

***The Basics of Physician Liability Case
(Ayatollah Mohseni's Perspective with Emphasis on Afghan
Jurisprudence and Laws)***

Mohammad Rahim Asghari

Abstract

The subject of this article is the basics of physician liability in the actions and practices of the physician, which have been examined in a comparative manner in the jurisprudence and laws of Afghanistan and in a descriptive-analytical manner, from the perspective of the venerable jurist, Grand Ayatollah Mohseni (RA), including the basics that he has accepted or rejected with reason; if medical procedures are carried out in good faith and in compliance with technical principles and with the consent of the patient or his legal representative, or in emergency situations and based on medical emergencies, they are worthy of appreciation and promotion. If a doctor does not perform his duties properly and due to negligence and negligence, his actions result in criminal consequences, he is liable for any criminal, civil, administrative, disciplinary, and moral liability; this is the case when, despite observing all technical points, the opposite of the intended effect is achieved and human or financial losses are imposed on the patient; on the one hand, the damage is attributable to the medical practice and according to some jurisprudential rules such as the principle of no harm, the principle of waste, the principle of non-invalidating blood, etc., the doctor is considered responsible; on the other hand, the doctor has carefully performed the scientific and technical principles that require acquittal; therefore, the responsibility or acquittal of the doctor is debatable; if we believe in acquittal; the bases of the doctor's non-liability must be explained according to Islamic jurisprudence and Afghan law; this article seeks to explain the scientific reasons for this theory, from the perspective of the eminent jurist, Grand Ayatollah Mohseni (Holy Serah Quds), with an emphasis on Afghan jurisprudence and laws.

Keywords: Fundamentals, responsibility, physician, medical procedures, law and jurisprudence.



مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب

(از منظر آیت الله محسنی با تأکید بر فقه و قوانین افغانستان)

محمدرحیم اصغری*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۶/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۱

چکیده

موضوع این نوشتار بررسی مبانی عدم مسئولیت طبیب در اقدامات و اعمال مباشرتی وی است که به صورت تطبیقی در فقه و قوانین افغانستان و با روش توصیفی - تحلیلی، از منظر فقهی متأله حضرت آیت الله العظمی محمد آصف محسنی (ره) بررسی شده است؛ اعم از مبانی ای که به طور مستدل پذیرفته و یا رد نموده است. در صورتی که اقدامات پزشکی با حسن نیت و رعایت اصول فنی و با رضایت مریض یا نماینده قانونی وی، و یا در حالات عاجل و بنا بر فوریت های پزشکی موفقانه صورت گیرد، شایسته تقدیر و ترفیع است؛ اما اگر طبیب وجایب خود را درست انجام ندهد و در اثر کوتاهی و غفلت، عمل وی نتیجه مجرمانه را به دنبال داشته باشد، دارای هرگونه مسئولیت کیفری، مدنی، اداری، انضباطی و اخلاقی می باشد. سخن درجایی است که با وجود رعایت تمامی نکات فنی، خلاف اثر مورد نظر حاصل شود و خسارات جانی یا مالی بر بیمار تحمیل شود. از یک سو، خسارت منتسب به عمل پزشکی است و مطابق برخی از قواعد فقهی مانند قاعده لاضرر، قاعده اتلاف، قاعده عدم بطلان خون مسلم و... طبیب مسئول شناخته می شود؛ از طرفی طبیب اصول علمی و فنی را با دقت انجام داده که مقتضی برائت است؛ بنابراین مسئولیت یا برائت طبیب جای بحث دارد. در صورتی که قائل به برائت باشیم، باید مبانی عدم مسئولیت طبیب مطابق فقه اسلامی و قانون افغانستان تبیین شود. این مقاله

* کدر علمی دیپارتمنت حقوق، دانشکده حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

rahimasghari328@gmail.com

درصد بیان دلایل علمی این نظریه، از منظر فقیه متأله حضرت آیت الله العظمی محسنی (قدس سره القدوسی) با تأکید بر فقه و قوانین افغانستان می باشد.

واژگان کلیدی: مبانی، مسئولیت، طبیب، اقدامات طبی، قانون و فقه.



مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب
(از منظر آیت الله محسنی با تأکید بر فقه و قوانین افغانستان)



مقصود از مبانی موارد عدم مسئولیت پزشک، اصول و قواعدی است که پزشک را از داشتن مسئولیت، در شرایط خاص مبرا می‌کند و دلایل برائت طبیب به شمار آمده و موجب می‌شود تا اقدامات قانونی پزشک در عداد اسباب اباحت قرار گیرد. ضرورت اقدامات پزشکی ایجاب نموده که از نظر شرعی از باب نجات نفس محترمه حسب مورد واجب عینی یا کفایی شمرده شود و از نظر قانونی امتناع موظف طبی از تداوی به موجب ماده ۸۸۸ کود جزا جرم محسوب شده است؛ از طرفی مطابق قواعد فقهی و قوانین افغانستان چنانچه رابطه سببیت بین ایراد خسارت مالی، جسمانی و یا نفسانی با نتیجه حاصله برقرار باشد، مقتضی مسئولیت است؛ ازسویی قواعدی مانند قاعده احسان، قاعده برائت، قاعده اضطرار و... اقتضا می‌کند عدم مسئولیت طبیب را؛ لذا در صورتی که در نتیجه عمل فنی پزشک موظف و مکلف، خلاف اثر مورد نظر حاصل شود، تنافی و تعارض بین مکلفیت و مسئولیت حاصل می‌شود و سؤال به وجود می‌آید که آیا پزشک در حالت یادشده مسئولیت دارد یا خیر؟ در صورتی که پاسخ منفی باشد، این پرسش اصلی مطرح می‌شود که مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب در خدمات جسمی یا نفسانی ناشی از اقدامات پزشکی چیست؟ و در سؤالات فرعی مسئله این پرسش‌ها مطرح می‌شود که آیا پزشک در همه احوال در قبال صدماتی که به مناسبت وظیفه‌اش عارض می‌شود، مسئولیت ندارد؟

مسئول ندانستن طبیب به نحو مطلق، موجب بی‌مبالاتی و مسئول دانستن آن به نحو عام، باعث اجتناب از طبابت می‌شود که در هر دو صورت، جان شهروندان در معرض خطر قرار می‌گیرد و این امر اهمیت بررسی این مسئله را ایجاب می‌نماید. هدف نهایی این مقاله ارائه تحلیل روشن و دقیق از مبانی موارد عدم مسئولیت پزشک براساس نظریات فقهی آیت الله محسنی و قوانین افغانستان است و اهداف متوسطه آن، بررسی دلایل، شرایط فقهی و قانونی، مقایسه اصول فقهی و قوانین مدنی افغانستان در زمینه موارد عدم مسئولیت طبیبان، پیشنهاد راهکارهایی برای هماهنگی بیشتر بین فقه اسلامی و قوانین مدنی افغانستان با تکیه بر دیدگاه‌های فقهی حضرت آیت الله محسنی (ره) پیرامون مسئله، ایجاد انگیزه کاری با رعایت اصول فنی برای جامعه طبیبان، آگاهی بخشی عامه مردم از حقوق خویش در این زمینه و اجتناب از طرح دعوای بی‌مورد پیرامون موضوع و کمک علمی به دانشجویان رشته حقوق



و طلاب علوم دینی با بهره‌گیری از نظریات حضرت آیت‌الله محسنی (قدس سره القدوسی) است. فرض بر این است که مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب در نظریات فقهی فقیه فقید، حضرت آیت‌الله العظمی محسنی (ره) مورد اشاره قرار گرفته است. فرضیه یادشده، در این نوشتار با تکیه بر منابع فقه اسلامی و قوانین افغانستان مستندسازی شده است. این مقاله با روش توصیفی تحلیلی، مبانی موارد عدم مسئولیت پزشک در اقدامات پزشکی را از منظر حضرت آیت‌الله محسنی (ره) و فقه و حقوق افغانستان به صورت تطبیقی بررسی می‌کند. تحت همین عنوان (مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب از منظر حضرت آیت‌الله محسنی) کتاب، پایان‌نامه، مقاله و... ندیدم؛ هرچند برای عناوین قریب به موضوع، مانند «بررسی مسئولیت پزشک با تکیه بر آرای فقهی آیت‌الله محسنی» (اسکندری، ۱۴۰۳: ۲۷)، قتل در خطاهای پزشکی، ضمان طبیب در فقه... (یوسفوند و احمدی، ۱۳۹۷: ۱۰۷ - ۱۱۴) و... مقالات و نوشتار زیادی وجود دارد، اما فکر می‌کنم که این مقاله با جزئی نمودن مسئله (مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب...) و با رویکرد تطبیقی، مقاله جدیدی به شمار می‌آید.

۲. مفاهیم بحث

مبانی: در لغت‌نامه دهخدا عبارت است از: «جاهای بنا؛ بناها، ساختمان‌ها و جمع مبانی: مبناهای، شالوده‌ها، مضامین» و در اصطلاح حقوقی، گفته شده: مبانی حقوق عبارت است از اصول و پایه‌هایی که قواعد حقوقی براساس آنها استوار شده و دلیل الزام‌آور قوانین و مقررات به شمار می‌آیند (کی نیا، ۱۳۸۵). «منظور از مبانی در فقه و حقوق بررسی محرک‌ها و نیروهایی است که در قانون وجود دارد و افراد را ملزم به رعایت و اطاعت می‌نماید» (میراحمدی‌زاده، ۱۳۸۰: ۱۰۷). بنابراین، مبانی عدم مسئولیت در اقدامات پزشکی عبارت است از دلایلی که در پاسخ از سؤال چرایی عدم مسئولیت پزشک بیان می‌شوند.

اقدامات طبی: منظور از اقدامات طبی در این پژوهش، آن دسته از اقداماتی است که طبیب به لحاظ شخصیت حقیقی یا حقوقی خویش در ارتباط با حرفه و وظیفه صنفی خود یعنی طبابت مرتکب می‌شود؛ خواه از نوع فعل باشد یا ترک فعل؛ اما آن دسته از اقداماتی را که طبیب خارج از وظیفه صنفی خود انجام می‌دهد، چنانچه منجر به جرم شود؛ اعم از اینکه به مناسبت انجام وظیفه و در محیط اداره (شفاخانه) انجام دهد؛ مانند ضرب و شتم مریض یا



همراه آن، یا رفتار مجرمانه طبیب در خارج از محیط کاری و وظیفه‌ای مثل درگیر شدن با همسایه‌ها، خروج موضوعی دارند.

مسئولیت: از ماده «سأل و سؤال» است و از نظر ادبی، مصدر صناعی است که با اضافه شدن یای مشدده و تایی مبسوطه در آخر هر اسمی ساخته می‌شود و از کلمه مسئول گرفته شده و مسئول کسی است که مورد سؤال قرار می‌گیرد. در علم حقوق معمولاً به صورت مقید استعمال می‌شود؛ مانند مسئولیت اداری، مسئولیت مدنی، مسئولیت بین‌المللی، مسئولیت کیفری و عبارت است از ایجاد پل ارتباطی بین واقعه حقوقی و التزام مرتکب به نتایج حاصله (صبری، ۱۳۸۶: ۳۴۵). به عنوان مثال، در مسئولیت جزایی واژه مسئولیت پل ارتباطی است بین جرم و مجازات و در مسئولیت مدنی بین ایراد ضرر و زیان و التزام به جبران خسارت و در فقه اسلامی مساوی است با ضمان.

طبیب: در لغت‌نامه معین «کسی که تداوی امراض کند. کسی که مرضی را معالجه و دستور دوايي برای بهبود دهد؛ کسی که حرفه‌اش معالجه بیماران و مرضی باشد». در اصطلاح «طبیب شخصی است که دارای سند فراغت تحصیلی در رشته طب (دیپلوم طبی) از مؤسسات تحصیلی داخلی یا خارجی کشور باشد» (بند ۲ از ماده سوم قانون طب عدلی افغانستان).

فقه: در لغت به معنای فهم (فیومی، بی تا) و در اصطلاح «علم به احکام شرعی فرعی از روی دلایل تفصیلی است» (حسن بن زین الدین، ۱۳۷۶: ۳۳)؛ فقه «مراحل و مراتبی دارد که عبارت است از: فقه دین، فقه مقاصد، فقه کلام و فقه احکام» (طهماسبی نیک، ۱۳۸۹: ۵). در این پژوهش فقه احکام، مورد نظر است که از اعمال و رفتارهای جزئی انسان بحث می‌کند که ارتباط با زندگی‌اش دارد و بسیاری از قلمرو مباحث آن با حقوق مشترک است.

قانون: «در معنای اعم شامل مجموعه قواعد حقوقی است که به وسیله قانون‌گذار مقرر می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۱۷).

۳. ارکان مسئله

مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب در جایی قابل بحث است که مسئولیتی برای پزشک متصور باشد و مسئولیت پزشک منوط به تحقق رفتار غیرقانونی پزشکی است. بنابراین، مسئولیت



طبيب دارای دو عنصر است: یکی تحقق عنوان طبيب و دیگری تحقق رفتار غيرقانونی طبي و پزشکی؛ بنابراین ارکان مسئله، در دو محور به شرح ذیل بررسی می‌شود:

تحقق عنوان پزشک: مقصود از پزشک در این مقاله علمی صدق عنوان عرفی آن نیست؛ زیرا در عرف تسامح زیاد وجود دارد و گاه به کسی که حتی در مرحله ابتدایی آموزش عالی علمی را در رشته طب می‌گذرانند یا صرفاً به صورت کارمند ساده در مراکز خدمات درمانی کار می‌کند، پزشک و دکتر خطاب می‌نمایند. چنین افرادی تخصصاً از موضوع این مقاله خارج‌اند و هیچ مجوز قانونی برای اقدامات تخصصی پزشکی و درمانی را ندارند و در صورت ارتکاب، چنانچه اعمال آنان موجب ایراد ضرر و زیان مادی یا جانی شود، قطعاً مسئولیت دارند و هیچ محملی برای رفع مسئولیت از آنان نیست؛ بلکه مراد از پزشک شخص حقیقی است که مراتب علمی دانشگاهی را در رشته طب در مراکز رسمی تعلیمات عالی موفقانه سپری نموده و پس از موفقیت در امتحان نهایی از سوی وزارت تحصیلات عالی، به صورت قانونی موفق به دریافت مدرک علمی در رشته پزشکی شده و قانوناً مجوز برای طبابت را دریافت نموده باشد که چنین فردی در صورتی که پس از به کارگیری تمام داده‌های علمی برای درمان بیمار، تلاش خویش را با حفظ رعایت اصول فنی معمول دارد، اما سعی او نتیجه خلاف مطلوب را در پی داشته باشد، مورد حمایت شرع و قانون قرار می‌گیرد و مسئولیت را به دلایل مختلفی که در این مقاله بیان شده از وی برمی‌دارد.

تحقق رفتار غيرقانونی پزشکی: این رفتار اعم است از هر فعل یا ترک فعلی زیان‌بار یا مجرمانه که موجب مسئولیت مدنی یا جزائی شود و در هر دو صورت ارتکاب و انتساب شرط است؛ یعنی باید بین فعل زیان‌بار یا مجرمانه‌ای که از طبیعی سرزده و نتیجه زیان‌بار یا مجرمانه‌ای که به بیمار وارد شده رابطه سببیت برقرار باشد و این سببیت در ضرر و زیان است که موجب مسئولیت می‌شود. چنان‌که ماده ۳۳ کود جزاء و ماده ۷۶۰ قانون مدنی افغانستان مستند این امر می‌باشد. در صورتی که نتیجه طبابت وصف مجرمانه داشته باشد و به عنوان طبيب محاکمه شود، افزون بر ارکان و عناصر عمومی جرم (رکن قانونی، مادی و معنوی) باید شرایط و اجزاء اختصاصی جرم پزشکی را نیز دارا باشد. عناصر اختصاصی جرایم پزشکی، این است که در عنصر مادی آن شخصیت مرتکب اثر دارد؛ یعنی طبيب بودن در آن شرط است. همچنین، عمل مجرمانه باید از نوع اقدامات پزشکی باشد و نحوه ارتکاب نیز در آن





دخالت دارد که باید مرتبط با وظیفه درمانی طبیب باشد؛ زیرا مطابق بند ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا «در حالت اجرای عملیات جراحی یا سایر اقدامات ضروری طبی به موافقه مریض، همسر، ولی، وصی یا اقارب وی الی درجه سوم، مشروط بر اینکه مطابق اصول فنی حرفه طبابت صورت گرفته باشد» از اسباب اباحت شناخته شده و سلب مسئولیت می نماید.

۴. مبانی موارد عدم مسئولیت در اقدامات طبی

الف) حسن نیت پزشکی (قاعده احسان)

«ماهیت احسان عبارت است از کاری که باعث ایصال منفعت یا دفع ضرر در مورد دیگری می شود؛ اعم از آنکه ایصال و دفع نفع و ضرر محض یا ایصال و دفع نفع و ضرر اهم باشد» (مصطفوی، ۱۳۸۴: ۶۵). بند ۵ از ماده ۴ کود جزا چنین است: «انگیزه شریفانه: سبب و حالت بشردوستانه و نیروی جهت دهنده است که اراده شخص را برای رسیدن به هدف مشخص انسانی با حسن نیت به ارتکاب جرم سوق داده و به فعل درآورده باشد». حسن نیت یکی از اسباب اباحت و از مبانی عدم مسئولیت طبیب به شمار می آید که به شرح زیر توضیح داده شده است.

حسن نیت در قانون افغانستان: از مادتين ۱۱۸ و ۱۲۰ کود جزا فهمیده می شود که ایفای وظیفه در صورتی که با حسن نیت انجام شده باشد، از اسباب اباحت و از مبانی عدم مسئولیت می باشد. چنان که فقره ۲ از ماده ۱۲۰ کود جزا چنین است: «ارتکاب عمل جرمی در حالات آتی ایفای وظیفه شناخته می شود: ۱. در حالتی که از مأمور موظف مطابق به احکام قانون با داشتن حسن نیت حین اجرای وظیفه صدور یافته باشد...». همچنین، فقره ۲ از ماده ۲۹۵ کود جزا چنین است: «شخصی که در رابطه به عمل مندرج فقره (۱) این ماده (مجازات اعلان، تجارت پول یا توکن های جعلی) دارای حسن نیت باشد، مورد تعقیب عدلی قرار نمی گیرد» و فقره ۳ از ماده ۵۷۱ کود جزا حسن نیت را از اسباب مخففه دانسته و می نویسد: «هرگاه ادویه به زن حامله با حسن نیت یا به اشتباه داده شده باشد، مرتکب به جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم می شود». مطابق این مواد حسن نیت در برخی از موارد به ویژه در صورتی که در حالت ایفای وظیفه بوده و شرایط فنی را رعایت نموده باشد، از موجبات سقوط مسئولیت می باشد و نظر به اینکه طبیب قانوناً موظف به درمان می باشد،

در صورتی که با حسن نیت و رعایت نکات فنی ایفای وظیفه نماید، هیچ گونه مسئولیتی را اعم از مدنی و جزائی ندارد. اما حسن نیت به تنهای کفایت نمی کند؛ بلکه در حال ایفای وظیفه بودن همراه با رعایت امور فنی و تخصصی شرط لازم آن به شمار می آید. به همین لحاظ دادن ادویه به زن حامله بدون رعایت مسائل تخصصی اگرچه با حسن نیت باشد، مرتکب جرم شناخته می شود.

حسن نیت پزشک از منظر فقه اسلامی و آیت الله محسنی (ره): مهم ترین سند قاعده احسان آیه ۹۱ سوره توبه «... مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ» است که با توجه به نکره بودن سبیل و وقوع آن در سیاق نفی، افاده تعمیم می نماید؛ یعنی هیچ راهی برای مسئول شناختن محسن و نیکوکار وجود ندارد. همچنین، آیه ۶۰ سوره الرحمان «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» نیز دلیل دیگر برای قاعده احسان است. خداوند با استفهام انکاری که افاده توبیخ می نماید، جزای فرد نیکوکار را جز احسان چیزی دیگر نمی داند و مفهوم آن نفی هرگونه ضمان از فردی است که نیت خیر دارد. بنابراین، برخی از فقها براساس قاعده احسان طبیب را میرا از مسئولیت دانسته و می نویسند: «قاعده: تسبیب مقتضی ضمان و قاعده احسان موجب عدم ضمان است، پس متعارض اند. مشهور آن است که قاعده احسان حاکم بر ادله ضمان است؛ البته فعلی که شخص انجام می دهد باید مصداق عرفی احسان باشد» و یا می نویسند: «اگر کسی به عنوان وظیفه شرعی کاری می کند و مصداق «محسنین» است، قاعده احسان «ما علی المحسنین من سبیل» که یک قاعده عقلی و شرعی است می گوید ضامن نیست. مثلاً طبیب می بیند اگر پا را قطع نکند، مریض از بین می رود. شارع می گوید واجب است پا قطع شود، در اینجا طبیب ضامن نیست.

به عبارت دیگر، طبیب فقط به خاطر خدمت به این شخص و منفعت رساندن به او این کار را می کند و اگر خودش هم می خواست از باب اهم و مهم، یکی را انتخاب کند، همین را انتخاب می کرد؛ پس جای خسارت نیست. درواقع، امر دائر شده است بین اقل الضررین و طبیب اقل الضررین را انتخاب کرده همان گونه که اگر خودش هم می خواست انتخاب کند همین را انتخاب می کرد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۳: ۸۳) یا می نویسند: «پزشک باید آنچه در توان دارد برای نجات جان بیمار انجام دهد و اگر بدون تقصیر پزشک عارضه ای برای بیمار پیش آمد به حکم قاعده احسان ضمانتی بر پزشک نیست و به طور کلی، در هر مورد استناد عارضه یا مرگ بیمار به





پزشک مشکوک باشد و اثبات نشود حکم به ضمان پزشک نمی‌شود. والله العالم» (گلیایگانی، ۱۴۱۵: ۲۳) و می‌نویسند: «اگر طبیب به عنوان واجب شرعی عینی یا کفایی و به خاطر خدا، نه به قصد اخذ اجرت اقدام به طبابت نماید و بدون داشتن تقصیر مرتکب خطا شود، ضامن بودن طبیب مشکل است و روایات وارده در مورد ضمان طبیب در صورتی است که عدم اخذ براءت منصرف از این مورد می‌باشد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۵۹۲).

حضرت آیت الله محسنی (ره) قاعده احسان و وجوب مقدمی درمان بیمار (که از باب مقدمه برای وجوب نجات نفس محترمه واجب است؛ زیرا مقدمه واجب واجب است) را کافی برای سقوط ضمان و رفع مسئولیت نمی‌داند و در حاکم بودن قاعده احسان بر قاعده ضمان تأمل دارد؛ زیرا هر کسی سبب ضمان را فراهم نماید، باید مسئولیت آن را بپذیرد و صرف حسن نیت موجب سقوط ضمان و مسئولیت نیست؛ همان‌طور که در تأدیب فرزند و خانواده نیز با وجود حسن نیت چنانچه خسارت جانی یا مالی وارد نمایند، ضامن هستند (محسنی، بی تا، ج ۱: ۱۸). شاید علت این تأمل قواعد فقهی دیگری مانند قاعده «لایبطل دم امرء مسلم در باب قتل» و عمومیت قاعده ضمان و اصل عدم تخصیص در آن به علت اهمیت مال و جان مردم از منظر فقهی باشد.

نتیجه بحث حسن نیت: طبیب باید حسن نیت داشته باشد و هدفش از اقدامات پزشکی، درمان بیمار و نجات جان او باشد؛ لذا اگر برای گرفتن هزینه بیشتر و یا کسب تجربه بیشتر دست به اقداماتی بزند که برای بیمار ضرورت نداشته باشد، ضامن است و مسئولیت دارد؛ حتی اگر براءت هم گرفته باشد. البته اصل، محسن بودن طبیب است و بار اثبات خلاف آن بر عهده مدعی است. براساس نظریه قانون‌گذار افغانستان برای جریان قاعده احسان نسبت به طبیب، اولاً، حسن ذاتی عمل شرط نمی‌باشد؛ بلکه حسن اعتباری آن از سوی شرع یا قانون کفایت می‌کند؛ ثانیاً، طبیب افزون‌براینکه به نیک بودن عمل از نظر شرعی یا قانونی علم داشته باشد، خود نیز باید با اندیشه و هدف نیک اقدام نماید و افزون‌بر امور یادشده اصول فنی را نیز رعایت نماید تا مشمول قاعده احسان شود.

نکته دیگر اینکه، جاری شدن قاعده احسان و رفع هرگونه مسئولیت کیفری و مدنی از پزشک نشانه حاکم بودن آن نسبت به قاعده اتلاف است؛ اما برخی از فقها از جمله آیت الله محسنی به دلیل اهمیت موضوع اعمال پزشکی و احتیاط نمودن پزشکان نسبت به نفوس،

قاعده احسان را در اقدامات پزشکی جاری نمی‌دانند (شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۲: ۱۵۴؛ محسنی، بی‌تا، ج ۱: ۱۸). به نظر می‌رسد که این قول اخیر اقوی باشد؛ زیرا قانون‌گذار افغانستان و فقها، عدم مسئولیت طبیب را مشروط به گرفتن اذن از مریض یا نماینده قانونی وی دانسته؛ درحالی‌که اگر قاعده احسان در موردی جاری شود، نیازی به اذن نمی‌باشد؛ مانند اقدامات ولی یا قیم نسبت به اموال محجورین. و در روایات نیز عدم مسئولیت طبیب را منوط به اذن قبلی نموده است (عاملی، ۱۳۸۵، ج ۱۰: ۱۱۱) که حکایت از عدم جریان قاعده احسان در این مورد دارد. هرچند که می‌توان گفت: قاعده احسان با اذن، قابل جمع هستند و طبیبی که برای نجات جان بیمار تلاش می‌کند به طور یقین محسن شمرده می‌شود به‌ویژه اگر به‌صورت مجانی باشد و شرط گرفتن اذن نیز از باب احتیاط در دماء و نفوس است، از طرفی، مسئول دانستن طبیب موجب ترس و اجتناب اطباء از طبابت می‌شود و خسران اجتماعی را در پی دارد؛ لذا از باب جمع بین حفظ مصلحت عمومی و حمایت از وظیفه طبابت می‌توان پرداخت وجه ضمان را به بیت‌المال ارجاع داد.

ب) اخذ برائت

یکی از مبانی مهم عدم مسئولیت طبیب که در زبان روایات نیز به آن تأکید شده و به همین لحاظ مورد توجه فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته، اخذ برائت است که لازم است بررسی شود. جایگاه اخذ برائت در حقوق افغانستان: مطابق بند ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا قانون‌گذار «اقدامات ضروری طبی به موافقه مریض، همسر، ولی، وصی یا اقارب وی الی درجه سوم...» را از مبانی و از دلایل سلب مسئولیت طبیب دانسته زیرا لازمه ابراء مریض یا نماینده قانونی وی، پزشک را، رضایت دادن به طبابت طبیب است و لازمه رضایت به طبابت طبیب، رضایت به نتیجه حاصله از کار وی است. بنابراین، مریض درواقع، با این ابراء و رضایت، خودش با واسطه، اقدام به جراحی و عملیات طبی خود می‌نماید و نتیجه حاصله نیز به خود مریض یا ولی آن برمی‌گردد. بنابراین، طبیب از هرگونه مسئولیتی مبرا است.

جایگاه اخذ برائت در فقه اسلامی و نظریات فقهی آیت‌الله محسنی (ره): مشهور فقها معتقدند که اخذ برائت رافع مسئولیت از طبیب است؛ زیرا هم روایات دال بر آن است و هم علاج مریض توسط طبیب شدیداً مورد احتیاج است که اگر اخذ برائت را جایز ندانیم، موجب



عسر و حرج می‌شود. از قدما، فقیهان عالیقدری همچون شیخ مفید، شیخ طوسی، ابوصلاح حلبی، ابن براج، فخرالمحققین، فاضل مقداد، مقدس اردبیلی، صاحب ریاض (نجفی، بی‌تا: ۴۳-۴۶ و ۴۷ و فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲: ۱۱۷ و مدنی، ۱۴۰۸: ۵۰) و از عصر حاضر فقیهان بنامی همچون (امام خمینی (ره)، ج ۲: ۵۶۱؛ خویی، ۱۴۲۷: ۱۳۸؛ تبریزی، ج ۱۰: ۵۰۳ و لنکرانی، ۱۴۱۸: ۵۹) همین نظر را دارند.

فقیه فقید حضرت آیت الله محسنی (ره) نیز می‌نویسد: از مشهور فقها نقل شده است که اگر داکتر از اول برائت ذمه خود را شرط کند، مریض یا ولی او آن را بپذیرد و داکتر نیز کوشش و احتیاط خود را به عمل آورد و کوتاهی نکند، باین همه در اثر عمل مستقیم طبیب فساد و ضرری حاصل شود، طبیب ضامن نخواهد بود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۷). همچنین می‌نویسد: «حاصل اینکه ذمه طبیب از آسیبی که به مریض در اثر علاج او می‌رسد به نظر جمع کثیری از فقها در صورتی بریء می‌شود و ضمان به او تعلق نمی‌گیرد که لایق و فهمیده باشد و پس از اذن مریض یا ولی او کوتاهی ننموده باشد و از ابتدا شرط برائت ذمه خود را از ضمان نموده باشد» (همان). بدیهی است که این بیان ایشان تأیید نظر مشهور است؛ بنابراین برائت ذمه را دلیل و مبنای عدم مسئولیت طبیب می‌داند.

نظریات در مورد اخذ برائت از مریض: در رابطه با رضایت و برائت مریض بین فقها دو نظریه وجود دارد. مطابق نظر ابن ادریس حلی، این برائت فاقد جایگاه فقهی و قانونی است و موجب سلب مسئولیت نمی‌شود (نجفی، بی‌تا، ۴۳-۴۷). به دلیل قاعده فقهی عدم صحت «اسقاط ما لم یجب»؛ زیرا قبل از صدمه یا فوت مسئولیتی نیست و حقی برای مریض شکل نگرفته تا پزشک را عفو نماید یا رضایت دهد و حق خویش را اسقاط نماید (یعنی از باب سالبه به انتفاع موضوع است). اول مسئولیت و مشغولیت ذمه باید محرز باشد تا ابراء و اسقاط صدق کند؛ پس رضایت مریض قبل از مرگش توسط طبیب «اسقاط مالم یجب» است و باطل؛ و اما بعد از مرگ این حق به اولیاء دم می‌رسد؛ پس مریض حقی برایش متصور نیست تا آن را به دیگری تفویض یا ابراء و اسقاط نماید؛ زیرا اسقاط حق قبل از ثبوت آن بی‌معناست و وقتی که خود مریض این حق را ندارد نماینده قانونی اش به طریق اولی ندارد؛ زیرا فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن باشد.



این ابراء (برائت قبل از عمل پزشکی) صحیح است؛ زیرا قاعده عدم جواز «اسقاط ما لم یجب» در مورد بیمار به وسیله روایات تخصیص یافته است. چنان که روایات یادشده را صاحب جواهر بیان فرموده است (نجفی، بی تا: ۴۳ و ۴۸-۴۹) و مشهور فقها نیز نظرش عدم ضمان طبیب است. به دلیل روایات و ضرورت طبابت والا طبیب اقدام نمی کند و به دلیل اینکه براساس آیه شریفه قرآن کریم وفای به شرط واجب است و طبیب نیز قبل از اقدام به طبابت با مریض عدم ضمانت خود را شرط نموده است و این شرط عقلایی است و عقلاً مردم بر انفس و بر اموال خوش تسلط دارند و همان طور که می توانند اذن در اکل مال و اتلاف آن را بدهند، نسبت به جانشان نیز مجاز به این اذن هستند و این مورد نیز در حقیقت اذن در اتلاف است نه اسقاط حق قبل از ثبوت آن و لازمه این اذن در اتلاف، رفع مسئولیت از طبیب است (نجفی، بی تا، ۴۳ و ۴۸).

نتیجه بحث اخذ برائت توسط طبیب

مطابق قانون افغانستان و نظر مشهور فقهای اسلامی از جمله آیت الله محسنی، اخذ برائت در شرایط خاص موجب سلب مسئولیت طبیب می شود و شرایط آن به شرح زیر است:

- اخذ برائت به طور مستقیم و مشخص از مریض یا ولی او گرفته شود؛ بنابراین «برای عدم ضمانت پزشک، نصب اطلاعیه در مراکز درمانی یا تذکرات شفاهی از طریق رسانه های گروهی کافی نیست؛ بلکه بیمار یا ولی او باید پس از آگاهی کامل از عوارض و خطرات احتمالی، شرط عدم ضمان را به صورت کتبی یا شفاهی قبول کند» (منتظری، ۱۴۲۷: ۶۳)؛

- «برائت را باید از خود بیمار اخذ نمود، مگر آنکه بیمار به حد بلوغ نرسیده باشد یا در وضعیتی باشد که نتوان از او اخذ برائت نمود؛ مثل آنکه بی هوش باشد و یا به دلیل روحی و روانی در حالتی باشد که قدرت تمیز نداشته باشد، که در این موارد باید از ولی او اجازه و برائت گرفت» (همان)؛

- باید پزشک حاذق باشد؛ بنابراین اگر ماهر نباشد، اخذ برائت، ضمان را برطرف نمی کند؛ چنان که گفته شده: «اگر به علاج طبیب غیر لایق آسیبی به مریض برسد، طبیب ضامن است؛ هر چند مریض اجازه تداوی را به او داده باشد» (محسنی، بی تا: ۲۶)؛



- طبیب در انجام وظیفه کوتاهی نکرده باشد «اگر طبیب در فهمیدن مرض یا تشخیص دوا یا عملیات کوتاهی نماید و یا اساساً برخلاف اعتقاد مریض، در مورد مرض تخصصی و مهارتی نداشته است، برائت مریض رافع ضمان او نیست» (همان).

ج) اضطرار

نجات بیمار به اقدام پزشکی بستگی دارد؛ ازاین‌رو بیمار ناچار است که اقدام به درمان نماید. طبیب نیز به حکم قانون حق امتناع از پذیرش بیمار، در حوزه تخصص خود را ندارد و از نظر شرعی مکلف به نجات جان بیمار است و قاعده اضطرار مسئولیت کیفری را برمی‌دارد. بنابراین، یکی از مبانی عدم مسئولیت طبیب قاعده اضطرار است که باید توضیح داده شود.

اضطرار در قانون افغانستان: ماده ۱۱۵ کود جزا در تعریف حالت اضطرار چنین است: «اضطرار حالتی است که شخص در معرض خطری قرار گیرد که خوف مرگ، جراحت شدید یا اتلاف مال وی یا شخص دیگر از آن متصور باشد و برای دفع آن مرتکب جرم شود. مشروط بر اینکه خطر به طریق دیگری دفع نشود»، راجع به اینکه اضطرار رافع مسئولیت کیفری است، ماده ۱۱۶ کود جزا چنین است: «شخصی که به منظور نجات نفس یا مال خود و یا شخص دیگر با خطر بزرگ و آنی مواجه شود؛ به نحوی که بدون ارتکاب جرم قادر به دفع آن نباشد، مسئول شناخته نمی‌شود، مشروط بر اینکه موصوف قصداً سبب ایجاد خطر متذکره نگردیده و ضرر مورد اجتناب شدیدتر از ضرری باشد که از جرم نشئت می‌نماید».

بنابراین، اقدامات طبیب در حال اضطرار فاقد مسئولیت کیفری است؛ بلکه اگر اضطرار اقتضا کند که طبیب به طور عاجل موظف به درمان است نیاز به أخذ برائت هم ندارد؛ چنان‌که بند ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا رضایت مجنی علیه (مریض) را از اسباب اباحت دانسته که هرگونه مسئولیتی را برمی‌دارد و در آن حالت عاجل را استثنا نموده که نیازمند أخذ برائت نیست و می‌نویسد: «اجرای عملیات عاجل جراحی که مطابق اصول فنی حرفه طبابت صورت گرفته باشد، از این حکم (أخذ برائت) مستثنا است». بنابراین، طبیب در حالت اضطرار بدون نیاز به گرفتن رضایت از مریض یا ولی و یا نماینده قانونی وی موظف به درمان است و استتکاف از وظیفه برای طبیب جرم محسوب می‌شود. چنان‌که ماده ۸۸۸ کود جزا چنین است: «۱. هرگاه مؤسسه صحتی یا موظف طبی حین انجام وظیفه از تداوی مریض امتناع ورزد در صورت



وقوع زیان جسمی یا روانی، مرتکب افزون به جبران خسارت، به مجازات جرم مرتکبه مندرج این قانون، نیز محکوم می‌شود؛ ۲. هرگاه مؤسسه صحتی یا موظف طبی مربوط حین ضرورت از همکاری با متخصص طب عدلی امتناع ورزد، به جزای نقدی از پنج هزار تا پانزده هزار افغانی محکوم می‌شود». بنابراین، مطابق قانون افغانستان اضطراب از مبانی و عوامل رفع مسئولیت کیفری است؛ اما مسئولیت مدنی را بر نمی‌دارد؛ ولی با امداد از ماده ۱۱۸ و ۱۱۹ کود جزا در اقدامات طبی از عوامل موجهه جرم شده و مسئولیت مدنی را نیز بر می‌دارد.

اضطراب در فقه اسلامی و نظریه آیت‌الله محسنی (ره): در فقه اسلامی مشهور است که ضرورت و اضطراب محذورات و ممنوعات را بر می‌دارد (مازندرانی، ۳ و ۱۸۵) و قاعده اضطراب تعمیم دارد؛ احکام (وضعی و تکلیفی) و موضوعات اضطرابی را شامل می‌شود؛ زیرا بسیاری از ادله این قاعده مانند آیات شریفه ۱۷۳ سوره بقره و آیه ۳ سوره مائده و آیه ۱۱۹ سوره انعام اطلاق دارند و تنها از لحاظ سبب اضطراب، مقید شده که سبب اضطراب از باب سوء انتخاب ایجاد نشده باشد؛ زیرا ایجاد امتناع اختیاری منافات با اختیار ندارد؛ چنان‌که قانون‌گذار افغانستان نیز در ماده ۱۱۶ کود جزا شرط نموده است که «مشروط بر اینکه موصوف قصداً سبب ایجاد خطر متذکره نشده و...».

اما از جهات شمول انواع احکام و موضوعات عمومیت دارد و روایات باب اضطراب نیز افاده عموم می‌نماید؛ مانند حدیث نبوی رفع (شیخ صدوق، علل الشرائع، ۱۳۸۶ هـ.ق؛ ج ۲، ص: ۴۷۸)، زیرا لفظ (ما) در آن، از موصولات مشترک است و افاده عموم می‌کند. همچنین حدیثی که می‌فرماید: هیچ حرامی نیست، مگر اینکه خداوند برای شخص مضطر، آن را حلال نموده است (عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ۱۴۰۹ هـ.ق؛ ج ۵، ص: ۴۸۳) که در آن لفظ نکره (شیء) در سیاق نفی (لیس) و همچنین لفظ (ما) در آن، که از موصولات مشترکه است، افاده عموم می‌نمایند و تأکید شده که به‌طور اجمال اضطراب رافع تکلیف (مسئولیت) است؛ همان‌طور که احادیث بسیار بر آن دلالت دارد (محسنی، بی‌تا، ج ۱: ۱۴). از این رو، شامل مریض و طیب نیز می‌شوند و در خصوص اقدامات طیب به‌صورت موردی گفته شده که دلیل اینکه برائت طیب با حفظ رعایت احتیاط و تلاش، موجب سلب مسئولیت می‌باشد، این است که درمان مورد احتیاج (و اضطراب) مردم است درغیراین صورت درمان نمودن بیمار، متعذر می‌شود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۷).





همچنین تأکید شده است: «اگر پسر به سبب ختنه بمیرد با اینکه ختنه‌کننده حاذق است و از محل قطع تجاوز نکرده بلکه اصل ختنه نمودن برایش مضر بوده، در ضامن دانستن ختنه کننده مشکل است» (محسنی، بی تا، ج ۱: ۱۹). شاید وجه اشکال این باشد که افزون بر حسن نیت ختنه‌گر، اضطراب مردم برای ختنه نمودن به رجوع نمودن به ختنه‌گر باشد و ختنه‌گر نیز از باب اضطراب اقدام می‌نماید و قاعده اضطراب رافع مسئولیت کیفری است. همچنین گفته شده است: «تجویز دارویی که عوارض جنبی دارد اگر ضرر مهمی نداشته باشد، اشکالی ندارد؛ زیرا داروها به هر حال عوارضی دارند؛ ولی اگر ضرر مهمی داشته باشد، تجویز آن جایز نیست، مگر در صورت ضرورت شدید، و با کسب رضایت بیمار یا ولی او (شیرازی، ۱۴۲۹: ۱۵۵) و ضرورت جایز باشد» (محسنی، بی تا، ج ۱: ۱۶).

د) دستور شرع

به‌طور معمول، در کشورهای اسلامی حقوق موضوعه برگرفته از دستور شرع مقدس اسلام و فقه اسلامی است و قانون‌گذار افغانستان نیز بر این امر تأکید دارد. بنابراین یکی از مبانی عدم مسئولیت پزشک دستور شرع است که به شرح زیر بررسی شده است.

دستور شرع در قانون افغانستان: مطابق ماده سوم قانون اساسی «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». بدیهی است که عمومیت این ماده از تخصیص اباء داشته و غیرقابل تخصیص است؛ بنابراین تمام قوانین موضوعه در افغانستان نمی‌تواند مخالف شرع مقدس اسلام باشد و ماده ۲ کود جزا می‌نویسد: «۱. این قانون جرائم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید؛ ۲. مرتکب جرائم حدود، قصاص و دیات مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌شود» و در خصوص اقدامات پزشکی و ایفاء وظیفه شرعی یا قانونی مطابق فقره ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا چنین آمده است: «اجرای عملیات جراحی یا سایر اقدامات ضروری طبی به موافقهٔ مریض، همسر، ولی، وصی یا اقارب وی الی درجه سوم، مشروط بر اینکه مطابق اصول فنی حرفهٔ طبابت صورت گرفته باشد» یکی از اسباب اباحت و از عوامل موجهه جرم است؛ منطوق این ماده از بعد تعزیری اقدامات پزشکی را یکی از مبانی عدم مسئولیت معرفی نموده و با توجه به ماده سوم قانون اساسی که در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد، مفهوم لازم آن این است که از بعد شرعی نیز این مبنا می‌تواند مورد تأیید باشد.

دستور شرع در فقه اسلامی و نظریه آیت الله محسنی (ره): فقه، احکام افعال مکلفین را بیان می‌نماید و هیچ فعلی از افعال مکلفین نیست، مگر اینکه از نظر فقهی حکم خاص خودش را دارد و اقدامات پزشکی نیز از این قاعده مستثنا نیست. بدیهی است که طبیب در قبال درمان بیمار در صورتی که وجود پزشک دیگر به صورت واجب کفایی و در نبود پزشک دیگر و یا در صورت عدم دسترسی بیمار به پزشک دیگر به نحو واجب عینی شرعاً موظف به انجام تکلیف است. چنان که گفته شده: «بر دکتور واجب است که بیماران را در فرض خطر جان و یا امراض بسیار مهم تداوی نماید» (محسنی، ۱۴۱۷: ۱). تناسب بین تکلیف و مسئولیت ایجاب می‌نماید همان طور که ترک تکلیف درمان توسط طبیب موجب مسئولیت است، انجام درست تکلیف نیز موجب سقوط هرگونه مسئولیت باشد. چنان که برای عدم مسئولیت طبیب در صورتی که برائت، استدلال شده به (دستور شرع یعنی به) حدیث معروفی که فرموده: هرکس طبابت نماید یا درمان حیوانات نماید باید أخذ برائت نماید والا ضامن است (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۷). بنابراین دستور شرع دلیل و مبناست برای عدم مسئولیت طبیب، در صورتی که اصول علمی طبابت را رعایت نموده باشد. نظر به اینکه طبیب شرعاً مکلف به درمان است، از این رو اگر عدم انجام طبابت از سوی طبیب تنها سبب برای مرگ بیمار باشد، شرعاً مسئول شناخته می‌شود؛ بنابراین اگر امتناع طبیب از طبابت، عرفاً علت اصلی مرگ بیمار محسوب شود، طبیب ضامن است؛ اما اگر مرگ بیمار به شرایط دیگری منتسب باشد، طبیب ضامن نیست؛ اگرچه امتناع وی از طبابت نیز مؤثریت داشته باشد و از طریق ملازمه استفاده می‌شود که انجام درست تکلیف طبابت همراه با رعایت تمام الزامات طبی توسط طبیب از اسباب اباحت و از مبانی عدم مسئولیت طبیب به شمار می‌آید.

بنابراین، اگر طبیبی تکلیف شرعی خویش را به نحو صحیح انجام دهد؛ اما نتیجه خلاف انتظار باشد، هیچ مسئولیتی متوجه او نیست. و مصداق بارز و صحیح جمله معروف «المأمور معذور» به طور مطلق، اطاعت از امر شارع مقدس است نه اطاعت از امر آمر قانونی و عرفی؛ بلکه از لحاظ فقهی در مورد مأمور عرفی اصل بر مسئولیت مباشر (مأمور) است و سبب تنها در موارد خاص (مثل اینکه سبب فرد عاقل و مباشر حیوان، مجنون و یا طفل باشد) مسئول اصلی شناخته می‌شود. گفتنی است که در مورد ضمان طبیب در صورت ترک وظیفه، قول به تفصیل اقوی است و آن اینکه ترک فعل تنها در صورتی که افزون بر وجوب شرعی، تنها سبب





مرگ محسوب شود، موجب ضمان است؛ مثل حبس از طعام (مثل شیر ندان مادر به طفل وابسته به شیر) تا اینکه بمیرد؛ اما اگر علت اصلی تلف امور دیگری باشد، ترک واجب موجب ضمان نمی‌شود؛ چنان‌که آیت‌الله محسنی (ره) قول به تفصیل از صاحب جواهر را نقل نموده و آن را متین دانسته است (محسنی، بی تا: ۲۹۰).

نتیجه بحث دستور شرع: در اقدامات پزشکی، اگر موازین شرعی یا قانونی و فنی رعایت نشود؛ مانند سقط جنین غیرقانونی که حیات مادر متوقف بر سقط نباشد، طبیب مسئولیت دارد (شمس ناتری، ۱۳۹۳، ج ۱: ۴۱۸). همچنین قتل از روی ترحم (اتا نازی) نیز به دلیل عدم مشروعیت جایز نمی‌باشد و پزشکی که برای راحت شدن طبیب از درد لاعلاج ولو با رضایت مریض اقدام به قتل نماید، مسئول است؛ چنان‌که گفته شده: «قتل انسان مطلقاً جایز نیست، حتی از روی ترحم، و حتی با اجازه خود مریض». دلیل اصلی این مسئله اطلاقات ادله حرمت قتل از آیات و روایات است، و همچنین، ادله وجوب حفظ نفس، و ممکن است فلسفه آن این باشد که چنین اجازه‌ای سبب سوءاستفاده‌های فراوان می‌شود، و قتل از روی ترحم به بهانه‌های واهی صورت گیرد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۱۱۶)؛ اما اگر طبیب قانوناً و شرعاً مکلف به اقدامات پزشکی باشد و در انجام تکلیف تمام موازین شرعی و قانونی و فنی را رعایت نموده باشد، مطابق قانون افغانستان و نظر بسیاری از فقها از جمله آیت‌الله محسنی (ره) نسبت به نتایج خلاف انتظار هیچ مسئولیتی ندارد.

هـ) قاعده اهم و مهم

معمولاً اقدامات پزشکی توأم با قبول ریسک است؛ یعنی بیماران ضررهایی را که احتمال وقوع آن اندک است، به خاطر دستیابی به منافع کلان سلامتی می‌پذیرند. به دیگر سخن، مطابق قاعده عقلی اهم و مهم عمل می‌نمایند. درواقع، مطابق این قاعده بیمار از باب اینکه التزام به شیء التزام به لوازم آن به شمار می‌آید، ضررهای احتمالی ناشی از اقدامات پزشکی را پذیرفته و گویا خود اقدام به آن نموده نه پزشک؛ ازاین‌رو، در صورتی که پزشک در اقدامات پزشکی خویش تمام نکات علمی و فنی را رعایت نماید اما نتیجه حاصله خلاف انتظار باشد، پزشک به استناد انتخاب اهم از سوی بیمار و رضایت آن به این اقدام مسئول شناخته نمی‌شود.

قاعده اهم و مهم در قوانین افغانستان: در قوانین جزائی ماده قانونی خاص برای این قاعده وجود ندارد؛ لذا برای حقوق دانان این قاعده از قواعد اصطیادی به شمار می آید که از مجموعه مواد قوانین موضوعه قابل اصطیاد و استخراج است. برای مثال، در باب بیع نسبت به عدم مسئولیت مدنی در موارد خاص قانون گذار به این قاعده استناد نموده و می نویسد: «عیبی که عرفاً قابل اهمیت نباشد، بایع ضامن آن دانسته نمی شود» (قانون مدنی افغانستان، ماده ۱۱۰۵). بنابراین، از باب تنقیح مناط و ملاک (عدم اهمیت) در مورد اقدامات طبیب که با رضایت و ابراء مریض صورت گرفته، باوجود رعایت امور فنی، ضررهای مادی غیرمهم به مریض عاید شود، طبیب مسئول پنداشته نمی شود. ضمن اینکه بسیاری از موانع مسئولیت جزائی مانند اضطرار و اکراه و اسباب اباحت و عوامل موجهه جرم مثل ایفای وظیفه، تعمیل امر آمر و دفاع مشروع بازگشت به قاعده اهم و مهم می نمایند و مبنای اصلی در آنها لزوم تقدیم اهم بر مهم است.

قاعده اهم و مهم در فقه و نظریات آیت الله محسنی (ره): سیره عقلای عالم با قطع نظر از هر گرایشی براین قاعده استوار است و آموزه های دینی اعم از کتاب و سنت جنبه امضایی دارد نه تأسیسی؛ مطابق این قاعده، عقلاً در هنگام بیماری با توجه به اینکه اکثر اقدامات پزشکی با یک سلسله عواقب منفی احتمالی مواجه است، بین اهم و مهم مقایسه نموده و پزشک معالج خویش را نسبت به احتمالات منفی برائت می دهند و از پزشک می خواهند که آنها را درمان نماید. درواقع، می توان گفت که خود بیمار با واسطه خودش را درمان می کند و به نحو سببیت اقدامات طبیب به خود بیمار منتسب است؛ لذا موجب سلب مسئولیت طبیب می شود. بنابراین، برای قاعده اهم و مهم، آیات و روایات خاص وجود ندارد؛ بلکه فقیهان اسلامی از مجموع داده های دینی (آیات و روایات) آن را اصطیاد می نمایند. چنان که گفته شده: «کالبدشکافی ذاتاً جایز نیست؛ جز در مواردی که هدف مهم دینی و اجتماعی بر آن مترتب شود که تحت قاعده اهم و مهم قرار گیرد» (شیرازی، ۱۴۲۹، ج: ۱، ۳۱۵) و یا گفته شده: «در آیات و روایات هم نشانه هایی از این قاعده عقلیه وجود دارد، مثلاً جواز «اکل میت»، «غیبت عند المشورت»، «کذب برای إصلاح ذات البین» و «اکل مال غیر، در قحطی» مصادیقی از قاعده اهم و مهم هستند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۴۹) و تأکید شده: «هر جا که دوران امر بین محذورین بود، قاعده اهم و مهم حاکم است» (همان) و دلیل اهم وارد



بر دلیل مهم است (الایروانی، بی تا: ۲۳). این قاعده عقلی اختصاص به مورد خاص ندارد و در همه ابواب فقهی قابل تطبیق است؛ چنان که در باب جهاد گفته شده: «بلکه لازم است قاعده اهم و مهم را مراعات نمود» (محسنی، بی تا، ج ۱: ۱۳۹). از این رو، در مورد طبابت نیز عمل کردن به دلایل اهم و ترک مهم از سوی مریض و طبیب در اقدامات پزشکی، موضوعاً دلایل مسئولیت‌های احتمالی مهم را از بین می‌برد و نتایج آن (مسئولیت طبیب نسبت به نتایج غیر مترقبه) را برمی‌دارد.

نتیجه بحث اهم و مهم

از مجموع آموزه‌های فقهی و حقوقی لزوم تقدیم اهم بر مهم استفاده می‌شود و سیره عقلا در جمیع موارد از جمله در اقدامات پزشکی بر آن استوار است و لازمه آن سقوط تمام مسئولیت‌ها و پیامدهای عدم رعایت مهم است که ممکن است در اقدامات پزشکی نیز با رعایت نکات فنی و جوانب احتیاط رخ دهد؛ بنابراین براساس همین قاعده عقلی طبیب مسئول پنداشته نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

از مجموع مستندات فقهی، حقوقی و نظریات آیت‌الله محسنی (ره) استفاده می‌شود که اصل اولی ضمان طبیب است و موارد عدم مسئولیت براساس مبانی ذکر شده استثناء شده‌اند. طبیب باید حسن نیت داشته باشد و هدفش از اقدامات پزشکی، درمان بیمار و نجات جان او باشد. بنابراین، اگر برای گرفتن هزینه بیشتر یا کسب تجربه بیشتر، دست به اقداماتی بزند که برای بیمار ضرورت نداشته باشد، ضامن است و مسئولیت دارد؛ حتی اگر براءت هم گرفته باشد؛ البته اصل محسن بودن طبیب است و بار اثبات خلاف آن، برعهده مدعی می‌باشد؛ هرچند مطابق قانون افغانستان و نظر بعضی از فقها حسن نیت طبیب از مبانی عدم مسئولیت آن در شرایط خاص شمرده شده، اما حضرت آیت‌الله محسنی (ره) قاعده احسان را کافی برای سقوط ضمان و رفع مسئولیت نمی‌داند و در حاکم بودن قاعده احسان بر قاعده ضمان تأمل دارد. اقدامات طبیب باید با أخذ براءت قبلی باشد و رضایت باید به‌طور مستقیم و مشخص از مریض یا ولی او أخذ شود و ابلاغ از طریق اطلاعیه و رسانه‌های عمومی کفایت نمی‌کند.

مطابق قانون افغانستان و نظر مشهور فقهای اسلامی از جمله آیت الله محسنی، أخذ براءت، با رعایت شرایط طبابت از مبانی عدم مسئولیت طبیب به شمار می آید. همچنین، قانون گذار افغانستان و فقهای اسلامی از جمله آیت الله محسنی (ره) قاعده اضطرار و قاعده اهم و مهم و دستور شرع را با رعایت اصول طبی، در موارد خاص از مبانی عدم مسئولیت طبیب دانسته اند. در همه موارد یاد شده، عدم مسئولیت طبیب مشروط است به عدم قصور؛ بنابراین اگر طبیب معالج، عمداً یا سهواً در مداوای بیمار یا مجروح کوتاهی نماید، در صورت ایراد خسارت جانی یا مالی، ضامن است. اصرار بیمار در تجویز داروی مضر و صدور نسخه، سلب مسئولیت از طبیب نمی نماید.



۱. اسکندری، عبدالکریم، بررسی مسئولیت پزشکی با تکیه بر آرای فقهی آیت الله محسنی^(ره)، فصلنامه علمی پژوهشی، علوم انسانی دانشگاه خاتم النبیین (ص) سال هشتم شماره‌ی دهم بهار ۱۴۰۲ صفحات ۲۴ تا ۴۴.
۲. الایروانی، محاضرات (دروس) فی أصول الفقه للشهید محمد باقر الصدر شرح الحلقة الثانية (۱۴۰۱) انتشارات بین المللی المصطفی.
۳. باهري محمد و داور، علي اکبرخان، نگرشي بر حقوق جزاي عمومي، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم ۱۳۸۴.
۴. بندر ریگی، محمّد فرهنگ جدید عربي فارسي، تهران انتشارات اسلامي چاپ اول ۱۳۶۰
۵. تبریزی، جواد بن علی، صراط النجاة (للتبریزی)، قم - ایران، اول، ۱۴۲۷ ه.ق. ه.ج ۱۰.
۶. حسن بن زین الدین، معالم الأصول (با حواشی سلطان العلماء) - انتشارات قدس، قم - ایران چاپ: دوم، ۱۳۷۶.
۷. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۷ ه.ق). فقه الأعدار الشرعية و المسائل الطبية. ناشر: دارالصدیقه الشهیده چاپ اول. قم:
۸. سیفی مازندرانی، علی اکبر. مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهية الأساسية (۱۴۲۵ ه.ق). دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ایران.
۹. شوشتری، سید محمد حسن مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق، دو جلد، نشر میزان، تهران - ایران، دوم، ۱۴۲۷.
۱۰. شیرازی، ناصر مکارم، احکام پزشکی انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۹ ه.ق.
۱۱. شیرازی، ناصر مکارم، احکام پزشکی، در یک جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۹ ه.ق.
۱۲. شیرازی، ناصر مکارم، أنوار الفقاهة - کتاب النکاح، در یک جلد، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
۱۳. شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه.ق.
۱۴. صرامی، سیف الله، منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی، بوستان کتاب قم، چاپ اول ۱۳۸۲.
۱۵. طهماسبی نیک، علی اشرف، ثبات و تغییر در جرایم و مجازات ها با مطالعه تطبیقی، انتشارات جنگل،



چاپ دوم ۱۳۸۹.

۱۶. عباس نژاد، محسن و همکاران پژوهشی قرآن و حقوق، مشهد، مؤسسه انتشاراتی بنیاد پژوهشهای قرآنی حوزه و دانشگاه، چاپ اول ۱۳۸۵.
۱۷. فیض، کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، (تاریخ وفات ۱۰۹۱ هـ ق) مفاتیح الشرائع، ۳ جلد، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم - ایران، اول، ج ۲، ص: ۱۱۷. بی تا.
۱۸. قانون مدنی افغانستان. قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی شماره (۳۵۳) مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ هـ - ش. جریده رسمی وزارت عدلیه ۱۳۵۵.
۱۹. فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، منشورات دار الرضی، قم - ایران، (بی تا) ج ۲.
۲۰. قمی، علی بن ابراهیم، (۱۴۰۴ هـ - ق). تفسیر قمی. دارالکتاب - قم - ایران.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، تهران، نشر میزان چاپ دوم ۱۳۸۳.
۲۲. کود جزاء، مصوبه شماره (۲۴) ۱۳۹۵/۱۲/۱۲ کابینه جمهوری اسلامی افغانستان و فرمان تقنینی و توشیح شماره (۲۵۶) ریس جمهور در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۴. جریده رسمی وزارت عدلیه ۱۳۹۶.
۲۳. کی نیا، مهدی، مبانی جرم شناسی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم. ۱۳۸۵.
۲۴. گلپایگانی، لطف الله صافی، استفتاءات پزشکی (صافی)، در یک جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق.
۲۵. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الدیات، در یک جلد، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق الدیات؛.
۲۶. مازندرانی، علی اکبر سیفی، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسیة، ۳ جلد، قم - ایران، اول، هـ ق ج ۳، ص: ۱۸۵.
۲۷. محسنی، محمد آصف الضمانات الفقهیة و أسبابها. (۱۳۸۲ هـ - ش) ناشر: پیام مهر، قم، ایران.
۲۸. محسنی، محمد آصف الفقه و مسائل طبیه، مؤسسه بوستان کتاب قم ۱۳۸۲ ص ۱۷.
۲۹. محسنی، محمد آصف، توضیح مسائل طبی، یا، وظیفه شرعی داکتران و بیماران، ۱ جلد، حرکت اسلامی افغانستان، شعبه فرهنگی - کابل - افغانستان، چاپ: ۱، ۱۴۱۷ هـ ق.
۳۰. محسنی، محمد آصف، جهاد اسلامی در عصر حاضر (۱۴۱۱ هـ - ق) ناشر: کمیته فرهنگی حرکت اسلامی، لاهور، پاکستان. / ج ۱ / ۱۳۹.
۳۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق تهران، گنج دانش ۱۳۸۸.
۳۲. محمد معین، فرهنگ معین (یک جلدی) چاپ مهارت، نوبت هشتم، تهران ۱۳۸۵.
۳۳. مدنی سید جلال الدین، مبانی کلیات حقوق، تهران، نشر همراه چاپ چهارم ۱۳۷۶.
۳۴. مصطفوی سید مصطفی، احسان منبع مسئولیت (مقاله) مجله فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و



اندیشه اسلامی شماره ۶ پاییز ۱۳۸۴. از صفحه ۶۳ تا ۸۸.

۳۵. مصطفی میر احمدی زاده، رابطه فقه و حقوق، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی چاپ اول، ۱۳۸۰.

۳۶. مکارم شیرازی، انوارالفقاهه کتاب النکاح، (۱۴۲۵ ه ق) ناشر: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع) قم - ایران.

۳۷. نجف آبادی، حسین علی منتظری، احکام پزشکی در یک جلد، نشر سایه، قم - ایران، سوم، ۱۴۲۷ ه ق.

۳۸. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام داراحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، الطبعة السابعة. ۱۳۶۲ ش.

۳۹. نورمحمد صبري، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان چاپ دوم ۱۳۸۶.

۴۰. یوسفوند زینب واحمدی سیدمحمد مهدی، نشریه: قرآن و طب: ۱۳۹۷ دوره: ۳ شماره: ۲.

