان و فرانسه شد و در سال ۱۹۴۶ (۱۳۲۵) ش فرانسوی‌ها به تدریس مضامین طبی در فاکولته طب آغاز نمودند. تدوین کود جزای افغانستان ۱۳۹۶، مسؤولیت جزایی را به طور عام و پزشکی را نیز در سایه آن و طی مواد قانونی مجزا مقرر داشته است که در کنار آن قانون گذار با تدوین قانون صحت عامه، مقرر تولید و توزیع ادویه و لوازم طبی لابراتوارهای طبی شخصی، طب عدلی نیز به بیان و بررسی مسؤولیت مدنی و جزایی پزشکان پرداخته است. با تدوین و مقرر داشتن مجموعه قوانین جزایی، مسؤولیت جزایی پزشکان و کادر پزشکی و پرسونل وابسته به حرفه پزشکی مورد بررسی قانونی قرارداده است.

بحث چهارم: مبانی مسؤولیت جزایی پزشکان

مبانی جمع مبنا به معنی جای است. مبنا به معنی بنا، اساس، ابتداء، اول و پایه است و به معنی شالوده و بنیاد نیز به کار می‌رود.^۲ مقصود از مبانی حقوق یک رشتہ قواعد است که در قوانین جاری یک کشور به هیچ وجه وارد نشده است، نه عرف مسلم بر آن‌ها دلالت می‌کند و نه روح قانون. حقوق دانان پیوسته برای کشف این مبانی تلاش می‌کند و آن‌ها را به خواستاری علم حقوق عرضه می‌نماید.^۳ مبانی حقوق رگ

^۱- ظاهري، رجب على، ارمغان اميد، ج. ۱، گرد آورنده سيد عزت الله مرموز، سال ۱۹۹۸، چاپ اول، ص ۲۵۸

^۲- بهمن، حسينجانی و مسعود مظاہری، تهرانی، اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری، نشر: مجتمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ، اول ۱۳۸۹، ص ۲۰۱

و ریشه‌هایی است که ما را به فرمانبرداری از قانون و دار می‌سازد. اگر قاعده حقوقی را به آب روانی که از چشمۀ ساری می‌تروسد مانند کنیم، کاوش نخستین (مبانی حقوق) به سفره‌های آبدۀ پنهانی و نیروهایی مؤثر در آن می‌پردازد. پرسش که مطرح می‌شود این است که مبانی حقوق را از چه راه‌هایی می‌توان به دست آورد؟ چگونه می‌توان به وجود آن‌ها پی‌برد؟ به نظر می‌رسد که طرق دستیابی به این مبانی محصور به یک یا چند تا نیست و به هیچ دلیل نمی‌توان آن‌ها را محصور کرد. مطالعه مصالح اجتماعی و نظام حقوقی که در آن زندگی می‌کنیم مهم‌ترین راه تحصیل و کشف مبانی حقوق است.^۱

گفتار اول: مبانی مسؤولیت در فقه

مسؤولیت که ریشه در فقه و شریعت مقدس دارد، در نظام حقوقی و قانون موضوعه نیز بدون تأثیر و جدای از فقه نمی‌باشد. لذا در این گفتار مبانی مسؤولیت در فقه و از دید گاه فقه‌ها مورد بحث و بررسی قرار داده ایم. فقه در ارتباط با بایدها و نبایدهای که در نتیجه امنیت و نظم را در جامعه انسانی حاکم می‌کند، قواعدی را بیان داشته است تا در چهار چوب آن قواعد می‌توان به درستی حکم و عمل کرد. در این گفتار قواعد که به طور عموم در ارتباطات انسانی نقش باز دارند در ایراد ضرر و احراز آن را دارند به بررسی و بحث همه جانبه گرفته است. از جمله دلائل اثبات مسؤولیت پزشکان غیر مقصّر، برخی قواعد فقهی است که از اطلاق آن‌ها می‌توان حکم ضمان پزشکان غیر مقصّر را بیان کرد. عناوین آن قواعد عبارت اند از:

۱- قاعده اتلاف، ۲- قاعده لاضرر، ۳- قاعده سببیت. که به ترتیب هر یک از آن‌ها را توضیح داده خواهد شد.

^۱- همان: ص، ۲۰۱

بند اول: قاعده اتلاف

لغویون اتلاف را از باب اتلاف مصدر افعال بیان کرده اند که به معنای از بین بردن و هلاک کردن است. در اصطلاح به معنای نابود کردن است که در فقه این واژه در مورد اتلاف مال دیگری بکار رفته است.

در فقه نیز دو حکم در مورد قاعده اتلاف بیان گردیده است. حکم اولی اتلاف مال دیگری است از جهت تکلیفی، حرمت و از جهت وضعی، ضمان است.^۱ بنابراین، قاعده اتلاف و معنی استخراج شده آن هر تلف کننده‌ی ضامن خسارت و ضرری است که به دیگری وارد می‌کند. اعم از اینکه در وارد ضرر مرتکب تقصیر شده باشد یانه. اتلاف و ایراد ضرر و خسارت به واسطه اتلاف زمانی ضمان آوراست که از روی تعدی باشد و عمل زیان بار خارج از عرف و حدود متعارف و بدون اذن مالک باشد. یکی از موجبات ضمان، مباشرت (فاعل) در اتلاف مال غیر است، لذا از آن‌جاکه پزشک در اتلاف مريض یا جرح او مباشر نباشد. بنابراین، باید به مقتضای قاعده‌ی اتلاف او را ضامن دانست. بدیهی است دستور به معالجه و تداوی را نباید از مصاديق مباشرت در اتلاف تلقی کرد، بلکه از مصاديق تسبیب است که مطابق با نظر مشهور، داکتر ضامن است؛ بنابراین، قید اکثر باعث تلف جان یا مال یاقوهای از قوای جسمانی و یا نقص عضو می‌گردد ضامن است.^۲ در امر پزشکی، پزشک مقصراً باشد یا نباشد بنابر قاعده اتلاف که ضرر و خساره به دیگری وارد شده است، ضامن اتلاف وارد شده است. در حقوق افغانستان طبق مواد قانونی ۷۵۸ و ۷۶۰ قانون مدنی شخص متلف را به ضمان

^۱- جمعی از پژوهشگران (زیر نظر شاهروdi، سید محمد هاشمی، فرهنگ فقه) ج.۱، قم انتشارات مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ص ۲۲۶

^۲- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی، ناشر، شرکت سهامی، تهران، سال ۱۳۷۹

ضرر ناشی از آن مکلف می‌داند.^۱ هم‌چنان ماده ۹۱۲ قانون وقواعد فقهی مجله الاحکام مشعر است "اگر کسی مال شخصی دیگری را که به دست خودش، یا بدست امین اش بود، قصد تلف کرد تاوانش را باید پردازد".^۲ با توجه به قیاس اولویت اگر اتلاف مال غیر ضمان آور باشد جان و نفس انسان که مهم‌تر و یا ارزش‌تر از مال است به طریق اولی مستلزم جبران خساره وارد است.

اتلاف در واقع منحصر به مال نیست، البته ضرری که به جسم و روح انسان وارد می‌شود، چنانچه قابل جبران و تادیه با پول باشد، همان اتلاف مال است. در حقوق موضوعه اتلافی که توسط پزشکان بر جسم انسان وارد می‌شود، به وجود آورنده ضمان و مسؤولیتی است که در نتیجه یک فعل جرمی صورت گرفته است. تقصیری که یا در فعل و یا عدم فعل موجب ایجاد ضرر و زیان شده است و مسؤولیت را خلق کرده است. تقصیر در مسؤولیت جزایی، فعل جرمی است که خلاف عرف وعادت وحد متعارف صورت گرفته باشد، آنچه که خلاف قانون باشد و قانون عمل ارتکابی را جرم دانسته باشد.

اما برخی از فقهاء وحقوق دانان در مقابل دیدگاه قبلی، به مخالفت برخواسته واستناد به قاعده اتلاف را به منظور اثبات مسؤولیت پزشکان غیر مقصراً نادرست دانسته‌اند. این گروه در تأیید رأی خویش چنین استدلال کرده‌اند که هر چند اتلاف جان و عضو بیمار مستند به فعل پزشکان است و بر اساس قاعده فقهی اتلاف، هر تلف کننده ای مسؤول آنچه که تلف کرده است می‌باشد. اما پزشکان در فعل خویش محسن بوده و

^۱- قانون مدنی افغانستان مصوبه ۱۳۵۵: ماده ۷۵۸: "شخصی که مال غیرا تلف نماید، به ضمان ضرر ناشی از آن مکلف می‌باشد." ماده ۳۶: "طوریکه ایجاد سبب اتلاف موجب ضمان می‌گردد، قصور در تهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط، نیز ضمان ضرر را لازم می‌گردد".

^۲- تحریر المجله، مجموعه قواعد و مسایل فقهی مجله الاحکام، ج. ۳، ماده ۹۱۲ و ماده ۹۱۷ این قانون بیان می‌دارد: "لواطراً احد على مال غيره نقضاناً من وجهه يضمن نقضان القيمة" اگر کسی به مال شخصی دیگر از ناحیه قیمت آن خساره را عاید ساخت، باید خساره ناشی از نقضان را پردازد.

با اقدامات درمانی خود در باره احسان و نیکی می‌کنند و نیکو کار را نمی‌توان مسؤول شمرد.

افزون براین، متلف در صورتی ضامن است که متعددی باشد و خارج از اتلاف متعارف و بدون اذن مالک عمل نماید. بنا براین، چنانچه پزشک با اذن بیمار یا ولی او به معالجه پردازد و از حدود اذن تجاوز نماید در صورت تلف ضامن نبوده و قاعده‌ی در مقابل ایرادات فوق می‌توان چنین پاسخ داد که:

اول: به نظر اکثر فقهاء، قاعده‌ی فقهی بر ضامن بودن اتلاف کننده اطلاق دارد و محسن وغیر محسن، را شامل می‌شود. دوم: اذن بیمار در معالجه و درمان است نه در تلف وممکن است عملی شرعاً جایز باشد اما برای فاعل آن ایجاد مسؤولیت نماید. مثلاً والدین علیرغم آنکه در تأدیب فرزندان مجاز اند، با این همه چنانچه تأدیب منجر به فوت و یا صدمه جسمانی فرزندان گردد مسؤول می‌باشند.

سوم: حتی اگر قلمرو اذن بیمار را شامل اذن در تلف نیز بدانیم باز هم پزشکان در مقابل خسارات جانی که به بیمار وارد می‌کنند مسؤولیت خواهد داشتند: چرا که در مورد صدمه‌های بدنی، رضای زیان اثر ندارد.^۱

بند دوم: قاعده تسبیب

تسبیب در واقع نوعی از اتلاف است. اتلافی که منجر به ضرر و خسارت به دیگری می‌شود و شخص بالمبادره باعث از بین رفتن و هلاک چیزی می‌شود اما در تسبیت آنچه را که ایجاد ضرر، زیان و خسارت می‌کند به واسطه و سبب است. اتلاف نیز به چند صورت تحقق پیدا می‌کند. اتلاف با المبادره؛ و اتلاف با التسبیب، اگر سبب شد که به مال دیگری تلقی عاید گردد و یا در قسمت آن نقض وارد شود، یعنی از این

^۱- کاتوریان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (وقایع حقوقی) تهران، شرکت سهامی، انتشار، چاپ اول، سال ۱۳۷۷،

سبب مفضی به تلف و یا زیان مال آن شخص گردید، (مبسب) ضامن می‌گردد.^۱ در تسبیب، عمل خود شخص به طور مستقیم منجر به از بین بردن مال دیگری نمی‌شود بلکه باید میان عمل شخص و زیان وارده، یک رابطه‌ای وجود داشته باشد که همین رابطه در اتلاف تسبیب می‌باشد. مسبب: کسی است که غیر مستقیم و با واسطه سبب تلف شدن مال یا خیانت بر دیگری می‌شود مانند کسی که با حفر گودال در خارج از ملک خود، زمینه قتل کسی را فراهم می‌کند.^۲ تعهد و تقصیر فرد در از بین بردن مال دیگری بنا بر تسبیب و قاعده آن نقش موثری و مفیدی را مسئولیت وضمان دارد برخلاف اتلاف به عمد وغیر عمد در آن بی تاثیر است. اگر مباشر مختار وعاقل باشد و به عمل خود ونتیجه آن توجه داشته باشد ضامن و سبب فاقد ضمان است اما اگر مباشر صاحب اراده و شعور نباشد، سبب ضامن خواهد بود. در قانون مجلة الاحکام در ماده ۹۰ و ماده ۹۲۵ صورت اجتماع مباشر و مسبب را بر مسؤول بودن مباشر بیان می‌کند^۳ در اجتماع مباشر وسبب.^۴ بحث ضمان و مسئولیت زمانی است که مثلاً اگر

^۱- نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج.۳، تهران، دارالكتاب الاسلامي، ص ۲۱۴

^۲- ماده ۹۲۲ قانون مجلة الاحکام: "لو أتلف مال آخر، او نقص قيمه تسبيباً يعني لو كان سبباً مفضياً إلى تلف مال، أو نقصان قيمه يكون ضامناً"

^۳- ماده ۹۰: این قانون " اذا اجتمع المباشر والمسبب مضاف الحكم الى المباشر: زمانی که مباشر ومبسب با هم جمع شدند، نسبت حکم با مباشر است نه بر مسبب، ماده ۹۲۵: اگر کسی مرتكب چنان عملی گردید، که سبب تلف چیزی شد و در این وقت فعل اختیاری کسی دیگری حایل گردید، به این معنی که کسی دیگر به طور المباشره آن چیزی را تلف کرد، فاعل فعل اختیاری که بال مباشرةه موجب تلف گردیده است توان دارد.

^۴- علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء، کتاب غصب، فصل دوم، مبحث اول، مسأله دوم چنین می‌گوید: هر آن چیزی که در از بین رفتن چیزی یا تلف شدن آن چیز دخالت داشته باشد یا به نحوی است که هلاکت نا بودی به آن اضافه شود که علت نامیده می‌شود و انجام آن عادتاً وحقیقتاً اضافه شود یا اصلاح این چنین نباشد و آنکه این چنین نباشد یا به گونه ای است که با ایجاد آن هلاکت ونا بودی آن چیز قصد می‌شود یا این چنین نیست. پس آنچه هلاکت ونا بودی به آن اضافه می‌شود علت نامیده می‌شود و آنکه آن را ایجاد می‌کند به صورت مباشر است و آنچه نا بودی به آن اضافه نشود و آنچه به آن اضافه می‌شود در آن قصد می‌شود وسبب نامیده می‌شود وایجاد آن زا تسبیب گویند. این قصد و توقع گاهی به نحوی است که تاثیر می‌کذارد در وجود تلف به مجرد ایجادش و آن سبب علت می‌باشد و گاهی به

پزشک داروی تجویز کند و این دارو سم کشنده باشد و پرستار آن را به مریض بدهد و آن سم مریض را تلف کند، دراین مورد استناد جنایت به سبب (پرشک) قویتر از مباشر(پرستار) است. خصوصا در جایکه مباشر(پرستار) جاهل است و سبب (پرشک) دال است به اینکه این دارو سم کشنده است. پس پزشک مسؤول فعل جرمی تلف فوت بیمار است. اما، اگر پرستار آگاه باشد به اینکه این دارو سم کشنده است و آن را به بیمار بدهد، دراین صورت او ضامن و گنهکار می باشد. همچنین است در باب شهادت دروغ که اگر سبب برای تلف خود مشهود عليه یا مال او شهادت دهد، ضمانت بر عهده او (

علف



۸۳

شاهد دروغگو) است نه بر عهده مباشر(قاضی) و نه بر عهده ماموری که فرمان را انجام می دهد و حکم قاضی را اجرا می کند. دندانپزشکی با وسائل درمانی دندان پزشکی خود که همه بیماران را با آنها مداوا می کند، در اثر آلودگی یکی از وسائل دندانپزشکی، که برای بیمار دیگر استفاده شده است، بیمار دچار بیماری عفونت لشمه شده، که این عفونت بدن وی را فرا می گیرد، پزشک در اینجا قصد و انگیزه ای برای ارتکاب چنین عملی نداشته است، عمل جرمی غیر عمدی می باشد، بعد از مدتی بیمار در اثر همین عفونت فوت می کند، اینجا حکم چگونه باید تطبیق واجرا گردد. آیا پزشک مسبب مسؤول است و باید دیه پردازد یا خیر؟ بی احتیاطی و بی مبالاتی از مصاديق خطای پزشکی می باشد، بی احتیاطی از لحاظ حقوق دانان کسی که نتایج کار یا عمل خود را پیش بینی نکرده باشد لذا نتیجه کارش خلاف میل و مقصود او به ثمر می رسد و یا اینکه پزشکی بر اثر بی مبالاتی یا همان بی تدبیری یا بی فکری موجب ضرر

واسطه اضافه شدن امور دیگری کهایجادش بعيد نیست، می باشد که در صورت اول سبب نامیده می شود و گاهی سبب اینگونه تفسیر می شود که مطلق آنچه ایجاد علت به واسطه آن قصد می شود و گاهی به نجو عام تفسیر می شود. پس گفته می شود که سبب آن چیزی است که نا بودی با وجودش ایجاد می شود و یا هر قصد و انگیزه ای که باشد ولیکن اگر آن نباشد علت اثری نمیگذارد. پس در سبب غیر از خودش چیزی دیگری اثر ندارد و چاره ای از آن نیست. درهنگام هر شرطی سبب می باشد پس کنند چاه توسط شخصی گاهی سبب و گاهی شرط نامیده می شود.

و زیانی به بیمار گردد. مطابق ماده (۴۱۲) کود جزای افغانستان بیان می‌دارد: "هرگاه موظف خدمات عامه، شخص یا لوازم مر بوط به وی را به صورت غیر قانونی تلاشی نماید، به جزای نقدی از پنج هزارتا سی هزار افغانی، محکوم می‌گردد".^۱

بند سوم: قاعده اضرار

ضرر یعنی ضد نفع و خسارت و زیانی که به دیگری (به جسم و مال) وارد می‌شود. اسلام هر گونه ایجاد ضرر به دیگری را منع و از جمله گناهان کبیره و معاصی می‌داند. بنا بر قاعده "لاضرر ولا ضرار" هرکسی به دیگری آسیب برساند، ضامن به جبران و خساره حاصله می‌گردد. ضرر در اسلام هیچ‌گونه مشروعیت نداشته و این عدم مشروعیت ضرر در اسلام هم شامل مرحله قانون گذاری می‌شود و هم شامل مرحله اجرای قانون.^۲ در نظام حقوق اسلامی اگر از قاعده لاضرر بر مال و جان بیان شده است در مرحله اجرای این قاعده منحصر به جبران خسارت مالی و مسؤولیت مدنی نمی‌باشد، بلکه حکومت این اصل ناظر به مسؤولیت جزایی و به طور کلی کلیه احکام و قوانین نیز خواهد شد. ضرر آسیبی است که فردی به فرد دیگری بدون داشتن هر گونه حقی وارد می‌سازد (شامل کلیه خسارت و زیان‌های وارد است). اما اضرار هنگامی صدق می‌کند که زیان رساندن به واسطه داشتن حقی به دیگری زیان می‌رساند (شخص با استفاده از یک حق و جواز شرعی به دیگری زیان وارد می‌کند).^۳ در آیه ۲۳۳ سوره بقره خداوند بزرگ می‌فرماید: "هیچ پدر و مادری نباید به فرزندش ضرر برساند و نیز هیچ فرزندی نباید به پدر مادرش زیان برساند"^۴ خسارت و زیانی که

^۱- کود جزای افغانستان، نشر ریاست نشرات وزارت عدله، تاریخ نشر، ۲۵ ثور سال ۱۳۹۶ هـ نمبر مسلسل، ۱۲۶۰

^۲- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی (مالکیت، مسؤولیت) ص ۱۵۰

^۳- محقق داماد، فقه پژوهشی، ج ۱، ص ۱۱۲

^۴- سوره بقره، آیه ۲۳۳، لاتضار والد بولده ولا مولود....

از جانب پزشکان بر بیمار و پدر و مادر بر فرزند وارد شود با استفاده از یک حق بوده است که سؤ استفاده از حق نیز گفته می‌شود و ضمان بر آن‌ها حاکم است. چنانچه پزشکان حاذق، محتاط و مأذون موجب ضرر و خسارت بر بیمار شود، مطابق قاعده لاضرر، ضرر منتفی است و نفی ضرر هم مستلزم این است که پزشک ضامن خسارت بیمار باشد. در این‌جا ذکر یک نکته ضروری به نظر می‌رسد و آن اینکه تصور نشود که در نظام حقوق اسلام، قلمروی اجرایی قاعده لاضرر محدود و منحصر به جبران خسارت مالی و مسؤولیت جزایی و مدنی می‌باشد بلکه حکومت این اصل ناظر به مسؤولیت جزایی و به طور کلی احکام و قوانین نیز خواهد شد، دلیل بر این مطلب آن است که همه ضرر و اضرار (زیان رسانیدن به دیگری) به طور اطلاق و در حدیث تشریع شده است؛ بنا بر این، منطقاً و عرفاً ضرر و ضرار شامل هر نوع خسارت اعم از خسارت مالی، جانی و معنوی می‌باشد. پزشکی یک از وظایف شرعی و انسانی محسوب می‌شود و واجب کفایی است. همه از ترکش مجازات می‌شوند و یا عمل بعضی به آن، از دیگران ساقط می‌گردد.^۱ علاوه بر این پزشکی یک مسؤولیت دینی است، یک ضررورت اجتماعی و انسانی و رسالت اخلاقی و مسؤولیت عقلی نیز می‌باشد. از نظر اسلام، پزشکی حرفه‌ی نیست که به وسیله آن ثروت اندوزی کرد و به خاکستر دنیا دست یافت. بلکه رسالتی است انسانی و مسؤولیتی شرعی درجه اول است، چون هر حرفه‌ی که صاحب‌ش قصد دارد از آن به پول برسد، مختار است که با آن معامله کند، اگر قانع شود که این معامله اش او را به پول قانع کننده می‌رساند. و اگر دریافت که این معامله نمی‌تواند گرسنگی و احتیاجش را رفع و برآورده سازد، می‌تواند با او معامله نکند. قطعاً این‌ها شامل حال پزشک نمی‌شود. چون کسی از درمان دست بکشد همان طور که قبل ذکر شد قطعاً شریک زخمی زننده است. و برای گرفتن مزد زیادی

آن یا به هر عملی دیگر، حق آن را ندارد که در درمان تعلل کنند. از حضرت علی (ع) نقل است": بر امام واجب است دانشمندان فاسد و پزشکان نادان و غیر متخصص را زندانی نماید". بلکه واجب است، زیرا اشتغال نادان در امر پزشکی، بیشتر به افزایش درد و رنج‌های مريض منجر می‌شود و آسایش و آينده اش را (اگر نگویی زندگی بسياری را) به خطرات زيادي می‌کشاند. پزشکان نادان نيز بدن‌ها را فاسد می‌کنند و آسایش و سعادت انسان را در دنيا می‌ربايند، پس جلوگيري از آنان و ايستادگي را مقابل آنان با تمام قدرت، واجب است.

بحث پنجم: ديدگاه فقهاء در مورد مسئليت جزائي پزشكان

اهميٰت و توجه ضمان و مسئليت پزشكان نزد اهل فقه، باعث شده است تا فقهاء و عالمان در اين باب ديدگاه و نظريات خود را بيان کنند. اختلاف ديدگاه و نظر در باب مسئليت پزشكان در نتيجه مهارت و چکونگي استفاده از ازيين فن و تداوای امراض و راه کسب علاج است. به دنبال معالجه صدماتي که به بيمار وارد می‌شود، مسئليت يا عدم مسئليت را به پزشكان به وجود می‌آورند. امام مالك در حدیثی از ابو داود در سنن خود از طریق عمر بن شعیب و از پدر و جد او از رسول الله (ص) نقل نموده است، بر مشروعيت پزشكی، پیامبر فرمودند: کسی که طبابت می‌کند، اما علم طب نداند، ضامن است. عبدالقدار عوده در کتاب خود با بيان قاعده کلی مستنبط از فقه اهل سنت، در خصوص مسئليت پزشكان معتقد است که وقتی چيزی واجب شد و مقید به هیچ شرطی نگردید در صورتی که عمل به آن موجب خساره کردد. مسئليت متوجه پزشكان نخواهد بود. روایت اهل سنت در رابطه به ضمان بر شخص که بدون علم طب به فعل طبابت پردازد: "کسی که طبابت می‌کند و از طبابت علمی ندارد پس ضمان بروی است". پس طيب ضامن است.^۱ فقهاء اهل سنت ميان پزشكان

^۱- ابن القيم، الجوزيه، زاد المعاد، ج. ۳، ص ۱۴۵

متخصص و تبحر با پزشکان غیر متخصص تفاوت گذاشته است و برای هر کدام، حکمی جداگانه پیش بینی کرده اند.

اول: پزشکان جاهل: فردی یا شخصی باید، خویشن را پزشک معرفی کند و به درمان بیماران پردازد، بی آنکه چیزی از طبابت بداند، مسؤول است و صرف تصدی او به طبابت خطأ به شمار می رود و ضمان او را به دنبال دارد. زیرا از پیامبر (ص) روایت شده که فرموده اند: (من تطبب ولم یعلم منه طب قبل ذالک فهو ضامن). هر کسی پیش از آن که سابقه پزشکی داشته باشد، بدان پردازد، ضامن است.^۱ بنا براین، مسئولیت طبیب جاهل، مسئولیت مطلق است و صرف طبابت کردن ضمان می آورد چه طبابت او منجر به ورود ضرر و خسارتی بشود و چه خسارتی به بار نیاورد.^۲ زیرا چنین فردی از اشتغال به طبابت ممنوع است و نباید بیماران را مداوا کند و حتی به دلیل حفظ مصالح عمومی، چنین فردی محجور دانسته شده است و حاکم باید از باب (امر به معروف و نهی از منکر) از اشتغال این گونه افراد به طبابت جلوگیری کند تا مبادا جان و مال مردم در خطر نیفتد.^۳

گفتار اول: فقه حنفی

مسئولیت پزشکان را به دو دلیل زیر ساقط می دانند: ضرورت اجتماعی: زیرا نیاز بسیاری به کار پزشکی وجود دارد و رفع مسئولیت از پزشکان، موجب تشویق پزشکان

^۱- ابو داود، نسائی و ابن ماجه همگی این روایت را نقل کرده اند: سنن ابی داود، سلیمان بن الاشعث ابو داود السجستانی الاژدی، محقق محمد مجی الدین عبدالحمید، ج. ۱۹۶/۴، بیروت، دارالفکر، بی تا، مصنف ابن أبي شبيه، ابوبکر عبدالله بن محمد بن ابی الكوفی، محقق کمال یوسف الحوت، ج. ۲۷۵۹-۹۴۲۰/۵، مکتبه الرشید، سنه ۱۴۰۹، نیل الاولطار، محمد بن علی بن محمد الشوکانی، ج. ۳۶/۶، بیروت، دارالجبل، سنه ۱۹۷۳

^۲- محمد احمد سراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، ج. ۱۱/۱۲، بیروت، مجلد، سنه ۱۴۱۴، وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادله، ج. ۹/۴۴۹-۴۵۰، بیروت دارالفکر، ۱۴۰۵

^۳- وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادله، ج. ۵/۴۴۹-۴۵۰، بیروت، دارالفکر، سنه ۱۴۰۵

گفتار دوم: فقه شافعی

شافعی‌ها به این باور هستند که در صورتی بیمار زیان جبران ناپذیر ببیند، زیان دیده و یا کسان او نمی‌توانند قصاص پزشکان را بخواهند و یا از او در خواست دیه کنند، زیرا پزشکان با به کار بستن اصول علمی، فنی، رعایت مقررات و با کسب اذن از بیمار، به درمان او پرداخته و قصد اضرار هم نداشته بلکه قصدش، بهبود یا فتن بیمار بوده است.^۱ بنا براین، در مقابل خطای خود مسؤول نیست.

گفتار سوم: فقه حنبی

حنبی‌ها معتقدند، اگر پزشکان متخصص و دارای مهارت لازم باشند و مرتكب خطایی شوند که منجر به تلف یا نقص عضو بیمار گردد. مسؤول نیستند؛ زیرا فعل مباحی را انجام داده که به تلف و نقص عضو انجامیده است و همان گونه که اگر خود محکوم بر اثر اجرای حد بمیرد، ضارب یا مأمور اجرای حکم ضامن نیست، در این جا نیز پزشکان ضامن و مسؤول به شمار نمی‌آیند.^۲ در جای دیگر بیان داشته اند: اگر پزشک متخصص و دارای مهارت لازم باشد و مرتكب اشتباه و خطای شود که منجر به تلف

^۱- فتح القدیر، کمال الدین، محمد بن عبدالواحد (ابن همام) ج. ۹، ۶۷-۶۸، بیروت، دارالحاجا التراث العربي، بی تا

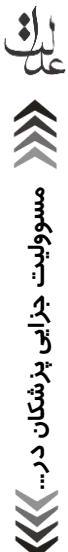
^۲- ابو عبدالله محمد بن ادریس الشافعی، الام، ج. ۱/۶۱-۶۲، بیروت، دارالمعرفه، سنه ۱۳۹۲ هـ

^۳- ابو اسحاق ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن مفلح، المیدع، ج. ۵/۱۱۱-۱۱۰، بیروت، المکتب الاسلامیه، سنه ۱۴۰۰ هـ

عضو مریض گردد، مسؤول نیست؛ زیرا فعل مباحی را انجام داده که به تلف و نقص عضو انجامیده است. همانگونه که اگر محاکوم بر اثر اجرای حد بمیرد، ضارب یا مامور اجرای حکم ضامن نیست، در اینجا نیز داکتران ضامن و مسؤول به شمار نمی‌اید.^۱

گفتار چهارم: فقه مالکی

مالکی‌ها، بر آن اند که ، به دلیل وجود اذن شرع و اذن بیمار، پزشکان مسؤول به شمار نمی‌روند؛ زیرا اذن شرع موجب اباحه و مشروعیت اشتغال به حرفه پزشکی است، اذن بیمار به پزشکان نیز سبب می‌شود تا پزشکان بتوانند به معالجه بیمار پردازنند و برای مداوای او تلاش کنند. بنابراین، پزشکان با داشتن این دو شرط و رعایت اصل فنی، مسؤولیتی دیگر نخواهند داشتند.^۲ به چند دلیل، به دلیل وجود اذن شرع مقدس و اذن مریض، پزشکان در این صورت مسؤول نمی‌باشند. زیرا اجازه شرع موجب اباحه و مشروعیت اشتغال به حرفه پزشکی است. اجازه مریض نیز سبب می‌شود تا پزشکان بتوانند به تداوی و معالجع مریضان پردازنند و برای تداوی آن‌ها تلاش کنند. بناءً، پزشکان با داشتن دانش، و این دو شرط و رعایت اصول فنی، مسؤولیتی دیگری نخواهد داشت.^۳



^۱- ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح، المبدع فی الشرح المقنع، ج.۵، الناشر: دارالكتب العلمية- بیروت - لبنان، السنة: ۱۴۱۸هـ/ ۱۹۹۷م، صص، ۱۱۰ . ۱۱۱

^۲- الفرق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، شيخ محمد بن علي بن شيخ حسين، ج. ۲۹ / ۴، ۲۹، مندرج در حاشیه الفرقوق قراقی، بیروت، دارالمعرفه، بی تا، زاد المعاد فی معدی خیرالعباد، ابن قیم الجوزی، ج. ۱۴۲-۱۳۹ / ۴، بیروت و کویت، مؤسسہ المنار، والقناع، منصور بن یونس بن البهوقی، ج. ۳۵-۳۶ / ۴، ۳۵، بیروت دارالفکر، سنہ ۱۴۰۲

^۳- منصور بن یونس بن ادریس البهوقی، کشف القناع عن متن الاقناع، ج. ۴، ترجمه: عبدالبصیر فایز، انتشارات سعید - کابل، سال: ۱۳۸۸، صص، ۳۴ و ۳۵

گفتار پنجم: فقه جعفری

در فقه شیعه برضمان پزشکان فرقی نیست که آیا منظور جراح است یا پزشک عمومی، و قابل توجه این است که هر فرد که علم آموخته و در این حرفه با توجه به تخصص خود امر درمان را انجام دهد، مسؤول اعمال و رفتار خود در برابر بیمار نمی باشد.

فقههای امامیه بیان می دارند که پزشکان علیرغم اینکه ماهر و حاذق در امر طبابت باشند و رعایت موازین علمی و فنی، دولتی و رضایت و اذن بیمار را در معالجه مهم می دانند و اذن و رضایت و چنانچه پزشکان بیش از درمان و معالجه از بیمار اخذ برائت ننماید، در قبال اعمال پزشکی خود بر بیمار ضامن خواهد بوند.^۱ شهید ثانی در شرح لمعه در کتاب دیات مسؤولیت پزشکان را در تلف نفس و یا عضو به سبب معالجه از مال خودش ضامن می داند. چرا که تلف مستند بر فعل است، اینکه باید خون انسان هدر برود. پزشکی که در فعل خود قاصر بوده و خطأ را مرتکب شده است، پس فعلش همانند شبیه عمد است هر چند که احتیاط را رعایت کرده باشد و اخذ رضایت از بیمار را انجام اعمال درمان داشته باشد ضامن است.^۲

قواعد فقهی که در باب مسؤولیت بیان شده است. عمل طبیب را نیز در این قاعده می آورد چون: قاعده لاضر، غرور و اتلاف. روایت از سکونی از امام صادق و او از امیر المؤمنین (ع) که فرمودند: هر کس پزشکی یا دامپزشکی می کند، باید قبل از درمان، بیمار یا ولی بیمار یا صاحب حیوان برائت اخذ کند و اگر نه ضامن است. و

^۱- شهید ثانی، شرح لمعه، الروضه فی الشرح الدمشقیه، ج. ۱۰/۱۰ (دیدگاه مشهور فقهاء بر آنند که پزشکان متخصص و ماهر چنانچه مرتکب تقصیری شوند و اصول علمی و فنی حرفه خود را هم رعایت کنند، ولی بر اثر معالجه بمار متحمل خساراتی شود، پزشکان ضامن است).

^۲- العاملی (شهید ثانی) زین الدین الجیعی، شرح لمعه فی الشرح المعا درمشقیه، ترجمه: دکتر اسدالله لطیمی، چاپ اول سال ۱۳۸۱، انتشارات مجده، ص ۷۵۱

می فرمایند: "امام علی پزشک ختنه گری (ختان) را که حشفه پسری را بریده بود، ضامن دانستند.^۱ برخی از فقههای امامیه بر این دیدگاه و نظر هستند که پزشکان حاذق و متبحر که در تداوی و امر معالجه، رعایت موازین فنی و دولتی نماید و معالجات که انجام می دهد با اذن بیمار و ولی و یا سر پرست قانونی بیمار باشد، نیاز به اخذ برائت نمی باشند. چنانچه صدمه‌ی به بیمار وارد شود یا معالجه‌ی باعث مرگ وی گردد، ضمانی در کار نیست.^۲ بر اساس ضوابط فقهی و قاعده ضمان نیز وقتی افراد جاهل و نا آگاه مبادرت به خدمات پزشکی نماید و به جای اصلاح بیمار و علاج بیماری او باعث فساد و تباہی او گردند باید در قبال اعمال خویش مسؤول باشند و اگر طبابت آنها منجر به فوت بیمار گردد، ضامن دیه نیز خواهند بود. فقههای در این باره اتفاق نظر دارند.^۳ همچنان قابل یاد آوری می دانیم که فقههای اهل تشیع، در باره ضمان طبیب که در معالجات خود کوتاهی، کرده است و یا معالجه توسط طبیب جاهل انجام شده باشد، هرچند بیمار اذن در معالجه داده باشد، همه اجماع کرده اند. اما در باره مسؤولیت و عدم مسؤولیت طبیب متخصص، حاذق و متبحر که با وجود اذن در معالجه و رعایت کلیه موازین تخصص و اصول فنی، اقدام وی اتفاقاً موجب تلف یا نقص عضو بیمار شده باشد، اختلاف نظر داشته و به دو دسته تقسیم شده است. از

^۱- (ما من تطبب او تبطفليا خذ البرأه من وليه وإلا فهو له ضامن) عاملی، محمد بن الحسین، وسائل الشیعه، ج. ۱۹، ص. ۲۶۰ و ۲۶۱، قم، مؤسسه آل البيت، سنه ۱۴۱۶هـ

^۲- حلی، محقق، شرایع الاسلام، شهید ثانی، شرح لمعه، الروضه الھیه فی الشرح المعلم الدمشقی، ص ۷۵۱، روح الله خمینی، تحریر الوسیله، ص ۶۸۹، "اگر پزشکی از نظر علمی و عملی در اعمال طبی، کوتاهی کند. هرچند مأذون هم باشد، هر آن چیزی است که به خاطر علاج کردنش تلف می کند و طبیب ضامن است. اگر بدون اذن ولی مريض یا بدون مريض مانع اقدام به معالجه نماید، و اگر مريض و ولی وی به پزشک حاذق اجازه داد و تلف حادث گردید، قولی نیز بر عدم ضمان می باشد، ولی قول اقوا این است که طبیب از اموالش ضامن است".

^۳- شرایع، محقق، کتاب الديات، جواهر الكلام، ج. ۴۳-۴۴، مجمع البرهان، محقق، اردبیلی، کتاب الديات، ریاض المسائل، ج. ۵۹۶/۲.

نتیجه گیری

مسئولیت پزشکان در قبال مریضان می‌تواند اخلاقی یا حقوقی باشد. مسئولیت حقوقی خود جنبه‌ی مدنی و جزائی خواهد داشت. توجه به مسئولیت جزائی پزشکان و بر خورد با خطاهای پزشکی قدمتی به بلندی علم پزشکی دارد. در تمدن مصر باستان، یونان، بابل، روم، اسلام و افغانستان باستان رویکردهای مختلفی نسبت به مسئولیت های پزشکی وجود داشته است. پزشکان و جراحان تنها پس از طی مرحله آزمون زیر نظر پزشکان مجرب مجاز طبابت بودند و در صورت درمان بیماران بدون کسب مجوز و بروز خطای که منجر به فوت بیمار می‌گردید به مجازات روبرو می‌شدند. این نکته قابل یاد آوری است که، مذاهب خمسه در مورد مسئولیت جزائی پزشکان دو نظر ارایه نموده اند؛ عده‌ای قایل به عدم مسئولیت پزشکان اند؛ و به اصل برائت، وجود اذن بیمار، وجود اذن شرع مقدس و عقل و وجود روایات فراوان که دال بر عدم مسئولیت پزشکان استدلال می‌کنند، و در مقابل، مسئولیت جزائی پزشکان در قوانین افغانستان و فقهاء قرار دادند که قائل به ضمان مطلق پزشکان هستند، و دلیل شان وجود

تطبیق دیدگاه‌های فقهاء مذاهب اهل سنت بدست می‌آید که از دیدگاه آنان میان پزشک متخصص و ماهر با پزشک غیر متخصص و نا‌آگاه از علم پزشکی تفاوت وجود دارد. پزشک جاهل نه تنها نتایج اقدامات خود است بلکه اصولاً مجاز است که به طبابت پردازد و حاکم باید از باب امر به معروف و نهی از منکر در راستای حفظ مصالح عمومی از اشتغال این گونه افراد به مداوای مریضان جلوگیری کند که مباداً جان و مال مردم در خطر بیفتند. چنانچه پزشک متخصص و حاذق به مداوای مریضان بپردازد و او را به اذن مریض یا ولی او تداوی کند و مریض بر اثر فعل پزشک جان بسپارد و یا اقدام پزشک نتایج زیان باری برای مریض در پی داشته باشد پزشک مسئول شناخته نمی‌شود با این همه چنان که معلوم شد، فقهاء اهل سنت از توجیه و بیان علت عدم مسئولیت چنین پزشکی با یکدیگر اختلاف دارند.

روایات قواعدی؛ زیاد دال بر ضمان پزشکان، وجود قواعد فقهی متعدد دال بر ضمان پزشکان، مانند قاعده اتلاف، لاضر، تسبیب و قاعده عدم هدر بودن خون مسلمان، می‌باشد.

مشهور ترین دیدگاه‌ها که به رفع اجتماعی و نظام حاکم بر حقوق و رویه‌های اجتماعی مورد قبول و پذیرش می‌باشد و نظام حقوقی افغانستان نیز بر همان دیدگاه مبنا و نظر دارد، ضمان پزشکان است. قولی که بر اساس قواعد فقهی چون قاعده اتلاف، تسبیب، لاضر و قاعده عدم هدر بودن خون انسان بیان شده است. نظام حقوقی افغانستان مبنا را بر مسؤولیت پزشکان، تقصیر دانسته است. در عرف پزشکی، قضایایی، تعهد پزشکان از نوع تعهد بو سیله می‌باشد که در راستای درمان بیمار نسبت به حصول نتیجه بهبودی معهود نشده است. بلکه بر پزشکان است که در حد تعارف سعی لازم را برای معالجه مریضان اعمال نمایند.

مأخذ

قرآن کریم

- ۱- امیری، حسین، رضا گرمه، مسؤولیت کیفری پزشکان از منظر فقه و حقوق، تهران، سال: ۱۳۹۶
- ۲- ولیدی، محمد صالح، مسؤولیت کیفری، تهران، نشر: امیر کبیر، سال: ۱۳۷۱، ص ۲۱
- ۳- نجاتی، مهدی، مسؤولیت پزشک در فقه و حقوق کیفری ایران - تهران، انتشارات: خرسندی، سال ۱۳۸۹، چاپ اول: ص ۳۷
- ۴- معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج. ۱، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ هشتم، سال: ۱۳۷۱، ص ۹۵
- ۵- محمد جعفر، لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر: گنج دانش، سال ۱۳۸۰، چاپ یازدهم، ص ۶۴۲
- ۶- مصباح نیروی، محمد تقی، دروس فلسفه اخلاق، تهران، نشر: اطلاعات، سال: ۱۳۷۳، ص ۱۷۷
- ۷- دهخدا، علی اکبری، لغتنامه دهخدا، با استفاده از نرم افزار
- ۸- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادله، ج. ۵، تهران، نشر: امیر کبیر، سال: ۱۳۷۱، صص ۴۴۰-۴۵۰
- ۹- کاتوزیان، ناصر (قانون مدنی در نظم کنونی) نشر: میزان، چاپ: هشتم، سال: ۱۳۸۱، صص ۸-۹
- ۱۰- ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای عمومی، (مسؤولیت جزایی، مشارکت و مساعدت در ارتکاب جرم) ج. ۳، نشر: داد-تهران، سال: ۱۳۷۲، ص ۲۹
- ۱۱- محقق، مهدی، تاریخ و اخلاق پزشکی در اسلام و ایران، نشر: سروش، چاپ اول، سال: ۱۳۷۴، ص ۳۹۸
- ۱۲- مؤمنی، عبدالحی، تاریخچه طبابت و فارماسی و سیر تکامل آن در افغانستان، سال: ۱۳۸۴، چاپ اول، ص ۷۲

- ۱۲- عوده، عبدالقادر، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلام و قوانین عرفی، ج.۱، ترجمه: دکتر حسن فرهودی نیا،
نشر: خیر- کابل، ص ۳۶۰
- ۱۳- به نقل: الگویی، سیبریل، تاریخ طباعت ایران و سرزمین های خلافت شرق، ترجمه: باهر فرقانی، نشر: امیر
کبیر، سال: ۱۳۵۸، چاپ اول، ص ۲۱
- ۱۴- بسام، محتسب، مسؤولیت الطبیه و الجزاییه، بیروت، الانتشار: دارالایمان، الطبعه: الاول، سنه: ۱۴۰۴هـ، ص
۴۰
- ۱۵- ولیدی، محمد صالح، مسؤولیت کیفری، نشر: امیر کبیر، سال: ۱۳۷۱، چاپ اول: ص ۲۱
- ۱۶- علی پاشا، صالح، سرگذشت قانون مباحث از تاریخ حقوق دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، چاپ:
چهارم، سال: ۱۳۹۰، ص ۳۰۷
- ۱۷- جرجی، زیدان، تاریخ تمدن اسلام، ترجمه و نگارش، علی جوهر اکلام، نشر: امیر کبیر، سال: ۱۳۶۹، ص ۴۰۳
- ۱۸- غبار، میر غلام محمد، افغانستان در مسیر تاریخ، ج.۱، نشر: سعید، سال: ۱۳۸۳، ص ۱۸۳
- ۱۹- طاهری، رجب علی، ارمغان امید، گرد آورنده سید عزت الله مرموز، سال: ۱۳۸۹، چاپ: اول، ص ۲۵۸
- ۲۰- بهمن، حسینجانی، مسعود مظاهري، اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری، نشر: مجتمع علمی و فرهنگی
مجد، چاپ اول، سال: ۱۳۸۹، ص ۲۰۱
- ۲۱- جمعی از پژوهشگران (زیر نظر شاهروdi، سید محمد هاشمی، فرهنگ فقه) ج.۱، قم، نشر: مؤسسه دایرة
المعارف فقه اسلامی، ص ۲۲۶
- ۲۲- قانون مدنی سال ۱۳۵۵ افغانستان
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، (وقایع حقوقی) نشر: شرکت سهامی، چاپ: اول، سال: ۱۳۵۷،
ص ۲۴- قانون مجلة الاحكام،
- ۲۵- نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج.۳، نشر: دارالكتاب الاسلاميه، ص ۲۱۴
- ۲۶- کود جزای افغانستان، نشر: ریاست نشرات و زارت عدیله
- ۲۷- احکام اسلامی در باره مسؤولیت و طبایت: نقل از سایت <http://www.sibtagn.com>
- ۲۸- فتح القدير، کمال الدین، محمد بن عبد الواحد، (ابن همام) ج.۹، ۶۸/۶۷ / بیروت، دارالحکمة
- ۲۹- ابو عبدالله، محمد بن ادريس الشافعی، الام، ج.۱، ۶۲/۶۱، الیزرت، دارالعرفه العربي، سنه ۱۳۹۲هـ، بی تا
- ۳۰- ابو اسحاق ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن مفلح، المبدع، ج.۵، ۱۱۰/۱۱۱، بیروت المکتب الاسلامیه، سنه
۱۴۰۰هـ، بی تا
- ۳۱- منصور بن یونس بن ادريس البهوتی، کشف القناع عن متن الاقناع، ج.۴، ترجمه: عبدالبصیر فایز، انتشارات
سعید - کابل، سال: ۱۳۸۸، صص ۳۴ و ۳۵
- ۳۲- ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح، المبدع فی الشرح المقنع، ج.۵، الناشر: دارالكتب العلمیه-
بیروت - لبنان، السنه: ۱۴۱۸-۱۹۹۷، صص ۱۱۰، ۱۱۱.

٣٣- العاملی (شهید ثانی) زین الدین الجبیعی، شرح لمعه فی الشرح المعه الدمشقیه، ترجمه: دکتر اسدالله لطمی،
چاپ اول سال ١٣٨١، انتشارات مجد، ص ٧٥١

٣٤- ابو داود، نسائی وابن ماجه همگی این روایت را نقل کرده اند: سنن ابی داود، سلیمان بن الاشعث ابو داود السجستانی الازدی، محقق محمد مجی الدین عبدالحمید، ج. ١٩٦/٤، بیروت، دارالفکر، بی تا، مصنف ابن ابی شبیه، ابوبکر عبدالله بن محمد بن ابی الكوفی، محقق کمال یوسف الحوت، ج. ٩٤٢٠/٥-٩٧٥٩، مکتبه الرشید، سنه ١٤٠٩، نیل الاوطار، محمد بن علی بن محمد الشوکانی، ج. ٣٦/٦، بیروت، دارالجیل، سنه ١٩٧٣



مجازات قصاص در اسلام

محمدحسین حکیمی

چکیده

فلسفه مجازات‌ها به دنبال بیان چیستی دلیل مجازات‌های است. قصاص از نظر اسلام یک عقوبیت است که برای برخی از جرایم در نظر گرفته می‌شود. قصاص در اسلام از جمله احکام تاییدی به شمار می‌رود یعنی پیش از اسلام این مجازات در میان ملت‌های دیگر نیز رواج داشت. طبیعت قصاص متفاوت از مجازات‌های قانونی بشری است با آنهم اگر قصاص را با نظریات مکاتب فلسفی که در باره مجازات‌ها وجود دارد سنجیده شود نظریات مکاتب گذشته نگر و آینده نگر در فلسفه مجازات‌ها در قصاص، قابل ردیابی است. ولی مهم‌ترین نکته در تبیین فلسفه مجازات‌های اسلامی به این بر می‌گردد که آیا قادر به تعلیل احکام در احکام اسلامی هستیم یا نه؟ اگر تعبدگرایی در فلسفه احکام اسلامی را پژوهیم آنگاه بررسی فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام راه به جایی نمی‌برد.

واژگان کلیدی

فلسفه مجازات‌ها، قصاص، احکام اسلامی، مجازات و تعلیل احکام

مقدمه

نظم در زندگی و امور مربوط آن از بد و پیدایش انسان در جهان وجود داشت. گاهی نظم اعمال شده در چارچوب قانون نوشته شده و گاهی براساس قوانین عرفی و رسم و عنعنات بروز و ظهور می یافت و می یابد. هر شخص چه در گذشته، حال یا آینده در روابط خود با دیگران تابع مقررات و قواعد ویژه جامعه‌ای است که در آن زندگی می‌کند. تخطی از قواعد و مقررات و قوانین الزام آور جامعه، نقض و تعرض به جامعه به شمار می‌رود و روند عادی زندگی از مسیری خود بیرون شده و به بن بست کشیده خواهد شد ازین جهت رعایت قواعد مورد قبول جامعه الزامی است و گذر و نقض آن‌ها به هیچ وجه روا نیست و جواز ندارد. جامعه‌ای که در آن به الزامات مشترک زندگی احترام گذاشته نشود و افراد و اشخاص در رعایت قواعد بی‌پروا باشند و نتوانند زندگی خود را بر اساس قواعد پذیرفته شده عیار سازند و مطابق به آن حرکت کنند چنین جامعه‌ای دچار هرج و مرج شده و کنترل و برقراری نظم و انضباط از آن رخت خواهد بست.

همپای رعایت نظم و قواعد در جوامع اجرای مجازات و اعمال کیفر به نقض کننده‌های قواعد نیز حتمی و الزامی است و راهی بیرون رفت از اجرای مجازات برای ناقصان وجود نداشت و ندارد. تنها تفاوت موجود این است که در برخی مقاطع مجازات به صورت قانون نوشته شده در آمده است و در برخی مقاطع به گونه عرفی و نا نوشته جریان داشته و اجرا می‌گشته است. اگر به تاریخ تحولات و سیر گذشته مجازات و کیفرها نظری اندازیم اصل وجود مجازات امر پذیرفته شده و اجتناب ناپذیر در طول تاریخ زندگی بشر بوده است. اما نوع نگاه و برداشت از مجازات در مقاطع مختلف تاریخی از هم متفاوت بوده است.

بطور کلی و عمومی نگاه به مجازات و اعمال آن به دو دیدگاه کلی گذشته نگر و آینده نگر قابل تقسیم است. در نگاه و دیدگاه گذشته نگر هدف از اعمال مجازات و کیفر مجرم به گذشته بر می‌گردد یعنی مجرم با انجام رفتار مجرمانه ناگزیر است تا

حلقه مجازات درگردن داشته باشد و مفری برای فرار از اجرای مجازات برای مجرم متصور نیست. سزا دهی، مكافات، استحقاق و انتقام تعابیر و اصطلاحاتی است که بر دیدگاه گذشته نگر اطلاق می‌شوند و هریک از تعابیر به کار رفته توجیه و استدلال ویژه‌ای خود را در توجیه مجازات‌ها ارایه می‌کنند.

در مقابل نظریه گذشته نگر دیدگاه آینده نگر قد علم کرده است. این دیدگاه که مجازات مجرمین را توجیه می‌کنند و در صدد استدلال منطقی برای اعمال مجازات است کاملاً در تضاد با نظریه گذشته نگر قرار دارد. در دیدگاه آینده نگر هدف از مجازات اصلاح، تربیت، بازسازی و باز پروری مجرمین است. طرفداران نظریات آینده نگر استدلال می‌کنند با انجام جرم و اجرای مجازات نمی‌توان وضعیت را به حالت اول برگرداند بلکه باید مجرم را اصلاح ساخت و از رفتار نا به هنجار آنان در آینده جلوگیری کرد.

اما در این میان نظام کیفری اسلام با هیچ یک از شیوه استدلالی و توجیهی دو دیدگاه یاد شده بطور کامل هماهنگ و قابل تطبیق نیست. هدف از مجازات در اسلام نه به سزا و مكافات مجرم (نگاه به گذشته) منحصر شده است و نه اصلاح و تربیت مجرم تنها دلیل مجازات در بینش اسلامی قلمداد گردیده است. بلکه با توجه به تنوع مجازات‌ها در فقه جزایی اسلام می‌توان هر دو دیدگاه را یافت. در اسلام دو نوع مجازات یکی معین (حدود و قصاص) و دیگری غیر معین (تعزیرات) برای کیفر مجرمین تشریع و تعیین گردیده است.

از نظر اسلام قصاص و حدود مكافاتی است که از سوی شارع تعیین گردیده و قابل تغییر و دیگرگونی نیست و حدود و ثغور و چگونگی اعمال را نیز در متون دینی بیان شده است و تعزیرات مجازاتی است که چگونگی و اجرا و اندازه آن را حاکم اسلامی تعیین و مشخص می‌سازد و چه بسا حاکم اسلامی بر اساس مصالح موجود عملی را در مقطع زمانی جرم بداند و برای آن جزا تعیین نماید و در برده دیگر زمانی

عین عمل از نظر حکومت اسلامی جرم تلقی نشده و برای مرتکب آن هیچ‌گونه مجازاتی در نظر گرفته نشود.

ذات و طبیعت رفتار به دلیل تاثیرات شرایط زمانی و مکانی از نظر اسلام گاهی سیال و تغییر پذیر است که در رو یاروی با آن اسلام از سیستم تعزیرات کار می‌گیرد و گاهی ایستا و غیر قابل دیگرگونی یعنی رفتار و عمل شخص در هر زمان و مکان جرم قلمداد می‌گردد و برخورد اسلام در مقابله به این نوع رفتار قصاص و حدود است.

ویژگی خاص مجازات در نظام کیفری اسلام باعث شده است که به اسلام ازین منظر به صورت اختصاصی نگاه کنیم و توجیهات و استدلال‌های مکاتب دیگر را در توجیه نظام مجازات اسلام کافی و بسندۀ ندانیم و در میان مجازات اسلامی قصاص از طبیعت ویژه‌ای برخور دار است. از یک طرف برای قصاص چنان جایگاه والا قایل می‌شود که آنرا مساوی و هم طراز با حیات و زندگی می‌دانند (و فی القصاص حیات) و از طرف دیگر تاکید بر عفو و بر بخشش دارد و اولیای دم را مستحق تصمیم‌گیری در مورد اجرا و عدم اجرا عمل بالالمثل می‌خوانند. خشم و مهربانی و بخشش و انتقام به صورت همزمان در قصاص نهاده شده است. چنین رویکرد به مجازات پرسش بر انگیز و بیان و توجیه آن بر اساس متون دینی ضروری به نظر می‌رسد. فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام هدفی است که ما در این نوشته در پی تحقق و عملی ساختن آن هستیم. ابتدا به مفهوم یابی مجازات، قصاص پرداخته‌ایم و سپس به مبانی مشروعيت قصاص از دیدگاه اسلام اشاره کرده و در گفتار دوم مقایسه‌ای کوتاه بین تلقی‌های رایج و معمول از مجازات در میان مکاتب حقوقی انجام داده‌ایم و سپس در گفتار سوم به فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام پرداخته‌ایم.

الف) مجازات

بخش عمده‌ی از نهاد عدالت جزایی را مجازات تشکیل می‌دهد و در واقع سیستم عدالت جزایی با مجازات تکمیل می‌شود. مجازات از لحاظ فلسفه وجودی پی

آیند جرایم انجام شده به حساب می‌آید. از میان رفتارهای که توسط افراد انجام می‌شود، برخی در ذیل اعمال قرار دارد که جامعه آنرا بر نمی‌تابد و بر درستی و صحت آن، گذاشتن مهر تایید را صلاح نمی‌داند و به نحوی انزجار و بیزاری از عمل برای شان محذر و ثابت است و حال فرقی وجود ندارد که نفرت و قبیح پنداشتن آن از قوانین موضوعه نشئت گرفته است و یا قواعد و مقررات عرفی و دینی زمینه‌ای ایجاد چنین دیدگاهی را نسبت به اعمال خلاف فراهم کرده است.

هر جرمی در صورت وقوع، مجازات و کیفر را به دنبال دارد و مجرم ناگزیر است تا حلقه کیفر را بر گردن حمل کند. بر مبنای همین دیدگاه که هر جرم مجازات در پی دارد و عقبه‌ی رفتار مجرمانه مجازات است رایج ترین اشکال مجازات درکشورها که تا جایی به نظامهای سیاسی بستگی دارد عبارتند از: اعدام، زندان، تبعید، جریمه نقدی و یا مجازات‌های مذهبی مانند حد، قصاص، دیات و تعزیرات. از مجازات‌های نامبرده معمول ترین و شایع‌ترین شکل آن عبارت از زندان و حبس است که تقریباً در هر نوع نظام سیاسی و حقوقی وجود دارد و در شرایط کنونی اجرای مجازات‌های دیگر بدون وجود زندان امکان پذیر، نیست.

بنابراین مجازات از نظر مفهومی و معنایی اقدامی است که نهاد قدرت بر مجری جرم جهت جزا دادن و مكافات عمل مجرمانه تحمیل می‌کند یا به سخن دیگر مجازات عواقب رفتاری است که شخص باید انجام می‌داد و در انجام آن کوتاهی کرده است و یا ترک اعمال ممنوعه را نادیده گرفته است در هر صورت شخص بزهکار از مسیر تعیین شده، باید عواقب و پیامد رفتار خود را ببیند. همین باز خورد عمل توسط نهاد قدرت مجازات قلمداد می‌شود که مصداق‌های زیادی مانند اعدام، زندان و دارند.

ب) قصاص

در فقه جزایی اسلام قصاص از مجازات‌های ثابت و لایتغیر به شمار می‌رود یعنی اجرا و عدم اجرای آن و همچنان کم و زیادی آن بدست حاکم اسلامی قرار ندارد

بلکه حقی است که در جرایم قتل و جرح و قطع عضو برای ولی دم یا مجنی علیه از سوی شارع قرار داده شده است.

ب) ۱- قصاص در لغت

قصاص در لغت اسم مصدر از ریشه «قصَّ يَقْصُّ» به معنای پیگیری نمودن اثرچیزی است. در لسان العرب چنین می خوانیم: قصاصت الشَّيْءِ إِذَا تَبَعَّتْ أَثْرَهُ شَيْءٌ.^۱

قصاص نمودن چیزی، یعنی به تدریج دنبال اثر آن رفتن.

در برخی از کتاب‌های لغت آمده: القصاص: التقادص في الجراحات و الحقوق شیء بعد شیء... اقتض منه ای اخذ منه، قصاص تقاض نمودن در جراحات و حقوق است به تدریج از او تقاض شد یعنی از وی گرفته شد.^۲

واژه قصاص از ماده «قص» به معنای متابعت کردن و دنبال کردن اثرچیزی به کار رفته است. از همین ریشه است واژه قصه به معنای دنبال کردن اثرباری و نقل آن به شکلی که رخ داده است، می‌باشد.^۳

قصاص در لغت دنبال کردن چیزی است به مانند آنچه که در اول به روی داده است.

^۱. این منظور، لسان العرب ج ۱۱ ص ۱۹۰ به نقل از قدرت الله خسروشاهی، فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام، ص ۴.
^۲. نسخه اینترنتی library.tebyan.net

^۳. خسروشاهی، همان.

^۴. سید محمد حسینی شیرازی، کتاب القصاص، ص ۵ به نقل از حسین میر محمد صادقی، جرایم علیه اشخاص، چاپ دهم زمستان ۱۳۹۱ نشرمیزان، ص ۱۳۵.

ب) ۲- قصاص در اصطلاح فقهی

فقها در تعریف قصاص همان معنای لغوی را اراده کرده‌اند با این تفاوت که معنای اصطلاحی فقهی از معنای لغوی اخص تر است و پی‌گیری در لسان فقها مختص به مسایل جنایی گردیده است.

در این باره در جواهرالکلام آمده است: مراد از قصاص در اینجا (کتاب قصاص) پی‌گیری و دنبال نمودن اثر جنایت است، به گونه‌ی که قصاص کننده عین عمل جانی را نسبت به او انجام دهد.^۱

قصاص از منظر فقه اسلامی تعقیب و دنبال کردن مجرم است به مانند آنچه که مجرم در حق مجذی‌علیه خود، روا داشته است یعنی مماثلت و برابری در پاسخ به عمل جنایی شرط قصاص به شمار می‌رود و در محاورات امروزی حقوقی از مماثلت به تناسب جرم و مجازات یاد می‌کنند.

در کتاب التشريع الجنایی قصاص را چنین معنا کرده است: ... و معنی القصاص ان يعاقب المجرم بمثل فعله، فيقتل كما قتل و يجرح كما جرح. قصاص عبارت است از تعقیب و پی‌گیری مجرم مانند عمل خود مجرم پس قاتل به قتل می‌رسد مانند آنچه که به قتل رسانده است و زخمی می‌شود مثل زخمی‌شدن مجذی‌علیه.^۲

تاكيد فقها اسلامي در اجرای قصاص بر برابري و مماثلت ميان جرم ارتکاب یافته و پاسخ احتمالي آن (قصاص) اهميت کليدي و اساسی دارد و مطابق تعريف و تصريح فقيهان اگر در اجرای قصاص مانندی بين جرم مرتکبه و قصاص تحقق نيا بد چنین عمل از تعريف و مفهوم قصاص بiron خواهد بود.

يکی از نويسندگان، پس از بازگويی تعريف اصطلاحی قصاص از سوی صاحب جواهر در توضیحی خاطر نشان می‌سازد: در معنای اصطلاحی قصاص دو نکته وجود

^۱. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۴۲ ص ۷ به نقل از قدرت الله خسروشاهی، پیشین.

^۲. عبدالقدار عوده، التشريع الجنائي الاسلامي، الجزء الاول، المكتبة الحقانيه پشاور پاکستان، ص ۳۸۷.

دارد که توجه بدان لازم است. اول آنکه در قصاص باید به میزان همان جنایت وارد شده به مجنبی علیه، بر جانی وارد شود نه بیشتر. بنابراین اگر در جامعه‌ی مردم پس از یک جنایت یا جرح و ضرب، به خون ریزی و کشتار دسته جمعی دست بزنند و از جانی یا قبیله او انتقام بگیرند قصاص نیست. دوم اگر استیفای اثر جنایت یا ضرب یا جرح به پرداخت دیه یا عفو منجر شود یا اصولاً در یک جامعه یا مکتب، پس جویی جنایت تا اخذ دیه یا عفو جایز باشد، این نوع دنبال نمودن اثر جنایت را اصطلاحاً قصاص نمی‌گویند، هر چند از نظر لغوی ممکن است بتوان آن را قصاص دانست.^۱

علف



از بیان علمای فقهه جزایی اسلام آشکار می‌شود که قصاص در حقیقت جاری ساختن عمل بالمثل با جنایت کار است و در اجرا و عملی سازی قصاص نباید بیشتر از میزان عمل انجام شده بالای مجنبی علیه در حق جانی روا داشت. در غیر آن قصاص فقهی معنای و مفهوم اصطلاحی خود را از دست خواهد داد.

ج) تاریخچه قصاص

قصاص در اسلام از احکام تاییدی است و قبل از تشریع اسلام در میان ملل مختلف دنیا به عنوان یک واکنش در مقابل جرم رایج بوده است. برخلاف تصور عمومی قصاص در طیف احکام تاسیسی اسلامی قرار نمی‌گیرد ازین جهت سابقه تاریخی قصاص به دوره‌های پیش از اسلام بازگشت دارد و اسلام با تغییراتی قصاص را جز احکام جزایی خود قرار داده است.

قصاص نخستین بار در میان یونانیان باستان به عنوان یک مجازات مورد عمل قرار می‌گرفت. در کتاب تاریخ اندیشه‌های کیفری می‌خوانیم: «کیفر در نزد یونانیان هر چیز(وسیله‌ای است برای اعاده آبروی از دست رفته بزه دیده و هم زمان برای تایید مجدد حیثیت و قدرت وی، با توهین به شخص توهین کننده یعنی مجرم چندان که او را

^۱. خسروشاهی، پیشین، ص ۴.

خوارکند) در واقع کیفر باید قلب بر آشفته بزه دیده را آرام بخشد و به وی نفع برساند و برای او نوعی لذت به وجود آورد.^{۷۰}

در یونان الواح دوازده گانه به عنوان قانون اعمال می شد و در الواح دوازده گانه سه حالت راجع به کیفر تصریح شده است: ۱- کیفر قطع عضو قصاص بوده اما این کیفر کمتر مورد اجرا قرار می گرفت و بیشتر به تاوان و غرامت مبدل می شد که میزان آن را حکمیت معین می کرد. ۲- کیفر شکستاندن استخوان قصاص بود مگر اینکه جبران خسارت کند و ۳- تعدی ساده که در این صورت جرم اثرباری در بدن مجتبی علیه نمی گذارد مجرم ملزم به پرداخت دیه به میزان بیست و پنج آس بود.^۱

از دیگر قوانینی که پیش از اسلام قصاص را به عنوان یک مجازات بر شمرده قانون حمورابی هیجده قرن قبل از میلاد است. در قوانین قدیمی، مثل «مجمع القوانین حمورابی»، و نیز کتب آسمانی قبلی، به ویژه تورات، نیز این مجازات (قصاص) پذیرفته شده بوده است.^۲

در مصر قدیم قصاص به عنوان جزای قاتل اعمال می شده است. گرچه اسناد تاریخی که صراحت به این موضوع داشته باشد، وجود ندارد اما از آیه قرآن که در مورد حضرت موسی است چنین برداشت می شود: رب آنی قتلت منهم نفسا فاخاف ان یقتلون: پروردگارا من یک تن از آنان را کشته‌ام پس می ترسم بر گردم و آنان مرا به قتل برساند. ازین آیه استنباط می شود که جزای قتل در مصر قدیم قصاص قاتل بوده است.

در دوره عرب قبل از اسلام، جزای قاتل قصاص بود ولی حد معین و محدود نداشت، ممکن بود به جای قتل یک نفر از قبیله قاتل چندین نفر به قتل برسد و موجب انتقام گیری پایان ناپذیر را فراهم سازد.

^۱. خسروشاهی، قدرت الله، پیشین، صص ۷۸ و ۹.

^۲. حسین میر محمد صادقی، جرایم علیه اشخاص، نشر میزان، چاپ دهم، زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۳۶.



در تورات جزای قاتل قصاص است بدون پرداخت دیه البته عفو در دین یهود پذیرفته شده است: «اگر اذیتی حاصل شود آن گاه جان به عوض جان بده چشم به عوض چشم و دندان به عوض دندان دست به عوض دست پا به عوض پا داغ به عوض داغ و زخم به عوض زخم و لطمہ به عوض لطمہ. قصاص در صورت بوده است که قتل با سبق تصمیم و طور عمدی صورت گرفته باشد.^۱

در انجیل به صورت صریح حکم قصاص بیان نشده است و تاکید و تصریح بر عفو و بخشنی پیام انجیل و پیروانش را تشکیل می‌دهد اما برخی براین باورند که حکم قصاص در دین مسیح وجود داشته است به این دلیل که دین مسیح ناسخ دین موسی نبوده است.^۲

چنانکه قبل ذکر شد، قصاص مختص آیین اسلام نیست و پیشتر از اسلام در آئین‌های مختلف الهی و غیر الهی به عنوان مجازات وجود داشته است. با ظهور اسلام قصاص همچنان به عنوان یک مجازات مورد قبول و پذیرش دین اسلام واقع می‌شود اما اسلام برای اجرا و اعمال قصاص یک سلسله شروط و قیودی را مطابق با اهداف تعیین شده‌اش، مشخص می‌سازد و پذیرای قصاص بر اساس شرایط معینه می‌گردد.

گفتار اول: مبانی مشروعیت قصاص در اسلام

اسلام به عنوان دین الهی و آسمانی مانند سایر ادیان آسمانی، از منشاء ماورای طبیعی برخوردار است. غالباً ادیان آسمانی توسط پیام‌آورانی به بشر می‌رسد پیام پیام‌ها در یک مجموعه مشخص جمع آوری و به پیروان آن ابلاغ می‌گردد و مومنین به دین مربوطه، ملزم به رعایت احکام تشریع شده، می‌باشند. حکم دینی دستوری است که پیروان دین به انجام رفتاری امر شده است یا ارتکاب عمل مورد منع و زجر واقع

^۱. خسروشاهی، قدرت الله، پیشین، ص ۱۴.

^۲. خسروشاهی، همان، ص ۱۵.

گردیده است. دین پدیده نظاممند است که در آن احکام حقوقی در کنار احکام جزایی برای پیشبرد زندگی اجتماعی ضروری و لازم است و هر کدام بدون دیگری ناقص است و مکمل به حساب نمی‌آید.

لابد وقتی سخن از احکام جزایی و مدنی به میان می‌آید سؤال قابل طرح این است که مبنا و منشا احکام دینی چیست. بر اساس باورها و اعتقادات دینی منشاء اصلی و اولیه هر دین آسمانی خداوند است و خداوند اوامر و نواهی لازم را که بیان آن‌ها برای بندگانش ضرورت است به واسطه پیامبرانش می‌فرستد و پیامبران ابلاغ و بیان پیام الهی را به عهده دارند.

مینا استنباط احکام شرعی از دیدگاه دانشمندان اسلامی چهار چیز می‌باشد. کتاب (قرآن)، سنت (رفتار، گفتار و تایید پیامبر)، عقل و اجماع. چگونکی و کیفیت مینا بودن دلایل چهارگانه هر کدام در جای خود، در کتاب‌های اصولی به تفصیل مورد بحث و کنکاش دانشمندان و متخصصان دینی قرار گرفته‌اند و بحث روی آن از مجال و فرصت این نوشته بیرون است.

یکی از احکام جزایی اسلام قصاص است. قصاص مطابق تعریف فقهی رفتاری است که با جانی همانند رفتارش انجام می‌گیرد یعنی هرگاه عمل مجرمانه‌ای واقع شود مجرم و عامل رفتار مجرمانه مانند جرم ارتکابی جزا داده می‌شود.

حال نیاز داریم تا جایگاه قصاص را در منابع دینی به جستجو بنشینیم. به بیان دیگر مبنای مشروعيت قصاص از دیدگاه اسلام را در متون دینی بیاییم.

قرآن کریم در آیات متعددی حکم قصاص را بیان کرده است. گاهی بیان قرآن در مورد قصاص بیان صریح است مانند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءاْمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصاصُ فِي القَتْلِي الْحَرْبُ الْحَرْبُ وَالْعَبْدُ الْعَبْدُ وَالْأُنْثى الْأُنْثى فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أُخْيِهِ شَاءَ فَأَنْبَاعُ

بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَالِكَ تَخْفِيفٌ مِّنْ رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةً، فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَالِكَ
فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ»^۱

يعنى: اي کسانی که ایمان آورده‌اید! قصاص در مورد کشتگان به شما مقرر گردید: آزاد در مقابل آزاد، برده در مقابل برده، وزن در مقابل زن. پس کسی که از جانب برادرش برای او چیزی بخشدود شود از معروف (عمل پسندیده) پیروی شده است، و قاتل باید با احسان (به ولی مقتول دیه پرداخت کند. این، تخفیف رحمتی از جانب پروردگار شما است. پس کسی که پس از اخذ دیه باز تجاوز کند و انتقام بگیرد برای او عذاب دردنگ است.

علق



آیه در بیان قصاص در مقابل قتل بسیار صریح و آشکار است و با مخاطب قرار دادن مومنان به آنها خاطر نشان می‌سازد که دربرابر قتل سکوت اختیار نکند و قتل را با قصاص قاتل پاسخ دهد. با توجه به صراحت در مورد قصاص قاتل جای هیچ‌گونه بحثی در مشروعیت قصاص از دیدگاه قرآن باقی نمی‌ماند. اما با وجود چنین صراحتی در رابطه به قصاص به هیچ وجه آنرا راه حل آخری ندانسته بلکه مسئله عفو و گذشت را با جانی پیشنهاد می‌کند و می‌فرماید کسی که عفو نماید برادرش را بخشیده است و عمل خیری را انجام داده است و قاتل در صورت عفو باید به مقتول دیه پرداخت نماید.

اینکه قصاص عفو شود و دیه جایگزین آن گردد در واقع تخفیفی از جانب خداوند و اجرای قصاص نسبت به عفو و پرداخت دیه سنگین است. در این آیه با وجودیکه از جانب خداوند قصاص قاتل تشريع شده است اما ازسوی دیگر تاکید و تشویق بر عفو و گذشت نیز صورت گرفته است و مقام و منزلت بخشش کننده در پیشگاه خداوند بالاست.

^۱. سوره بقره، آیه ۱۷۸.

قسمت آخر آیه، به نکته‌ی مهم اشاره دارد و آن اینکه درست عفو و گذشت قصاص امر اختیاری است ولی در صورت انتخاب عفو به جای قصاص عفو کننده نمی‌تواند بازگشت به قصاص نماید و در صورت بازگشت به آن، عذاب دردنگ به سراغش خواهد آمد. ولذا، اگر پس از عفو، قاتل را بکشد مثل این است که ابتداءً مرتكب قتل شده است.^۱

و در آیه دیگری، خداوند درباره قصاص اعضا و جوارح می‌فرماید: «وَكَتَبَنا عَلَيْهِمْ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأنفَ بِالأنفِ وَالآذنَ بِالآذنِ وَالسَّنَ بِالسَّنِ وَالجُرُوحَ قِصاصٌ فَمَنْ تَصْدَقَ بِهِ فَهُوَ كَفَارَةٌ لَهُ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأَوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»^۲

يعنى مقرر کردیم برایشان (یهود) در تورات، که انسان در برابر انسان و چشم در برابر چشم و بینی در برابر بینی و گوش در برابر گوش و دندان در برابر دندان در جراحت‌ها قصاص است. پس کسی که صدقه دهد، همان کفاره گناه اوست و کسانی که به آنچه خداوند نازل فرموده است حکم نکنند، همه آنان ظالمند.

در این آیه قصاص اعضای بدن انسان را بیان کرده است. اگر چشم کسی را از بین برد باید چشم جانی از بین برد شود و اگر بینی کسی را آسیب رساند در مقابل باید بینی مجرم آسیب بیند و همچنین است وضعیت در مورد گوش و دندان و نیز جراحت‌های که در بدن مجذی‌علیه وارد می‌شود، باید قصاص اجرا شود.

دو نکته در مورد آیه فوق قابل یادآوری است. اول آیه حکم قصاص اعضای مشخص از بدن و جراحت و زخم ناشی جنایت را بیان می‌کند و میان این مطلب است که قصاص تنها به قصاص نفس اختصاص ندارد و سایر اعضای بدن در صورت آسیب دیدن با قصاص کردن همان اعضای بدن جانی پاسخ داده می‌شود و نکته دوم ربط

^۱. گرجی، ابوالقاسم، آیات الاحکام، بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۹۱.

^۲. سوره نساء، آیه ۹۲.

می‌گیرد به دلالت این آیه به تشریع قصاص در دین اسلام. ظاهر آیه از وضع قصاص در زمان حضرت موسی نقل می‌کند و همین رویکرد تاریخی موجب می‌شود سئوالی به این نحو مطرح گردد که مفاد و محتوی آیه مربوط به دوران حضرت موسی است و شریعت حضرت موسی را نسبت به قصاص عضو بیان می‌کند و ربط به شریعت اسلام ندارد چون آیه چگونگی وضع قصاص در زمان موسی را تشریح می‌کند و نه زمان حضرت محمد را. یکی از اندیشمندان در مورد اشکال مطرح شده می‌گوید:... در عین این حکم (قصاص عضو) در شریعت اسلام نیز وجود دارد و روایات متعددی وجود آن را تصریح و تایید نموده است.^۱

از دو آیه فوق حکم قصاص نفس و حکم قصاص اعضای بدن کشف و استنباط می‌گردد همین آیه‌ها مبنای مشروعیت قصاص در اسلام را بیان می‌کند و به وجود حکم قصاص صراحت دارد.

برخی، آیات دیگری را نیز ذکر کرده‌اند که مبین احکام قصاص در شریعت اسلامی است. مانند این آیه: «وَ لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ مَنْ قَتَلَ مَظْلومًا فَقَدْ جَعَلَنَا لِوَلِيِّ سُلْطَانَا فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا»^۲ یعنی: نفسی را که خداوند محترم قرار داده جز به حق نکشید، و کسی که مظلوم کشته شده ما برای ولی دم او حق قصاص قرار دادیم اما نباید در خونریزی اسراف کند؛ همانا خداوند او را یاری کرده است.

از منظر این آیه کشتن انسان ممنوع و حرام است اما ممنوعیت مطلق و استثنای ناپذیر نیست بلکه در موارد امکان قتل نفس وجود دارد که آیه استثنای را با «إِلَّا بِالْحَقِّ» بیان می‌کند و مراد از آن قتل نفس در صورت قصاص و حد است.

^۱. گرجی، ابوالقاسم، پیشین، ص ۱۹۶.

^۲. سوره اسری، آیه ۱۳۳.

بر اساس مفاد این آیه کسی بدون حق قصاص و حد کشته شود در واقع مظلوم کشته شده و مصدق قتل حرام مصرح در آیه است و در این صورت قرآن تصریح می‌کند که ولی دم مقتول سلطه دارد تا جانی را قصاص نماید.

اما آیه دست ولی دم را در قصاص باز نمی‌گذارد تا هرچه دلش خواست دست به قتل و کشتار بزند بلکه سلطه و قدرت ولی دم منحصر به قصاص قاتل می‌شود و زیاده روی در قتل ممنوع قرار داده شده است. قسمتی «فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ» آیه ناظر به رسم جاهلیت است. در جاهلیت رسم ناپسندی در میان قبایل وجود داشت که اگر کسی کشته می‌شد خانواده مقتول به خانواده قاتل یورش می‌برد و هرچه توان داشتند از خانواده قاتل می‌کشتند. قرآن اما با منحصر کردن قصاص به قاتل در مقابل آن رسم بیهوده و فاجعه بار ایستاد و آن را ممنوع قرار داد.

برای بیان مشروعیت قصاص به آیه دیگری نیز تمسک جسته‌اند. مانند این آیه از سوره شوری: «وَجَزَاوُا سَيِّئَةً سَيِّئَةً مَّثُلُّهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَاجْرَهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ»^۱

از مجموع آیات ذکر شده حکم قصاص استنباط گردیده است و آیات مذکور و برخی آیات دیگر مبنای شرعی قصاص را در اسلام تشکیل می‌دهد جایگاه و حیثیت مبنایی قصاص را در شریعت اسلام ثابت می‌کند.

در تتمه این مبحث لازم است به دو مطلب دیگر که در توضیح و اهمیت جایگاه قصاص در فقه جزایی اسلام ما کمک می‌کند و مفهوم قصاص را وضاحت بیشتری می‌بخشد اشاره کوتاه داشته باشیم.

مطلوب اول مشخص شدن جرایمی است که قصاص را در پی دارد. از نظر فقه جزایی اسلام در سه مورد قصاص جانی قابل اجرا است. مورد اول قتل است. در

^۱. سوره شوری، آیه ۴۰.

صورت وقوع قتل، جانی مستحق قصاص می‌شود و مورد دوم قطع عضو و سومین مورد جرح اعضاء، قصاص جانی را در پی دارد. اما با وجود تصریح به قصاص و عمل بالمثل همزمان مجذب علیه و اولیای دم تشویق و ترغیب به عفو و بخشش جانی به صورت مجاني و یا هم با اخذ دیه شده است این گونه بیان و رویکرد نسبت به قصاص عدم تمایل به اجرای قصاص را در شریعت اسلامی نشان می‌دهد.

مطلوب دیگریکه اشاره به آن ضرور به نظر می‌رسد ذکر شرایط قصاص است.

اجrai قصاص در اسلام منوط و مشروط به شرایطی است که در صورت عدم تحقق آن، اجرای قصاص متفاوت می‌شود. شرایطی که تحقق آنها در اجرای قصاص لازم است در کتاب‌های فقهی به طور مفصل بیان شده است و در این مجال صرف به یک اشاره کوتاه به آنها اکتفا می‌کنیم.

۱- تساوی در آزادی؛ یعنی قصاص در صورتی قابل اجرا است که شخص آزاد فردی آزادی را به قتل رسانده باشد. البته در شرایط کنونی و فعلی این شرط موضوعیت عینی ندارد زیرا برده داری و غلام پروری عملاً از زندگی مردم رخت بر بسته است.

۲- تساوی در جنسیت؛ زن در مقابل زن و مرد در مقابل مرد قصاص می‌گردد. اگر مردی زنی را به قتل برساند قصاص نمی‌شود مگر اینکه از جانب ولی دم مقتول نصف دیه مرد را پرداخت نماید ولی اگر زن مرد را کشت، در این صورت طبق نظریه فقهاء زن به طریق اولویت قصاص می‌شود. (در مورد قصاص مرد در صورت قتل زن میان فقهاء اختلافاتی وجود دارد که برای مطالعه بیشتر به کتاب‌های فقهی مراجعه شود).

۳- تساوی در دین؛ یعنی مسلمان در مقابل مسلمان قصاص می‌شود.

۴- بلوغ قاتل؛ چون مسئولیت جزایی به غیر بالغ متوجه نمی‌شود.

۵- عاقل بودن قاتل؛ زیرا مجرون مسئولیت جزایی ندارد، بنا براین اگر مجرون مرتکب قتل شد عاقله او مسئول پرداخت دیه هستند و این مسئله مورد اتفاق همه فقهاء می‌باشد.

۶- مست نبودن قاتل (با اختلاف آرای که در زمینه میان فقهاء موجود است)

۷- عدم فقدان اراده در اثر خواب، بی هوشی و نایینایی. در این صورت ها شخص اراده ندارد و انسان فاقد اراده در تمام نظامهای جزایی مسئولیت کیفری ندارد و اسلام هم این قاعده عقلایی را پذیرفته است.

۸- مهدوی الدم نبودن مقتول. مهدوی الدم بودن مقتول حکم فقهی است که احکام تفصیلی آن در کتاب های فقهی بیان شده است.^۱

پیشتر در بحث از پیشینه تاریخی قصاص بیان شد که قصاص به حیث یک جزا و واکنش علیه جانی اختصاصاً به اسلام تعلق ندارد بلکه ملل و ادیان دیگر نیز قصاص را به رسمیت شناخته و تایید کرده است. این نشان می‌دهد که اصل قصاص در اسلام مورد پذیرش قرار گرفته است اما اسلام با بیان موارد قصاص و وضع شرایط برای اجرای آن دامنه اجرا و اعمال قصاص را محدود ساخته و سعی کرده تا مانعی را در جهت کشتار بی رویه ایجاد و از خون ریزی انتقام جویانه جلوگیری نماید.

از طرفی با وجود به رسمیت شناختن قصاص بر عفو و بخشش با اخذ دیه یا بدون اخذ دیه تشویق، ترغیب و تأکید نموده است. بنابراین از ذیل آیه قصاص استفاده می‌شود که فقه جزایی اسلام، بر اجرای قصاص اصرار ندارد و ولی دم گزینه دیگری نیز در اختیار دارد و بر استفاده از گزینه عفو تاکید می‌کند لکن در عین حال اگر ولی دم خواهان اجرای قصاص باشد باید اجرا شود، چون حق اوست. این واضح می‌سازد که از نظر اسلام اعمال قصاص چندان امر مطلوب نیست.

^۱. کریمی، عبدالوهاب، حقوق جزای اختصاصی جرائم علیه تمایت جسمانی اشخاص، موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ اول کابل ۱۳۹۱، ص ۱۱۴.

گفتار دوم: مقایسه مجازات و قصاص

ممکن است در نگاه نخست مقایسه مجازات و قصاص یک ساده انگاری غیر ضروری به نظر برسد و نتواند طرح چنین مسئله‌ای توجیهات لازم را برای مفید بودن آن آماده سازد.

چون تلقی عمومی و نگاه ابتدایی از مجازات معنای را قصد می‌کند که از مفهوم قصاص همان معنا افاده می‌شود. در قصاص و مجازات مجرم نتایج و پیامد اعمال مجرمانه‌ای خود را می‌چشد و سزای عمل مجرم بر او تحمیل می‌شود. اما با کمی دقیق و رفتن به عمق هر یک دیده می‌شود که مجازات و قصاص چندان عین هم نیستند علی‌رغم اشتراکات موجود میان قصاص و مجازات جنبه‌های افتراقی نیز وجود دارد که پرداختن به آن‌ها می‌تواند فهم و درک هر دو را سهل‌تر سازد.

مجازات از دل سیاست جزایی دولت سر بیرون می‌آورد و دولتها با این استدلال که متولی نظم و بر قرار امنیت و آسایش در جامعه‌اند، خود را سزاوار و محقق می‌دانند تا مجازات‌های را بر اساس سیاست جنایی خود مقرر و اقدام به اعمال آن در درون جامعه کنند. پیوند مجازات با اقتدار حکومتی یک پیوند ناگستینی و جدا ناپذیر است. در مجازات‌های مورد نظر، مجازات رفتاری است که برای نقض کننده نظم اجتماعی در نظر گرفته می‌شود و پدیده نظم اجتماعی کاملاً نسبی است. مفهوم نظم اجتماعی کاملاً نسبی است زیرا با زمان و جامعه سیاسی رابطه نزدیک دارد.^۱ در اجرای مجازات نگاه جامعه و احساس جامعه نسبت به آن بسیار مهم و کلیدی است. یکی از مهم‌ترین هدف‌های مجازات آن است که با اجرای مجازات‌ها؛ اولاً خشم مردم جامعه که در اثر ارتکاب جرم برانگیخته شده‌اند، تسکین یابد، به علاوه اجرای مجازات‌ها باعث شود که مردم مجدداً در این اعتقاد خود راسخ شوند که محدودیت‌های اجتماعی

^۱. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، بنیاد حقوقی میزان، چاپ بیست و دوم، زمستان ۱۳۸۸، ص

مربوط همگان است و هر کس این محدودیت‌ها را نقض کند با واکنش نا مساعد اجتماع رو برو خواهد شد.^۱

اصولاً توجه در مجازات مجرم مرکز بر این است که با پیاده کردن و عملی ساختن مجازات‌ها بر مجرم دامن هرج و مرج و نا امنی برچیده شود و امنیت روانی و جسمی شهروندان تامین گردد.

به نظر می‌رسد تفاوت قصاص با مجازات با ذکر ویژگی‌های هریک و در کنار هم قرار دادن آن، بهتر و خوبتر آشکار و روشن خواهد شد.

۱- مجازات یک امر کاملاً حکومتی است یعنی ایجاد و اجرای آن به صورت کامل وابستگی به قدرت سیاسی دارد. قدرت سیاسی تصمیم‌گیری در مورد کنترل افراد تحت قلمرو خود را از طریق تعیین مجازات و اعمال آن، از صلاحیت انحصاری خود می‌داند ولی قصاص حق ولی دم یا مجنی علیه است که آن‌ها اختیار دارد قصاص را به منصه اجرا گذارد یا از جنایت ارتکاب یافته عفو نماید و یا در قبال آن از مجرم دیه اخذ کند.

۲- اگر محکمه فردی را به مجازات محکوم نماید اجرای مجازات بالای محکوم علیه حتمی و الزامی است و گذشت از آن امکان ندارد مگر اینکه مدتی را سپری کند و بنا به دلایلی مشمول عفو عمومی قرار گیرد این در حالی است که قصاص در اول از سوی ولی دم و مجنی علیه، قابل گذشت است.

۳- در قصاص نقش و صلاحیت فرد (مجنی علیه یا ولی دم) برجسته و پر رنگ است اما اجرای مجازات را اساساً دولت در اختیار دارد.

^۱. صانعی، پرویز، حقوق جرای عومی، انتشارات طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۶۹.

۴- آغاز پروسه جزایی، تعقیب متهم و محاکمه جزایی را سارنوال به نمایندگی از دولت به پیش می برد در حالیکه خصوصیت قصاص این است که مجرنی علیه و یا ولی دم دعوی جزایی را شروع کند.

۵- مجازات‌ها توسط مجالس قانون گذاری یا فرمان پادشاه به تصویب می‌رسد در مقابل قصاص جز احکام دینی است و نهادهای قانون گذاری در ایجاد یا تغییر قصاص نقشی ندارند.

۶- مجازات‌ها تغییر پذیرند این به این دلیل است که سیاست جنایی کشورها همیشه در حال تغییر و تحول اند. به بیان دیگر گاهی تحول در اصل جرم‌انگاری رفتار شهروندان صورت می‌گیرد و یک عمل در صورت اقتضای سیاست جنایی دولت مشمول رفتارهای خلاف قانون به حساب می‌آید و عین عمل ممکن است در یک برده زمانی دیگر با تغییر اوضاع و احوال از سیاهه جرایم حذف و در ردیف اعمال مباح قرار گیرد و مرتكب آن، مورد تعقیب و پیگرد از نظر قانون نباشد سطح دیگر از تغییر پذیری کاهش یا افزایش مجازات‌ها و تغییر نوع مجازات است. روند تغییرپذیری در مجازات‌ها یک امر عادی و معمولی می‌باشد. ولی قصاص از بدوان تشريع در سیاست جنایی اسلام خاصیت تغییرپذیری را حفظ کرده است.

نویسنده‌گان فارسی زبان حقوق جزا که بیشتر شان ایرانی‌اند از قصاص به عنوان مجازات اسلامی در مباحث شان یاد کرده‌اند.^۱ و در ادبیات عربی زبان از قصاص و دیات به عنوان عقوبت یا عقاب نام برده شده است. بطور نمونه می‌توان به این نمونه اشاره کرد: «و للمنجني عليه و لوليه حق العفو عن عقوبة القصاص، فإذا عفا سقطت العقوبة»^۲

^۱ برای مطالعه بیشتر، رک: به مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، جلال الدین قیاسی و دیگران و کیفر شناسی از علی صفاری.

^۲ عوده، عبدالقدار، التسریع الجنایی الاسلامی، الجزء الاول، المکتبه الحقائیه، پشاور، ص ۳۸۸.

به نظر می‌رسد اگر به کاربرد اصطلاحی مجازات توجه کنیم که معادل آن را کیفر گرفته‌اند قصاص چندان با آن معنا هم‌خوانی ندارد و اگر صرف از مجازات معنای لغوی را قصد کنیم در آن صورت کاربرد مجازات برای قصاص بلا اشکال است. هرچند برای جلوگیری از خلط موضوعات و منع شدن مباحث خود داری از استعمال مجازات به جای قصاص بهتر خواهد بود.

در آخر لازم است به رویکرد کشورهای اسلامی نسبت به اجرای قصاص یا عدم اجرای آن اشاره شود.

کشورهای اسلامی برای اجرای قصاص دو رویکرد متفاوت را اتخاذ کرده‌اند. رویکرد کاملاً فقهی یعنی منابع حقوقی آن‌ها همان منابع فقهی هستند و در اجراءات خود مستقیماً به منابع فقهی مراجعه می‌کنند و قوانین وضعی را به رسمیت نمی‌شناسند. کشور عربستان سعودی از همین دسته‌اند. رویکرد دیگر این است که منابع حقوقی شان تلفیقی از فقه و قانون وضعی است این رویکر به نوبه خود برای استفاده از منابع فقهی دو روش متفاوت را روی دست گرفته‌اند به این صورت که احکام قصاص، دیات و حدود را به منابع فقهی ارجاع داده‌اند مانند افغانستان، ماده دو کد جزا در این باره تصریح می‌کند: «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتكب جرایم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد».

شیوه دیگر این است که عیناً احکام فقهی را وارد قوانین جزایی ساخته‌اند این روش را قانون گذاران ایرانی اتخاذ کرده‌اند. ماده ۱۴ قانون مجازات‌اسلامی در مورد قصاص تصریح می‌کند: «قصاص کیفری است که جانی به آن محکوم می‌شود و باید با جنایت او برابر باشد». و در ماده ۲۰۵ همان قانون، قتل عمد را موجب قصاص می‌دانند: «قتل عمد برابر مواد این فصل موجب قصاص است...». دقت در مواد قانون مجازات اسلامی ایران نشان می‌دهد که سیستم حقوقی ایران احکام فقهی را بدون تغییر و بدون کمی و کاستی وارد قانون وضعی کرده‌اند.

گفتار سوم: فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام

مجازات رفتاری است که اعمال آن رنج و تعب و سختی را بر شخص تحمیل می‌کند ازین روست که مجازات نیازمند توجیه و تحلیل است و باید برای اعمال مجازات دلیل منطقی و استدلال عقلانی ارایه گردد. عبارت دیگر در این بحث فلسفه مجازات است. هر مجازات معین شده، باید استوار بر فلسفه و دلیل منطق باشد و پذیرش بدون چون و چرا مجازات عقلانی نیست و نباید مجازات را بدون پشتونه عقلی پذیرفت و عملی ساخت.

الف



مجازات قصاص از دیدگاه اسلام

۱۱۷

در یک بستر تاریخی فلسفه‌ان و اندیشمندان کوشش کرده‌اند تا مجازات را از دید عقلانی مورد دقت و ارزیابی قرار دهن و برای استحکام و اتقان هرچه بیشتر عملی سازی مجازات توجیهاتی را با پشتونه استدلال عقلی مطرح کنند که بتواند مجازات‌ها را توجیه پذیر سازد.

تمامی نظرات مطرح شده در باب توجیه عقلی و اخلاقی مجازات در دو دیدگاه متفاوت قابل جمع‌اند. این دو دیدگاه به دیدگاه‌های گذشته گرا و آینده نگر با توجه به خصوصیات هر کدام منقسم می‌شود.

در تیوری گذشته گرا تمام توجه به جرم و سزا دادن مجرم است. عنوان‌های مانند استحقاق، مكافات، سزا و اجرای عدالت بر این دیدگاه اطلاق می‌گردد. هدف از مجازات در دیدگاه گذشته نگر این است که مجرم با اجرای جرم مستحق مجازات شده است و باید با اجرای مجازات سزای عمل خویش بیند و اجرای مجازات در حق مجرم عین عدالت و اخلاق است. کانت یکی از فلسفه‌ان است که طرفدار این دیدگاه است و برای تفهیم دیدگاه خویش جزیره متروک را مثال می‌آورد. این دیدگاه به آینده و منفعت اجرای مجازات توجه نمی‌کنند. و عمدۀ تمرکز شان بر عمل انجام شده و اجرای عدالت پس از آن است.

در مقابل نظریه منفعت گرا یا دیدگاه آینده نگر در توجیه مجازات‌ها قرار دارد و فایده گرایان معتقدند که هدف از مجازات منفعتی است که از اجرای آن حاصل

می شود و بدست می آید. به نظر طرفداران دیدگاه آینده نگر هدف از تشریع مجازات، بازدارندگی، اصلاح، باز پروری و بازسازگاری مجرم است. آن‌ها چنین استدلال می کنند که جرم که اتفاق افتاده به هیچ صورت باز گردانده نمی شود یا تعبیر دیگر گذشته به هیچ وجه بر نمی گردد و اگر مجرم را به مثل جرم ارتکابی مجازات کنیم فایده‌ای بر این عمل متصور نیست و رفتاری که برآن فایده مترتب نباشد از نظر عقلی قابل توجیه و دفاع نیست.

اما به مرور زمان به اثبات رسید که هیچ یک از دو دیدگاه مطرح شده پاسخ گوی سئوال از چیستی مجازات نیست و قابلیت ارایه توجیه کامل و بدون اشکال از هدف مجازات را در بر ندارد. بنابراین برخی آمده‌اند نظریه ترکیبی از مجازات‌ها را مطرح کرده‌اند که در آن هر دو دیدگاه گذشته‌گرا و غایت‌گرا در توجیه مجازات جای داده شده است.

با دقت در نظریات غایت‌گرا و منفعت محور درک می شود که هر کدام ازین دو نظریه به یک بعد خاص از مجازات توجه کرده‌اند و این مسئله از جامعیت و فراگیری دو نظریه کاسته است. نظریه مختلط در صدد است که از هر دو نظریه در بیان چیستی مجازات استفاده کند.

در واقع «ما به جای این سوال که توجیه عقلانی مجازات چیست؟ باید بین دو سطح از توجیه تفکیک کنیم و دو سوال جداگانه طرح نماییم: اول اینکه قواعد که نهاد مجازات را به وجود می‌آورند، چگونه توجیه می‌شوند و دوم این که یک مجازات خاص را چه چیز توجیه می‌کند. یکی از دانشمندان، معتقد است که نظریه اصال نفع به سوال اول پاسخ می‌دهد و نظریه سزا دهی به سوال دوم. بنا براین، این نظریه مکمل یک دیگر هستند، نه مخالف هم».^۱

^۱. خسروشاهی، پیشین، ص ۶۱.



حال با عنایت به نظریه‌های موجود سئوالی که مطرح می‌شود که این است که اسلام از تشریع قصاص چه فلسفی را مد نظر داشته است؟ آیا نظریه مورد نظر اسلام که بر اساس آن قصاص را تشریع کرده است از دیدگاه‌های مكافات گرایانه پیروی می‌کند؟ یا هدف از تشریع قصاص در شریعت اسلامی بدست آوردن منافعی است که با اجرای قصاص تحقق می‌یابد؟ یا آنچه که ما از لایحه احکام قصاص درک و فهم می‌کنیم بیان‌گر یک نظریه ترکیبی است که قصاص بر اساس آن به عنوان یک حکم اجرایی در شریعت اسلامی بیان گردیده است. به بیان دیگر، با نگاه به احکام و شرایط معینه قصاص و دیگر منابع مرتبط با احکام فرعی اسلامی چیستی و چرا ای قصاص چگونه تبیین شده است.

پیش از پاسخ به آن سوال‌ها لازم است این سوال توضیح داده شود که آیا انسان‌ها به عنوان تمثیل گران عملی شریعت، قادر به درک و فهم فلسفه احکام اسلامی هست یا خیر؟

این سوال ناشی ازین مطلب است که اسلام دین الهی است و تمامی وجایب و تکالیف از جانب خداوند به بندگانش توسط پیامبر نازل شده و هدف و غایت هر حکم شریعی را خداوند می‌داند و لاغر و بندگان قابلیت و توان درک فلسفه احکام را ندارند.

یکی از علمای اصولی، در باره درک فلسفه احکام می‌گوید: «عقل به صرف عقل بودن قادر به درک تمامی ملاکات احکام شرعی نیست. پس اگر عقل مصلحتی را در حکمی درک کرد و مفسده‌ای را در حکم دیگر و ادراک مصلحت و مفسدہ چنان عالم نباشد که تمامی صاحبان عقل در درک آن با هم برابر است، در این صورت برای عقل مجاز نیست که براساس همین دریافت غیر عمومی بگوید که شارع بر اساس و درک و دریافت غیر عمومی عقل حکم نماید. (چیزی را واجب داند و چیزی دیگر را

غیر واجب) زیرا احتمال می‌رود که آنچه را که عقل به عنوان فلسفه حکم درک کرده است غیر آنچیزی باشد که شارع (خداوند) بر اساس آن حکم را تشریع کرده است.^۱ مطابق این نظریه عقل توانمندی درک تمامی ملاک و مصلحت شرعی را ندارد گرچند عقل می‌تواند برخی از مصالح احکام شرعی را درک کند. و ایشان در این مورد حدیثی را از امام صادق به این مضمون روایت کرده است «ان دین الله لا يصاب بالعقل» یعنی دین خداوند توسط عقل به تصویب نمی‌رسد.

بر اساس دیدگاه فوق بحث از فلسفه احکام شرعی راه به جای نمی‌برد و نتیجه بخش نخواهد بود. برآیند این نظریه این است که بحث و استدلال از فلسفه احکام اسلامی و تعلیل برای احکام یک کنکاش و تلاش بیهوده و نا فرجام است هرچه استدلال شود و دلیل پی دلیل اقامه گردد، متنج به نتیجه‌ی قابل دفاع نمی‌گردد و بهتر است روی این تعلیل گذاری بر احکام که از جانب خداوند آمده است، خط بطلان کشیده شود. سعی در این مسیر، به مثابه آب در هاون کوفتن و باد را غربال کردن است. پس باید به صورت تعبدی احکام را باید پذیرفت و هیچ چرای بر آن روا نداشت. با این حال، گاهی در منابع احکام عبارات دیده می‌شود که گویا فلسفه احکام را بیان کرده است. مانند این آیه قرآن کریم که می‌فرماید: «...انَّ الصَّلَاةَ تَنْهِي عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ...»^۲

ترجمه: نماز بازدارنده فحشا و منكرات است.

و یا در مورد قصاص قرآن تصریح کرده است «وَ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أَوْلَى الْآلَابِ»^۳

ترجمه: ای صاحبان اندیشه در قصاص حیات است.

^۱. محمد رضا مظفر، اصول الفقه، جزء ۱ و ۲، موسسه دارالتفسیر قم، ۱۴۱۹، صص ۲۳۹، ۲۴۰.

^۲. سوره عنکبوت، آیه ۴۵.

^۳. سوره بقره، آیه ۱۷۹.

مطابق فقه جزایی اسلام قصاص در سه مورد قطع عضو، جرح و قتل به اجرا گذشته می‌شود با اجرای هر یک از موارد قصاص، حیات چگونه بدست می‌آید؟ اگر به ظاهر عقوبت قصاص نگاه شود اجرای آن، نه تنها سبب تحکیم حیات و زندگی می‌شود بلکه با اجرای قصاص قتل، حیات نابود می‌گردد و قصاص جرح و قطع عضو حیات را به سمت نیستی خواهند کشاند. پس بیان قرآن نیاز به تعبیر و تحلیل دارد تا ظاهر عقوبت قصاص از نظر منطقی توجیه پذیر گردد. برای بیان توجیه آیه چند تفسیر و تحلیل بیان شده است.

الف



الف) با قصاص قاتل از کشتار بی رویه که پیش از ظهور اسلام در میان قبایل عرب رواج داشت، جلوگیری می‌شود. در قبایل عرب اگر فردی از یک قبیله به قتل می‌رسید قبیله مقتول شروع می‌کرد به کشنن افراد قبیلی قاتل. این انتقام گیری حد مشخص و شمار معین نداشت بسا رویدادهای بود که ماهها حتا سال‌ها میان دو قبیله جنگ و خونریزی جریان داشت و حس انتقام هر روز تشدید می‌شد و سیری ناپذیر بود. اسلام برای جلوگیری از راه افتادن کشتار بی رویه و انتقام غیر معمول قصاص را تشرعی کرد که در صورت قتل، فقط قاتل مستحق قصاص بود و برای افراد دیگر قبیله تسری پیدا نمی‌کرد.



ب) هدف از تشرعی قصاص بازدارندگی است. انسان اگر تصمیم و اراده به قتل دیگری داشته باشد با یاد آوری قصاص و احتمال کشته شدن خود، فوراً از اجرای نیت شوم خود، دست می‌کشد زیرا حب نفس و عشق به زندگی او را از عمل قتل باز می‌دارد. اگر کسی با یادآوری قصاص، اقدام به قتل ننماید در واقع حیات دو جان را حفظ کرده است. یکی فردی را که تصمیم به قتلش داشت و دیگری جان خودش را نجات داده است زیرا در صورت انجام قتل جان قاتل به دلیل وجود نهاد قصاص به خطر می‌افتد و قصاص می‌شد. در اینجا خصوصیت بازدارندگی که در نهاد قصاص نهاده شده مانع از عملی کردن نیت قتل توسط قاتل می‌گردد و در نتیجه دو حیات حفظ می‌شود.

ج) ارزش حیات و زندگی از نظر اسلام بسیار والا و ارزشمند است. کشتن یک فرد برابر با کشتن تمامی انسان‌ها قلمداد می‌شود و زنده کردن یک فرد مساوی با زنده ساختن تمام بشریت به حساب می‌آید. با قصاص قاتل در واقع حیات تمامی انسان‌ها باز می‌گردد. فجیعت و رسوایی قتل با قصاص قاتل از جامعه دامن بر می‌چیند.

د) قصاص موجب سلب حیات دنیوی قاتل می‌گردد اما حیات اخروی با اجرای قصاص برای قاتل تامین می‌شود. از نظر اسلام حیات عبارت است از زندگی سعادت مند و دور از زجر و عذاب آخرت.

همچنین گفته شده حیات مورد نظر آیه ۱۷۹ سوره بقره زمان تشرعی قصاص است و نه زمان اجرا. تفاوت میان زمان تشرعی و زمان اجرا وجود دارد زیرا در زمان اجرا قرآن بر عفو و گذشت تاکید دارد. این تفسیر عبارت دیگری از بازدارندگی را بیان می‌کند.^۱

اگر منظور از رسمیت یافتن در اسلام قصاص جلوگیری از کشtar بی رویه و مانع شدن از انتقام بی حد و مرز باشد این طرز دید نگاه تاریخی به اسلام را رقم می‌زند و اسلام را در دوران اولیه و نخست میخ کوب خواهد کرد. باورمندی و عقیده این است که اسلام در بستر تاریخی عصر نزول منحصر نیست و برای زمان کنونی و آینده‌ها نیز احکام اسلامی قابل اجرا است. در شرایط فعلی عموم کشورها توسط نظامهای سیاسی اداره می‌شوند و انتقام گیری شخصی را نه دولت اجازه می‌دهد و نه هم شهروندان در

^۱. برای مطالعه بیشتر، ر، ک: قدرت الله خسروشاهی، پیشین، ص ۷۱. برای تبیین فلسفه قصاص روابطی از امام زین العابدین به این مضمون نقل شده است: «برای امت محمد در قصاص حیات و زندگانی نهفته است، کسی که قصد کشتن کسی را می‌کند و می‌داند که قصاص خواهد شد از قتل خود داری خواهد کرد و این موجب حیات است هم برای کسی که اراده قتل داشت و هم برای کسی که قصد کشتن او را داشت و نیز موجب حیات است برای غیر آنها از مردم، چون وقتی بدانند که قصاص امکان پذیر است از ترس قصاص جرأت بر قتل نمی‌کنند. ای صاحبان عقل شاید از قتل پرهیزید». طبری، احتجاج، ج ۲ ص ۵۰

پی انجام آن است. عملاً روش ناروای انتقام گیری و خونریزی قبیله‌ای در روابط اجتماعی محو و دامن جمع کرده است.

در مورد دیگر فلسفه‌ای مطرح شده برای قصاص بازدارندگی است. زیرا قاتل با داشتن نیت قتل، قصاصی پس از اجرای قتل را در آینده برای خود تصور می‌کند و این موجب می‌شود که دست از قتل بردارد. اما عکس العمل انسان‌ها در برابر چنین احتمالی یک سان نیست برای برخی از انسان‌ها ممکن است که احتمال قصاص موجب دست کشیدن از قتل شود و اما برای برخی دیگر، پیش‌بینی می‌شود که وجود قصاص برای جلوگیری از انجام قتل هیچ تاثیر نخواهد داشت زیرا کشنده انسان‌ها از جرایم بسیار شدید است و در اوج غضب قاتل عليه مقتول رخ می‌دهد، تصور داشتن حالت روانی عادی برای قاتل و سنجش سود و زیان و پیامد عمل در چنین حالتی احتمال بسیار ضعیف خواهد بود. مضافاً اینکه برای اثبات تاثیر گذاری قصاص در جهت جلوگیری از قتل، باید آمارهای قتل در کشورهای که قصاص همچنان در نظام کیفری آن‌ها اعمال می‌شود تحقیق گردد و چنین بررسی میزان تاثیر گذاری قصاص را بر ممانعت از قتل، نشان خواهد داد.

تفاسیر و توجیهات یاد شده هر کدام می‌تواند بخشی از فلسفه قصاص در اسلام را بیان نماید و نه کل فلسفه قصاص را. در دین اسلام شارع احکام اسلامی خداوند است و راه یابی در ساحت علم الهی از توان و قدرت بشر خارج می‌باشد. و حتاً در ک برخی تعلیل‌های که خداوند برای برخی از احکام بیان کرده است نیز برای انسان ساده و آسان نیست. مثل آیه «ولکم فی القصاص حیات یا اولی الالباب» و می‌بینیم هرنوع تحلیل و تفسیر ما با چالش مواجه می‌شود.

نظام جزایی مورد نظر اسلام، در برخورد با عمل مجرمانه و غیر معمول واکنش‌های مختلفی را با بذل توجه به جرم ارتکابی ارایه داده است. مثلاً محارب یا کشته شود یا به دار آویخته شود یا دست و پایش به گونه مخالف قطع شود و یا هم تبعید گردد.



آیه ۳۳، از سوره مائدہ در باره جزا محارب بیان می دارد: «یعنی جز این نیست که کیفر کسانی که با خدا و پیامبرش به سطیحه بر می خیزند و در زمین برای ایجا فساد حرکت می کنند این است که کشته شوند یا به دار آویخته شوند یا دست ها و پاهای شان، به طور مخالف، قطع شود یا از زمین تبعید شوند، این عذاب آنان در دنیاست و برای شان در آخرت عذاب بزرگی است».^۱

عقوبت محارب از نظر اسلام بسیار شدید و دردنگ است و علاوه بر جزای شدید دنیایی در آخرت نیز عذاب بزرگ در انتظار آنان است.

چرا برای محارب عقاب نهایت سنگین و غیر قابل بخشش از جانب خداوند تعیین شده است دلیل و فلسفه آن برای ما به صد مقدور و میسر نیست. یا زانی و زانیه صد تازیانه زده می شود و دست سارق بخاطر سرقت قطع می گردد و همچنان برای مردانی زنان زناکار در صورت اثبات زنا با شهادت چهار شاهد، اجازه می دهد تا زنان را تا زمان مرگ در خانه نگهدارد. این خود بیان گر اتخاذ رویکرد متفاوت با اعمال مجرمانه متفاوت است و درک فلسفه هر یک از جزاهای معین اسلامی در توان قدرت فکری بشر نیست.

مجموعه‌ای از جزاهای اسلامی، مکتب فکری را تشکیل می دهد که خود مبین یک نظام جزایی ویژه با خصوصیات ویژه است. به نظر می رسد علت سنگی برای احکام اسلامی در کل و برای احکام جزایی به صورت ویژه کاری است که امکان آن خیلی قابل دست رس به نظر نمی رسد. و قصاص نیز به عنوان یک حکم جزایی اسلامی ازین قاعده مستثنی نیست.

یک نکته‌ی که یادآوری آن بسیار ضروری و لازم به نظر می رسد این است که احکام جزایی اسلامی به شکل تعیین شده آن در متون اسلامی در کشورهای اسلامی (

^۱. ترجمه آیه ۳۳ سوره مائدہ.

جز عربستان سعودی) بالای مجرمین تطبیق نمی‌شود و کشورهای اسلامی در سیستم جزایی خود بیشتر از سیستم وضعی کار می‌گیرند.

نتیجه گیری

قصاص نهاد اختصاصی سیستم جزایی اسلامی است که با مجازات‌های نظام‌های جزایی عرفی تفاوت دارد. به نظر می‌رسد قصاص به معنای متعارف یک مجازات شمرده نمی‌شود.

۱-قصاص برای مجذبی علیه و اولیای دم یک حق است در حالیکه مجازات‌ها توسط قدرت حاکمه اعمال می‌شود. ازین جهت قصاص با مجازات رایج و معمول در میان کشورها تفاوت ماهوی دارد.

۲-حکم قصاص به موجب وقوع قتل، ایراد ضرب و جراحت در بدن و ایجاد قطع در اعضای بدن، به عنوان استیفادی مافات مطرح می‌شود و به میان می‌آید اما قصاص به عنوان یک حکم، بهر صورت لازم الاجرا و تغییر ناپذیر نیست بلکه با وجود قصاص به عنوان یک حق، راه‌های بدیل نیز برای قصاص در نظر گرفته شده است که مجذبی علیه و اولیای دم مختار است جانی را مورد عفو بلا عوض قرار دهد و یا با اخذ دیه از حق قصاص خود صرف نظر نماید.

۳-قصاص حکم الهی است و تبیین فلسفه و تفسیر آن با ابزار عقل بشری چندان ممکن نیست. ازین رو مانند سایر مجازات‌های وضعی در قالب تحلیل‌های رایج بطور کامل جا نمی‌گیرد هر چند ممکن است برخی از ایده‌های مطرح شده در باب مجازات‌ها را در قصاص نیز می‌توان یافت.

۴-برای سؤال از اخلاقی جلوه دادن مجازات‌ها تیوری مكافات با نگاه به گذشته شکل یافته و تیوری غایت‌گرا با توجه به آینده از سوی اندیشمندان فلسفه حقوق ارایه گشته و همچنین تشفعی خاطر و جبران خسارت مجذبی علیه نیز به عنوان یک نظریه در این باب مطرح بحث بوده است. اما تمامی تیوری‌های فوق الاشعار به تنها یک قابلیت

تفسیر و توجیه قصاص را ندارد. زیرا قصاص در صورت اجرا عمل بالمثل با جانی به حساب می‌آید که در این صورت شباهت نزدیک با تیوری سزاگرایی دارد و در یک تفسیر دیگر که می‌گوید نفس تشريع قصاص حالت بازدارندگی ایجاد می‌کند، با تیوری غایت گرایی پیوند می‌یابد و اینکه با موافقه مجنی علیه و اولیای دم می‌توان از قصاص گذشت و به جای آن دیه اخذ کرد با تیوری تشغی خاطر و جبران نزدیک می‌شود. اما با نگاه به آیات تشريع قصاص هیچ کدام از تیوری‌ها نمی‌تواند فلسفه قابل دفاع برای قصاص باشد. به دیگر سخن، رگه‌های از تیوری‌های رایج مجازات در قصاص قابل رد گیری است اما منحصراً قصاص در داخل هیچ یک از تیوری‌های مطروحه جا نمی‌گیرد.

۵- در نهایت قصاص یک حکم الهی است با پذیرش تعبدی احکام توجیه پذیر می‌شود و جایگاه عقل برای درک مصالح احکام بسیار جزیی، ناقص و غیر قطعی است.

منابع

- ۱- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۱ ص ۱۹۰.
- ۲- سید محمد حسینی شیرازی، کتاب القصاص، ص ۵.
- ۳- محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۴۲ ص ۷.
- ۴- عبدالقادر عوده، التشريع الجنائي الاسلامي، الجزء الاول، المكتبه الحقانيه پشاور پاکستان، ص ۳۸۷.
- ۵- خسروشاهی، قدرت الله، قصاص از دیدگاه اسلام، ص ۴.
- ۶- حسین میر محمد صادقی، جرایم علیه اشخاص، نشر میزان، چاپ دهم، زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۳۶.
- ۷- سوره بقره، آیه ۱۷۸.
- ۸- گرجی، ابوالقاسم، آیات الاحکام، بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۹۱.
- ۹- سوره نساء، آیه ۹۲.
- ۱۰- سوره اسری، آیه ۱۳۳.
- ۱۱- سوره شوری، آیه ۴۰.
- ۱۲- کریمی، عبدالوهاب، حقوق جزای اختصاصی جرایم علیه تمایت جسمانی اشخاص، موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ اول کابل ۱۳۹۱، ص ۱۱۴.
- ۱۳- محمد رضا مظفر، اصول الفقه، جزء او ۲، موسسه دارالتفسیر قم، ۱۴۱۹، صص ۲۳۹، ۲۴۰.
- ۱۴- سوره عنکبوت، آیه ۴۵.
- ۱۵- سوره بقره، آیه ۱۷۹.
- ۱۶- سوره مائده آیه ۳۳.

سقوط جنین در حقوق کیفری افغانستان

راضیه رئوفی

مقدمه

سقوط جنین، به معنای پایان یافتن دوران بارداری در هر مرحله‌ای که زندگی نوزاد در جریان است یکی از موضوعات اجتماعی است که در جوامع مختلف بشری دیدگاه‌های گوناگونی در مورد آن وجود دارد. سقط جنین یکی از مباحث و موضوعات بحث برانگیزی است که در تمام متون فلسفه‌ی طب و اخلاق پژوهشی از آن به عنوان نمونه‌ای از معضلات فلسفی و اخلاقی پژوهشی یاد شده است. قوانین اکثر کشورها به دلایل مذهبی و جمعیتی سقط جنین را ممنوع دانسته و قوانین برخی دیگر از کشورها جهت پیشگیری از ازدیاد جمعیت آن را به طور مطلق آزاد اعلام نموده و برخی از کشورها نیز با در نظر داشتن ملحوظاتی با سقط جنین مشروط اعلام موافقت نمودند. ترس و به زنان اجازه می‌دهند در شرایط خاص و ضروری جنین خود را سقط نمایند. ترس و هراس از تنظیم و تشکیل خانواده، فقر، پیشگیری از آسیب واردہ به مادر، جنین یا کل جامعه، گریز از بارداری ناخواسته، پنهان ساختن روابط نامشروع، تجاوز به عنف از علل

شایع اقدام به سقط جنین می‌باشد. در دین میان اسلام حیات موهبت الهی است و از حقوق اساسی انسان محسوب می‌شود. از دیدگاه مراجع شرعی و قانون‌گذاری سقط جنین تنها در جهت پیشگیری از آسیب‌های قطعی وارد به مادر، جنین یا کل جامعه جایز شمرده شده و در غیر از این موارد جرم بوده و مجازات شدید و سنگین دارد. ضرورت و اهمیت طرح مساله سقط جنین در اینجا مسئله سقط جنین جهت پنهان‌سازی و پنهان ساختن روابط نامشروع می‌باشد که امروزه یکی از معضلات مهم اجتماعی در عصر حاضر گردیده و دامن‌گیر بسیاری از کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه می‌باشد که شدت آن با توجه به بسترها فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی متفاوت است. نگرانی‌های و خیم اجتماعی که اکنون وجود دارد در دسته سقط‌های عمده از نوع جنایی قرار دارد در این نوع از سقط که به آن سقط غیر ایمن و ناسالم نیز گفته می‌شود قطع بارداری و بیرون آوردن جنین با وسایل غیر پزشکی، غیر بهداشتی و اغلب توسط افراد غیر حرفه‌ای یا متخصصین بدون تعهد در مکان‌های مخفی صورت می‌گیرد. به طور کلی می‌توان گفت سقط از هر نوعی که باشد تهدید جدی و عمده‌ای در جهت سلامت زنان محسوب می‌گردد و بیانگر شکاف‌هایی در بهداشت عمومی جامعه است. این مقاله متشکل از دو مبحث می‌باشد، مبحث اول تحت عنوان تعریف سقط جنین و این مبحث از یک گفتار و موضوع آن انواع گوناگون سقط جنین تشکیل شده، مبحث دوم رکن معنوی سقط جنین و این مبحث دارای سه گفتار جداگانه بوده که در گفتار اول راجع به رکن مادی سقط جنین، گفتار دوم سقط‌های ناشی از ترومما (ضریب) و گفتار سوم راجع به عوارض سقط جنین تحت بحث بوده که مورد تحقیق و کنکاش قرار داده شده است.

مبحث اول) - تعریف سقط جنین (Abortion :

مفهوم جنین: در لغت از دیدگاه و نظر فقهی جنین از ریشه جن گرفته شده، جن به معنای پوشاندن است و در مفردات راغب آمده است: «اصل الجن سراشیی عن

الحاسه»، به قلب نیز چنان گویند چرا که قلب در وسط سینه پوشیده شده و به سپر نیز «جن» و «مجننه» گویند زیرا که صاحب خود را می‌پوشاند.^۱ جن نیز به معنای موجودی است که از دیده‌ها پنهان باشد و برای همین به موجودی که داخل رحم مادر است جنین گفته می‌شود.

از نظر لغوی، جنین به معنای پوشیده و مستور است و فرزند مادر که در رحم مادر است، جنین نامیده می‌شود. مبداء جنین ابتدای آبستنی و انتهای آن، لحظه ماقبل ولادت است. سقط جنین به خارج شدن قبل از موقع حاصل باروری زن از رحم گفته می‌شود. سقط جنین به معنای از بین بردن جنین در رحم مادر می‌باشد.^۲

جرائم سقط جنین نه از نظر فقهای اسلام تعریف شده و نه قانون‌گذار آن را تعریف کرده است و در هر مورد فقط به ذکر موضوع و مجازات آن اکتفا شده است. البته با توجه و دقت به مفاهیم فقهی و حقوقی می‌توان سقط جنین را تعریف نمود: سقط جنین جرمی است که نتیجه آن بیرون اندختن جنین از رحم می‌باشد و فاعل جرم قصد این نتیجه را داشته باشد؛ خواه وسایلی را به کار برده باشد، خواه نه و مورد صدق سقط جنین آن است که جنین عادتاً بعد از ساقط شدن قابل ادامه زندگی نباشد. براساس متون فقهی سقط جنین بیرون آوردن غیر طبیعی جنین، پیش از زمان طبیعی زایمان را گویند به گونه‌ای که زنده یا قابل زیستن نباشد.^۳

^۱- قبله‌ای (خلیل)، بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، نشریه دانشکده علوم قضایی، سال اول، شماره دوم، سال ۱۳۷۵، ص ۵۹.

^۲- دکتر جعفر لنگرودی (محمد جعفر)، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، سال ۱۳۴۶، ص ۲۰۱.

^۳- جعفر سلاحی، پژوهشی قانونی برای دانشجویان حقوق، چاپ دوم، انتشارات جاودانه، سال ۱۳۹۱، ص ۱۴۵.

^۴- سلیمی، مهدی، لیلا بهرامی کوتایی و وحید عبدی حسین آبادی، سقط جنین، کنفرانس ملی فقه، حقوق و روان‌شناسی، شیراز، مرکز توسعه آموزش‌های نوین ایران (متانا)، شیراز، ۱۳۹۵، ص ۲.

پژوهش‌ها و تحقیقات گسترده در مورد سقط جنین نشان داده که در صورت به خطر افتادن جان مادر یا جنین قبل از دمیدن روح در کالبد سقط جنین بلامانع بوده، ولی بعد از دمیده شدن روح در جنین در صورت خطر مرگ برای مادر جایز، در غیر آن جایز نمی‌باشد. سقط جنین ناقص‌الخلقه و موارد خاص دیگر، مانند وجود اختلال شدید در جنین، در صورتی که روح در آن دمیده نشده باشد، طبق ادله عسر و حرج، قاعده لاضر و بنای عقلاً جایز است و گرنه مانند تمام انسان‌های دیگر حقوقی دارد، از جمله حق بقا و زندگی در نتیجه سقط آن به هیچ وجه جایز نیست. معاینات عدلی-طبی تثبیت سقط، در واقعات سقط‌های غیر قانونی، تمارض سقط، انقطاع حمل غیر مشروع اجرا می‌گردد.^۱

سقط جنین در اصطلاح پزشکی، اخراج عمدی یا مصنوعی و یا خروج خود به خود بار حمل قبل از موعد طبیعی می‌باشد.^۲ از نظر طب عدلی اگر خروج جنین پس از شش ماه با به دست آوردن توانایی زندگی خارج از رحمی آن صورت گیرد، زایمان قبل از موعد نامیده می‌شود و اگر جنین قدرت زیستن نداشته باشد، سقط جنین محسوب می‌گردد.^۳ ختم حاملگی به هر عنوان قبل از آنی که جنین برای زنده ماندن به اندازه کافی تکامل یافته باشد و یا در واقع به ختم حاملگی قبل از هفته بیستم حاملگی و یا زمانی که وزن جنین کمتر از پانصد گرم باشد.

سقط جنین از نظر حقوق‌دانان، اقدام به خروج غیرطبیعی حمل، قبل از موعد طبیعی وضع حمل، به وسیله‌ی مادر یا غیر اوست، به نحوی که حمل خارج شده از بطن مادر فاقد قابلیت زیستن باشد و یا منقطع ساختن دوران بارداری. تفاوت این دو دیدگاه در این است که از دیدگاه طبی مبنای براساس سن حاملگی جنین است و از نظر و دیدگاه

^۱- عالمی، احسان الله، طب عدلی، مرکز ملی آموزش حقوقی، پوهنتون کابل، کابل، حمل سال ۱۳۹۱ ه.ش، ص ۱۴۲.

^۲- دکتر گودرزی (فرامرز)، پزشکی قانونی، چاپ دوم، انتشارات ایشتن، سال ۱۳۷۳، ص ۵۹۳.

^۳- دکتر گودرزی (فرامرز)، پزشکی قانونی، مأخذ ذکر شده، ص ۵۹۴.

حقوقی قابلیت و یا عدم قابلیت حیات جنین می‌باشد حسب آمار، بیش از هشتاد درصد سقط‌ها در ۱۲ هفته اول دوران حاملگی رخ می‌دهد و از این پس میزان سقط به سرعت کاهش می‌یابد.

شخصی که عمداً جنین زن حامله را از بین ببرد یا آن را قبل از موعد طبیعی تولد بیرون آورده، مرتكب جرم اسقاط جنین می‌گردد. هرگاه در جرم اسقاط جنین شرایط اقامه دیت تکمیل نگردد یا به نحوی از انحا ساقط شود، مرتكب مطابق احکام فصل پنجم، اسقاط جنین و مجازات آن مجازات می‌گردد. (ماده ۵۶۹، بند ۱ و ۲ کود جزای افغانستان)

ابن رشد(رح) در بدایه المجلهد چنین تعریف کرده است: جنین عبارت از چیزی که از زن حامله ساقط گردد، به شرط آنکه معلوم شود «طفل» است.^۱

گفتار اول) انواع گوناگون سقط جنین:

از این جهت و حیث، می‌توان سقط جنین را به چهار دسته تقسیم نمود:

(۱) - سقط جنین جنایی، غیر قانونی) (**illegal (criminal abortion**) (:

زمانی به وقوع می‌پیوندد که:

اولاً) اخراج بار حمل قبل از موعد طبیعی یا حاصل باروری توسط شخص مادر با دستکاری در رحم یا خوردن دارو، که به میل و یا ضربه عمدی به رحم یعنی خود زنی صورت گرفته باشد. سقط جنین عمدی که به میل و عمد معمولاً در موارد آبستنی‌های ناخواسته انجام می‌گیرد، توسط آسیب‌های فیزیکی و یا روانی صورت می‌پذیرد. دستکاری رحم با تجویز داروی ساقط کننده جنین توسط اشخاص دیگر، سقط‌هایی که

^۱- ابن رشد، بدایه المجلهد، جلد دوم، بیروت لبنان، ص ۳۴۸

الف) طریقه‌ی این نوع اسقاط جنینی:

کارکنان طبی بعضاً به منظور اجرای سقط از روش‌های جراحی به مثل زیر استفاده می‌کنند:

- ۱- مداخله ابزاری برای پاره کردن کیسه‌ی حاملگی (وسایل پزشگی، پره بایسکل،.....)، ۲- دمیدن هوا با استفاده از سرنگ تلقیه، ۳- گشاد کردن دهانه‌ی رحم با مواد گیاهی و دارویی، ۴- فعالیت شدید فیزیکی و مکانیکی (ضربه‌ای) متعدد به شکم و

خارج از محیط شفاخانه در شرایط غیر طبی، غیر صحی و توسط اشخاص غیر طبی و همچنین سقط‌هایی که در شفاخانه بدون اجازه شوهر اجرا می‌گردد. که به اساس ماده «۵۷۱» کود جزای افغانستان مرتكب آن قابل مجازات می‌باشد. در قوانین اسلامی این نوع سقط شدیداً منع شده و مرتكبین را به مجازات شدید محکوم می‌نماید.

(ثانیاً) - به کار بردن وسایل مخصوص توسط پزشک یا پزشک معالج، طبیب، نرس یا افراد غیر مجاز، برای خونریزی و سقط جنین و قطع حاملگی و افراد متخصص بدون مجوز قانونی باشد. این نوع سقط جنین که به کمک مواد سمی یا اسباب و آلات مختلف انجام می‌گیرد فوق العاده خطرناک می‌باشد. مواد سمی که برای این منظور به کار می‌روند بعد از ایجاد یک مسمومیت کلی که ممکن است برای زن خطر جانی داشته باشد باعث اسقاط جنین می‌شوند و استفاده از اسباب و آلات مختلف آلوده هم، از مرگ آنی زن گرفته تا خونریزی‌های شدید، خطرناک، عفونت‌های فوق العاده و خیم و پاره شدن رحم و را سبب می‌شوند. معاینات طب عدلی سقط‌های جنایی، معمولاً مراحلی را طی می‌کند که، تشخیص این نوع سقط‌ها از عوامل زیر حاصل می‌شود:

شرح حال- معاینات طبی- نتایج آزمایشگاهی- نتایج سونوگرافی- نتایج بافت- شناسی از رحم و ضمائم در مورد افراد فوت شده، دوسيه مريض، تصاديق و سایر اسناد محل واقعه را در بر می‌گيرد.

الف) طریقه‌ی این نوع اسقاط جنینی:

کارکنان طبی بعضاً به منظور اجرای سقط از روش‌های جراحی به مثل زیر استفاده می‌کنند:

- ۱- مداخله ابزاری برای پاره کردن کیسه‌ی حاملگی (وسایل پزشگی، پره بایسکل،.....)، ۲- دمیدن هوا با استفاده از سرنگ تلقیه، ۳- گشاد کردن دهانه‌ی رحم با مواد گیاهی و دارویی، ۴- فعالیت شدید فیزیکی و مکانیکی (ضربه‌ای) متعدد به شکم و

رحم،۵- تخلیه‌ی رحم با کورتاژ Avesiration، ۶- تخلیه‌ی رحم توسط جهاز واکیوم، ۷- داخل کردن اجسام اجنبي در داخل رحم، مانند: سیم، کاتیتر، سیخ بافت، ریشه و ساقه نباتات و

۸- با استفاده از مواد خوراکي، ایجاد انقباضات رحمي می‌کنند، ۹- داخل کردن مایعات در داخل رحم توسط بالون.^۱

(۲) - سقط جنين درمانی (سقط طبی یا سقط قانونی) Therapeutic

: (abortion)

علم

سقـط جـين دـوقـكـيـري

۱۳۳

و آن زمانی به وقوع می‌پیوندد که ادامه حاملگي برای مادر باعث بیماری خطرناک باشد و برای حمایت وی خطرناک تلقی شده و سقط جنين ضرورت پیدا کند و یا هم موجب تشدید عوارض مرض یا وختامت حال او گردد؛ یا جنين موجود در رحم دچار ناهنجاریهایی شده که با حیات جنين منافات شدید دارد و بعد از زایمان قادر به حیات نباشد که در این موارد با انجام مقدمات لازم طبی اجازه سقط‌های درمانی صادر می-شود. در این حالت حتمی و لازمی است کمیسیون پزشکی متšکل از سه نفر پزشک، یک نفر پزشک متخصص بیماری زنان و یک نفر پزشک خانوادگی و معالج زن و یک پزشک متخصص زنان و زایمان پس از مشاوره در صورتی که موافق سقط جنين باشند مراتب را در صورت جلسه‌ای که به این منظور تنظیم می‌شود معکس نموده و امضاء می‌نمایند و بعد از رضایت زن و شوهر اقدام به سقط جنين می‌کنند. این نوع سقط جنين به موجب قانون مجازات ندارد. مکانیسم این نوع سقط، خاتمه دادن به حاملگي قبل از ولوج روح (۱۶ هفتگی) به وسیله‌ی پزشک متخصص و در شرایط شفاخانه‌اي با روش کورتاژ (Damol C)^۲

^۱- جعفر سلاحی، پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق، مأخذ ذکر شده، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

^۲- جعفر سلاحی، مأخذ ذکر شده پیشین، صص ۱۴۵ و ۱۴۶.

الف) شرایط اساسی سقط درمانی عبارت است از:

- ۱- ادامه بارداری برای جان مادر خطرناک باشد؛ ۲- سقط قبل از حلول روح صورت پذیرد؛ ۳- خود عمل سقط جنین برای مادر خطر بیشتری نداشته باشد.

ب) علل و عوامل سقط درمانی:

۱ - علل جنینی :

این علل شامل تکامل غیر طبیعی تخم با تعداد طبیعی کروموزوم و یا با تعداد غیر طبیعی کروموزوم می‌باشد و نیز شامل علل و بیماری‌هایی است که منجر به ناهنجاری‌های جنینی می‌شود که به مرگ جنین (مرده زایی) و یا مرگ نوزاد بلافصله پس از تولد می‌انجامد و قابل پیشگیری نیست. ضرورت‌های سقط جنین در بیماری‌ها و ناهنجاری‌های جنینی که به مرگ جنین داخل رحم یا مرگ نوزاد بلافصله بعد از تولد منجر می‌شوند.

۲ - سقط جنین خود به خودی یا مرضی:

در خصوص اشخاصی اعمال می‌شود که بدون اینکه مورد صدمه یا حمله مستقیم قرار گیرند، بر اثر و یا هم حالت کوچکترین پیشامد یا حادثه‌ای در زندگی، سقط جنین می‌نمایند. بنابراین و در این حالت اگر سقط جنین در اثر پیشامد غیر عمدی یا معلوم عیوب مزاجی و عدم تکامل باشد، گویند: وضع حمل غلط کرده است. فرق سقط جنین با وضع حمل غلط در این است که وضع حمل غلط علاوه بر اخراج قبل از موعد حمل به طور کامل به اخراج قبل از موعد نیز اطلاق می‌شود.

۳ - سقط جنین معمولی (عادتی- عادی):

در بعضی از مواقع ممکن است سقط جنین علی‌رغم میل زن و به یک علتی اتفاق بیفتد. این نوع سقط جنین را سقط جنین معمولی می‌گویند. قاعده‌تاً در بعضی از زن‌ها به دلیل ارثی، ساختاری ابتلا به بیماری‌های گوناگون مانند: فشار خون، عفونت‌ها، بیماری-

های قلبی، کلیوی، مرض قند، نارسایی و اختلال‌های ترشحات هورمونی، اختلال‌های جفت و جنین از جمله اختلال‌های ژنتیکی و ناهنجارهای کروموزومی و یا ضعف و اختلال در رحم و عوامل مختلف دیگر اتفاق افتد. پارهای اوقات هم ممکن است این امر به علت مسمومیت، شوک، ضربه یا تروما، عوامل روانی از جمله غم، شادی، هیجان شدید، اضطراب یا خستگی زیاد پیش آید.

معمولًا در این نوع اسقاط جنین‌ها اگر در ماه‌های اول آبستنی اتفاق بیفتند تخم کامل و در یک دفعه ساقط می‌شود و خونریزی آن نیز کم و در یک نوبت انجام می‌شود، عفونت هم در این نوع سقط‌ها کامل است.^۱

سقط عبارت از انقطاع حمل می‌باشد که می‌تواند به گونه‌ها و نوع‌های دیگر هم باشد از جمله، سقط بالنفسه‌ای و سقط جبری. علل سقط‌های بالنفسه‌ای امراض مادر یا جنین مانند امراض انتانی (توکسوپلازموس، بروسلوز، توبرکلوز، سفلیس و)، امراض قلبی، امراض کلیوی، تسممات و می‌باشد.^۲ بعضًا سوء تشکلات و وضعیت غیر نورمال رحم، عدم کفایه هورمونی و اختلاف Rh نیز سبب سقط‌های بالنفسه‌ای می‌گردد. سقط‌های جبری به دو گروه تقسیم می‌گردند: سقط‌های داخل شفاخانه، سقط‌های خارج از شفاخانه. در جمهوری اسلامی افغانستان، سقط‌های جبری تنها در واقعاتی که اثبات طبی دارند مجاز می‌باشد.^{۳ و ۴}

^۱ - جعفر سلاحی، پژوهشکی قانونی برای دانشجویان حقوق، مأخذ ذکر شده پیشین، ص ۱۴۵

^۲ - کوزلوا، دوست، س، ا، عقاب، محمد راشد، طب عدلی، چاپ گستن طب کابل، سال ۱۳۶۲، صص ۴۱۲-۴۳۰.

^۳ - Dikshit P C, Textbook of Forensic Medicine and Toxicology, Curriculum based, Published by PEEPEE (P) LTD, first edition, 2007, pp 334,350,370,378.

^۴ - Parikh C.K DR, Textbook of Medical Jurisprudence Forensic Medicine and Toxicology, for classroom and courtroom, English edition, New Delhi, 2006, pp 5.1;5.52;5.535.54.

- پروانی، عبدالظهور، طب عدلی، چاپ گستن نشرات انسٹیتوت دولتی طب ابوعلی ابن سینای کابل، سال ۱۳۶۵، صص ۲۴۶-۲۵۰.

بحث دوم : رکن معنوی جرم سقط جنین:

قانون‌گذار در مورد سقط جنین در قانون قبلی جزا مصوب سال ۱۳۵۵ اشاره و تذکر داده شده و همچنان بر آن در کود جزای افغانستان مصوب ۲۵ ثور سال ۱۳۹۶ ه.ش به سقط جنین عمدی، شبه عمدی و خطای محض اشاره نموده بود ولی با دقت و توجه به اینکه مفتن هر نوع قتل، ضرب و جرح و قطع عضو را تحت عنوان «جنایت» به کار برده و استعمال شده و سقط جنین نیز به نحوی شامل جنایت بر نفس و یا عضو اطلاق می‌شود. مفتن در فصل پنجم اسقاط جنین و مجازات آن، اسقاط جنین در اثر ضرب^۱ تأکید می‌نماید: «شخصی که عمداً جنین زن حامله را از طریق ضرب یا هر نوع اذیت دیگر اسقاط نماید به حبس طویل تا هفت سال، محکوم می‌گردد.» اسقاط جنین در اثر دادن ادویه یا توسط افراد^۲ بیان می‌دارد که: «شخصی که عمداً به وسیله دادن ادویه یا استعمال سایر وسایل موجب اسقاط جنین شود، گرچه اسقاط جنین به رضایت زن صورت گرفته باشد، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد.» و همچنان^۳ بیان می‌دارد که: «هرگاه زن حامله با وجود علم به نتیجه عمل عمداً به خوردن ادویه یا استعمال دیگر وسایل راضی شود یا خود عمداً به این عمل مبادرت یا به شخص دیگری اجازه استعمال وسایل متذکره را بدهد و به اثر آن اسقاط جنین واقع گردد، به حبس قصیر یا جزای نقدی که از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» در سقط جنین عمدی، مرتكب باید و حتماً سوء نیت داشته باشد. در این جرم علاوه بر سوء نیت عام، باید سوء نیت خاص نیز احراز شود. منظور و هدف از سوء

^۱- دکتر گودرزی (فرامرز)، پژوهشی قانونی، مؤخذ ذکر شده، ص ۵۹۴.

^۲- (ماده ۵۷۰ کود جزای افغانستان).

^۳- (بند ۱ ماده ۵۷۱ کود جزای افغانستان).

^۴- (ماده ۵۷۲ کود جزای افغانستان).

نیت عام، علم مرتکب است به حامله بودن زن و منظور از سوء نیت خاص، قطع رشته تکاملی جنین است.

سوء نیت عام، مقدم بر سوء نیت خاص است و خواستن نتیجه آن بدون عمل ممکن نیست و نخواهد بود. به همین دلیل در سقط جنین عمدی علاوه بر سوء نیت خاص، علم بر حاملگی زن نیز لزومی است. بنابراین اگر شخصی فقط به قصد آزار مبادرت به ایراد ضرب به زن حامله کند، هر چند قصد سقط جنین را هم نداشته باشد ولی در عمل، ضربات واردہ منجر به سقط جنین شود، سقط جنین عمدی نیست و مرتکب از این حیث قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود.

سقط جنین شبه عمدی زمانی است که شخصی قصد عملی را که نوعاً موجب سقط جنین نمی‌شود، نسبت به مجذی‌علیه داشته باشد ولی قصد حصول نتیجه را که باعث سقط جنین شود، را نداشته باشد به مثل آنکه عمدتاً به زن حامله، صدمه‌ای وارد آورد، بدون اینکه قصد سقط جنین او را داشته باشد و اتفاقاً در اثر صدمات واردہ جنین سقط شود. اما اگر در حالتی که مرتکب نه قصد وقوع فعل نسبت به مجذی‌علیه را داشته باشد و نه هم خواستار ورود جنایت بر او باشد، اما فعل او موجب سقط جنین گردد، در این حالت بیان می‌شود که مرتکب سقط جنین شده است.

حالاً و در صورتی که سقط جنین ناشی از رانندگی وسایط نقلیه و یا هم وسایل موتوری حادث شود در این حالت، سقط جنین غیر عمدی و ناشی از حوادث رانندگی خواهد بود.

گفتار اول - رکن مادی سقط جنین

همان‌گونه که قبلاً بیان شد، سقط جنین عبارت از اخراج جنین از رحم قبل از موعد طبیعی زایمان است. از این تعریف می‌توان عناصر تشکیل‌دهنده رکن مادی سقط جنین را به نحو زیر مورد بررسی قرار داد.

۱- حامله بودن زن

زمانی و در صورتی سقط جنین عملی و محقق می‌شود که زن حامله باشد. منظور از حاملگی آن است که تخمک زن با نطفه مرد آمیخته شده و در جدار مخاط رحم مستقر گشته و تشکیل جفت و جنین را بدهند که عالما همراه با بروز علایم خاصی است که در زن به وجود می‌آید.^۱

تفاوتش در این حالت نمی‌کند که جنین از راه طبیعی و مشروع تشکیل شده یا در اثر تلقیح مصنوعی و یا هم به صورت وطی به حرام و یا وطی به شبهه و یا وطی به زنا چرا که این قبیل موارد نیز شامل عمومات حرمت و احترام به جنین بوده و دلیل خاصی که بتوان موجب جواز سقط در این حالات دانست، وجود ندارد.

به همین ترتیب و در صورتی که زن حامله نباشد و یا حاملگی ظاهری باشد، همچنین اگر شخصی به تصور اینکه زنی حامله است، مبادرت به اقداماتی کند، در حالی که آن زن حامله نیست، طبق مقررات قانونی قابل مؤاخذه و مجازات نخواهد بود.^۲

حال و در این قسمت امکان دارد که این سؤال مهم مطرح شود که اگر جنین قبل از سقط در شکم زن مرده باشد و طبیب اقدام به اخراج جنین مرده کند، آیا مشمول مقررات سقط جنین قرار خواهد گرفت؟ بدیهی است که احترام جنین و مجازاتی که برای سقط جنین در نظر گرفته شده، به این جهت می‌باشد که جنین، موجود زنده‌ای است و توسط شخصی سقط می‌شود والا خروج جنین مرده نه تنها جرم نیست بلکه اگر از رحم مادر خارج نشود و در اثر آن مادر فوت شود، اشخاصی که در سلب سلامت مادر مؤثر می‌باشند، مسئول مرگ او خواهند بود. مگر در حالت اینکه جنین به نحوی از انحصار قبل از مرگ در رحم زن از بین رفته باشد، در این صورت شخصی که باعث مرگ جنین شده، برابر ضوابط قانونی قابل تعقیب و مجازات خواهد بود.

^۱- دکتر گودرزی (فرامرز)، پژوهشی قانونی، مأخذ ذکر شده، ص ۵۹۱.

^۲- دکتر پاد (ابراهیم)، حقوق کیفری اختصاصی، جلد اول، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۵۲، ص ۶۶.

۲- زمان اسقاط جنین

شرط مهم و لزومی دیگر تحقق جرم سقط جنین، مربوط به زمان اخراج جنین می‌باشد. با توجه به ضوابط عرفی، دوران حاملگی اصولاً به دو دوره تقسیم می‌شود:

۱- دوره جنینی

دوره جنینی از تاریخ انعقاد نطفه شروع و تا زمان حلول و نفخ روح در آن ادامه می‌یابد. در قرآن مجید، مراحلی را که جنین می‌پیماید تا روح انسانیت در او حلول نماید. در آیات متعدد سوره مبارکه مؤمنون بیان گردیده است: «ولقد خلقنا الانسان من سلاله من طين»، «ثم جعلناه نطفه في قرار مكين»، «ثم خلقنا النطفه علقة فخلقنا العلقه المضغه فخلقنا المضغه عظاما فكسونا العظام لحاما ثم اشناناه خلقنا آخر فتبارك الله احسن الحالين».

«يعنى همانا آدمى را از گل خالص آفریديم. پس آنگاه او را نطفه گردانيد و در جای استوار که صلب پدر يا رحم مادر باشد. جاي داديم. آنگاه نطفه را به صورت علقة، پس از آن علقة را به صورت مضغه در آورديم. سپس مضغه را به استخوانها مبدل ساختيم. آنگاه بر استخوان گوشت پوشانيديم و پس از اين مراحل، انسان را به صورت مخلوقی دیگر پرورديم. خداوند يكتا که بهترین آفریننده است، مبارک و والا است».^۱.

براساس آیات قرآن مجید، اسامی مراحل زیر را به ترتیب احصاء نموده است:

اول) ورود و استقرار نطفه است که سن جنین تا حدود دو هفته است؛^۲

دوم) علقة که در آن، جنین به صورت خون بسته است. در این دوره، جنین منقلب به خون جامد و غلیظ می‌شود. سن جنین در این دوره تا حدود چهار هفته می‌رسد؛

^۱- آیات ۱۴، ۱۳، ۱۲ و ۱۵ سوره مبارکه مؤمنون.

^۲- دکتر گودرزی، (فرامرز)، مأخذ ذکر شده، ص ۵۹۵.

۲ - حیات زیستی

علمای عظام در هیچ یک از مراحل رشد جنین بیان شده در آیات فوق سقط را جایز ندانسته‌اند مگر در مقام اضطرار و حصول شرایط خواص آن هم قبل از دمیدن روح در جنین.

حیات زیستی عبارت از علایم و لوح روح در جنین است، مانند حرکت کردن و شنیدن صدای قلب جنین که به وضوح در نیمه دوم حاملگی یعنی از چهار ماه و نیم بعد از شروع حاملگی آغاز و تا زمان وضع حمل ادامه دارد. بیشتر علایم مربوط به حاملگی در این دوره ظاهر می‌شود و اصولاً در حدود ده ماهگی است. در این زمان،

^۱- دکتر پاد، (ابراهیم)، حقوق کیفری اختصاصی، مأخذ ذکر شده، ص ۶۷.

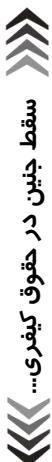
سوم) مضغه که در آن جنین به صورت توده گوشتی در می‌آید و تا حدود هشت هفته از عمر جنین می‌گذرد. مضغه مشتق از مضغ یعنی جویدن طعام است و مراد از آن، قطعه‌ای از گوشت سرخ است که رگ‌های مجوف آبی رنگ در آن وجود دارد. وجه تناسب آن با معنای لغوی این است که جنین در این مرحله به اندازه یک لقمه گوشت می‌باشد.^۱

چهارم) عظام که در آن، جنین به صورت استخوان در آمده لکن هنوز گوشت روئیده نشده است. عمر جنین در این مرحله تا حدود دوازده هفته از سن اوست؛ پنجم) لحم و آن، جنینی است که گوشت و استخوان‌بندی آن تمام شده ولی روح در آن دمیده نشده و تا حدود شانزده هفته از سن او می‌گذرد؛ ششم) جنینی که در آن روح دمیده شده است. از این دوره به بعد که حدوداً چهار ماه و نیم بعد از انعقاد نطفه در رحم زن می‌گذرد، صدای قلب بچه شنیده می‌شود و حرکت و تکان‌های او محسوس‌تر می‌گردد.

طفل زنده به دنیا می‌آید و قابل زیستن است یعنی حمل به حدی از رشد و تکامل می‌رسد که می‌تواند در شرایط مساعد با محیط خارج بسازد و حرارت بدن خود را حفظ کند.

ولی اگر طفل قبل از هفت ماهگی به دنیا بیاید، هر چند زنده نیز باشد، اصولاً و معمولاً قابل زیستن نیست. امروزه با وسائل علمی و دستگاه‌های مخصوص طفلی را که بین هفت ماه و ده ماهگی به دنیا می‌آید. زنده نگه می‌دارند و به دوران تکامل می‌رسانند.

علل



۱۴۱

۳ - فعل مرتکب

برای تحقق جرم سقط جنین، لازم و حتمی است که عمل مجرمانه توسط شخص یا اشخاصی به نحو مباشرت و یا معاونت صورت گیرد. این قبیل اعمال به صورت فعل مثبت مادی خارجی است و ترک فعل نمی‌تواند موضوع جرم سقط جنین قرار گیرد. فعل مرتکب ممکن است به صورت‌های زیر انجام گیرد:

(حالت اول) گاهی عمل سقط جنین ممکن است توسط افراد ثالث و غیر متخصص صورت گیرد^۱ «شخصی که عمداً به وسیله دادن ادویه یا استعمال سایر وسائل موجب اسقاط جنین شود، گرچه اسقاط جنین به رضایت زن صورت گرفته باشد، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد. و اگر چه اسقاط جنین به رضای زن حامله صورت گرفته باشد و اگر عالماً و عامداً زن حامله‌ای را دلالت به استعمال ادویه یا وسائل دیگری نماید که جنین وی سقط گردد به جزای نقدی که از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد. طبق فقره ۴ ماده ۵۷۱ مگر اینکه ثابت شود این اقدام برای حفظ حیات مادر می‌باشد، مرتکب مجازات نمی‌شود، اگر اقدام شخص مثلًا دواساز مندرج فقره فوق

^۱- همچنان که در ماده ۵۷۱ بند ۱ کود جزای افغانستان آمده است.

به منظور نجات دادن حیات مادر از طریق تداوی صورت گرفته باشد مرتكب مجازات نمی‌گردد.

در این قسمت و در اینجا شخص ثالث، نوعی معاونت در جرم است چرا که از طرفی موجب وقوع جرم شده و از طرف دیگر با هدایت و راهنمایی خود، زن را دلالت به استعمال ادویه یا وسایل دیگری نموده است. البته قانون‌گذار، عمل شخص ثالث را به عنوان جرم خاص تلقی و برای مرتكب، مجازات خاصی از قبیل حبس و یا هم جزای نقدی معین را مقرر نموده است.

حالت دوم: گاهی ممکن است که عمل سقط جنین توسط افراد متخصص نظری طبیب، جراح، دواساز، قابل وغیره صورت گیرد. در اینجا اگر شخص متخصص با علم و عمد اقدام به سقط جنین نماید، عمل او بالمبادره و اگر فقط وسایل سقط جنین را فراهم سازد، بدون اینکه مستقیماً در اسقاط جنین دخالتی کرده باشد، عمل او با تسیب است: «هر گاه اسقاط کننده، طبیب، جراح، دواساز یا قابله باشد به حبس متوسط بیش از دو سال، محکوم می‌گردد.^۱

حالت سوم: گاهی عمل ممکن است توسط اشخاص غیر متخصص توأم با قهر، خشونت و آزار بر روی زن حامله صورت گیرد و موجب اسقاط جنین شوند. در این حالت، مجازات که با علم و عمد صورت گرفته باعث اعمال مجازات شدیدتری خواهد بود: «شخصی که عمداً جنین زن حامله را از طریق ضرب یا هر نوع اذیت دیگر اسقاط نماید، به حبس طویل تا هفت سال، محکوم می‌گردد».^۲

در این، ماده ذکر چند نکته مهم و ضروری است:

اولاً: در خصوص اسقاط جنین پس از دمیده شدن روح و مرگ در رحم، برخی با عنایت به نظر مشهور فقهای امامیه، جنین را در حکم انسان متولد شده دانسته و همان

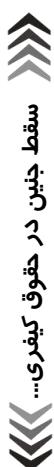
^۱- ماده ۵۷۱، بند ۲ - کود جزای افغانستان.

^۲- ماده ۵۷۰ - کود جزای افغانستان).

احکام را در مورد قتل یا نقض عضو و جرح آن، لازم‌الاجرا می‌دانند. در حالی که اکثر حقوق‌دانها معتقد هستند که سقط جنین حتی در صورت عمدی بودن نمی‌تواند هیچ‌گاه قصاص باشد زیرا عرف عام مردم و عرف خاص پزشکان نیز هیچ‌گاه سقط جنین را در هیچ مرحله از رشد آن هم پایه قتل یک انسان زنده کامل نمی‌دانند.^۱

(ثانیا): منظور و هدف از «اذیت» در این ماده هر نوع آزار بدنی نامشروع است. بنابراین اگر در اثر هم بستری زوج با زوجه و اعمال روابط زناشویی متعارف جنین سقط شود، از شمول این ماده خارج می‌باشد.^۲

علل



حالت چهارم) زمانی است که خود زن با لمباشره اقدام به سقط جنین می‌نماید و آن موقعی است که زن عالماً عامداً و بدون اجازه پزشک متخصص به خوردن ادویه یا مأکولات یا مشروبات یا استعمال و سایل مذکور اقدام نماید. در این وضعیت چون خود زن با سوء نیت اقدام به اسقاط جنین نموده است، اگر جنین در مرحله حیات جنینی باشد، چنانچه قبل از دمیده شدن روح در جنین باشد، وفق مقررات ماده ۵۷۱، فقره ۱- شخصی که عمداً به وسیله دادن ادویه یا استعمال سایر وسایل موجب اسقاط جنین شود، گرچه اسقاط جنین به رضایت زن صورت گرفته باشد، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد. ضمناً چون زن عمداً مرتکب جنایت شده علاوه به حبس قصیر یا جزای نقدی که از دوازده هزار افغانی تجاوز نکند محکوم می‌گردد.

۴)- رابطه علیت

نهایتاً زمانی سقط جنین محرز و قابل مجازات است که بین عمل مرتکب و فعل مجرمانه، رابطه علیت وجود داشته باشد چرا که در برخی موارد ممکن است ایراد

^۱- دکتر میر محمد صادقی(حسین)، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، جلد اول، جاپ هشتم، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۵، ص ۶۳.

^۲- دکتر پاد (ابراهیم)، حقوق کیفری اختصاصی، مأخذ ذکر شده، ص ۶۹.

ضرب واردہ منجر به خونریزی و سقط گردد ولی گاهی ممکن است که ضربه‌ای شدید نیز موجب پارگی رحم و سقط جنین نگردد.

روشن است که اثبات رابطه علیت مستلزم جلب نظر کارشناس فنی می‌باشد و باید در مورد رابطه سقط جنین با وسائلی به کار گرفته شده و یا حوادث دیگر دقت کافی و لازمی به عمل آید. گاهی اثر ضربه‌های روانی به صورت عوارض ناشی از اضطراب و هیجان بر روی زن حامله، می‌تواند موجب سقط جنین شود. اگر پزشک قانونی و طب عدلی به دقت مسئله را مورد بررسی و امعان نظر قرار دهد، در صورت اثبات قضیه، می‌توان رابطه سببیت بین ضربه روحی و روانی و سقط جنین برقرار کرد.

حال اگر جنین در اثر بیماری یا ضعف و ناتوانی مادر و یا کلاشکالاتی که در رحم زن وجود دارد و یا در اثر قوای قهریه غیراختیاری نظیر رعد و برق، غرش صدای طیاره، بمب، توب و عوامل مشابه دیگر، سقط شود، در این موارد چون رابطه علیت بین عمل مرتکب و نتیجه حاصله از جرم وجود ندارد، نمی‌توان عمل را به کسی متسب نمود تا او را مسئول آثار اعمال خود بشناسیم.

گفتار دوم) سقط‌های ناشی از ترومما (ضربه)

همان‌طور که بر همگان هویدا است که ترومماها، ضربه و خستگی زیاد زن و عوامل مختلف دیگر ممکن است باعث سقط جنین شود و در مواردی که زنی شکایت کرده و عامل ضربه یا ترومایی را مسقط جنین خود معرفی و اعلام بدارد با توجه به مجازاتی که قانون برای این قبیل افراد تعیین کرده (۵ تا ۷ سال زندان)، کارشناسی درباره سقط جنین و تأثیر ضربه در به وجود آوردن آن باید با دقت کامل و از روی موازین علمی انجام گیرد.

به عقیده و باور اغلب دانشمندان ترومماهایی که به یک زن حامله وارد می‌شود از دو حال خارج نیستند. یا زن کاملاً سالم و عاری از هرگونه عیب و نقص است و یا بر عکس زن حامله دارای بیماری‌هایی است که معمولاً سبب تسهیل سقط جنین هستند.

در صورت نخست که مربوط به زن سالم است تروما وقتی باعث سقط می‌شود که ضربه به ناحیه تناسلی وارد آمده و سبب خونریزی و عفونت شدید باشد، در غیر آن یعنی وقتی که تروما به یک منطقه دور از ناحیه رحم برخورد کند و رحم و تخم سالم بماند امکان اسقاط جنین فوق العاده کم است.

بر عکس در مواردی که تروما به زنی که دارای ناراحتی و بیماری است برخورد نماید، به هر کجای بدن او که وارد شده باشد و دارای هر شدتی که باشد می‌تواند باعث سقط جنین گردد و لزومی ندارد که حتماً به ناحیه رحم برخورد کند و یا تروما

شدید باشد و به هر حال در مواردی که تروما سبب سقط جنین می‌شود معمولاً سقط در ظرف ساعت‌ها یا روزهای آینده اتفاق می‌افتد و اگر سقط جنین طرف چند روز بعد اتفاق بیفتند برای اینکه ثابت شود ناشی از آن تروما است باید در فاصله برخورد تروما تا سقط جنین علائم غیرعادی از قبیل خونریزی یا ترشحات خون‌آلوده یا انقباضات رحمی (درد) و تغییرات گردن رحم و وجود داشته باشد.

علاوه بر این‌ها ضرورت دارد که ثابت شود تروما باعث سقوط و تلف شدن جنین زنده شده و جنین مثلاً در داخل رحم مادر نمرده و این حالت از معاینه جنین به وسیله طب عدلی روشن می‌شود (جنین که مرده و در شکم مادر مانده باشد دارای علایمی است که قابل شناسایی است) و اگر علل قبل باعث مرگ جنین شده باشد معمولاً آثار آن به شکل خونریزی‌های قدیمی روی جفت نمایان خواهد شد.^۱

مشاهده به موقع و دقیق محل واقعه امکان اثبات طریقه سقط را (کاتپیر، بالون رابری، بوتل‌های حاوی مایعات، پوش و بوتل‌های ادویه و آثار خون در رختخواب، دستمال، لگن، سطل، دستشویی و). مهیا می‌سازد. باید به خاطر داشت، که

^۱ - جعفر سلاحی، پژوهشی قانونی برای دانشجویان حقوق، چاپ دوم، انتشارات جاودانه، جنگل، تهران، ۱۳۹۱، صص ۱۴۷ و ۱۴۸.

سقوط می‌تواند در یک محل صورت گرفته باشد، وضعیت مریض در جای دیگر خراب و یا هم وخیم گردد و مرگ در محل و جای سومی حصول شود، که از این سبب تمام این مکان‌ها باید تحت معاينه کامل و دقیق قرار گیرد.

حين معاينه اجساد خانم‌هایی که مشکوک به سقط جنایی می‌باشند، اولاً باید علایم حمل در وجود زن جستجو گردد. در معاينات خارجی افزایش از مهبل و تخریشات و ایکیموزها در نواحی تناسلی دیده می‌شود.

در اتوپسی و معاينات داخلی اجساد خانم‌های جوانی که به طور آنی از اثر سقط فوت کرده باشند می‌توان علایم سقط جنایی را مشاهده کرد که عبارت‌اند از:

صدمات جدار مهبل، عنق و جدار رحم (سوختگی، تخریشات، تمزقات، علایم دندانه‌های پنس و، اجسام اجنبي که توسط پلاستیک جدا شده، عدم موجودیت جنین و یا بعضی قسمت‌های آن و باز بودن کانال عنق رحم اهمیت به سزا و مهمی در تشخیص دارد. خصوصاً تغییر وضعیت مخاطی عنق رحم و یا عدم موجودیت آن، حين معاينات رحم باید جسم اصفر حقیقی را دقیقاً معاينه و تشریح کرد. جسم اصفر در ماه سوم حمل بزرگترین اندازه (قطر دو سانتی متر) خود را می‌داشته باشد.

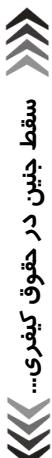
معاينات طب عدلی خانم‌هایی که مشکوک به سقط جنایی می‌باشند، همیشه به صورت کمیسیونی با اشتراک متخصصان نسایی - ولادی و ترماتولوژی صورت می‌گیرد. برای تشخیص و معاينه طب عدلی سقط‌های جنایی در واقعات حیاتی و فوتی، معاينات هستولوژیک افزایات مهبلی و مواد کیوریت شده رحمی اجرا می‌گردد. توسط این روش می‌توان حجرات کوریون و اغشیه جنینی را ثبت کرد علاوه بر این موارد به اساس ارتضاح لوکوسیت‌ها در انساج می‌توان راجع به زمان سقط قضاؤت دقیق کرد.

مبحث سوم) مجازات جرم سقط جنین

گفتار اول) مجازات سقط جنین از دیدگاه فقهای اسلام

فقهای کرام به این حکم اتفاق نظر دارند که در جنایت علیه جنین غرہ(تاوان) لازم می شود، حدیثی که ابوهریره (رض) از رسول الله (ص) روایت گردیده است: «ان امأتین من هذیل رمت احدهما الاخری، فطرحت جنینها، فقضی فیه رسول الله (ص) بغرة عبدالواه ولیده»^۱، ترجمه: «دو زنی از قبیله هذیل با هم منازعه و جنگ نمودند یکی آن دیگری را با سنگ زده که باعث سقط جنین آن زن گردید پیامبر اسلام در این مورد فیصله نمود که بالای شخص قاتل دیت جنین غرہ(تاوان) لازم است.

علق



اتفاق فقهای مذاهب به مقدار غرہ وجود دارد که نصف عشر دیت کامل است لیکن اختلاف فقهای کرام در وجوب کفاره است که عبارت از جزاء مقدر حق الله همراه غرہ لازم می شود. (کفاره عبارت از آزاد کردن برده مسلمان است و هرگاه نباشد روزه دو ماه بی دربی است.^۲

اختلاف فقهای کرام در مورد کفاره قرار ذیل است

قول اول: دیدگاه احناف و مالکی ها این است که کفاره مندوب است نه واجب زیرا که نبی کریم (ص) قضا به غرہ نموده است نه به کفاره.

۱۴۷

قول دوم: دیدگاه شوافع و حنبله است مبنی بر وجوب کفاره همراه غرہ زیرا که کفاره واجب می شود از برای حق الله نه حق آدمی و عدم ذکر کفاره از جانب پیامبر(ص) در حدیث قضا به غرہ منع نمی کند و جوب کفاره. مقارنه دو دیدگاه فوق فقهای کرام بر این است که چون موضوع کفاره رفع معاصی است و همچنان یک

^۱- نیل الاوطار للشوکانی، جلد هفت، ص ۶۹.

^۲- الموسوعة الفقهية، حرف (أ) وزارت الاوقاف، الكويت.

موضوع تعبدی می‌باشد نه قضایی. زمانیکه موضوع کفاره حق قضایی نباشد و یک حق دیانیدر بخش حق الله باشد در موضوعات قضایی بحث نمی‌گردد و بحث ما در مورد مجازات قضایی می‌باشد. در سیستم حقوقی افغانستان قاضی نمی‌تواند مجرم را بر علاوه غره به کفاره نیز مکلف گرداند. بناء دیدگاه فقه حنفی فوقاً اشاره شد که کفاره را بر علاوه غره لازم نمی‌داند بلکه یک عمل مندوب است که مرتكب سقط جنین در کفاره مخیر است.

گفتار دوم) احکام دیت جنین در حالات مختلف مطابق فقه حنفی

- ۱- کسی که زنی را زد و جنین آن سقط شد در حالی که مرده بود بالای عاقله آن توان ای غره است پنجاه دینار یا پنجصد درهم و یا پنج شتر است. ۲- اگر زن جنین را زنده سقط کرد بعداً وفات کرد در این حالت دیت کامل بالای عاقله و بالای آن شخص کفاره لازم می‌گردد. ۳- اگر زن جنین را مرده سقط نماید و بعداً خودش هم وفات نماید در این صورت دیت زن و غره توان جنین لازم می‌گردد. ۴- اگر زن خودش وفات نماید باز جنین را سقط نماید در این صورت صرف دیت زن لازم می‌گردد نه توان جنین. ۵- اگر زن خودش وفات نماید و جنین زنده سقط شود بعداً وفات شود در این صورت دو دیت لازم می‌گردد. ۶- اگر زن دو جنین مرده را سقط نماید در این صورت دو غره یعنی صد دینار لازم می‌گردد. ۷- اگر زنیک جنین را مرده و دیگر جنین را زنده سقط نماید بعداً باز وفات نماید در این صورت در جنین مرده توان و در جنین زنده دیت کامل لازم می‌گردد و توان (غره) جنین در مدت یک سال پرداخته می‌شود. ۸- اگر از جنین بعضی اعضای بدن اش تشکیل گردیده باشد و تمام نشده باشد در آن

صورت غرہ یا تاوان لازم می‌گردد و دیت جنین کنیز عشر قیمت‌اش است. در صورتیکه بچه زنده سقط شود. در حالی که جنین دختر باشد عشر قیمت‌اش لازم می‌گردد.^۱

گفتار سوم) عوارض سقط جنین

فهرستی از عوارض مهم فیزیکی مرتبط با سقط جنین

۱- مرگ: مرگ از جمله دلایلی که به مرگ‌های مرتبط با سقط جنین منجر می‌شود عبارت است از: خونریزی، عفونت، آمبولی، بیهوشی و حاملگی‌های نابجای تشخیص داده نشده. سقط قانونی پنجمین عامل منجر به مرگ مادران در ایالات متحده امریکا است. اگر چه مشخص است که اکثر مرگ‌های مرتبط با سقط جنین به طور رسمی گزارش نمی‌شوند.

۲- سرطان پستان: با سقط جنین خطر سرطان پستان تقریباً دو برابر می‌شود. پس از یک بار سقط و احتمال آن با دو یا بیشتر انجام سقط افزایش می‌یابد.

۳- سرطان دهانه رحم، تخدمان و کبد: زنانی که یک بار سقط انجام داده‌اند در مقایسه با زنانی که سقط انجام نداده‌اند در معرض $\frac{2}{3}$ خطر نسبی سرطان دهانه رحم قرار دارند و زنانی که دو بار یا بیشتر سقط انجام داده‌اند با خطر نسبی معادل $\frac{4}{9}2$ روبه رویند. خطرات افزایش یافته مشابه درباره سرطان تخدمان و کبد نیز با سقط‌های منفرد یا متعدد گزارش شده است. افزایش احتمال سرطان‌های زنان در دنباله‌ی سقط به طور واضح است با تخریب غیر طبیعی تغییرات هورمونی که بارداری را خاتمه می‌بخشد همچنین تخریب درمان نشده دهانه رحم مرتبط است.

^۱- الاختیار لتعلیل المختار، ص ۴۴، جلد پنج- الفقه الاسلامی و ادلته، جلد شش، ص ۳۶۲، باب الجنایة على الجنين او الاجهاض- کتاب مسائل فقهی معاصر طبی از دیدگاه فقه اسلامی برای داکتران و بیماران، جلد دوم، ص ۳۴.

۴- سوراخ شدن رحم: تا ۳ درصد زنانی که سقط جنین می‌کنند در معرض خطر سوراخ شدن رحم قرار دارند. بسیاری از این جراحات تشخیص داده نشده و درمان نشده باقی می‌مانند مگر اینکه معاینه لایراسکوپی توصیه و انجام شود چنین معایناتی به ویژه هنگامی که سقط در مرکز غیرحرفه‌ای انجام می‌شود سودمند خواهد بود. خطر سوراخ شدگی رحم برای زنانی که قبل از زایمان کرده‌اند یا هنگام سقط بیهوشی عمومی داشته‌اند افزایش می‌یابد. تخریب رحم ممکن است به عوارضی در بارداری‌های بعدی منجر شده و حتی به شکل مشکلاتی که محتاج هیسترکتومی‌اند ظاهر شود که خود بالطبع منجر به تعدادی از عوارض و صدمات دیگر همچون پوکی استخوان می‌شود.

۵- پارگی‌های دهانه رحم: پارگی‌های مشخص دهانه رحم که نیازمند بخیه زدن هستند در حداقل ۱٪ سقط‌های سه ماهه اول رخ می‌دهد. پارگی‌های کوچک‌تر یا جراحات میکرو که درمان نمی‌شوند نیز در دراز مدت به تخریب سیستم باروری منجر می‌شوند. تخریب پایدار دهانه رحم متعاقب سقط ممکن است به شل شدگی دهانه رحم، زایمان زودرس و عوارض زایمان منجر شود. خطر تخریب دهانه رحم برای نوجوانان، سقط‌های سه ماهه دوم و در مواردی که از لامیناریا برای اتساع دهانه رحم استفاده نمی‌شود، بیشتر می‌شود.

۶- جفت سرراهی: سقط جنین خطر جفت سر راهی در بارداری‌های بعدی را ۷ تا ۱۵ برابر بیشتر می‌کند (که خود تهدید کننده‌ی زندگی مادر و بارداری خواسته است).

۷- تشکیل غیر طبیعی جفت به علت تخریب رحمی، خطر بد شکلی‌های جنینی، مرگ قبل از زایمان و خونریزی بیش از حد طی زایمان را افزایش می‌دهد.

۸- نوزادان معلول در بارداری‌های بعدی: سقط جنین مرتبط است با تخریب رحمی و دهانه رحم همراه است که خطر زایمان زودرس، عوارض زایمان و تشکیل

غیر طبیعی جفت در بارداری‌های بعدی را افزایش دهد. این عوارض از جمله علل منجر به معلولیت در بین نوزادان است.

۹- حاملگی نابجا: سقط به طور ویژه احتمال حاملگی‌های نابجا را افزایش می‌دهد. حاملگی‌های نابجا، خود تهدید کننده زندگی بوده و ممکن است منجر به کاهش باروری گردد.

۱۰- بیماری التهابی لگن [۱] (PID) بالقوه بیماری تهدید کننده زندگی بوده و ممکن است به افزایش خطر حاملگی نابجا و کاهش باروری منجر گردد. درصد از زنانی که در زمان سقط عفونت کلامیدیا دارند طی ۴ هفته دچار PID می‌شوند مطالعات نشان داده است که ۲۷-۲۰٪ متقاضیان سقط جنین دارای عفونت کلامیدیا هستند. تقریباً ۵٪ بیمارانی که عفونت کلامیدیایی نداشته‌اند طی ۴ هفته پس از سقط سه ماهه اول دچار PID می‌شوند. به همین دلیل منطقی آن است که در صورت امکان زنان قبل از اقدام به سقط جنین برای غربالگری و درمان چنین عفونت‌هایی به پزشک مراجعه کنند.

۱۱- اندومتریوز: از خطرهای بعد از سقط برای همه زنان است. زنان نوجوان ۲/۵ برابر زنان ۲۰-۲۹ ساله مستعد دچار شده به اندومتریوز متعاقب سقط هستند.

۱۲- عوارض آنی: تقریباً ۱۰٪ از زنانی که سقط ارادی انجام می‌دهند از عوارض آنی رنج می‌برند که تقریباً ۱/۵ آن‌ها تهدید کننده زندگی است. ۹ مورد از شایع‌ترین عوارض بیهوشی توهمند، هموراژی، جراحت دهانه رحم و شوک اندوتوكسیک. شایع-ترین عوارض جزئی عبارتند از: عفونت، خونریزی و تب، سوختگی درجه ۲، درد مزمن شکمی، استفراغ و اختلالات معده روده‌ای و حساسیت RH.

۱۳- افزایش خطرات در زنانی که سقط‌های متعدد می‌کنند: در مجموع اکثر مطالعات نشانگر وجود خطر برای زنانی است که تنها یک بار سقط انجام می‌دهند. اما همین مطالعات نشان می‌دهند که زنانی که سقط‌های مکرر داشته‌اند در معرض خطر بزرگتری از تحمل اینگونه عوارض قرار می‌گیرند. این نکته به ویژه از آنجا قابل تأمل است که در بیشتر موارد، سقط‌ها مکرر می‌شوند.

۱۴- افزایش خطر برای نوجوانان: نوجوانان که حدود ۳۰٪ تمام سقط‌ها را تشکیل می‌دهند، نیز در معرض خطر بسیار بالایی از بسیاری از عوارض مرتبط با سقط می‌باشند که هم در مورد عوارض آنی و هم در مورد تخربی دراز مدت باروری صدق می‌کند.

۱۵- فقر بهداشت عمومی محققان: در تحقیقی بر روی ۱۴۲۸ زن، دریافتند که از دست رفتن بارداری به ویژه به علت سقط القابی به طور مشخص با سطح پایین‌تر بهداشت عمومی ارتباط دارد. سقط‌های مکرر هماهنگ است با وضعیت بهداشت موجود. تحقیق قبلی گزارش می‌داد که در سال اول متعاقب سقط، زنان به میزان ۱۰٪ بیشتر برای تمامی علل و ۱۸٪ بیشتر به دلایل روانی اجتماعی به دیدار پزشکانشان می‌روند. همچنین نشان داده‌اند که اگر شریک جنسی در جریان سقط حضور نیابد و حمایت نکند میزان سقط چهار برابر زمانی خواهد بود که شریک جنسی حاضر و حمایت‌گر باشد. اگر شریک جنسی حاضر نباشد میزان سقط ۶ برابر بیشتر می‌شود.

۱۶- خطر فزاینده مشارکت در عوامل خطر سلامتی: سقط به طور ویژه با تغییرات رفتاری مانند هرزگی، سیگار کشیدن، مواد مخدر و اختلالات تغذیه‌ای ارتباط دارد که همگی مسبب افزایش عامل‌های مخاطره برانگیز سلامت‌اند. هرزگی و سقط هر دو با میزان فزاینده PID و حاملگی‌های نابجا ارتباط دارند. آنچه ممکن است پنهان بماند ولی اهمیت ویژه دارد آن است که هرزگی به خودی خود واکنشی است در برابر صدمات پس از سقط و فقدان اعتماد به نفس.

نتیجه‌گیری

یکی از موضوعاتی که در اسلام و همه جوامع فوق العاده اهمیت و با ارزش است موضوع بحث در مورد حق حیات و زندگی برای تمام انسان‌ها می‌باشد و هیچ شخصی حق ندارد به هر دلیلی که داشته باشد این حق حیاتی و مهم را از شخص دیگری بگیرد و فردی را محروم از این حق نماید. در تمام ادیان و مذاهب مجازات سنگینی برای آن عده اشخاصی که این حق را از دیگری سلب نماید مقرر کرده است. یکی از پدیده‌های مهم و لازمی موجود در عصر و زمان ما موضوع و بررسی سقط جنین و گرفتن حق حیات از نوزادان است. این مسأله با ارزش کم و بیش در دوران گذشته هم وجود داشته، ولی در عصر و زمان ما نمود بیشتری یافته است.

علف

سقط جنین در حقوق پذیری

۱۵۳

از نظر فقه امامیه، سقط جنین برای حفظ سلامتی جسمی و روانی مادر، قبل از دمیده شدن روح، تنها به استناد قاعده‌ی نفی عسر و حرج و قاعده‌ی لاضر، در صورتی که بقای جنین مستلزم نقض عضو یا درد غیر قابل تحمل برای مادر باشد و زنده نگه داشتن جنین در خارج از رحم نیز میسر نباشد، امکان‌پذیر است و بعد از دمیده شدن روح، به دلیل اینکه این دو قاعده از قواعد در حق تمامی مکلفین است، نمی‌تواند به نفع مادر و ضرر جنین مورد استناد قرار گیرد. بنابراین سقط جنین برای حفظ سلامتی مادر، اصولاً مجاز نیست و به عنوان ثانوی، تنها در صورت حرج و ضرورت، آن هم تا قبل از دمیده شدن روح، جایز خواهد بود.

سقط جنین یا سقط حمل یکی از جرائمی است که جوامع پیوسته با آن درگیر بوده اند و راه یابی برای مقابله با آن از جمله مسائل و مشکلات جوامع بشری بوده و از دیرباز نیز مقررات خاصی برای جلوگیری از وقوع این پدیده و تعقیب و مجازات مرتكبان آن تدوین شده است. سقط جنین جنایی امری است که از نظر معیارهای اخلاقی، فقهی، پزشکی و قانونی پذیرفته شده نیست. زوجین باید با انتخاب روش

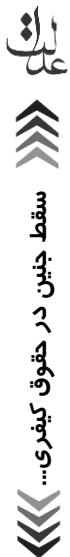
فهرست منابع و مأخذ

مناسب و دقیق با مشاوره و نظر داکتر متخصص راه جلوگیری از بچه‌دار شدن را انتخاب کنند، چرا که اگر بعد از انعقاد نطفه و شروع حاملگی مبادرت به سقط جنین نمایند، جرم محسوب شده و قابل مجازات است.

در کشور جمهوری اسلامی افغانستان این موضوع هیچگاه به صورت جدی و قاطع مورد بحث و بررسی قرار نگرفته، به همین جهت هم مشکلات آن تاکنون در بوته ابهام جدی باقی مانده است. بررسی‌های انجام شده نشان می‌دهد که در جامعه‌ی ما، سقط جنین غیر قانونی وجود دارد. قسمت اعظم آن هم به صورت پنهانی و به دست افراد غیر وارد و یا نیمه متخصص صورت می‌گیرد. با این وجود، رسماً و به طور قانونی، جز در مواردی بسیار محدود، مجوزی برای سقط جنین صادر نمی‌شود.

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- پاد، ابراهیم، حقوق کفری اختصاصی، جلد اول، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۵۲.
- ۳- پروانی، عبدالظهور، طب عدلی، چاپ گستنر نشرات انتستیوت دولتی طب ابوعلی سینای کابل، سال ۱۳۶۵.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، سال ۱۳۴۶.
- ۵- سلاحی، جعفر، پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق، چاپ دوم، انتشارات جاودانه، جنگل، تهران، ۱۳۹۱.
- ۶- سلیمی، مهدی، لیلا بهرامی کوتایی و وحید عبدی حسین آبادی، سقط جنین، کنفرانس ملی فقه، حقوق و روان‌شناسی، شیراز، مرکز توسعه آموزش‌های نوین ایران (متانا)، شیراز، ۱۳۹۵.
- ۷- عالمی، احسان الله، طب عدلی، مرکز ملی آموزش حقوقی، پوهنتون کابل، کابل، حمل سال ۱۳۹۱ م.ش.
- ۸- قبله‌ای، خلیل، بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، نشریه دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، سال اول، شماره دوم، تابستان سال ۱۳۷۵.
- ۹- کوزلوا، دوست، س، ا، عقاب، محمد راشد، طب عدلی، چاپ گستنر طب کابل، ۱۳۶۲.
- ۱۰- کود جزای افغانستان.
- ۱۱- گودرزی، فرامرز، پزشکی قانونی، چاپ دوم، انتشارات ایشتن، سال ۱۳۷۳.
- ۱۲- میر محمد صادقی، حسین، حقوق کفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، جلد اول، چاپ هشتم، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۵.

- ١٣- ابن رشد، بداية المجتهد، جلد دوم، بيروت لبنان.
- ١٤- نيل الاوطار للشوكانى، جلد هفت.
- ١٥- الموصلى، عبدالله، الاختيار لتحليل المختار، بيروت لبنان، جلد پنج.
- ١٦- الموسوعة الفقهية، حرف (أ)، وزارة الادرة، الكويت.
- ١٧- الزحيلي، لدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد هفتم، بيروت لبنان.
- ١٤- Dikshit P C, Textbook of Forensic Medicine and Toxicology, Curriculum based, Published by PEEPEE (P) LTD, first edition ٢٠٠٧ .
- ١٥- Parikh C.K DR, Textbook of Medical Jurisprudence Forensic Medicine and Toxicology, for classroom and courtroom, English edition, New Delhi, ٢٠٠٦ .



تأکید وزیر عدالیه بر دسترسی افغان‌ها به عدالت به منظور ایجاد صلح پایدار در کشور



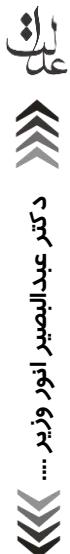
جلالتمامب دوکتور عبدالبصیر انور وزیر عدالیه کشور که در نشست سازمان
کشورهای متأثر از جنگ و دارای وضعیت شکننده و بحرانی (+G7) در شهر لاهه
هالند، اشتراک نموده بود، در باره دسترسی به عدالت و نقش آن در ایجاد صلح پایدار،
نقش نظام عدلی در تحکیم عدالت اجتماعی و همدیگر پذیری، اولویت دهی به
موضوعهای مربوط به عدالت در برنامه‌ها و بودجه انکشافی و تقویت حقوق زنان
سخنرانی کرد.

در این نشست که وزیران عدیه عضوی سازمان (G7) حضور داشتند، موضوعاتی چون چالش‌ها، اولویت‌ها و برنامه‌ها در ارتباط به دسترسی به عدالت و نیز چهارچوب انکشاف ملی و پلان‌های سکتور عدلی به بحث گرفته شد.

وزیر عدیه در این نشست گفت که برای افغانستان، استفاده از تجربه‌های دیگر کشورها جهت فراهم آوری خدمات عدلی، بسیار مهم و مفید است.

گفتنی است که این نشست زیر نام چهارچوب مباحثات در مورد اهداف انکشاف پایدار 16 (SDG+) (به میزانی سکرتیریت سازمان (G7) و همکاری وزارت خارجه کشور شاهی هالند و بخش همکاری‌ها در عرصه حاکمیت قانون پوھنون کارولینای جنوبی از تاریخ ۲۹ تا ۳۰ امسال برگزار گردیده بود.

منبع: آمریت مطبوعات



برگزاری نشست کمیته انسجام و هماهنگی حمایت حقوق بشر در ادارات دولتی



۱۳۹۸ سرطان ۱۲

نشست کمیته انسجام و هماهنگی حمایت حقوق بشر در ادارات دولتی به ریاست دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدليه ج.ا. و با شرک معینان و نماینده‌های ۱۶ ادارات عضوی اين کميته امروز در هتل کابل سرينا شهر کابل، برگزار گردید.

این نشست به منظور انسجام و هماهنگی هرچه بیشتر ادارات دولتی در تطبیق سفارشات کنوانسیون‌های بین المللی سازمان ملل متحد که افغانستان به آن الحاق نموده است، چگونگی ارایه گزارش ادارات عضو از تطبیق سفارشات به ریاست حمایت حقوق بشر وزارت عدیله و تصویب مسوده پلان عمل سفارشات کنوانسیون‌های سازمان ملل متحد که افغانستان به آن پیوسته است، برگزار گردید.

دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدیله در سخنان افتتاحیه شان، روی هماهنگی هرچه بیشتر بین ادارات دولتی تأکید نموده و از ادارات دولتی خواست تا در تأمین عدالت و تطبیق سفارشات کنوانسیون‌های سازمان ملل متحد تلاش همه جانبه نمایند.

وزیر عدیله در ادامه سخنان شان از نمایندگان ادارات خواست که روی مسوده پلان عمل سفارشات غور نموده و به تصویب برسانند. وی همچنان از ادارات دولتی خواست تا نمایندگان همیشگی و با صلاحیت شان را به این کمیته معرفی نموده و گزارش‌های تطبیق سفارشات را طبق قانون به اداره حمایت حقوق بشر وزارت عدیله ارایه نمایند تا این اداره، این گزارش‌ها را به وزارت امور خارجه جهت ارایه در سازمان ملل متحد، بفرستد.



در ادامه این نشست، دکتر زکیه عادلی معین امور اجتماعی وزارت عدیله، در مورد اجندای نشست معلومات داده و از نمایندگان ادارات خواست که با توجه به فعالیتها و شاخص‌های که در مسوده پلان عمل سفارشات آمده و نظر به ساحه کاری اداره

مربوطه شان، نظریات و پیشنهادات اصلاحی شان را مطرح نمایند تا در تکمیل مسوده از آن استفاده صورت گیرد.

در پایان، نایف ریاضت، رئیس حقوق بشر وزارت عدله، در مورد مقرره حمایت حقوق بشر در ادارات دولتی معلومات داده و مسوده پلان عمل سفارشات کنوانسیون‌های سازمان ملل متحد را به بحث گرفت. اشتراک کنندگان این نشست نظریات و پیشنهادات شان را به منظور هماهنگی بیشتر، چگونگی ارایه گزارشات و اصلاح مسوده این پلان عمل، ارایه نمودند.

منبع: آمریت مطبوعات

نشست شورای رهبری وزارت عدلیه ج ۱.۱، به ریاست وزیر عدلیه



۲۰ سرطان ۱۳۹۸

این نشست با اشتراک معینان و رییسان ریاست‌های مرکزی وزارت عدلیه امروز در دفتر وزیر عدلیه برگزار گردید.

در این نشست، در باره‌ی ایجاد دیتابیس احزاب سیاسی و نهادهای اجتماعی، ایجاد کمیته بازنگری قوانین و مقرره‌های احزاب، جمعیت‌ها و راهنمای معاملات، ضرورت تدوین پالیسی ملی نهادها و سازمان‌های اجتماعی و برخی موضوعات

مربوط به امور کاری وزارت عدلیه به منظور ایجاد هماهنگی و انسجام بهتر در پیشبرد این امور، بحث و گفتگو صورت گرفت.



گفتنی است که جلسه‌ی رهبری وزارت عدلیه در باره‌ی موضوعاتی که ضرورت گفتمان جمعی را دارد، به گونه‌ی نوبتی و مداوم برگزار می‌شود.

منبع: آمریت مطبوعات

دیدار و گفتگوی وزیر عدليه با رئيس عمومي سازمان بين المللی مهاجرت (iom)



۱۳۹۸ سرطان ۲۹

جلالتمامَّب دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدليه ج.ا. و رئيس کميسيون عالي مبارزه با
قاجاق انسان، با لورينس هارت، رئيس عمومي سازمان بين المللی مهاجرت (IOM) در
دفتر کارشن دیدار و گفتگو كرد.

در این دیدار، دو طرف در مورد مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و کمک های این سازمان با وزارت عدليه در امر مبارزه با اين پديده، بحث و گفتگو نمودند. در پيان، ريس سازمان بينالمللي مهاجرت (IOM) همكاری هاي بيشتر را با وزارت عدليه وعده نمود.

منبع: آمریت مطبوعات