

سورة الاحقاف

عنوان: فصلنامه علمی نسیم کوثر

مدیر مسئول و سردبیر: سید محمد حسینی دره صوفی

ویراستار: سیده نیلوفر حسینی

گرافیسیت: سیده زهرا حسینی

شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۶۰,۰۰۰ تومان

صاحب امتیاز: بنیاد فرهنگی خدماتی امام حسن عسکری (ع)

شماره تماس: ۰۰۹۸۹۳۵۳۹۶۹۷۷۶

سایت فصلنامه: [nasimekosar.blog.ir](http://nasimekosar.blog.ir)

ایمیل: [nasimkosar1399@gmail.com](mailto:nasimkosar1399@gmail.com)

دفتر مرکزی و محل چاپ: قم

## راهنمایی نویسندگان و شیوه نامه نگارش فصلنامه علمی نسیم کوثر

۱. مقاله قبلا در نشریه دیگری به چاپ نرسیده یا همزمان برای سایر مجلات ارسال نشده باشد.
۲. مقاله دارای عنوان، چکیده به زبان فارسی، واژگان کلیدی، مقدمه، متن اصلی، نتیجه گیری، منابع و مآخذ باشد.
۳. مقاله در برنامه word و باقلم IR lotus و اندازه ۱۴ نازک بوده و عنوان مقاله با قلم B Titr و اندازه ۱۴ تایپ شود.
۴. حجم هر مقاله حداقل ۱۲ و حداکثر ۲۲ صفحه باشد.
۵. کلمات کلیدی بین ۴-۷ کلمه و بصورت فارسی باشد.
۶. چکیده فارسی، از ۱۵۰ تا ۲۰۰ کلمه باشد.
۷. معادل انگلیسی اصطلاحات و مفاهیم علمی رایج، پانویس شود.
۸. ارجاع به منابع درون متنی باشد. داخل پرانتز، نام خانوادگی، سال انتشار و شماره صفحات ذکر شود. مثال (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۶، ۱۰۰).
۹. فهرست منابع و مآخذ، به ترتیب الفبای نام خانوادگی نویسندگان، باشد (الف) کتابها: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، سال انتشار، عنوان کتاب، (بصورت توپر)، نام خانوادگی مترجم یا مصحح، نام مترجم یا مصحح، شماره جلد، محل انتشار و ناشر. مثال: هارت، هربت، ۱۳۹۰، مفهوم قانون، راسخ، محمد، تهران، نشر نی.
- ب) مقالات: نام خانوادگی، نام، سال انتشار، عنوان مقاله، (بصورت توپر)، نام مجله، شماره مجله و شماره صفحات اول و آخر مقاله. مثال: رضایی، محسن، ۱۳۸۵، روش تجربی، فرهنگ مدیریتی، سال چهارم، شماره دوازدهم، ۱۷۲-۱۸۹.
۱۰. در زیر عنوان مقاله اسم نویسنده یا نویسندگان و در قسمت پاورقی ایمیل و سمت پژوهشگر و همچنین مشخص نمودن نویسنده مسئول. (به عنوان مثال حسینی، سید محمد، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، قم).
۱۱. مقالات بیانگر آرا و نظرات نویسندگان است و فصلنامه نسیم کوثر مسئولیتی در قبال محتوا و نویسنده آن ندارد.

## اعضای هیأت تحریریه:

۱. سید محمد حسینی دره صوفی، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی،  
نخبه و پژوهشگر برتر در دانشگاه بین المللی المصطفی. قم
۲. دکتر سید رضی قادری، دکتری فلسفه اخلاق از دانشگاه باقر العلوم،  
سطح چهار فقه و اصول حوزه، استاد سطوح عالی حوزه. قم
۳. محمدعلی علیدادی، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، جامعه  
المصطفی العالمیه. قم
۴. سید مهدی نقوی، ارشد رشته ادیان ابراهیمی، قم جامعه المصطفی
۵. سید طالب زکی، دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و معارف اسلامی،  
جامعه المصطفی العالمیه، قم.

## فهرست مطالب

۷	واکاوی مفهوم واژه «قرآن» با دو رویکرد بیرون متنی و درون متنی
۲۳	ازدواج و تشکیل خانواده در ادیان اسلام و یهودیت
۴۳	بررسی شرایط و مبانی فقهی مسئولیت کیفری ومدنی طیب، در حقوق ایران وافغانستان.
۷۹	نقش مدیریت مشارکتی منابع آبی در توسعه پایدار دهات افغانستان
۱۰۵	کیفیت معاد و بقای نفس انسانی در فلسفه اسلامی با تاکید بر دیدگاه ملا صدرا
۱۳۷	عوامل جرایم مالی اطفال و راهکارهای مقابله با آن
۱۷۳	نقدی بر نظریه وحی نفسی از منظر عقل، قرآن و روانشناسی
۱۹۵	اندیشه ضد اسلامی برنارد لوئیس به عنوان نماینده شرق شناسان غربی
۲۱۷	مبارزه با استکبار و استقامت در مقابل ظلم با تاسی از مکتب عاشورا



سال چهارم، پاییز ۱۴۰۳، شماره ۱۶

## بررسی شرایط و مبانی فقهی مسئولیت کیفری و مدنی طبیب، در حقوق ایران و افغانستان.

قربانعلی مبلغ<sup>۱</sup>

**چکیده:** تحقیق حاضر شرایط و مبانی فقهی مسئولیت کیفری و مدنی طبیب را در قوانین موضوعه ایران و افغانستان، به صورت کتابخانه‌ای مورد بررسی قرار داده و به نتایج ذیل دست یافته است: مسئولیت پزشکی، پاسخگو بودن پزشک در قبال خسارات و زیانهای ناشی از انجام وظایف پزشکی است که به بیمار وارد می‌آورد؛ در این نوشته مسئولیت طبیب در ابعاد کیفری و مدنی بررسی شده و هنگامی پزشک از لحاظ کیفری مسئول است که عمل ارتكابی او توأم با سوءنیت باشد و قانون نیز آن را مستوجب مجازات بداند؛ در مسئولیت مدنی سوءنیت در بین نبوده و با جبران خسارت مسئولیت مرتفع میشود. مشهور فقهای اسلامی با ذکر ادله‌ای و رد ادله مخالفین شان طبیب را به طور مطلق ضامن می‌دانند؛ قوانین موضوعه ایران و افغانستان، اذعان می‌دارد؛ در مواردی چون عدم قرارداد طبیب با بیمار، عدم اخذ رضایت بیمار، تخلف طبیب از قرارداد و صدمات ناشی از بی احتیاطی، اهمال و غفلت اطبا، تخطی محسوب گردیده و طبیب متخطی در قبال رفتار نا بهنجار خود مسئول می‌باشد؛ اما در مقابل، اخذ برائت قبل از درمان، اخذ رضایت بیمار یا اولیای وی را راهکارهای برای مصونیت دانسته است.

**کلیدواژه‌ها:** مبانی فقهی، مسئولیت، طبیب، قصور طبیب، رضایت بیمار،

۱. دانش‌پژوه دکتری فقه و حقوق قضایی؛ جامعه المصطفی العالمیه(ص)، قم؛ ایمیل:

## ۱. مقدمه

در عرصه حقوق یکی از موضوعات مهم، مسؤلیت کیفری و مدنی پزشک است؛ با وجود که طبیبان در انجام وظایف خود به صورت درست تلاش می‌ورزند اما به منظور تضمین حقوق افراد و جلوگیری از تخطی‌گری پزشک بحث مسؤلیت طبیب مطرح می‌باشد تا در موارد که حقوق افراد از سوی طبیبان در اثر بی احتیاطی و موارد همگون، مورد تعدی قرار گیرد افراد بتوانند با استفاده از حقوق قانونی خود طبیب متخطی را مورد پیگرد قانونی قرار دهد.

در این تحقیق شرایط و مبانی فقهی مسؤلیت کیفری و مدنی طبیب در حقوق ایران و افغانستان، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. و مطالب آن طی دو بخش به چینش در آورده خواهد شد؛ که بخش اول به مفاهیم و کلیات تحقیق پرداخته، و در بخش دوم، شرایط و مبانی فقهی مسؤلیت کیفری طبیب از منظر فقه‌های اسلامی، مسؤلیت طبیب در حقوق ایران و افغانستان، مورد بررسی قرار گرفته و با یک جمع بندی این مقاله خاتمه خواهد یافت.

## ۲. مبانی نظری

در ابتدای بخش نخست به تعریف واژه‌های می‌پردازیم که در طول تحقیق بیشتر با آنها سرو کار داریم و به‌عنوان واژه‌های کلیدی مطرح است.

### ۱-۲. مفهوم مسؤلیت

#### ۱-۱-۲. مسؤلیت در لغت

مسؤلیت مصدر صناعی یا جعلی از مسؤل، ضمانت، ضمان، تعهد، مواخذه و نیز مسؤلیت چیزی با کسی بودن؛ به گردن او و در عهده او و در ضمان او بودن همچنین به معنی پرسش، مورد سؤال واقع شدن و به مفهوم تفکیک وظیفه نیز آمده است. (معین، ۱۳۷۱، ۹۵).

## ۲-۱-۲. مسئولیت در اصطلاح حقوق و فقهای اسلامی

برخی حقوق دانان مفهوم مسئولیت را چنین تعریف نموده است: مسئولیت عبارت است از «تعهد قانونی شخص به رفع ضرر دیگری که وی به او وارد آورده است، خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی باشد یا از فعالیت او ایجاد شده باشد». (لنگرودی، ۱۳۸۰، ۶۴۲). باید توجه داشت که در معنای فقهی و شرعی نیز فقهای اسلامی مسئولیت را مترادف با عبارت ضمان به کار برده که هر نوع مسئولیت اعم از مدنی، مالی و جزایی را شامل میشود و کسی را که مسئولیت بر عهده او قرار میگیرد مسئول یا ضامن مینامند. (انصاری، ۱۳۸۴، ج ۳، ۱۷۷۱). چنانکه مشاهده میشود مسئولیت در اصطلاح حقوق نیز متناسب با معنی لغوی آن به کار رفته است و حول محور پاسخگویی، مواخذه شدن در قبال رفتار و کردار و تعهد در قبال دیگران به خاطر عملی است که از سوی شخص صادر گردد، میباشد؛ منظور از مسئولیت طیب، خیانت وی مانند قصاص، تعزیرات یا ضمان؛ و دارای دو جنبه اخلاقی و حرفه‌ی میباشد که جنبه اخلاقی آن به اخلاق و آداب عمومی برمی‌گردد و طیب ملزم به رعایت آن است. جنبه حرفه‌ی آن مطلق به حرفه طیب تعلق دارد. و طیب ملزم است قواعد و اصول حرفه‌ی طیب را مراعات نماید، به همین دلیل امروزه یکی از گفتمان‌ها و مسایل داغ که در حقوق جزای کشورها مطرح می‌باشد، موضوع مسئولیت جزایی طیب است که در رابطه طیب و بیمار مطرح میشود. در واقع رابطه طیب و بیمار به منزله عقدی است که میان آن دو منعقد گشته و به موجب این رابطه حقوقی، طیب به عنوان بازیگر فعال این رابطه، در برابر خدمات علمی خود همانگونه که نفعی عاید وی میگردد، واجد تکلیفی است که در ادبیات حقوقی به مسئولیت تعبیر میگردد. فلذا، زمانی که از «مسئولیت» یاد میشود، مقصود گستره معنای حقوقی این واژه است که آثار و پیامدهای حقوقی نیز به همراه دارد. در این راستا، طیب در حیطه تخصص خویش و به اندازه توانایی‌ها و قابلیت‌های علمی‌اش به افق نظامات مقرر وظیفه دارد ضمن عنایت به حفظ اسرار این رابطه و عدم افشای آنها، در درمان و معالجه بیمار همت گمارد و هرگونه «خطا و قصور» از سوی وی موجب تحقق مسئولیت حقوقی و جزایی خواهد بود.



## ۲-۲. مفهوم طبیب

### ۱-۲-۲. طبیب در لغت

کسی که به درد بیماران رسیدگی کند و به تدبیر و دارو شفا بخشد. (دهخدا، نرم افزار).

### ۲-۲-۲. طبیب در اصطلاح

مراد از طبیب در اینجا، طبیب حاذق، متخصص و ماهری است، که به صورت اکادمیک در رشته طبابت تحصیل کرده، و با طی مراحل آن به درجه تخصص و حاذقیت رسیده، و با کسب گواهی نامه تخصصی با اجازه قانون به شغل طبابت مشغول است. (نجاتی، ۱۳۸۹، ۶۳). و یا به صورت تجربی و حرفه‌ای 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 جاهلی خود را طبیب معرفی کند و به درمان بیماران پردازد، بی آن که از طبابت چیزی بداند که در اصطلاح به او طبیب جاهل 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 قرار داده است؛ زیرا اولاً، صرف تصدی عمل او تقصیر به شمار می‌آید و ضمانت مطلق را به دنبال دارد، (همان، ۵۹) و ثانیاً، چنین افرادی از اشتغال به طبابت ممنوع 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. (الزحیلی، ۱۳۷۱، ۴۴۹-۴۵۰).

### ۳-۲. مفهوم مجازات

اعمالی که انسان انجام میدهد اگر مخالف اخلاق، وجدان، عدالت و قانون باشد، پاداش‌های آن با سرزنش، نکوهش، تنبیه، تأدیب و مجازات همراه خواهد بود. به کار بردن کلمات به شکل مترادف و متعارف مورد قبول است اما وقت عملی

مخالف قانون باشد باید فقط کلمه مجازات را به کار برد. (البته، بدیهی است که مقصود قانونی است که اعمال افراد را به عنوان جرم تلقی کند).

### ۲-۳-۱. جازات در لغت

مجازات در لغت به معنای جزا دادن در بدی و نیکی، پاداش، کیفر یافتن، به سزای اعمال رسیدن، تنبیه، تادیب، سرزنش و نکوهش آمده است. (لغتنامه دهخدا، ذیل واژه مجازات.)

### ۲-۳-۲. مجازات در اصطلاح حقوقی

در اصطلاح حقوقی تعاریف متفاوتی از مجازات اراء شده است که از باب نمونه به چند تعریف اشاره می‌نمایم. مجازات عبارت از تنبیه و کیفری است که بر مرتکب جرم تحمیل می‌شود. مفهوم رنج از مفهوم مجازات غیر قابل تفکیک است و در واقع رنج و تعب است که شخص حقیقی مجازات می‌باشد. ویا مجازات واکنش جامعه علیه مجرم است. (بهری، ۱۳۸۰، ۳۶۱-۳۶۶) باتوجه به این نکات میتوان مجازات را این گونه تعریف کرد: «مجازات مجموعه قواعد مورد تائید جامعه است که ضامن اجرای عدالت واقعی است و سعی در هدایت مجرم اصلی و یا احتمال، بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم، ارضاء فطرت عدالت خواهی مجنی علیه و حمایت از جامعه را دارد که توسط قوه مقننه وضع و به وسیله قوه قضائیه به مورد اجرا گذارده می‌شود؛ اما تعریف جامع تر که می‌توانیم از مجازات ارائه نماییم: مجازات آزاری است که قاضی به علت ارتکاب جرم به نشانه نفرت جامعه از عمل مجرمانه و مرتکب آن برای شخصی که مقصر است برطبق قانون تعیین میکند. (همان، ۶۳۶-۳۷۶).

### ۲-۳-۳. مجازات در اصطلاح فقهی

برای مجازات تعریف اصطلاحی صریح در متون فقهی نمی‌توان دریافت نمود. ولی آنچه از خلال مباحث مربوط به سیاست کیفری اسلام می‌توان به دست آورد این است که مجازات در اسلام عبارتست از «اقداماتی (ضمانت اجراهای) که به منظور حفظ و تحکیم مصالح فردی و اجتماعی صورت می‌گیرد می‌باشد». که این اقدامات گاهی جهت حفظ دسته‌ای از ارزشهاست که بی توجهی به آنها و صرف نظر نمودن

از آنها یقیناً برای جامعه فساد آور است، در این صورت مجازات‌ها ثابت و حتی الامکان باز دارنده هستند که شامل مجازات‌های قصاص و حدود می‌شود و گاهی هم جهت حفظ دسته‌ای دیگر از ارزشهاست که چنان اساسی و مهم نیستند که نیاز به ضمانت اجرایی کیفری ثابت و انعطاف پذیر و از ثبات و پایداری همیشگی برخوردار باشند یعنی تعزیرات. هر فعلی که انجام آن شرعاً ممنوع و حرام باشد اگر مجازات معین بر این ارتکاب آن وجود نداشته باشد موجب تعزیر خواهد بود. (www.dadkhanhi.net)

## ۴-۲. تاریخچه مسئولیت طبیب

### ۲-۴-۱. تمدن‌های ابتدایی

در تمدن‌های ابتدایی که جوامع بشری به صورت قبیله‌ای بود، مردان روحانی قبیله با احاطه بر شناخت گیاهان دارویی، طبابت نیز می‌گردند؛ یعنی علاوه بر منصب قضاوت، به امور طبیب نیز می‌پرداختند. کلمه طبیب به معنی آن جادوگر یا افسونگر است، از زمان‌های قدیم مصطلح شده و به این گونه روحانیون طبیب اطلاق می‌شد. (همان، ۵۴). در آن زمان چون روحانیون این فکر را که بیماری‌ها ناشی از خشم خدایان هستند، گسترش داده بود، مسئولیت متوجه آنها نبوده است. بعدها که تمدن پیشرفت کرد و طبابت از روحانیت جدا شد، به تدریج برای طبیبان مسئولیت قایل شده‌اند.

### ۲-۴-۲. بابل، یونان و روم باستان

در بابل باستان، حمورابی، مجموعه قوانینی وضع نمود که به موجب آن در صورت که طبیبان در اثر عدم آگاهی از اصول مسلم دانش طبیب و خطا در معالجه، موجب بروز ضرر و زیان به بیماران می‌شدند مسئولیت داشتند. (الگود، ۱۳۵۶، ۲۱). در یونان باستان در صورت که طبیب به علت خطا در معالجه موجب مرگ بیمار می‌شد مستوجب مرگ بود. در ماجرای هفستیون، اسکندر مقدونی، دستور اعدام طبیب معالج او را به علت عدم شفای نامبرده، صادر نمود. رومیان باستان نیز که وارث علوم، فنون و طب یونانی و ایرانی بودند، جهل و خطای طبیب را موجب مسئولیت

میدانستند و در صورت که یک طبیب در معالجات اش، از اصول و ضوابط مسلم طبیب تخطی میکرد، او را به جبران خسارت وارده به متضرر ملزم مینمودند. (بسام، ۱۴۰۴، ۴۰).

### ۲-۴-۳. دوران اسلامی

با توجه که دانشمندان بزرگ اسلامی به این دانش داشتند، شعبه‌ها و فروع زیادی در آن پیدا شد.

این شعب، به موضوعات آن علم مربوط میشد که گاهی به کیفیت درمان و گاهی به حالت‌های مختلف انسان‌ها هنگام معالجه میپرداخت؛ مانند تدبیرالاصحا (تندرستی اشخاص)، تدبیرالجبالی (سلامتی زنان آبستن جهت سالم نگهداشتن جنین)، تدبیرالمولودین (طیب نوزادان)، تدبیرالصبيان (طیب کودکان)، تدبیرالمشایخ (طیب سالخورده گان). ( محقق، ۱۳۷۴، ۳۹۸). رشد و اعتلای طبیب اسلامی بیش از هر چیز مرهون تلاشهای دانشمندان همانند ذکریا رازی، ابوعلی سینا بلخی و... بود. کتاب الشفا نگاشته ابوعلی سینا بلخی را میتوان شاهد این مدعا ذکر نمود.

### ۳. انواع مسؤولیتها و تفاوت آنها

#### ۳-۱. مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت خارج از قرارداد

به صورت کلی برای پزشکان دو نوع مسؤولیت پیش بینی شده است:

مسؤولیت قراردادی: ضرر اگر ناشی از نقض تعهد میان مسبب ضرر و زیان دیده باشد، مسؤولیت قراردادی به وجود می‌آید.

مسؤولیت غیر قراردادی: اگر به دلیل نقض تعهد قانونی که اضرار به غیر را ممنوع می‌کند باشد، مسؤولیت قهری شکل می‌گیرد. در ضمان قهری، به طور معمول باید ثابت شود که مسؤل، مرتکب تقصیر شده است.

پیروان قهری بودن مسؤولیت پزشک، معتقدند که آنچه پزشک تعهد به انجام آن می‌کند، درمان بیمار است. این امر، به زندگی انسان وابستگی دارد که قابل داد و ستد نیست و نمی‌تواند مورد معامله قرار گیرد؛ همانطور که در بخش بعدی این نوشته خواهد آمد، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مواد ۴۹۷-۴۹۵ مسؤولیت پزشک

از مصادیق مسئولیت مبتنی بر تقصیر شناخته شده است.

به عبارت دیگر مسئولیت قراردادی عبارت از تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی برای اشخاص حاصل می‌شود. در مسئولیت 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 خطا ضرر و زیانی به دیگری می‌زند. ریشه این نوع مسئولیت پیمان بین متضرر و زیان زنده نیست. بلکه تخلف از تکالیفی است که برای همه افراد وجود دارد (لنگرودی، پیشین، ۶۴۳).

برای مثال اگر طبیب برای درمان بیماری با او قرارداد ببندد و خسارت ناشی از بی احتیاطی (عدم انجام تعهد) را بطور مقطوع معین سازد، بیمار نمی‌تواند بدین عنوان که بی احتیاطی طبیب به موجب قانون نیز از موارد مسئولیت مدنی است، پیمان امضاء شده را نادیده بگیرد و خسارتی بیش از آن مطالبه کند. زیرا احتمال دارد مقطوع بودن خسارت، انگیزه اصلی در بستن پیمان و کاهش میزان دستمزد باشد و استناد به قانون، تعادل بین دو عوض را بر هم زند. که این دو نوع مسئولیت تفاوت‌های دارد که شرح و بسط آن از عهده این وجیزه خارج است.

### ۲-۳. مسئولیت حقوقی و اخلاقی

مسئولیت اخلاقی، عبارت است از اینکه انسان در مقابل وجدان خویش پاسخگوی خطای ارتكابی خود باشد. بنابراین مسئولیت اخلاقی، کاملاً جنبه درونی و شخصی دارد و برای مسئول شناختن فاعل، لازم است که اندیشه و وجدان وی بازرسی شود. (اشتری، ۱۳۷۵، ۲۹) به عبارت دیگر مسئولیت اخلاقی، الزامی است که شخص در وجدان خویش در برابر گفتار، اعمال و افکار خود دارد. اگر عمل با حسن نیت باشد، شخص مورد مؤاخذة قرار نمی‌گیرد و اگر فاعل، قصدی خلاف قواعد اخلاقی داشته باشد مسئول است. (یزدانیان، ۱۳۷۹، ۳۰) بنابراین مسئولیت اخلاقی، پاسخگویی انسان در برابر وجدان خویش و در برابر پروردگار است. مسئولیت حقوقی، مسئولیتی است که شخص در برابر دیگران دارد و معمولاً به وسیله پرداختهای مالی، جبران می‌گردد برخلاف مسئولیت اخلاقی که قابل تقویم به پول

نمی‌باشد. (حسینی‌نژاد، ۱۳۷۰، ۱۳۰)

مسئولیت اخلاقی پزشکی و مسئولیت مدنی پزشکی، رابطه عموم و خصوص من وجه دارند. از این رو، در پاره‌ای موارد، پزشک، علاوه بر مسئولیت اخلاقی، ملزم به جبران خسارت بیمار نیز هست. همچنین مسئولیت اخلاقی، گاهی با مسئولیت کیفری تداخل پیدا می‌کند که نمونه آن، افشای اسرار پزشکی است که در قوانین برخی کشورها از جمله ایران ماده ۶۲۸ قانون مجازات، جرم تلقی شده، مستوجب مجازات است.

مسئولیت حقوقی آن است که در قانون پیش بینی شده و ضمانت اجرای قانونی (مدنی و جزایی) دارد و شخص در مقابل افراد دیگر مسؤول است. مسئولیت حقوقی یا قانونی خود به دو شاخه عمده تفکیک می‌شود که عبارت است از مسئولیت جزایی و مسئولیت مدنی که از جهات مختلف با هم تفاوت دارند ولی قدر مشترک هر دو نقض الزام و تعهدی است که قرار داد یا قانون به عهده اشخاص قرار داده است و هر دو را می‌توان از دادگاه مطالبه نمود و وجود ضرر نیز در هردو مفروض است. (ولیدی، ۱۳۷۱، ۳۶). از ذکر تفاوت این هردو نیز به جهت رعایت اختصار صرف نظر می‌شود.

### ۳-۲-۱. مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی

مسئولیت کیفری، مسئولیت مرتکب جرمی از جرایم مصرح در قانون است. همچنین مسئولیتی است که مرتکب عمل مجرمانه علاوه بر اطلاع، باید دارای سوء نیت یا قصد مجرمانه بوده، رابطه علیت بین عمل ارتكابی در نتیجه حاصل از جرم باید وجود داشته باشد تا بتوان عمل انجام شده را به مرتکب منتسب نمود. شخص مسؤول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید و به علاوه باید از عهده خسارت مدعی خصوصی هم برآید.

مسئولیت مدنی عبارت است از تعهد و 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 موردی که شخص موظف به جبران خسارت دیگری باشد، در برابر او مسئولیت مدنی دارد یا ضامن است. همچنین مسئولیت مدنی عبارت از جبران ضرر، زیان و خسارت به دیگری است. این مسئولیت بر اساس یک رابطه دینی بین زیان دیده و زیان زننده ایجاد می شود که اصطلاحاتی نظیر بدهکار و طلبکار و داین و مدیون در این مسئولیت به کار برده می شود بنابراین مسئولیت مدنی هنگامی به وجود می آید که کسی ملزم به ترمیم نتایج خسارتی باشد که به دیگری وارد کرده است. لذا مسئولیت مدنی وقتی تحقق پیدا می کند که شخص در برابر دیگری جوابگو باشد. به این ترتیب رکن اساسی مسئولیت مدنی ورود خسارت نامتعارف و ناروا به دیگری است همچنین مسئولیت مدنی چه ناشی از عمد باشد یا خطا آثار آن را قانون معین می کند که ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی جمهوری اسلامی ایران مقرر می دارد: هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد که موجب ضرر مادی یا معنوی گردد مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود است با این وجود هدف از مسئولیت مدنی جبران خسارت شخص زیان دیده است.

در مسئولیت مدنی ضرر و زیان وارده متوجه شخص خصوصی است و این نوع ضرر و زیان اغلب قابل تقویم به پول است و به جامعه و نظم عمومی و امنیت لطمه ای وارد نمی شود و به دلیل خصوصی بودن قابل مصالحه و گذشت است. خلاصه مسئولیت مدنی به معنای تعهد به جبران خسارت است که بر مبنای دو نظریه تقصیر و خطر می باشد؛ که تقصیر به معنای تعدی و تفریط می باشد و تعدی عبارت است از تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری و تفریط هم به معنای ترک فعلی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.

#### ۴. تفاوت‌های مسئولیت کیفری و مدنی

این دو نوع مسئولیت از جهات گوناگون با هم تفاوت دارد که ذیلاً به بعضی از

آنها اشاره می‌شود:

۱- هدف از مسؤولیت کیفری، مجازات مجرم است که به منظور دفاع از جامعه و پاسداری از نظم و جبران خسارت عمومی و اصلاح مجرم و تنبیه سایر افراد به مورد اجرا گذاشته می‌شود؛ ولی هدف از مسؤولیت مدنی جبران خسارت شخص زیان دیده است.

۲- از نظر حقوق جزا برای تحقق جرم، وجود سوء نیت یا قصد مجرمانه یا تقصیر جزایی از ناحیه مرتکب جرم برای اثبات مسؤولیت کیفری در کلیه جرایم اعم از عمومی و غیر عمومی الزامی است. در صورتی که از نظر حقوقی احراز مسؤولیت مدنی نیازی به اثبات سوء نیت فاعل ضرر زننده ندارد، بلکه خطاهای که موجب مسؤولیت مدنی می‌گردد بطور معمول از بی احتیاطی، عدم مهارت یا عدم نظامهای دولتی سرچشمه می‌گیرند و یا این که در بعضی موارد، قانون کسی را از نظر مدنی ملزم به جبران خسارت می‌کند بدون این که مرتکب تقصیری شده باشد.

۳- از حیث منبع مسؤولیت نیز بین آنها اختلاف است؛ مسؤولیت جزایی تنها در مواردی پیدا می‌شود که قانون مقرر داشته است. هیچ عملی را نمی‌توان جرم شناخت مگر این که در قانون جرم شناخته شده باشد؛ ولی مسؤولیت مدنی قلمرو گسترده تر دارد. به عنوان قاعده کلی می‌توان گفت: کسی که بر خلاف حق و در اثر بی مبالاتی و بی احتیاطی به دیگری خسارتی وارد کند، باید آن را جبران کند.

نکته مهمی که باید توضیح داده شود، آن است که با وصف انفکاک که امروزه بین مسؤولیت مدنی و جزایی وجود دارد، این دو مفهوم در گذشته از هم جدا نبود. از جمله در سیستم حقوق اسلامی، فقها بین این دو مفهوم جدایی قائل نشده و به جای اصطلاح مسؤولیت، لفظ ضمان را بکار برده‌اند. ضمان از نظر ایشان اعم از مدنی و جزایی است.

## ۵. شرایط و مبانی فقهی مسؤولیت طبیب در حقوق ایران و افغانستان

در این بخش به بررسی شرایط و مبانی مسؤولیت طبیب ماهر و ماذون از سوی بیمار با تکیه بر آرای فقهای اسلامی در حقوق ایران و حقوق افغانستان، ذکر اسباب



و دلایلی که موافقان و مخالفان به منظور توجیه مسئولیت یا عدم مسئولیت طبیب غیر مقصر بیان کرده‌اند، خواهیم پرداخت.

## ۱-۵. شرایط مسئولیت جزایی طبیب

### ۱-۵-۱. شرایط عام

در خصوص شرایط نوع اول، صاحبان امر پزشکی بایستی شرایط داراشدن مسئولیت را صرف نظر از حرفه خویش داشته باشند. این شرایط در باب عمومات مسئولیت مطرح است.

در ابتدای امر وجود شرایط مذکور مسلم و محرز به نظر می‌رسد زیرا فردی که تصدی یک امر پزشکی را عهده دارد، به یقین برخی شرایط عام مسئولیت حقوقی مانند بلوغ و عقل را دارد. در عین حال باید توجه نمود که احراز شرایط فوق برای تحقق مسئولیت در باب حرفه پزشکی ضروری است. بطور مثال اگر پزشکی مبادرت به تحویز دارویی برای بیمار خویش نماید و در نتیجه بیمار آسیب بدنی ببیند، تحت شرایطی پزشک مسئولیت دارد. مثلاً اهمال و مسامحه در تجویز و درمان نموده باشد. همچنین ممکن است تجویز مذکور ناشی از وجود شرایطی چون تهدید و یا اکراه باشد. طبیعی است در چنین فرضی برخی مسئولیت‌های قانونی مثلاً مسئولیت کیفری ثابت نمی‌شود. (عباسی، ۱۳۸۳، ۴۱۵).

همچنین می‌توان به مناسبت مسئولیت حرفه پزشکی شرایطی را تصور نمود که حتی رضایت پزشک نیز قابل تأمل باشد ولی نه بدلیل این که منشاء عدم رضایت، رفتار خشونت آمیز یا تهدید باشد. بلکه یک اقدام پزشک است که برای درمان بیمار خویش انجام می‌دهد. مع الوصف شرایط و اوضاع و احوال انجام اقدام پزشکی (Circonstances d'acte médical) به دلیل زمان یا مکان رضایت پزشک را تأمین نمی‌کند. بنابراین در فرضی چنانچه پزشکی در شرایطی اقدام به عمل پزشکی نماید که مطلوب وی نموده هر چند برای بیمار وی مطلوب باشد. به طور مثال اگر پزشکی بدلیل اینکه بیمار سرطانی خویش که از درد شدید رنج می‌برد از طریق تزریق مقداری الکل به نخاع مبادرت به از کار انداختن حس عصبی بیمارش نماید بطوری

که تنها علاج کاهش درد این اقدام پزشکی باشد، آیا می‌توان نظر داد که در اینجا رضایت پزشک که یکی از شرایط داشتن مسئولیت اقدام پزشکی است وجود دارد یا خیر؟ (عباسی، ۱۳۷۷، ۱۱۱). بدیهی است اگر موضوع از مصادیق ضرورت محسوب شود تعیین حکم قانونی سهل است ولی چنانچه یک نوع ضرورت قلمداد نشود به نظر نمی‌رسد سیاست تقنینی صریح در این خصوص وجود داشته باشد.

#### ۵-۱-۲. شرایط خاص

تحقق مسئولیت کیفری متصدیان امر پزشکی علاوه بر شرایط عام مستلزم وجود شرایط خاصی نیز می‌باشد. همین شرایط است که موضوع مسئولیت خاص کیفری را در حقوق پزشکی مطرح می‌نماید.

#### ۵-۱-۲-۱. اخذ رضایت بیمار

مهمترین وظیفه طبیب قبل از شروع به درمان اخذ رضایت از بیمار است. عدم اخذ رضایت از بیمار، یک نوع خطای طبیب محسوب می‌شود. بنا بر این طبیب باید اطلاعات را که برای بیمار لازم است به او ارائه کند و بیمار را از همه جوانب امر آگاه نماید تا او، آگاهانه به درمان خویش رضایت دهد. و اراده تداوی را نسبت به خود نماید، گر چند اراده زیر بنای هر عمل حقوقی است ولی زمانی می‌توان موثر باشد که اراده کننده، رضایت به ایجاد آن عمل حقوقی داشته باشد، محاسبه سود و زیان هم از مقدمات تکوینی اراده است. انسان هر گاه امری را به منفعت خویش ببیند، اراده میکند و گرنه دوری می‌جوید. اما آنچه برای این محاسبه و سنجش نفع و ضرر لازم است آزادی اراده است و اگر کسی تحت فشارهای مادی و معنوی، خارجی یا داخلی اقدام میکند، اراده‌اش به لحاظ حقوقی، معتبر نخواهد بود. لذا شرط اساسی برای تاثیر اراده رضایت اراده کننده است. البته قلمرو رضایت هم تا جایی است که جان بیمار به خطر نیفتد و در مورد نحوه اخذ رضایت نیز دیدگاه‌های متعدد و شیوه‌های متنوع وجود دارد که در این مختصر نمی‌گنجد.

فقه‌های اسلامی درباره‌ی ضمان طبیبی که بدون اذن بیمار یا ولی او اقدام به معالجه نماید ادعای اجماع کرده‌اند. لکن درباره‌ی مسئولیت طبیب حاذق و متخصصی که با وجود اذن در معالجه و درمان اقدام وی اتفاقاً موجب تلف شده است. اختلاف نموده‌اند. ابن ادریس، در فرض مذکور بر عدم ضمان طبیب نظر دارد و چنین استدلال کرده است که اذن به بیمار، ضمان را از بین می‌رود و چون مداوا کردن امری است که از نظر شرعی جایز است پس در اذن بیمار به انجام چنین امری نیز جایز می‌باشد. قول مشهور، دلایل فوق را نپذیرفته و طبیب مأذون را مسول جنایات ناشی از درمان شمرده‌اند زیرا اذن بیمار، اذن در معالجه و درمان است و نه تلف. از این رو اذن وی در سقوط ضمان تلف، موثر نبوده و بین اذن و ضمان نیز منافاتی نیست همچنان که مسئولیت کسی که به قصد تأدیب موجب جنایت بردیگری می‌گردد، پذیرفته شده است. با بررسی کتب و تألیفات فقهایی که ضمن قول مشهور بر شمرده شده‌اند، مشخص می‌شود که تنها فقهای متأخر بر ابن ادریس چون شهید اول درلمعه و شهید ثانی در مسالک الافهام و الروضه محقق کرکی در جامع المقاصد، علامه حلی در الارشاد و فخرالمحققین در الايضاح باتصریح به اذن بر ضمان طبیب مأذون نظر داده‌اند و عبارت فقهای متقدم که مبنی بر ضمان طبیب می‌باشد مانند المقنعه، النهایه، المراسم، الغنیه، تبصره المتعلمین، تذکره الفقهاء، التحریر، الاشاره، جامع المقاصد خالی از قید اذن می‌باشد. (اقتباس از نوت درس دکتر سیدرسول آقایی؛ در دوره تحصیلی کارشناسی ارشد).

حال که روشن شد در فقه اسلامی، مشهور این است که طبیب مأذون نسبت به جنایات ناشی از درمان مسئول است می‌توان به چنین نتیجه‌ای نایل شد که اذن در معالجه و درمان نمی‌تواند مبنای فقهی معتبری برای معافیت اعمال پزشکان و جراحان قلمداد شود.

### ۵-۱-۲-۳. رضایت مریض

طرفداران این نظریه معتقدند که مبنای معافیت اعمال طبیبان و جراحان از تعقیب جزایی، به وجود قرار داد فی مابین متصدیان این نوع اعمال و بیمار بر می‌گردد. مطابق این نظریه به محض مراجعه بیمار به طبیب بین آنان نوعی قرار داد منعقد می‌شود و در انعقاد این قرار داد بایستی نظیر سایر قراردادهای کلیه جوانب قانونی از جمله رضایت طرفین ملحوظ گردد. اعلام رضایت از ناحیه‌ی مریض یا اولیای او؛ در واقع به منزله‌ی گردن نهادن به عواقب و خطرات ناشی از معالجه یا جراحی است و طبیب را از مسئولیت مبرا می‌سازد. جهت‌گیری حقوقی و قضایی در انگلستان نیز به این سمت است که سبب عدم مسئولیت پزشک رضایت مریض نسبت به اقدامات او می‌باشد. بعضی از حقوق دانان در آلمان و فرانسه هم این نظریه را پذیرفته‌اند و محاکم فرانسه و مصر نیز درگذشته این چنین حکم کرده است. نظریه رضایت مریض نیز به نوبه خود مانند نظریات قبلی مورد انتقاد قرار گرفته است. برای توضیح بیشتر اضافه می‌نماید که مطابق این نظریه به منظور سقوط مسئولیت جزایی طبیب و جراح لازم است که قبل از هر عملیات طبی، رضایت گرفته شود.

هیأت عمومی دیوان کشور در فرانسه در رای ژانویه سال ۱۹۳۷ خود همین استدلال را پذیرفته و مقرر داشته است. قوانین جزایی مربوط به نظم عمومی است و یک فرد نمی‌تواند اجازه‌ی نقض قانون و حقوق عمومی را به دیگری بدهد. رضایت مریض بزه‌دیده ولو برای نجات از مرض نباید ضابطه‌ی مشروعیت عمل نامشروع طبیب و جراح و سقوط مسئولیت کیفری او شود. این رضایت فقط کافی است موجب سقوط مسئولیت مدنی پزشک و جراح باشد.

### ۵-۱-۲-۴. اجازه قانون

آخرین و معتبرترین نظریه راجع به مبنای معافیت اعمال طبیبان و جراحان از تعقیب جزایی نظریه اجازه قانون است؛ طرفداران این نظریه معتقدند که مبنای مشروعیت اقدامات طبی و فقدان مسئولیت طبیبان نسبت به جنایاتی که در هنگام

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

#### ۲-۵. بررسی مبانی فقها نسبت به مسئولیت طبیب

فقهای امامیه، در باره ضمان طبیب که در معالجات خود کوتاهی کرده است، و یا معالجه توسط طبیب جاهل انجام شده باشد، هر چند بیمار اذن در معالجه داده باشد، ادعای اجماع کرده‌اند؛ (ابن ادریس، ۱۳۱۱، ۲۳۱) اما در باره مسئولیت و عدم مسئولیت طبیب متخصص، حاذق و ماهری که با وجود اذن در معالجه و رعایت کلیه موازین تخصصی و اصول فنی، اقدام وی اتفاقاً موجب تلف یا نقص عضو بیمار شده باشد، اختلاف نظر داشته و به دو دسته تقسیم شده است.

#### ۲-۵-۱. دیدگاه مشهور فقها

مشهور فقهای امامیه، مانند صاحب جواهر، شهید ثانی، مرحوم خویی، امام خمینی (نجفی، بی تا، ۴۵) و... معتقداند که هرگاه طبابت طبیب، فوت یا زیان بدنی بیمار را در پی داشته باشد، طبیب ضامن است؛ اگر چه در امر طبابت حاذق و متبحر و معالجه؛ نیز با اذن بیمار یا ولی او و با رعایت موازین فنی باشد.

و برای این مدعا دلایل آتی را بیان داشته است:

اولاً، روایات فراوانی بر ضمان طبیب دلالت می‌کند؛ از جمله روایت سکونی از امام صادق علیه السلام و او از امیرالمومنین علیه السلام که فرمود (من تطب او تبطیر

فلیاخذ البرائه من ولیه و الا فهو له ضامن؛ (حرعاملی، ۱۴۱۴، ۱۹۵). هر کسی که به طبابت و نیز طب حیوانی، می پردازد باید پیش از درمان، از ولی بیمار یا صاحب حیوان برائت جوید و الا ضامن است.

ثانیاً، وجود قواعد فقهی متعدد دال بر مسئولیت طبیب دارند، از جمله قاعده اتلاف، قاعده تسبیب، قاعده لاضرر و قاعده عدم هدر بودن دماء مسلم؛ این قواعد طبیب را در قبال اعمالش مسئول میدانند.

قاعده اتلاف؛ بیانگر این موضوع است که هرکس باعث اتلاف مال یا جان یا سلامت دیگری شود ضامن است، و باید جبران مافات نماید بنابراین، اگر در اثر اعمال طبیب، این پیامدها حاصل شود، او ضامن است. (نجاتی، پیشین، ۶۶) از طرفی گاهی درمان توسط خود طبیب صورت نگرفته بلکه تحت نظر وی صورت می گیرد؛ مثل تجویز داروی خاصی، تزریق آمپول توسط پرستار به دستور طبیب، که در این گونه موارد هر چند طبیب مباشر نیست؛ ولی به خاطر اقوا بودن سبب از مباشر، طبیب ضامن است. (طاهری، ۱۳۷۷، ۱۰۹).

قاعده لا ضرر که میگوید: هیچ ضرری نباید بدون جبران بماند، عقل نیز حکم میکند که زیان وارده به بیمار از سوی طبیب باید جبران شود و نباید بدون جبران باقی بماند. (نجفی، پیشین، ۴۵) و از همه مهمتر قاعده حفظ خون انسان مسلمان: «لا یبطل دم امرء مسلم»، دلالت دارد بر اینکه خون هیچ مسلمانی نباید هدر برود و عدم مسئولیت طبیب در جایی که بر اثر عمل او فردی جان خود را از دست میدهد یا نقص عضو پیدا میکند؛ باعث هدر رفتن خون مسلمانی میگردد؛ از این رو، برای جلوگیری از این تالی فاسد، باید طبیب را مسئول دانست. (نجاتی، پیشین، ۶۷).

ثالثاً، وجود اجماع راجع به مسئولیت طبیب؛ بعضی از فقها در این مورد به اجماع تمسک بسته میگویند: فقها اجماع دارند که طبیب در قبال پیامدهای اعمالش مسئول است. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ۱۲). این مطلب با بیان الفاظی؛ چون «لا خلاف» «اشبه» «الاقرب» «الاقوی» و «الاشهر» در آرا فقهای امامیه قابل مشاهده میباشد. (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۴۰۰).

در نتیجه این گروه از فقها قایل اند که طبیب در هر صورت مسئول اعمال خود

میباشد و در صورت قصور باید به جبران چیزی که اتفاق افتاده پردازند و تنها راه خلاصی او از مسئولیت، اخذ برائت از بیمار یا کسان وی در موارد خاص میباشد.

### ۵-۲-۲. دیدگاه غیرمشهور

در مقابل قول مشهور از فقها، قول غیر مشهور قرار دارد که این دسته از فقها بدین باوراند در صورت که طبیب پس از طی ادوار مختلف آموزشی و کسب گواهی تخصصی با اجازه قانون و مقامات رسمی به شغل طبابت پردازند و با رعایت اصول و مقررات فنی و اخلاق، بیماران خود را درمان نمایند؛ اما بیمار، بر اثر معالجه طبیب صدمه ببیند، طبیب ضامن خسارت نبوده و مسئولیتی ندارد، زیرا:

اولاً، اصل بر برائت است؛ یعنی در صورت وجود شایستگی و توانایی لازم در طبیب و همچنین اخذ اجازه از بیمار یا ولی وی و رعایت تمام موازین فنی، شک کنیم که او ضامن است یا نه؟ اصل بر جریان برائت است و بالطبع ضامن و مسئولیت هم در کار نخواهد بود.

ثانیاً، وجود اذن بیمار یا ولی او به معالجه، اعلام ضمنی به این مطلب نیز هست که ممکن است بر اثر عمل و مداوا، بیمار جان خود را از دست بدهد، از این رو در صورت مردن، طبیب عرفاً مسئول نخواهد بود؛ چرا که هم با اذن بیمار اقدام کرده و از طرف اذن در چیزی، اذن در لوازم آن نیز هست و صدمه و عدم نجات هم جز از کار است. (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ۷۶).

ثالثاً، وجود اذن شرع و عقل؛ شارع مقدس به درمان اذن داده است، و کار مباح شرعی و مجاز نباید ضامن آور باشد؛ زیرا گفته شده: کل ما هو ماذون شرعاً لیس فیه ضمان ما تلف لاجله، و کل ما هو غیر ماذون فیه، فیه الضمان. (امام خمینی، ۱۴۱۷، ۵۶۵).

رابعاً، وجود روایات زیاد بر عدم مسئولیت طبیب؛ از جمله: روایت اسماعیل بن حسن که خود از اطبا زمان بود میگوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم من مرد عرب هستم که به علم طبیب آشنا هستم و طبابت من عربی است و پول معاينه هم نمیگیرم، حضرت فرمود مانعی ندارد، عرض کردم: ما زخم را شکافته و با آتش

میسوزانیم؟ فرمود باکی نیست، عرض کردم: ما برای بیماران داروهای سمی تجویز می‌کنیم؟ فرمود مانعی ندارد، عرض کردم: ممکن است بمیرد فرمودند: ولو اینکه بمیرد. و روایات دیگری نیز که دلالت بر عدم مسئولیت طیب میکند. (کلینی، ۱۳۶۲، ۱۹۳-۱۹۴)

### ۵-۲-۳. بررسی این نظریه

به نظر مشهور فقها، این نظریه از چند جهت قابل اشکال و بررسی است: مشهور فقها باردیاضعیف نمودن دلایل غیر مشهور، خواسته‌اند که نظریات خود را تقویت کنند، از جمله بر اولین دلیل آنها که اصل برائت باشد، اشکال می‌کنند: تا جایی که اشتغال به ذمه وجود داشته باشد، جایی برای اعمال اصل برائت نیست، یا در خصوص اذن بیمار میگویند: اذن در درمان، اذن در اتلاف نیست و معتقداند که بیمار به مدوا خویش اجازه می‌دهد، نه به اتلاف خویش، و اذن به خودی خود هیچ‌گاه مسقط ضمان نیست، و یا می‌گویند: هیچ منافات میان قانون و شرعی بودن یک عمل و مسئولیت آور بودن آن، وجود ندارد. (اقتباس از نوت درس دکتر آقایی پیشین).

### ۵-۳-۱. بررسی مبانی فقها با تاکید بر ادله فقهی

#### ۵-۳-۱. روایات

طرفداران هر یک از نظریات مشهور و غیر مشهور به منظور اثبات مدعای خود مبنی بر ضمان یا عدم ضمان طیب محتاط و حاذق به روایاتی چند استناد کرده‌اند. در این جا پس از نقل هر یک از آنها، به تجزیه و تحلیل روایات استنادی از قول مخالفین و موافقین خواهیم پرداخت. مشهور فقهای امامیه برای اثبات مدعای خود به دو روایت استناد کرده‌اند:

۱- روایت سکونی که از امام صادق(ع) و از حضرت علی(ع) روایت می‌فرماید: من تطب او تیطر فلیأخذ البرائه من ولیه والا فهو له ضامن. یعنی، کسی که طبابت یا بیطاری می‌کند باید از ولی بیمار و یا صاحب حیوان اخذ برائت نماید در غیر این صورت ضامن است. (کلینی، ۱۳۶۲، ۳۶۴) در این روایت مشاهده می‌شود تا زمانی



که طبیب و یا بیطار، برائت اخذ نموده باشند، مطلقاً ضامن شناخته شده، مسئول آنچه تلف می‌کند خواهد بود. از جمله ایراداتی که از سوی مخالفین قول مشهور بر این روایت وارد شده این است که حدیث سکونی به جهت ضعف، واقع شده است و شهید ثانی در شرح لمعه با عبارت «الاولی الاعتماد علی الاجماع لا علی روایه لضعف سندها بالسکونی» بر این امر تصریح فرموده‌اند در مقابل طرفداران قول مشهور به این ایرادات چنین پاسخ می‌دهند: عمل مشهور جابر ضعف سند حدیث است یعنی، وقتی متن حدیث مورد پذیرش فقها قرار گرفته و به آن عمل کرده‌اند ضعف سند جبران می‌شود.

از سوی دیگر، مخالفین قول مشهور بیان کرده‌اند که روایت سکونی از امام صادق(ع) که امیر المؤمنین می‌فرمایند: «من تطیب او تیطر فلیأخذ البرائه من ولیه فهو ضامن» در مستدرک به نحو دیگری ضبط شده است و بعد از کلمه فهو ضامن، عبارت ان لم یکن ماهراً، اضافه شده است که موجب تغییر معنای روایت می‌شود. با لحاظ این عبارت حدیث را می‌توان چنین معنی کرد: کسی که طبابت یا بیطاری می‌کند باید از ولی بیمار یا صاحب حیوان برائت اخذ نماید و گرنه در صورتی که ماهر و حاذق نباشد ضامن است. در جواب به این ایراد می‌توان گفت با بررسی کتب معتبر حدیث مشاهده می‌شود که صورت اصلی حدیث همان است که طرفداران قول مشهور به آن اشاره کرده‌اند.

۲- سکونی از امام صادق(ع) روایت می‌کند که آن حضرت فرمود، «ان امیر المؤمنین(ع) ضمن ختانا قطع حشفه غلام» یعنی امیر المؤمنین شخصی را که انسانی را ختنه کرده و بیش از مقدار لازم بریده بود ضامن گردانید. (طوسی، ۱۳۶۴، ۲۳۴)

مخالفین قول مشهور اعم از فقها و حقوقدانان معتقدند که سیاق روایت مزبور به گونه‌ای است که حاکی از تعدی و تفریط ختنه‌گر بیش از حد متعارف می‌باشد در واقع، با پذیرش این قول، بر نظریه‌ی فقهای غیر مشهور که قائل به ضمان طبیب در صورت تعدی و تفریط هستند مهر تأیید زده می‌شود. در مقابل حقوقدانان و فقهای طرفدار مشهور نیز با بیان اینکه در روایت هیچ سخنی از تعدی و تفریط نیست، اعتقاد بر این دارند که تا زمانی که ختان برائت اخذ نکرده باشد، اگر چه حاذق باشد،

مسئول تلف جان و یا نقص عضو شخص ختنه شونده می‌باشد.

دومین دسته از روایات را طرفداران قول غیر مشهور به منظور اثبات ادعای خود بیان می‌کنند:

۱- روایت اسماعیل بن حسن که قبلاً بیان شد، می‌گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم من مردی از عرب هستم که به علم طبیب آشنا هستم و طبابت من عربی است و پول هم نمی‌گیرم. حضرت فرمودند: مانعی ندارد. عرض کردم ما زخم را شکافته و با آتش می‌سوزانیم فرمود: باکی نیست، عرض کردم ما برای بیماران داروهای سمی تجویز می‌کنیم؟ فرمودند: «مانعی ندارد» عرض کردم ممکن است بیمار بمیرد (فرمودند: ولو بمیرد اشکالی ندارد) (حرعاملی، ۱۳۷۰، ۱۷۶)

۲- یونس بن یعقوب می‌گوید: به حضرت امام صادق (ع) عرض کردم مردی دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می‌کند و ممکن است که از آن دارو یا قطع رگ نتیجه بگیرد و یا دارو و قطع رگ بیمار را بکشد. حضرت فرمود: می‌تواند رگ را قطع کند و دارو تجویز نماید. (همان)

۳- احمد بن اسحاق می‌گوید: من فرزندی داشتم که مبتلا به سنگ (کلیه یا مثانه) شده بود به من گفتند که علاجی جز جراحی ندارد؛ هنگامی که او را جراحی کردم فرزندم مرد. بعضی از شیعیان به من گفتند تو شریک خون فرزندان هستی، ناچار نامه‌ای به امام حسن عسگری نوشتم و قضیه را برای او شرح دادم، حضرت در پاسخ فرمودند: بر تو چیزی نیست چرا که هدف تو معالجه بود ولی اجل او همان بود که تو انجام دادی. (کلینی، ۱۳۶۲، ۵۳)

فقها و حقوق‌دانان طرفدار قول مشهور در مقابل روایات استنادی فوق که از سوی طرفداران قول غیر مشهور مطرح شده است، بیان می‌کنند این روایت ناظر به ضمان یا عدم ضمان نمی‌باشد بلکه ناظر به جواز اقدام به معالجه صرف نظر از نتایج آن می‌باشد. به عبارت بهتر، این روایات فقط در مقام بیان این امر بوده است که حتی با احتمال فوت بیمار نیز امکان اقدام به معالجه وجود دارد.

با ملاحظه روایات استنادی هر یک از دو گروه و ایرادات و پاسخ‌هایی که به این ایرادات داده شده است در مجموع چنین به نظر می‌رسد که ایرادات وارده بر روایت

منقول از طرفداران قول مشهور قابل رد و ایرادات وارده بر روایات وارده بر روایت غیر مشهور قوی تر به نظر می‌رسد به ویژه به خاطر نکته‌ای که از حدیث سکونی استفاده می‌شود و آن اینکه اگر طیب از نظر شارع ضامن نبوده، چرا حضرت علی (ع) برای عدم ضمان به اخذ برائت متوسل شده و راه چاره را نشان داده است.

همانطوری که در ابتدای این مقاله اشاره شد، موضوع بحث ما در جای است پزشک، متخصص و ماهر باشد وگرنه در مسئولیت و ضمان طیب نادان که تردیدی نیست؛ چنانچه که در این زمینه از امام علی (علیه‌السلام) نقل شده است که حضرت فرمودند: بر امام واجب است دانشمندان فاسد و پزشکان نادان را زندانی نماید. (طوسی، ۱۳۶۴، ۶، ۳۱۹)

زیرا اشتغال نادان در امر پزشکی، بیشتر به افزایش درد و رنج‌های مریض منجر می‌شود و آسایش و آینده‌اش را (اگر نگویی زندگی بسیاری را) به خطرات زیادی می‌کشد. و همان طور که علمای فاسد، دین را به فساد می‌کشاند، پزشکان نادان نیز بدن‌ها را فاسد می‌کنند و آسایش و سعادت انسان را در دنیا می‌ربایند، پس جلوگیری از آنان و ایستادگی در مقابل آنان با تمام قدرت، واجب است.

### ۵-۳-۲. اجماع

یکی دیگر از ادله‌ای که فقهای طرفدار نظریه مشهور، راجع به ضمان طیب حاذق محتاط و مأذون ارایه کرده‌اند اجماع می‌باشد. اهمیت این دلیل در میان سایر ادله به اندازه‌ای است که برخی از فقها، عمده دلیل پذیرش ضمان را برای طیب حاذق، محتاط و مأذون همین دلیل دانسته‌اند.

با بررسی آراء فقهای امامیه مشاهده می‌شود که غالب آنها با بیان الفاظی چون: لاخلاف، اشبه، الاقرب، الاقوی و الاشهر، راجع به جنبه مثبت مسئولیت طیب حاذق، محتاط و مأذون به اجماع رسیده‌اند. از سوی دیگر مخالفین نیز با ایجاد خدشه در اجماع، سعی کرده‌اند این دلیل را از اعتبار بیاندازند؛ بنابراین در ذیل با نقل ایرادات وارده و همچنین پاسخ‌هایی که به این ایرادات داده خواهد شد به ضعف و قوت هر یک از اقوال ذیل خواهیم پرداخت.

۱- آیت الله خوئی با ذکر عبارت «انه لا مستند لحدیحه الاجماع لا یكون حجه» (خوئی، بی تا، ص ۱۶۰) در واقع به کلی منکر حجیت اجماع به عنوان یکی از ادله استنباط احکام شده‌اند در حالیکه این عقیده به نظر ما صحیح نمی‌باشد؛ چرا که علمای اصول شیعه و سنی متفقا بر این قولند که اجماع یکی از ادله استنباط احکام می‌باشد، بنابراین در رابطه با این مورد نیز اجماع واجد حجیت است.

۲- ابن ادریس نیز اطلاقی را که در اجماع فقهای متقدم بر خود وجود داشته است در راستای نظر خود مبنی بر عدم ضمان طیب غیر مقصر منصرف کرده است. توضیح اینکه ابن ادریس به عنوان یکی از مخالفین سرسخت قول مشهور، اطلاق کلام فقهای متقدم بر خود مانند شیخ طوسی مفید و تابعان آن دورا که بر ضمان طیب اظهار نظر کرده‌اند بر موردی منصرف نموده است که طیب حاذق و محتاط نبوده، از بیماری یا ولی او کسب اجازه ننموده باشد این عقیده صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چرا که اولاً: تقیید این اطلاق و انصراف مسئولیت طیب منحصر به موردی که طیب حاذق، محتاط و مأذون نباشد، خلاف اصول است زیرا به منظور تقیید کلامی که در آن اطلاق وجود دارد باید قرینه‌ای وجود داشته باشد؛ حال آنکه نه تنها قرینه‌ای وجود ندارد بلکه از اطلاق روایت سکونی نیز این امر استنباط می‌شود که طیب مطلقاً ضامن شناخته شده و مسئول آنچه که تلف کند خواهد بود اعم از این که طیب مقصر باشد یا غیر مقصر.

ثانیاً: اگر چه ابن ادریس، اطلاق کلام فقهای قبل از خود، مبنی بر ضمان طیب را منصرف به مورد غالب، یعنی زمان که طیب حاذق محتاط و مأذون نباشد داشته است اما به نظر می‌رسد این انصراف از نوع بدوی است و لذا مانع اطلاق نمی‌باشد.

### ۳-۳-۵. اطلاق برخی قواعد فقهی

از جمله دلایل اثبات مسئولیت طیب غیر مقصر، برخی قواعد فقهی است که از اطلاق آنها می‌توان حکم ضمان طیب غیر مقصر را استنباط کرد. عناوین آن قواعد فقهی عبارتند از: ۱- قاعده اتلاف ۲- قاعده لاضرر، که شرح و بسط آن در این وجیزه گنجایش ندارد.

## ۴-۵. مسئولیت طبیب در حقوق ایران و افغانستان

۴-۵-۱. مسئولیت کیفری و مدنی طبیب در حقوق ایران

۴-۵-۱-۱. مسئولیت کیفری طبیب

در مسئولیت کیفری پزشکی، متصدیان حرفه پزشکی عنصر اساسی تشکیل دهنده جرم بوده و در نتیجه قلمرو جرم انگاری‌ها وسیع و نامحدود نمی‌باشد. در این نوع مسئولیت کیفری شرط تعقیب کیفری و انتساب جرم آن است که مرتکب از مصادیق مذکور در قانون باشد. که در خصوص این رابطه قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.» در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند برائت اخذ نکرده باشد. پزشک در معالجاتی که دستور آن را صادر می‌کند، در صورت تلف یا صدمه بدنی ضامن است مگر آنکه مطابق ماده ۴۹۵ این قانون عمل کند. یعنی عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود. هم چنین در موارد مزبور، هرگاه مریض یا پرستار بدانند که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف می‌شود و با وجود این به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست. لازم به ذکر است در موارد ضروری که تحصیل برائت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست. مسئولیت پزشکی، پاسخگو بودن پزشک در قبال خساراتی است که به بیمار وارد می‌آورد و این خسارات، ناشی از انجام وظایف پزشکی است. اگر مسوولیت پزشکی مبتنی بر نظریه قهری باشد؛ اثبات تقصیر برعهده بیمار یا مدعی خسارت است و در صورتی که مبتنی بر نظریه

قراردادی باشد، بسته به اینکه تعهد پزشک، تعهد به نتیجه یا به وسیله باشد، موضوع متفاوت خواهد بود، که شرح و بسط آن موجب تطویل می‌گردد و بنای این مقاله بر اختصار است؛ در این مقاله با رویکرد قانون جدید مسئولیت پزشک، به صورت مختصر بررسی شده و در آخر این بخش به بررسی مسوولیت مدنی طبیب پرداخته چنانچه که خواهم گفت در صورت عدم تقصیر پزشک در علم و عمل ضمنی بر وی وجود ندارد هر چند اخذ براءت نکرده باشد. تبصره ۱ ماده ۴۹۵ در واقع قانون مجازات جدید مبنای تقصیر را پذیرفته است. این در حالی است که پیش از این پزشک ضامن هرگونه خسارتی بود که در حین درمان به بیمار وارد می‌شد ولو مرتکب قصوری هم نمی‌شد. در قانون مجازات اسلامی، مجازات سقط جنین از سوی پزشک ۲ تا ۵ سال حبس و پرداخت دیه و مجازات افشای اسرار، حبس از سه ماه و یک روز تا یک سال و یا مجازات نقدی از یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال است.

خلاصه در قانون مجازات اسلامی؛ مواد ۴۹۵ تا ۴۹۷، دو راهکار خاص برای رهایی طبیب از مسئولیت پیش بینی شده است؛ یکی اخذ براءت نامه کتبی توسط طبیب از بیمار یا کسانی وی قبل از شروع به درمان و دیگر اخذ رضایت بیمار قبل از انجام هر گونه اقدام طبابت و درمانی؛ مگر در موارد ضروری و اورژانسی، ناگفته نماند که نهاد ابراء طبیب در فقه هم به عنوان راهکار رهایی از مسئولیت برای طبیب ذکر شده است.

بنابراین، عملیات جراحی و هر نوع اقدام دیگر طبیب که علیه بیمار انجام گیرد، فقط در صورت مشروع بوده و جرم و جنایت محسوب نمی‌گردد که با اذن و رضایت و براءت نامه بیمار یا ولی او و بدون خطای فنی انجام شود. در صورت فقدان هر یک از شرایط مذکور طبیب در برابر نفس درمان و هر نوع فعل ارتكابی ضامن خواهد بود. (اقتباس از نوت درس استاد دکتر آقای پیشین)

#### ۵-۴-۲. صدور گواهی خلاف واقع طبابت

یکی از جرائم مرتبط با امر طبابت موضوع اظهار نظرهای خلاف واقع طبیبان می باشد. دستگاه‌ها و مؤسسات موجود در جامعه در مواردی نیاز به اطلاع از واقعیت

مسائل پزشکی دارند تا براساس گواهی صادره توسط پزشکان اقدام نمایند. در برخی موارد متصدیان امر پزشکی بر خلاف واقع اظهار نظر می نمایند. بطور مثال فرد مشمول برای فرار از خدمت نظام وظیفه نزد پزشک می رود و پزشک مزبور نیز بدون معاینه و هرگونه اقدام طبی مبادرت به صدور گواهی مبنی بر صعب العلاج بودن بیماری فرد مذکور می نماید. به تدریج که موارد عدول از موازین پزشکی افزایش می یابد، جامعه احساس نا امنی نموده و جرم صدور گواهی خلاف پزشکی جرم انگاری می شود. (سعید حکیمی ها، ص ۵۲).

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در ماده ۵۳۹ قانون مجازات اسلامی، این مساله را جرم انگاری کرده مقرر می دارد: «پزشکی که اقدام به صدور گواهی خلاف واقع نماید به حبس از شش ماه تا دو سال یا به سه تا دوازده میلیون ریال جزای نقدی محکوم می شود.»

#### ۵-۴-۱-۳. مسئولیت مدنی طبیب

اما در خصوص مسئولیت مدنی پزشک که به معنای تعهد به جبران خسارت است، دو دیدگاه وجود دارد که به خاطر رعایت اختصار به صورت مختصر بررسی می شود:

آن دو نظریه مرسوم که مبانی مسئولیت مدنی را تشکیل می دهند نظریه خطر و نظریه تقصیر می باشد. در میان فقها، از تقصیر، به تعدی و تفریط یاد می گردد و مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ قانون مدنی ایران، متضمن این معنا می باشد. ریشه فقهی نظریه خطر را در قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» می توان یافت. براساس نظریه تقصیر، زیان دیده باید تقصیر زیان رساننده را ثابت کند. براساس نظریه خطر، هرکس به فعالیتی پردازد، محیط خطرناکی برای دیگران به وجود می آورد و کسی که از این محیط منتفع می شود باید زیان ناشی از آن را جبران کند. هواداران نظریه خطر می گویند که این نظریه از دیدگاه اقتصادی سودمند است، زیرا اگر هر کس بداند که مسئول نتایج اعمال خویش حتی اعمال عاری از تقصیر است، ناگزیر می شود رفتاری محتاطانه در پیش گیرد. ولی متقابلاً گفته شده است مسئولیت بدون تقصیر، از شکوفا شدن

استعدادهای و ابتکارات شخصی می‌کاهد. در نتیجه اشخاص از فعالیت باز می‌ایستند، کارهای بی‌خطر را ترجیح می‌دهند و این از لحاظ اقتصادی زیانبار است. در یک جمع‌بندی مناسب باید گفت که در مسئول شناختن افراد، ضرورت‌های اجتماعی و اصول اخلاقی باید همواره مورد نظر قرار گیرد.

برای اینکه پزشک مسئول شناخته شود لازم است ارکان ذیل وجود داشته باشد: ۱- خطای پزشکی وجود داشته باشد، مانند خطا در مرحله تشخیص، خطا در معالجه، خطا در عمل جراحی. ۲- عدم رضایت بیمار ۳- وجود رابطه علیت میان ضرر و فعل پزشک. به این معنا که ضرر و آسیبی که به بیمار خورده است، مستقیماً در نتیجه عمل پزشک باشد.

#### ۵-۴-۲. مسئولیت کیفری و مدنی طبیب در حقوق افغانستان

برای توضیح هرچه بیشتر و به منظور بررسی تعریف جامع و مانع از مسئولیت کیفری و مدنی طبیب و نحوه انعکاس آن در قوانین افغانستان ذیلاً برخی از جرم‌انگاری‌ها و مجازات آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۵-۴-۲-۱. صدمات ناشی از اعمال طبیب

پزشکان و صاحبان حرفه پزشکی معالجه که دارای اجازه طبابت می‌باشند، در صورت عدم رعایت موازین علمی و فنی و نظامات دولتی (بطور جمع و یا هر یک از آنها بطور جداگانه) برحسب میزان و درصد سهل‌انگاری و یا قصور انجام شده، مسئول پرداخت خون‌بهای بیمار یا دیه او خواهند بود. هر نوع درمان و عمل جراحی مشروع که با انگیزه شفای بیمار و با رعایت موارد فوق‌الذکر انجام گردد و قبل از آن رضایت بیمار و یا اولیای وی اخذ شده باشد و هیچ‌گونه بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی انجام نگردد مسئولیت نخواهد داشت. قانون‌گذار افغانستان نیز در فقره ۲ ماده ۵۴ قانون جزای افغانستان بیان داشته است که: در حالات اجرای عملیات جراحی و یا سایر معالجات طبی مشروط بر اینکه مطابق اصول فنی حرفه طب به رضایت مریض یا ولی و یا نماینده قانونی وی صورت گرفته باشد، اجرای عملیات جراحی در حالات



عاجل از این حکم مستثنی است جرم پنداشته نمیشود.

آنچه از این ماده به دست می‌آید این خواهد بود که قانون‌گذار رضایت بیمار و یا اولیای وی را شرط صحت عمل پزشک و یا جراح دانسته است با اخذ اذن و براءت نامه از بیماران و یا اولیای آنها به غیر حالت عاجل، پزشکان را بری الذمه خواهد نمود مسلم است که اگر پزشک و یا جراح از اخذ رضایت نامه مذکور که بایستی آگاهانه (Informed consent) نیز باشد امتناع ورزد، عملش واجد وصف مجرمانه بوده و از نظر قانونی قابل تعقیب و مجازات می‌باشد. علاوه بر موارد قانونی فوق‌الذکر ماده ۲۰ قانون صحت عامه افغانستان نیز در این خصوص مقرر میدارد که: عملیات جراحی و کاربرد میتوهای تشخیص مغلق به منظور تشخیص معالجه، بعد از موافقه «موافقه کتبی مریضان» و در صورتی که مریض به سن قانونی خویش نرسیده یا به امراض عقلی مبتلا باشد، به موافقه والدین، اقارب یا قایم مقام قانونی آنها در اسرع وقت صورت می‌گیرد. در وقایع عاجل که تاخیر در تشخیص و تداوی، حیات مریض را به خطر مواجه می‌سازد و اخذ موافقه والدین، قایم مقام قانون یا اقارب وی میسر نباشد، عملیات جراحی بعد از تصویب تحریری هیئت طبیبان معالج بدون موافقه مریض صورت گرفته می‌تواند.

تبصره: هرگاه بر اثر خطای که ناشی از اهمال، ساده لوحی، بی احتیاطی یا بی‌مبالاتی یا عدم مهارت و عدم رعایت قوانین، مقررات و اوامر مربوط به امری قتل یا ضرب یا جرح واقع شود به نحوی که اگر آن مقررات رعایت می‌شد حادثه‌ای اتفاق نمی‌افتاد قتل یا ضرب یا جرح در حکم غیر عمد خواهد بود. ماده ۳۶ قانون جزای افغانستان در این مورد چنین مقرر می‌دارد: جرم وقتی غیر عمدی شمرده میشود که وقوع نتیجه جرمی از فاعل آن به سبیل خطا صدور یافته باشد خواه خطا ناشی از اهمال، ساده لوحی، بی احتیاطی و عدم توجه باشد و یا ناشی از عدم رعایت قوانین، مقررات و اوامر.

همچنان ماده ۴۰۰ قانون جزا مقرر می‌دارد: شخصی که به اثر خطای ناشی از اهمال، غفلت، بی احتیاطی، عدم رعایت قانون، مقررات، لوایح و اوامر مرتکب قتل شخص دیگری گردد یا بدون عمد سبب قتل شود به حبس الی سه سال و جزای

نقدی که از سی و شش هزار افغانی تجاوز نکند و یا به یکی از این دو جزا محکوم میگردد مگر اینکه قانون طور دیگری پیش بینی کرده باشد.

و نیز در ماده ۴۱۲ قانون جزا آمده است: شخصی که به اثر خطای ناشی از اهمال، بی احتیاطی، عدم مهارت، شخصی را مجروح یا مضروب نماید، علاوه بر جبران خساره به حبس که از سه ماه کمتر و از دو سال بیشتر نباشد یا جزای نقدی که از سه هزار افغانی کمتر و از بیست و چهار هزار افغانی بیشتر نباشد محکوم میگردد.

همچنین در ماده ۳۲ قانون صحت عامه افغانستان تصریح گردیده است که: هرگاه موظف طبی در تشخیص و تداوی مریضان اهمال و غفلت ورزیده و سبب زیان و خساره جسمی یا روانی مریضان شود، مرتکب، مسئول پنداشته شده، طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار میگردد.

قابل یادآوری است که هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می شود در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود.

#### ۵-۴-۲. سقط جنین

دوران حیات جنینی مورد حمایت قانون گذار بوده که در این خصوص قانون گذار کشور ما با توجه به آیات قرآن کریم به ویژه در سوره مومنون « و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلنا نطفه فی قرار مکین ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه، فخلقنا المضغه عظاما فکسونا العظام لحما ثم انشانا خلقا آخر فتبارک الله احسن الخالقین». (قرآن کریم، مومنون/ ۱۲ - ۱۵).

و همچنین نظریات فقها، حمایت قانونی حیات جنینی را از مراحل اولیه انعقاد نطفه مورد تاکید قرار داده. قانونگذار جزایی افغانستان نیز در باب دوم فصل چهارم قانون جزا از مواد ۴۰۲ الی ۴۰۵ در این مورد پرداخته و مسئولیت جزایی را برای افراد در نظر گرفته است چنانچه در ماده ۴۰۲ قانون جزایی کشور مقرر داشته است « شخصی که عمداً جنین زن حامله را از طریق ضرب یا هر نوع اذیت دیگر اسقاط نماید به حبس طویل که از هفت سال بیشتر نباشد محکوم میگردد.

همچنین در ماده ۴۰۳ قانون جزا، اسقاط جنین را حتی اگر با رضایت مادر باشد نیز موجب مسئولیت اشخاص بر شمرده و در صورت عمدی و آگاهانه مجازات حبس متوسط یا جزای نقدی که از دوازده هزار افغانی کمتر و از شصت هزار افغانی بیشتر نباشد در نظر گرفته شده است و در صورت سهوی و غیر عمدی مرتکب را به حبس قصیر یا جزایی نقدی که از دوازده هزار افغانی تجاوز نکند محکوم نموده است. و در ماده ۴۰۴ قانون جزا به صورت مشخص آمده است اگر اسقاط کننده طیب، جراح، دوا ساز یا قابله باشد به حد اکثر جزای پیش بینی شده محکوم میگردد. اما باید توجه داشت که به حسب بند ۲ ماده ۴۰۴ قانون جزای افغانستان اگر اقدام اشخاص فوق به منظور نجات حیات مادر صورت گرفته باشد مسئولیت جزایی متوجه آنها نمی شود.

#### ۵-۴-۲-۳. افشاء اسرار طبابت

یکی دیگر از جرائم مرتبط با متصدیان امر طبی افشاء سر می باشد، با این وجود باید توجه داشت که جرم مذکور انحصاراً در عالم طبابت حرفه و وابسته قابل تصور نیست. زیرا فلسفه جرم انگاری جرم افشاء سر دفاع و حمایت از اسراء خصوصی افرادی است که به ناچار و در مواردی آن اسرار را بازگو می کنند، مشاغلی چون طبابت، وکالت، قضاوت چنین خصوصیتی دارند. مسئولیت کیفری متصدیان امر طبابت در این مورد بصراحت در قانون جزا پیش بینی نشده است اما از مفاد ماده ۴۴۵ قانون جزا این نوع مسئولیت را به خوبی میتوان استنباط نمود چنانچه در این ماده مقرر میدارد: هر شخصی که به حکم وظیفه، کسب، پیشه، صنعت، فن و یا به لحاظ طبیعت کار خود به یک سری از اسرار علم حاصل نماید و آن را در غیر از حالات مصرحه قانون افشا نماید و یا آن را به منفعت خود و یا منفعت شخص دیگر استعمال کند، به حبس متوسط که از دو سال بیشتر نباشد یا جزایی نقدی که از بیست و چهار هزار افغانی تجاوز نکند محکوم میگردد.

و همچنین در بند نهم ماده ۱۴ مقررله لایراتوارهای طبی شخصی بر حفظ اسرار محرمت مریضان تاکید شده است.

و نیز در ماده ۲۹ قانون طب عدلی مقرر داشته است: هر گاه متخصص طب عدلی بنا بر وظیفه یا نوعیت کار، حین اجرای وظیفه معلومات را بدست آورد که ایجاب محرمیت را نماید، مکلف است بدون مجوز قانونی آنرا افشا ننماید.

۴-۲-۴-۵. خودداری از کمک به مصدومین و افراد در معرض خطر

### جانی

در این مورد قانونگذار افغانستان در ماده ۱۸ قانون صحت عامه بیان داشته است که: عرضه خدمات صحی برای آسیب دیدگان حوادث غیر مترقبه و اشخاص که وضع آنها ایجاب کمک‌های عاجل را نماید، از طرف موسسات صحی به خصوص از طرف نزدیکترین موسسه صحی با در نظر داشت مراعات اولویت مریضان بدون هیچ نوع تبعیض صورت میگیرد.

آنچه از این ماده به دست میاید آنست که اولاً افراد آسیب دیده از حوادث طبیعی و غیر مترقبه ناشی از سیل، زلزله، طوفان، تصادمات و... که در معرض خطر جانی باشد برای معاینات حق اولویت را داشته و مسئولین امر طبیب مکلف اند در اسرع وقت به مصدومین رسیدگی نموده و هر نوع اهمال و غفلت در این امر مسئولیت جزایی در پی خواهد داشت. ثانیاً ایجاد تبعیض میان مریضان بدون در نظر داشت و مراعات اولویت آنها نیز خلاف قانون و شئون طبیب محسوب میگردد.

۵-۲-۴-۵. تبلیغات همراه کننده و فریب بیمار

به موجب ماده ۳۶ قانون ادویه کشور افغانستان: اولاً: اشتهاارات و تبلیغات در رابطه به ادویه و سایر لوازم طبی مجاز میباشد، مشروط بر اینکه محتوای آن توسط اداره امور فارمسی تأیید شده باشد. ثانیاً: اشتهاارات و تبلیغات طفل شیرخوار بدون اجازه وزارت صحت عامه مجاز نمی باشد.

مطابق این ماده تبلیغات و اشتهاارات تحت کنترل اداره فارمسی باشد، و نیز تبلیغات و اشتهاارات در مورد طفل شیرخواره منوط به اجازه وزارت صحت عامه

گردیده است. آنچه قابل یاد آوری است این است که در مواد قوانین موضوعه کشور ما به صورت صریح راجع به تبلیغات و اشتهاارات خلاف واقع نپرداخته است و فقط تبلیغات و اشتهاارات را منوط به نظارت وزارت صحت عامه و اداره امور فارمسی نموده است اما آنچه که از محتوا ماده به دست میآید نظارت این دو ارگان نیز محدود به دواخانه‌ها میباشد و شامل اطبا و دست اندرکاران امور طبیب نخواهد شد در حالی که انتشارات و آگهی‌های تبلیغاتی از سوی اطبا که موجب گمراهی بیماران یا مراجعین به آنها بوده و همچنان استفاده از عناوین مجهول و خلاف حقیقت روی تابلو و سرنسخه و دادن وعده‌های فریبنده به بیماران از مصادیق بارز است که در قوانین موضوعه سایر کشورها پرداخته شده است و احتمال بیشتری آسیب و تخلفات طبیب نیز از این ناحیه عاری نیست.

## ۶. نتیجه گیری

با توجه به تحقیقات انجام گرفته، نتیجه‌ای که می‌توان بدست آورد این است که؛ فقهای اسلامی، اصل بر ضمان طبیب گذاشته؛ و فقها در مورد مسئولیت کیفری طبیب ماهر ماذون دو دسته شده‌اند، عده‌ای قایل به عدم مسئولیت‌اند، و به اصل برائت، وجود اذن بیمار، وجود اذن شرع مقدس و عقل و وجود روایات فراوان دال بر عدم مسئولیت طبیب استدلال می‌کند، و در مقابل مشهور فقها قرار دارند که قایل به ضمان مطلق طبیب هستند، و دلیل‌شان وجود روایات زیاد دال بر ضمان طبیب، وجود قواعد فقهی متعدد دال بر ضمان طبیب، قواعدی؛ همچون قاعده اتلاف، لاضرر، تسبیب و قاعده عدم هدر بودن خون مسلمان، ادعای اجماع بر ضمان و از همه مهمتر رد ادله غیر مشهور می‌باشد؛ ولی در حقوق ایران و افغانستان، طبق شرایط که بیان شد، در صورت رعایت آن، مسئولیتی متوجه طبیب نخواهد بود؛ اما در غیر اینصورت طبیب مسئول و ضامن است.

## ۷. منابع و مآخذ

## ۱-۷. کتب

### قرآن کریم.

۱. ابن ادریس، محمد، (۱۳۱۱)، السرایر، ج ۳، چ سوم، قم، موسسه نشر اسلامی.
۲. الگود، سیریل، (۱۳۵۶)، تاریخ پزشکی ایران، چ اول، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۳. انصاری، مسعود، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، محراب فکر.
۴. باهری، دکتر محمد، (۱۳۸۹)، نگرش بر حقوق جزای عمومی، چ سوم، انتشارات مجد.
۵. بسام، محتسب بالله، (۱۴۰۴ق). مسئولیه الطیبه والجرائه، الطبعه الاولی، بیروت، دارالایمان.
۶. حر عاملی، محمدبن الحسن، (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه، ج ۶، ۱۸ و ۲۷، قم، موسسه آل البیت.
۷. حسینی شیرازی، سید محمد، (۱۴۰۹ق)، الفقه (کتاب القضا)، بیروت، انتشارات دارالعلم.
۸. حسینی عاملی، سید جواد، (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۹. حسینی نژاد، حسینقلی، (۱۳۷۰)، مسئولیت مدنی، چ اول، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۱۰. خمینی، سید روح الله، (۱۴۱۷)، تحریر الوسیله، ج ۲، موسسه نشر الاسلامی.
۱۱. طباطبایی، سیدعلی، (۱۴۱۲)، ریاض المسائل، ج ۱، چ اول، بیروت، دارالهادی.
۱۲. طوسی، محمدبن حسن، (۱۳۶۴)، تهذیب الاحکام، چ ۴، ج ۶ و ۱۰، تهران، نشر دارالکتب الاسلامیه.
۱۳. عباسی، محمود، (۱۳۸۳)، حقوق پزشکی، انتشارات مؤسسه فرهنگی سینا.
۱۴. علیرضا یزدانیان، (۱۳۷۹)، حقوق مدنی قلمرو مسئولیت مدنی، چ اول، نشر

آیلار.

۱۵. قیس بن محمد آل شیخ مبارک، (۱۳۷۷) ترجمه محمود عباسی، حقوق و مسئولیت پزشکی در آیین اسلام، انتشارات حقوقی.

۱۶. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، (۱۳۶۲)، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامیه.

۱۷. لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۰ ترمینولوژی حقوق، چ یازدهم، تهران، انتشارات گنج دانش.

۱۸. محقق، مهدی، (۱۳۷۴)، تاریخ و اخلاق طبیب در اسلام و ایران، چ اول، تهران، انتشارات سروش.

۱۹. معین، محمد، (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، تهران، ج ۱، چ هشتم، انتشارات امیر کبیر.

۲۰. میشل، لوراسا، (۱۳۷۵)، مسئولیت مدنی، ترجمه دکتر محمد اشتري، چ اول،

۲۱. نجاتی، مهدی، (۱۳۸۹)، مسئولیت طبیب در فقه و حقوق جزای ایران، چ اول، تهران، نشر خرسندی.

۲۲. نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهر الکلام، ج ۴۰، بی جا، دار احیاء التراث العربی.

۲۳. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۷۱)، مسئولیت جزایی، تهران، نشر امیر کبیر.

۲۴. وهبه الزحیلی، (۱۳۷۱)، الفقه الاسلامی وادلته، تهران، ج ۵، انتشارات امیر کبیر.

## ۲-۷. مقالات

۲۵. آقایی، سیدرسول، (۱۳۹۷)، نوت درسی فقه جزای اختصاصی ۲، مدرسه عالی فقه تخصصی.

۲۶. ساشادینا، عبدالعزیز، (۱۳۸۶)، بنیادهای اخلاقی حقوق بشر، عباسی، محمود و عباسیان، لادن، فصلنامه حقوق پزشکی، سال اول، شماره اول، ۱۱۳، ۱۳۲.

۲۷. سعید حکیمی ها، (۱۳۷۹)، جرم صدور گواهی خلاف واقع، مجله پزشکی

قانونی، شماره ۲۰، ۵۲، ۵۷.

۲۸. طاهری، حبیب‌الله، (۱۳۷۷)، آیا طیب ضامن است، فصلنامه مفید، شماره ۱۴، ۱۰۱، ۱۱۶.

### ۳-۷. قوانین

۲۹. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲

۳۰. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۰.

۳۱. قانون جزای افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.

۳۲. قانون ادویه افغانستان، مصوب ۱۳۸۷.

۳۳. قانون طب عدلی افغانستان، مصوب ۱۳۶۰.

۳۴. قانون صحت عامه افغانستان، مصوب ۱۳۹۱.



