

## حدود مسؤلیت جزایی پزشک در عمل جراحی و درمان طبی بیمار

دکتر مهران فریدونی\* - دکتر آریا حجازی\*\* - سلمان کونانی\*\*\*

\* پزشک عمومی، اداره کل پزشکی قانونی استان فارس

\*\* متخصص پزشکی قانونی، عضو هیأت علمی مرکز تحقیقات پزشکی قانونی

\*\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شیراز

### چکیده

مقدمه: سؤالات متعددی در مورد بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی (ق.م.ا) مطرح است از جمله اینکه مراد از عمل جراحی یا درمان طبی مشروع چیست؟ مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی قانونی و مشروع کدامند؟ مقاله حاضر به دنبال پاسخگویی به برخی از این سؤالات است.

بحث: بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا که در آن حسب شرایطی هرگونه عمل جراحی یا (درمان) طبی فاقد وصف مجرمانه دانسته شده است، به جد محل ایراد است، زیرا اولاً مقنن بالصرحه حدود و ثغور عمل جراحی یا درمان طبی مجاز را در آن مشخص نکرده است، ثانیاً مشخص نیست که آیا ماده ۵۹ در خصوص جرم نبودن عمل جراحی ناظر به اصل عمل جراح است یا نه، مثلاً نقض عضو ناشی از آن را نیز شامل است؟ و ثالثاً مشخص نیست که چه کسی و از چه طریقی باید مشروع بودن عمل جراحی یا درمان طبی و انطباق آن با موازین فنی و علمی و نظامات دولتی را تشخیص دهد.

نتیجه گیری: به استناد بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا، عمل جراحی یا درمان طبی وقتی مجاز و قانونی است که دارای سه شرط باشد، الف) شرعی باشد، ب) با رضایت شخص یا اولیای وی یا نمایندگان قانونی آنها انجام شود، ج) در انجام آن، موازین فنی و علمی و نظامات دولتی رعایت شود. اصولاً عمل جراحی یا درمان طبی چنانچه با منع قانونی مواجه نباشد، شرعی نیز خواهد بود. البته خلاف آن همواره متوقع است. برای تشخیص مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی مشروع مراجعه به عرف و عمل براساس حکم عقل از مجرای قاعده «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل» تا حدی که مطابق با اصول و مبانی توجیهی قاعده مذکور باشد، نه اینکه به عنوان فصل الخطاب بدان نگریسته شود، ضابطه‌ای است که از حمایت قانونی و شرعی برخوردار است.

واژگان کلیدی: عمل جراحی؛ درمان طبی؛ جراحی مشروع و نامشروع؛ اجازه قانون؛ علل موجهه جرم.

تأیید مقاله: ۱۳۸۹/۱/۱۵

وصول مقاله: ۱۳۸۸/۸/۱۱

نویسنده پاسخگو: salmankunani@yahoo.com

### مقدمه

می‌شود، انجام گیرد. با وجود این گاهی تعرض و لطمه زدن به تمامیت جسمی و به تبع آن تمامیت روحی - روانی به موجب قانون بر افراد تحمیل می‌شود و این کار فقط باید در راه مصالح اجتماعی باشد. مانند مجازات‌های جسمی مثل قطع ید و قصاص عضو که در قانون مجازات اسلامی مقرر شده است (۱).

اصولاً حقوق مربوط به شخصیت جسمی و روحانی انسان برای زمان حیات است و حمایت از جسم و شخصیت معنوی انسان زنده است که مورد عنایت خاص قانون‌گذار قرار گرفته است و شخصیت حقوقی انسان با مرگ خاتمه می‌یابد (۲). با وجود این، شخصیت معنوی انسان و نیز کالبد بی‌جان وی هم مورد احترام واقع شده و برای شخص حقی نسبت به آنها منظور گردیده است. مثلاً حقوق ناظر به ابداعات و اختراعات و تألیفات که حتی پس از مرگ افراد ذیحق، جاری و ساری است به وضوح التفات مقنن به شخصیت معنوی انسان

جسم و روح و روان انسان محترم و مورد حمایت قانون‌گذار است و بدین منظور حقوقی برای او در نظر گرفته شده است. انسان حقی بر تمامیت جسمی - روحی خود دارد و ایراد صدمه و ضرب و جرح و هرگونه تعرض جسمی (مادی) و روانی (معنوی) به شخص ممنوع و موجب مسؤلیت مدنی و کیفری است.

بدین جهت مداوای طبی یا عمل جراحی انسان چه به منظور ترمیم جسم و کالبد مادی وی و چه به منظور التیام روح و روان وی باشد، اصولاً بدون رضایت او مجاز نیست، وانگهی رضایت تا حدی معتبر است که مداوا یا عمل جراحی برخلاف موازین علمی و فنی و قانونی نباشد و با رعایت نظاماتی که از طرف دولت تصویب و اعلام

عمل جراحی یا [درمان] طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود [جرم محسوب نمی شود].»

لازم به ذکر است که فرق اجازه قانون با حکم قانون در این است که در حکم قانون مقنن شخص یا اشخاصی را مانند کارمندان دولت و صاحبان برخی حرفه‌ها (مثل پزشکان) حسب موقعیت و سمت خاصی که دارند به طور مستقیم مورد خطاب قرار می‌دهد و به آنها این اجازه را می‌دهد که مرتکب عملی شوند که در حالت عادی جرم است. در حالی که در اجازه قانون، قانون لزوماً شخصی یا اشخاص خاصی را مورد خطاب قرار نمی‌دهد بلکه تجویز قانونی از عمومیت و دایره شمول کاملاً گسترده برخوردار است. مع الوصف غالب حقوقدانان حکم یا اجازه قانون را یکسان تلقی نموده‌اند (۱۰، ۷-۵).

در انتهای این بخش یادآور می‌شویم که اسباب عینی عدم مسؤولیت علاوه بر وضع مرتکب اصلی بر وضع دیگران (معاونان و شرکای عمل انجام شده یا فعل ترک شده) نیز اثرگذار می‌باشند به این معنا که موجب می‌شوند جملگی از مسؤولیت کیفری و مدنی مبری گردند (۱۲-۱۰، ۷، ۵).

ناگفته نماند در کتب معتبر فقهی به طور صریح بیان شده که عدم کیفر طبیب موجب عدم ضمان او در برخی از موارد نیست (۱۴، ۱۳). مسبقاً به این سابقه فقهی در قوانین کشور ایران نیز در برخی موارد به طور صریح به ضمان پزشک علی رغم عدم امکان کیفر او اشاره شده است. مؤید قانونی مدعا ماده ۳۱۹ ق.م.ا. است که مقرر داشته: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آنرا صادر می‌کند هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است». با عنایت به این سوابق فقهی و تقنینی برخی از حقوقدانان اظهار داشته‌اند؛ ماده ۵۹ ق.م.ا. در خصوص جرم نبودن عمل جراحی ناظر به اصل عمل جراح است و نه نقص عضو ناشی از آن، یعنی از این ماده بیش از این بر نمی‌آید که مقنن عمل جراحی را جرم نمی‌داند ولی اگر از این عمل خسارتی به بار آید و نقصی در اعضای بدن ایجاد شود یا تلف و نقصی صورت گیرد، متلف (پزشک) ضامن است (۱۵). پر واضح می‌نماید که عمل جراحی یا درمان طبی ملازمه با نقص عضو بیمار ندارد. لیکن اگر انجام عمل جراحی یا درمان طبی موفقیت‌آمیز بر روی بیمار مستلزم قطع یا از کار افتادن عضو یا اعضای دیگر او باشد به نحوی که این امر برای نجات جان بیمار لازم و ضروری قلمداد شود - مثلاً لازم تشخیص داده شود که عضو رو به فساد بیمار قطع شود - بی‌شک انجام چنین عملی مشروع خواهد بود، زیرا نجات حیات بیمار متوقف بر آن می‌باشد.

#### شروط عمل جراحی یا درمان طبی فاقد وصف مجرمانه

ماده ۵۹ ق.م.ا. تحت شرایطی برخی اعمال را که در حالت عادی می‌توانند عنوان مجرمانه داشته باشند، به عنوان اعمالی مباح و جایز و

و آثار آنرا تداعی می‌کند. همچنین در بعد دیگر کسی که اهلیت قانونی برای وصیت داشته باشد می‌تواند هرگونه تعرض (مثلاً تشریح و نسج برداری) نسبت به جسد خود را منع نماید (۴-۲). البته این حق مطلق نیست و ممکن است با توجه به مقتضیات عدالت جزایی اقداماتی از قبیل تشریح جسد برای کشف جرم صورت گیرد.

شایان ذکر است که در نصوص قانونی تعرض به انسان مرده تحت عنوان مجرمانه «جنایت بر مرده» جرم انگاشته شده است. در حقوق کیفری ایران و به تصریح قانون مجازات اسلامی، جنایت بر مرده هرگز موجب قصاص نخواهد بود، بلکه فقط موجب استقرار دیه می‌شود. در این مقاله سعی شده است که تحت چارچوب و مدلی پارادایمی با تحلیل بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، مفهوم و مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی مشروع به صورت دقیق تبیین شود.

#### اجازه قانونی؛ مبنای توجیهی عمل جراحی یا درمان طبی

در نظام‌های حقوقی، قانون‌گذاران همواره با توجه به یکسری منافع و مصالح عمومی برخی اعمال و رفتارها را که در حالات و شرایط عادی دارای عنوان مجرمانه می‌باشند، بنا به عللی، به عنوان اعمال و رفتارهای مباح و مجاز تلقی و تجویز می‌نمایند (۶، ۵). بر این اساس با ارتکاب چنین اعمالی، شخص مرتکب از مسؤولیت کیفری مبری می‌باشد. به عبارت دیگر، فعل یا ترک فعل مرتکب، به دلیل نص قانونی مشخص که ارتکاب آنها را در شرایطی مجاز می‌سازد، فاقد عنوان مجرمانه می‌گردد (۷-۵).

شایان ذکر است در این حالت، خود قانون عنوان مجرمانه را که در شرایط عادی جرم محسوب می‌شود، برمی‌دارد و به عمل مشروعیت می‌دهد. ممکن است این بحث پیش آید که وقتی قانون خود عنوان مجرمانه را از فعل یا ترک فعلی برمی‌دارد پس دیگر اصولاً جرمی واقع نشده تا بتوان گفت که فعل یا ترک فعلی انجام یافته موجه بوده است. اما باید در نظر داشت که مرتکب یک فعل یا ترک فعل با عنوان مجرمانه قانونی، با انجام آن در مظان اتهام ارتکاب یک عمل مجرمانه قرار دارد و از جهت نظری ناچار باید به این مسأله پرداخت که آیا می‌توان مسؤولیت جزایی را بار کرد و او را کیفر داد یا خیر؟ بر این اساس به منظور پاسخ‌گویی به چنین سؤالاتی در نصوص حقوق کیفری بابتی تحت عنوان علل توجیه‌کننده جرم یا اسباب عینی عدم مسؤولیت مفتوح شده است که مفاداً القاگر این معنا می‌باشد که در صورت وجود چنین عللی ارتکاب عملی که می‌توانست مجرمانه تلقی شود به علت حدوث علل مذکور فاقد عنوان مجرمانه بوده و لذا هرگز موجب تحمیل مسؤولیت کیفری بر مرتکب یا تارک آن عمل نخواهد شد (۹-۵).

در نصوص فوق‌الذکر در مقام بیان مصادیق علل موجهه جرم به مواردی مثل حکم قانون و امر آمر قانونی، اجازه قانون، دفاع مشروع، اضطرار، رضایت مجنی علیه و غیره اشاره شده است. در این بین مستند به بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا. از اجازه قانون به عنوان مبنای توجیهی عمل جراحی یا درمان طبی یاد می‌شود. در بند مذکور آمده است: «هر نوع

حتی اگر بتوان گفت که پزشک باید به ظاهر شرعی قضیه توجه کند این نیز خالی از اشکال نیست. نظر به این واقعیت ممکن است به منظور تسهیل انجام امور پزشکی و خارج کردن شخص پزشک از یک وضعیت تکلیفی مالایطاق گفته شود که اصطلاح خلاف شرع مترادف با اصطلاح خلاف قانون است. لیکن آنچه مسلم است نسبت قانون و شرع به موجب اصل چهارم قانون اساسی به قول منطقیون عموم و خصوص مطلق است (۵). چنین رابطه‌ای به وضوح گویای این است که هر گزاره‌ی قانونی لزوماً امری شرعی نیست و این یعنی صرف تشخیص قانونی بودن عمل برای رفع تکلیف وافی به مقصود نمی‌باشد. با وجود این حقیقت به نظر می‌رسد که این عبارت به این معنا نیست که پزشک و تیم تحت سرپرستی او خود به منابع فقهی و شرعی رجوع کنند (۷).

شاید مقنن با ذکر این عبارت بر این نکته تأکید داشته است که پزشک باید سعی در رعایت جهات و موازین شرعی داشته باشد. به عبارت دیگر پزشک در برخورد با افراد با توجه به مسایل شرعی رعایت حرمت‌های مقرر را بنماید.

به هر حال راجع به مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی مشروع نیز اجماعی وجود ندارد و لذا همواره تردید وجود دارد که مثلاً آیا عمل جراحی به منظور سقط جنین مشروع است؟ آیا بارور کردن زن که از طریق متعارف ممکن نیست با روش‌های باروری مصنوعی، شرعی است؟ آیا عمل جراحی زیبایی (پلاستیک) که ظاهراً بر هیچ گونه ضرورت حیاتی مبتنی نیست، شرعی است؟ آیا جراح می‌تواند پای سالم یا دست سالمی را به انسانی که از نعمت دست یا پا محروم است پیوند بزند و او را از این نعمت برخوردار سازد؟ اگر شرع با احیای دوباره اعضای بدن انسان مخالفتی ندارد درباره نقض عضو سالم انسان اهدا کننده چه می‌توان گفت؟ آیا عمل جراح مجرمانه و مشمول عنوان «قطع عضو» (ماده ۲۶۹ ق.م.ا) می‌باشد؛ یا شرعی است و با رضایت اهداکننده عضو مشمول عموماً بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا می‌گردد؟ و در پاسخ به این پرسش‌ها باید متذکر شد که در روزگار ما قلمرو اعمال جراحی یا درمان طبی مشروع بر مبنای ضرورت حفظ حیات انسان توسعه یافته است و این ضرورت تنها به تدابیر درمانی به معنی مصطلح آن نیست (۷، ۵).

بر این اساس می‌توان گفت که عمل جراحی که صرفاً جنبه آزمایشی و نتیجه‌گیری علمی دارد، نامشروع است و لذا در این مورد پزشک نه برای معالجه بیمار بلکه برای کسب تجربه به آزمایش دست می‌زند. اگر نتیجه آن مرگ بیمار و یا ایجاد جراحت خفیف یا شدید باشد قابل مجازات است هر چند بیمار رضایت به این مسأله داده باشد (۷-۵).

در خصوص جراحی‌های زیبایی و پلاستیکی اختلاف نظر عمیقی وجود دارد به این صورت که برخی بر وجه اطلاق و بطور کلی آن را خلاف شرع می‌دانند (۱۶). برخی دیگر معتقدند که امروزه مفهوم درمان و بازیافتن توانایی‌های انسانی از مقوله جسم فراتر رفته و روان انسان را

به اصطلاح غیرمجرمانه قلمداد نموده است. در بند ۲ ماده مذکور که ناظر به عمل جراحی یا [درمان] طبی است، قانون‌گذار عمل جراحان و پزشکان را در درمان بیماران که نوعی تصرف علیه تمامیت جسمانی آنها و در نتیجه جرم محسوب می‌شود با شروطی که مقرر نموده، جایز دانسته است. جواز ارتکاب این اعمال که ضرورت حفظ تندرستی و درمان بیمار آن را ایجاب نموده در بند ۲ ماده مذکور به این شرح و در مقررات خاص دیگر آمده است:

«هر نوع عمل جراحی یا [درمان] طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیای یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود [جرم محسوب نمی‌شود] در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود». حسب ظاهر این بند، یک عمل جراحی یا درمان طبی برای اینکه فاقد عنوان مجرمانه باشد باید دارای سه شرط باشد: الف) مشروع باشد، ب) با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها انجام شود، ج) نظامات دولتی و موازین فنی و علمی در انجام آن رعایت شود».

## بررسی موردی شروط

### مشروع بودن عمل جراحی یا درمان طبی

در بادی امر سؤالات عدیده‌ای در ارتباط با این شرط مطرح می‌شود، از جمله اینکه ملاک شرعی بودن یک عمل جراحی چیست؟ تشخیص مشروع بودن اعمال جراحی یا درمان طبی با کیست؟ در حقوق فعلی ایران آیا ممکن است یک عمل جراحی یا طبی، قانونی باشد اما شرعی نباشد؟ این سؤالات و سؤالات مشابه دیگری همواره در ارتباط با عمل جراحی یا درمان طبی در گستره حقوقی ایران مطرح می‌شوند. در حقوق ایران به عنوان یک پیش فرض اولیه پذیرفته شده است که قوانین و مقررات موجود مطابق با موازین شرعی می‌باشند و لذا وقتی عملی مطابق با قانون باشد، شرعی نیز خواهد بود. چنین پیش فرضی مستحصل از فحواى بیان اصل ۴ قانون اساسی است. این اصل مقرر داشته: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

مع الوصف واقعاً مفهوم «مشروع بودن» یا «برخلاف شرع نبودن» عمل جراحی یا درمان طبی، محل ابهام است. قطعاً تمیز تطبیق یا عدم تطبیق انجام یک عمل جراحی یا درمان طبی با کلیه قواعد شرعی صرفنظر از اینکه این تکلیف بر عهده چه کسی قرار داده شود، کار آسانی نیست. با این حال به موجب قوانین فعلی ایران اصولاً مرجع تشخیص درمان، نحوه آن و انطباق آن با موازین قانونی و شرعی شخص پزشک می‌باشد (۷). بی‌شک نه تنها تشخیص دقیق شرعی بودن یا نبودن عمل برای پزشک به جدّ تکلیفی فوق‌العاده سخت است بلکه

شرایط کنونی مرگ مغزی مناسب‌ترین معیار برای مرگ قطعی است و قانون‌گذار ایران نیز آنرا پذیرفته است.

شایان ذکر است که مرگ مغزی توقف برگشت‌ناپذیر و پایدار همه‌ی اعمال مغز است. در این وضعیت هیچ‌گونه امیدی برای برگشت فعالیت مغز آسیب دیده وجود ندارد و فرد دچار مرگ مغزی هرگز قادر به زندگی دوباره نخواهد بود، زیرا در مرگ مغزی تمامی فعالیت‌های کورتیکال، سباب کورتیکال و ساقه مغزی به‌طور همزمان و به‌صورت غیرقابل برگشتی قطع می‌شوند. کوتاه سخن، در ارتباط با مسأله برداشت عضو از افراد دچار مرگ مغزی و پیوند آن به بیماران نیازمند می‌توان گفت که این عمل عقلانی نه تنها از نظر شرعی اشکال ندارد، که براساس فتوای برخی از مراجع عظام شیعه امری واجب و ضروری است و براساس برخی از فتاوی دیگر، جایز است. برحسب فتوای قرآنی «کسی که انسانی را نجات دهد، گویا همه‌ی انسانها را نجات داده است».

با آنکه درباره شرعی بودن بعضی از اعمال جراحی یا درمان‌های طبی اقوال مختلف است، نسبت به حرمت بعضی دیگر قول قطعی وجود دارد. مثال بارز آن اعمال جراحی است که به قصد سترون‌سازی و جلوگیری از بارداری دائمی صورت می‌گیرد. سقط جنین نیز چون خلاف شرع است و لو با رضایت مجنی علیه باشد جرم محسوب می‌شود (۱، ۵، ۷، ۱۰).

در ارتباط با سقط جنین لازم به ذکر است که در حقوق اسلامی حیات جنین برطبق آیات قرآن (آیات ۱۲ تا ۱۴ سوره مبارکه مؤمنون) دو مرحله‌ای است: مرحله قبل از دمیده شدن روح و مرحله بعد از دمیده شدن روح. هرچند برخی از بین بردن جنین انسان را حرام و قتل نفس دانسته‌اند حتی اگر در جنین روح دمیده نشده باشد (۲۲، ۲۱) اما این نظر، مشهورتر است که از بین بردن جنین پس از دمیده شدن روح قتل نفس محسوب می‌شود (۲۵-۲۳).

البته سقط جنین قبل از دمیده شدن روح نیز حرام است اما ظاهراً تنها دلیل این حرمت، روایاتی است که بر وجوب پرداخت دیه دلالت دارند (۲۶).

در مواد ۶۲۲ تا ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ سقط جنین جرم تلقی شده است و تنها در صورتی که این اقدام برای حفظ حیات مادر لازم باشد، سقط جنین مجاز تلقی شده است. هر چند این جواز به طور مطلق آمده است و ذکر از دمیده شدن روح (قبل از چهار ماهگی) به میان نیامده، اما مطابق نظر فقها این جواز تنها ناظر به قبل از دمیده شدن روح است (۲۷).

علاوه بر مواد فوق‌الذکر در قانون «سقط درمانی» مصوب ۱۳۸۴، مقرر گردیده است که سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماهگی) با رضایت زن و شوهر مجاز می‌باشد و مجازات و مسؤولیتی متوجه پزشک

نیز شامل است و لذا از این رو، به نظر نمی‌رسد اعمال جراحی زیبایی که به منظور حفظ تعادل روحی و بهبود روانی فرد انجام می‌گیرد و گاه نوعی درمان تلقی می‌شود خلاف شرع باشد (۵).

همین‌طور عمل جراحی به منظور تشریح جسد و پیوند عضو شخص مرده به زنده منقح و عاری از نزاع و اختلاف نظر نیست. براساس نظر فقهای معاصر تشریح جسد بیجان مسلمان جایز نیست مگر در صورتی که حفظ جان یک نفر مسلمان یا عده‌ای از مسلمانان متوقف بر آن باشد و استفاده از جسد غیرمسلمان برای تشریح ممکن نباشد (۱۸، ۱۷).

در مورد پیوند عضو مرده مسلمان نیز فقهای معاصر معتقدند که چنانچه حیات مسلمانی متوقف بر آن باشد، مجاز است و در غیر این‌صورت هرگاه شخصی عضو مزبور را بدون اذن صاحب آن قطع کند، مسؤول است (۱۷). گرچه کالبد بی‌جان انسان به ویژه شخص مسلمان محترم است و بدون دلیل نمی‌توان به جسد آسیب رساند یا عضوی از آن را قطع کرد، امروزه خردمندان قطع عضوی از اعضای شخص مرده و پیوند آن به شخص زنده یا نگهداری در بانک‌های مخصوص را می‌پذیرند. بر مبنای قاعده ضرورت (الضرورة تبیح المحظورات، الضرر الاشد یزال بالضرر الاخف و اذا دار الامر بین محظورین یصار الی اخف الضررین) و به منظور رفع حرج و تنگنا از مردم هرگاه تنها راه نجات بیمار در قطع عضوی از اعضای تازه مرده و پیوند آن به بیمار باشد و چاره‌ای جز آن نباشد ناگزیر باید اقدام کرد، زیرا به حکم قاعده عقلی برای حفظ و بازگرداندن سلامت شخص زنده که مصلحت برتر است، می‌توان عضو تازه در گذشته را قطع کرد و ضرر کمتر را برای برطرف نمودن ضرر بیشتر و نگهداری مصلحت بارزش پذیرفت. شرع نیز این قاعده عقلی را می‌پذیرد (۱، ۲).

این مطلب متأثر از یکی از مسلمات فقهی و اصولی است که بیان می‌کند؛ هرچه که عقل بدان حکم کند، شرع نیز بدان حکم خواهد کرد. (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به شرع حکم به العقل) (۲۰، ۱۹). در مباحث آتی به تفصیل به شرح این قاعده و میزان کاربرد و کارایی آن در حوزه برخی مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی که راجع به آنها عدم صراحت قانونی یا خلأ قانونی وجود دارد، خواهیم پرداخت.

با این حال در ایران قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم است در تاریخ ۲۴ خردادماه ۱۳۷۹ تصویب شده است و سابقه طولانی ندارد. به موجب این قانون بیمارستان‌های مجهز برای پیوند اعضا پس از کسب اجازه کتبی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌توانند از اعضای سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان بر طبق نظر کارشناسان خبره مسلم باشد به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولی میت جهت پیوند به بیمارانی که ادامه حیاتشان به پیوند عضو یا اعضای فوق بستگی دارد استفاده نمایند. البته تعیین لحظه مرگ برای برداشتن عضو بیمار مهم است و با تردید در مرگ نمی‌توان در این باره اقدام کرد. به نظر می‌رسد که در

### رضایت شخص

اصل بر این است که «رضایت شخص یا مجنی علیه هیچ تأثیری در تحقق جرم ندارد» مانند قتل‌های مبتنی بر ترحم (۸-۵)؛ لذا اگر پزشکی، بیمار صعب‌العلاجی را که دچار درد و رنج جانکاه شده است به اصرار و تقاضای خودش (بیمار) با انجام یک عمل جراحی به قتل برساند عمل او جرم قتل عمدی و مستوجب قصاص خواهد بود. مع الوصف در دو مورد رضایت شخص در تحقق جرم تأثیر دارد:

الف) زمانی که عدم رضایت مجنی علیه شرط تحقق جرم باشد. به عنوان مثال توقیف و حبس افراد به صورت غیرقانونی جرم است ولی اگر پزشکی فرد معتادی را به منظور درمان با درخواست خود فرد معتاد یا اولیای او در کلینیک خود برای مدتی حبس نماید عمل او توقیف غیرقانونی و مجرمانه قلمداد نخواهد شد.

ب) زمانی که رضایت شخص با تصمیم قانون‌گذار عامل موجهه جرم تلقی شود. مصداق بارز این مورد بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. براساس این بند اعلام رضایت شخص (یا اولیای وی) شرط رفع تقصیر از جراح و طبیب و همه کسانی است که از طرف آنها به طبابت اشتغال دارند. درباره‌ی اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی‌اند، رضایت اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها مهم است. منظور از نمایندگان قانونی، پدر و جد پدری، وصی، قیم و مادری است که حضانت صغیر را به عهده دارد و نیز وکیل بیمار (۱۴، ۱۳). اخذ رضایت در مواردی که شخص بیمار قادر به ابراز آن نباشد و با فوریت مداخله جراح یا پزشک برای نجات جان بیمار حیاتی باشد، ضروری خواهد بود. تشخیص فوریت مداخله پزشکی با طبیب معالج بیمار است (۷). لازم به ذکر است که بطور کلی اذن بیمار یا اولیا یا سرپرستان و یا نمایندگان قانونی او به اعمال جراح یا پزشک مشروعیت می‌بخشد لیکن این اذن به معنی براءت طبیب از آثار زیانبار عمل جراحی یا طبی نیست.

اکثر فقهای شیعه بر این عقیده‌اند که اگر اعمال طبیب به تلف یا نقص عضو منجر شود طبیب ضامن است گرچه در معالجه بیمار تقصیری هم مرتکب نشده باشد (۱۴، ۱۳). قانون‌گذار ایران در ماده ۳۱۹ ق.م.ا. از این نظر پیروی نموده است. به عبارت دیگر اعمال جراح یا طبیب جرم نیست و قصاصی به تبع ندارد ولی به استناد ماده ۳۱۹ ق.م.ا. موجب دیه و ضمان مالی است (۱۴، ۱۳، ۷، ۵). همچنین ماده ۶۰ قانون مذکور مقرر داشته: «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی براءت حاصل نموده باشد، ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست. در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد، طبیب ضامن نخواهد بود».

### رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی

قانون‌گذار اجازه اعمال جراحی و طبی را به کسانی اجازه داده است که در این موارد صلاحیت علمی لازمه را کسب کرده باشند. مستفاد از قوانین مربوطه از جمله ماده ۳ قانون مربوط به مقررات

مباشر نخواهد بود. بدین ترتیب سقط جنین قبل از چهار ماهگی برای جلوگیری از حرج و سختی آینده مجاز قلمداد شده است.

لازم به ذکر است که اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه در خصوص سقط جنین ناشی از زنا به این شرح اعلام نظر کرده است: «سقط جنین ناشی از زنا مانند سقط جنین ناشی از حلال دارای کیفر و مجازات می‌باشد» (۲۸). این در حالی است که در برخی نصوص معتبر فقهی در سقط جنین بین جنین مشروع و نامشروع به لحاظ احکام فرق قایل شده‌اند (۲۴). بنابراین علی‌رغم وجود چنین نصوص فقهی معتبری که بین احکام جنین مشروع و نامشروع تفاوت قایل شده‌اند، در وضعیت کنونی قوانین ایران نظر به اطلاق و کلی‌نگری این قوانین، به نظر می‌رسد تفاوتی بین جنین مشروع و نامشروع به لحاظ احکام در این زمینه وجود نداشته و سقط جنین اعم از مشروع یا نامشروع به جز در وضعیت‌های استثنایی و پیش بینی شده در قانون مجاز نیست.

افزون بر مواردی از اعمال جراحی که مورد بحث قرار گرفتند، مورد یا موارد دیگری نیز وجود دارد که می‌توان با استناد به قاعده «کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع» چون عقلانی و به مصلحت تشخیص داده می‌شوند، آنها را مجاز تلقی نمود. کما اینکه برخی از مصادیق آنها نیز هم اکنون در ایران مجاز می‌باشند. از جمله عمل جراحی به منظور اهدای عضو از شخص سالم به شخصی که در خطر مرگ قرار گرفته و نیازمند پیوند عضو می‌باشد. با این حال کماکان راجع به برخی از مصادیق جراحی‌ها یا درمان‌های طبی حتی زمانی که توسط پزشک متخصص چنین عمل جراحی، عقلانی و ضروری تشخیص داده می‌شود تردید جدی وجود دارد. از جمله این موارد می‌توان به عمل جراحی تغییر جنسیت اشاره کرد که هم اکنون در ایران محل نزاع و مناقشه است.

راجع به عمل جراحی به منظور پایان دادن به زندگی فردی که هیچ انگیزه و امیدی به ادامه حیات ندارد (قتل‌های مبتنی بر ترحم یا اتانازی) علی‌رغم وجود انگیزه شرافتمندانه، خلاف قانون و خلاف شرع بوده و لذا قتل عمد و مستحق کیفر قصاص می‌باشد. در تأیید این ادعا به اطلاقات ادله شرعی مبنی بر اینکه انسان حق سلب حیات خود را ندارد و نیز نصوص قانونی فعلی (از جمله ماده ۲۰۶ ق.م.ا) استناد شده است.

کوتاه سخن، نظر به فقدان قوانین جامع ناظر به مسایل پزشکی و انسداد قوانین موجود در این زمینه، می‌توان به منظور تشخیص شرعی بودن یا نبودن عمل جراحی یا درمان طبی همواره قاعده منصوص و دارای پشتوانه علمی، عقلی و منطقی «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» را مبنای استدلال و نتیجه‌گیری قرار داد و چنانچه عملی واقعاً عقلی بوده و منافع آن بر مضار آن ترجیح داشته باشد، می‌توان آن را انجام داد و لذا هرگونه تردیدی در مسیر تجویز آن محلی از اعراب نخواهد داشت (۷، ۵، ۱۹).

لذا اگر یکی از شاغلین حرف پزشکی در انجام وظیفه محوله قوانین و مقررات مربوطه را نادیده بگیرد یا نقض نماید، مرتکب تخلف انتظامی شده و قابل تعقیب در دادسراها و هیأت‌های رسیدگی به تخلفات پزشکی است. همین حکم درباره کسانی که مرتکب نقض موازین شرعی و علمی یا نظامات صنفی و حرفه‌ای پزشکی شده باشند جاری است. مجازات‌های حاکم بر این تخلف به موجب بند «ث» ماده ۲۹ آیین‌نامه انتظامی، توبیخ کتبی با درج در پرونده و حسب مورد محرومیت از اشتغال به حرفه پزشکی است که در بندهای «ج»، «و» و «ز» ماده ۲۸ قانون سازمان نظام پزشکی پیش‌بینی شده است.

علاوه بر مطلب پیش گفته، ماده ۲۸ آیین‌نامه ناظر به یکی دیگر از تخلفات انتظامی شاغلین حرفه‌های پزشکی است که همان عدم رعایت قوانین و مقررات موجود، آیین‌نامه‌های مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مقررات فنی سازمان پزشکی و ضوابط علمی و حرفه‌ای ذریبط توسط مسؤولان فنی مؤسسات پزشکی است.

ماده مزبور مقرر می‌دارد: «مسؤولان فنی مؤسسات پزشکی اعم از دولتی، عمومی، خصوصی و خیریه مکلفند علاوه بر قوانین و مقررات موجود در آیین‌نامه‌های مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان نظام پزشکی، ضوابط علمی و حرفه‌ای ذریبط را رعایت کنند.»

به صراحت ماده مذکور، دایره شمول اختیارات قانونی مسؤولان فنی ذریبط اعم است از مؤسسات پزشکی دولتی، عمومی، خصوصی و خیریه و قوانین و مقرراتی که مسؤولان فنی این مؤسسات می‌بایست رعایت نمایند عبارت است از:

- ۱- قوانین و مقررات موجود در آیین‌نامه‌های مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی
- ۲- مقررات فنی سازمان نظام پزشکی
- ۳- ضوابط علمی و فنی مربوط به وظایف و اختیارات مسؤولان فنی مؤسسات پزشکی
- ۴- قوانین و مقررات سازمان نظام پزشکی

به نظر می‌رسد علت اینکه در صدر ماده ۲۸ آیین‌نامه به قوانین و مقررات موجود در آیین‌نامه‌های مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اشاره شده، این است که معمولاً نقض قوانین و مقررات مصوب مجلس به مسؤولیت مدنی و کیفری مرتکبین می‌انجامد و نقض آیین‌نامه‌های اجرایی و صنفی به مسؤولیت انتظامی مرتکبین آن. بنابراین از آن جهت که هدف مقنن از وضع آیین‌نامه‌های انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته، اعلام موارد تخلف انتظامی و مجازات‌های انتظامی حاکم بر آن است در ماده ۲۸ آیین‌نامه به قوانین و مقررات موجود در آیین‌نامه‌های مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اشاره شده است.

احصا و تشخیص موارد و مصادیق تخلف انتظامی موضوع ماده ۲۸ آیین‌نامه انتظامی مزبور بر عهده دادسراها و هیأت‌های بدوی، تجدیدنظر و عالی انتظامی نظام پزشکی می‌باشد و متخلفین از مفاد

امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب خرداد ۱۳۳۴، اشتغال عموم به امور پزشکی بدون داشتن شایستگی که باید به تأیید خبرگان این رشته برسد مداخله غیرمجاز در کار پزشکی و جرم محسوب می‌شود. علاوه بر آن، اعمال جراحی یا درمان‌های طبی باید در حدود تخصص پزشک باشد و با رعایت موازین فنی و علمی آن رشته انجام یابد و ضمن آن جراح یا پزشک مرتکب هیچ گونه بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی نشود. هرگاه پزشک در اعمال جراحی یا درمان‌های طبی مرتکب تقصیر شود و لو از طرف بیمار مأذون بوده باشد، ضامن است (۱۵، ۱۴، ۱۲، ۸-۶).

در ارتباط با این مسأله ماده ۳ آیین‌نامه انتظامی تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته با بر شمردن چند تخلف که هر یک دامنه گسترده‌ای در علم پزشکی، شریعت و قوانین جاری و مقررات صنفی و حرفه‌ای دارند آنها را قابل مجازات اعلام کرده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته باید طبق موازین علمی، شرعی و قانونی با رعایت نظامات دولتی، صنفی و حرفه‌ای انجام وظیفه کرده و از هرگونه سهل‌انگاری در انجام وظیفه بپرهیزند.» منظور از موازین علمی، اصول و قواعد فنی و علمی پذیرفته شده در میان پزشکان و متخصصین رشته‌ها و تخصص‌های مختلف پزشکی است که نوعاً در کوریکولوم و برنامه‌های آموزشی رشته‌های مختلف پیش‌بینی شده است.

مقصود از موازین شرعی، اوامر و نواهی الهی است که در چارچوب احکام خمسسه: وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه تبلور می‌یابد و به تبیین احکام مکلفین می‌پردازد، مانند وجوب کمک به بیماران اورژانسی و حرمت سقط جنین جنایی.

و در نهایت منظور از موازین قانونی، قواعد و مقررات حاکم بر امور پزشکی و دارویی است که نقض آن موجب مسؤولیت پزشک و یا دیگر صاحبان حرفه پزشکی می‌گردد، مانند انجام اعمال خلاف شؤون پزشکی و یا تبلیغات گمراه‌کننده و فریب بیماران.

شایان ذکر است که سیاق عبارات و نحوه تنظیم ماده فوق به گونه‌ای است که از یک طرف هم عدم رعایت موازین علمی، شرعی و قانونی در پرتو رعایت نظامات صنفی و حرفه‌ای را مورد توجه قرار داده است و هم پرهیز از سهل‌انگاری در انجام وظیفه را. از طرفی می‌توان گفت که منظور از عدم رعایت موازین علمی، شرعی و قانونی، عدم رعایت موازینی است که موجب هتک حرمت جامعه پزشکی می‌شود. به نظر می‌رسد که برداشت و استنباط اخیر از ماده مذکور بیشتر مقرون به واقع باشد. بنابراین ملاک تشخیص عدم رعایت موازین علمی، شرعی و قانونی، ارتکاب اعمالی است که موجب هتک حرمت جامعه پزشکی شود و لازمه تحقق تخلف نیز احراز عدم رعایت همه موازین علمی، شرعی و قانونی با رعایت نظامات صنفی و حرفه‌ای با هم نیست، بلکه صرف نقض یکی از موازین علمی، شرعی یا قانونی برای تحقق تخلف کافیست. منظور از چند تخلف در ماده مذکور نیز همین است، یعنی نقض موازین علمی، نقض موازین شرعی و نقض موازین قانونی.

- ۳- افشای اسرار بیماران و نوع بیماری (ماده ۴ آیین نامه)
- ۴- پذیرش بیمار بیش از توان معاینه و درمان (ماده ۵ آیین نامه)
- ۵- انجام امور خلاف شؤن پزشکی (ماده ۶ آیین نامه)
- ۶- تحمیل مخارج غیر ضروری به بیماران (ماده ۷ آیین نامه)
- ۷- ایجاد رعب و هراس در بیمار (ماده ۸ آیین نامه)
- ۸- تجویز غیر ضروری داروهای روان‌گردان و مخدر (ماده ۹ آیین نامه)
- ۹- عدم رعایت تعرفه‌های خدمات درمانی (ماده ۱۰ آیین نامه)
- ۱۰- دریافت مبلغی مازاد بر وجوه دریافتی توسط مؤسسات درمانی (ماده ۱۱ آیین نامه)
- ۱۱- عدم همکاری در پیشگیری از بیماری‌های واگیردار و بروز بحران و سوانح (ماده ۱۲ آیین نامه)
- ۱۲- جذب بیمار از مؤسسات دولتی و خیریه به مؤسسات خصوصی (ماده ۱۳ آیین نامه)
- ۱۳- جذب بیمار، تبلیغ گمراه‌کننده و نصب اعلانات تبلیغی (ماده ۱۴ آیین نامه)
- ۱۴- انتشار مقالات و گزارش‌های پزشکی غیرعلمی و گمراه‌کننده (ماده ۱۵ آیین نامه)
- ۱۵- استفاده از عناوین علمی و تخصصی تأیید نشده (ماده ۱۶ آیین نامه)
- ۱۶- تجویز داروی خارج از فارماکوپه (ماده ۱۷ آیین نامه)
- ۱۷- مسؤلیت ناشی از عدم ادامه درمان بیمار (ماده ۱۸ آیین نامه)
- ۱۸- قبول انتخاب به عنوان پزشک مشاور بدون موافقت پزشک معالج (ماده ۱۹ آیین نامه)
- ۱۹- تخلف از ممنوعیت فروش دارو و لوازم پزشکی در محل طبابت (ماده ۲۰ آیین نامه)
- ۲۰- عدم درج مشخصات و طرز استعمال دارو در نسخه (ماده ۲۱ آیین نامه)
- ۲۱- عدم صدور نسخه براساس شرایط بیمار و اصول علمی (ماده ۲۲ آیین نامه)
- ۲۲- عدم نظارت مستمر مسؤول فنی بر مؤسسه پزشکی (ماده ۲۳ آیین نامه)
- ۲۳- تخلف در مشخصات سر نسخه‌ها، تابلوها و درج آگهی در رسانه‌ها (ماده ۲۴ آیین نامه)
- ۲۴- به کارگیری افراد فاقد صلاحیت در امور پزشکی (ماده ۲۵ آیین نامه)
- ۲۵- عدم اعلان تأسیس، تغییر نشانی و تعطیل مؤسسه پزشکی به نظام پزشکی (ماده ۲۶ آیین نامه)
- ۲۶- عدم انجام اقدامات لازم برای نجات بیمار در فوریت‌های پزشکی (ماده ۲۷ آیین نامه)
- ۲۷- عدم رعایت نظامات دولتی و ضوابط علمی و حرفه‌ای (ماده ۲۸ آیین نامه)

آن حسب مورد به مجازات‌های انتظامی مقرر در بندهای «ب»، «ج» و «د» ماده ۲۸ قانون نظام پزشکی محکوم می‌شوند (۳۰).

در پایان این بخش - به منظور اشاره بیشتر به سایر مصادیق تخلفات پزشکی - لازم به ذکر است که مقنن در ماده ۲۸ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران به احصا برخی از مهم‌ترین تخلفات انتظامی پزشکی پرداخته است و مصادیق تخلفات مذکور و نوع و میزان مجازات‌های آن را در هر مورد و نحوه رسیدگی به آنها و اجرای احکام مربوطه را به تصویب آیین‌نامه‌ای انتظامی محول نموده است که توسط هیأت عالی انتظامی نظام پزشکی تهیه و پس از تأیید شورای عالی نظام پزشکی به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید و مادامی که آیین‌نامه جدیدی در این خصوص تهیه و تصویب نگردیده، آیین‌نامه‌های ذریبط در این رابطه به قوت خود باقی است و اجرا خواهد شد.

ماده یک آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته مقرر می‌دارد: «حرفه‌های وابسته به امور پزشکی موضوع ماده ۲۸ قانون سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: پزشکان، دندانپزشکان، دکترهای داروساز، متخصصین و دکترای علوم آزمایشگاهی حرفه‌ای یا متخصصین، تشخیص طبی، مامایی و تکنولوژی پزشکی، رادیولوژی، بیورادیولوژی، رادیوتراپی، پرستاری، مامایی، اطلاق عمل، هوشبری، داروسازی، تغذیه، مبارزه با بیماری‌ها، بهداشت خانواده، بهداشت کار دهان و دندان، فارغ التحصیلان دانشکده بهداشت، رشته‌های مختلف توانبخشی، فیزیوتراپی، اودیومتری، اپتومتری، مدارک پزشکی، رشته‌های مربوط به تجهیزات پزشکی، مهندسی پزشکی، بیوفیزیک، بیوشیمی پزشکی، خدمات اجتماعی و مددکاری و علوم پایه پزشکی.

تبصره: - شاغلین پزشکی و حرفه‌های وابسته موضوع این ماده افرادی هستند که در یکی از مراکز درمانی و بهداشتی - اعم از خصوصی، دولتی، وابسته به دولت یا خیریه اشتغال دارند و از این پس به اختصار شاغلین حرفه‌های پزشکی نامیده می‌شوند».

بنابراین مادامی که قانون خاصی افراد موضوع قانون و آیین‌نامه انتظامی پزشکی را از شمول آن خارج نکرده، همانند قانون تشکیل سازمان نظام پرستاری و قانون تشکیل سازمان روانپزشکی، مقررات این قانون به قوت خود باقی است و قابل اعمال بر مرتکبین تخلفات شاغلین این رشته‌ها نیز می‌باشد.

با توجه به ماده ۲۸ قانون سازمان نظام پزشکی و مواد مختلف آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته، تخلفات انتظامی مصرحه قانونی به شرح زیر می‌باشند؛

- ۱- عدم به کارگیری حداکثر تلاش برای بهبودی بیماران (ماده ۲ آیین نامه)
- ۲- عدم رعایت موازین علمی، شرعی و قانونی و سهل‌انگاری در انجام وظیفه (ماده ۳ آیین نامه)

جایز است (۲۰).

اکنون می‌خواهیم ببینیم محتوا و حجیت قاعده فوق به چه نحوی است. و بطور کلی حدود اعتبار آن در عرصه مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی که کم و بیش راجع به کیفیات آنها خلأ قانونی وجود دارد، چگونه است؟ این قاعده خود مرکب از دو قاعده است که به شرح زیر تحلیل می‌شوند:

### قاعده اول - «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع»

معنای این قاعده این است که هر چه را عقل بفهمد و درک کند شرع نیز آن را چنانکه عقل پذیرفته است می‌پذیرد، یعنی اگر عقل کاری را خوب و مفید تشخیص دهد و آن را لازم شمارد مثل دفاع از جان، شرع هم آن را لازم می‌شمارد و اگر عقل کاری را بد و زیان‌آور ببیند و آن را منع کند مثل تجاوز به حقوق دیگران شرع هم آن را منع می‌کند و حرام می‌شمارد. دلیل بر این مطلب این است که احکام شرع چنانکه علمای شیعه و اهل تسنن معتقدند مبتنی است بر مصالح و مفاسدی که از انجام آن عمل به مردم می‌رسد پس وقتی عقل در انجام کاری مصلحتی ببیند شرع هم آنرا توصیه می‌کند و چنانکه انجام کاری مفسده و زیان داشته باشد و عقل آنرا مضر تشخیص دهد شرع نیز آنرا ممنوع و حرام خواهد دانست. این قاعده به وضوح نشان دهنده این است که عقل یکی از ادله شرع است. متکلمین امامیه این معنا را به بیانی لطیف آورده‌اند، آنها می‌گویند: فرستادن پیامبران و کتب آسمانی لطفی است از ناحیه حق تعالی بر بندگان. این لطف همانا کمک و یاری دادن به عقل بشری است به وسیله راهنمایی‌های پیامبران در جهتی که وظیفه قوه عاقله بشری است.

### قاعده دوم - «کل ما حکم به الشرع حکم به العقل»

معنای این قاعده این است که هر چه را شرع و دین حکم کند عقل نیز می‌پذیرد. این معنا در بدو امر مواردی از شک و تردید را به ذهن می‌آورد زیرا بدیهی است که در بسیاری از موارد، شرع احکامی دارد که عقل را در آنها راهی نیست. مثلاً در عبادات که شرع، کیفیات خاصی مقرر داشته و شرایط و موانعی پیش‌بینی کرده عقل ساکت است البته عقل می‌پذیرد که شکر منعم واجب و عبادت خداوند بزرگ پسندیده و لازم است ولی اینکه با این کیفیت خاص و شرایط مخصوص باشد عقل در این باره ساکت است. با توجه به این موارد شک و تردید، اصولیست این قاعده را چنین توجیه کرده‌اند که اگر چه در بعضی موارد عقل از درک حقایق قاصر است و حکمی ندارد ولی اگر فرض کنیم که دید عقل کامل می‌بود و بر مصالح و مفاسدی که شرع می‌بیند وقوف و اطلاع می‌یافت او نیز چون شرع حکم می‌کرد، کارهای مفید و واجد مصلحت را که شرع بدان امر کرده لازم می‌دانست و کارهای مضر و مفسده‌انگیز را که شرع تحریم کرده او نیز منع می‌کرد. البته در بسیاری از موارد عقل می‌تواند جهات مصلحت و مفسده کارها را

در پایان لازم به توضیح است که علاوه بر تخلفات مصرح در قانون سازمان نظام پزشکی و آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته، تخلفات دیگری در برخی قوانین و مقررات پزشکی و دارویی به چشم می‌خورد که مرجع رسیدگی به این‌گونه تخلفات نیز دادسراها و هیأت‌های بدوی، تجدیدنظر و عالی انتظامی نظام پزشکی است. از جمله این تخلفات می‌توان به تخلفات موضوع ماده واحده قانون راجع به ثبت و گزارش اجباری بیماری‌های سرطانی مصوب سال ۱۳۶۳ اشاره کرد.

### قاعده تلازم بین حکم عقل و حکم شرع

عقل یا دلیل عقلی یکی از ادله استنباط احکام در اسلام می‌باشد. دلیل عقلی عبارت است از حکمی که با درک صحیح آن ممکن باشد حکمی شرعی بدست آید، چنانکه در مسأله تزاحم احکام، عقل به تخییر حکم می‌کند مثلاً هرگاه شخصی موظف به نگهداری دو نفر باشد و ببیند که هر دو دچار سیل و یا طوفان شده‌اند و در معرض هلاک هستند و برای او فقط نجات یکی از آنها ممکن باشد و هیچ یک هم بر دیگری ترجیحی نداشته باشد عقل حاکم است به اینکه این شخص در نجات هریک از آنها مخیر است. این حکم عقلی و درک عقلی موجب تحسین فاعل و ثواب شرعی است و از این روی می‌گویند حکم عقلی دلیل حکم شرعی است و به عبارت دیگر، دلیل عقلی عبارت است از ادراک عقلی که بتواند زمینه حکم شرعی قرار گیرد (۲۰).

در یک تقسیم بندی مشهور دلیل عقلی به مستقلات عقلی و استلزامات عقلی تقسیم شده است؛

#### ۱- مستقلات عقلی:

منظور از مستقلات عقلی ادراک مستقلی است بدون توجه به خطاب شرع، چنانکه عقل به طور مستقل و بدون التفات به حکم شرع هرگونه ظلم و تجاوز را محکوم می‌کند و رفتار و کردار خوب را توصیه می‌نماید. بی‌شک برخی مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی مشمول مستقلات عقلی می‌گردند. مثلاً عمل جراحی زیبایی صورت که واقعاً اصلاح و به‌سازی روحی و روانی بیمار یا فرد متقاضی را به تشخیص پزشک - البته با رعایت عرف غالب نظام پزشکی و گزاره‌های قانونی آن - به تبع دارد، به حکم عقل جایز است و قطعاً مورد تأیید شرع هم خواهد بود.

#### ۲- استلزامات عقلی:

گاه شرع دستوری می‌دهد که لازمه یا مقدمه آن خواستن چیز دیگری هم هست، در این صورت عقل آن را نیز لازم می‌داند، این حکم را استلزام عقلی گویند. مثلاً شرع برای مال و مالکیت افراد احترام قایل است بی‌شک یکی از لوازم این احترام، حرمت غضب و حجیت قاعده اتلاف است. تردیدی نیست که برخی از ابعاد عمل جراحی یا درمان طبی مشمول استلزامات عقلی می‌گردند مثلاً وقتی به حکم شرع عمل ضروری پیوند اعضا از یک انسان به انسان دیگر جایز است، لوازم آن نیز که یکی از آنها همان تعرض به تمامیت جسمانی فرد انسانی است،



بیمار یا ولی او و بدون خطای جزایی انجام شود، جرم و جنایت محسوب نمی‌شود ولی در صورت فقدان هر یک از شرایط مذکور پزشک نسبت به نفس درمان و فعل ارتكابی ضامن خواهد بود.

بنابراین اذن بیمار منحصراً در مشروعیت «فعل طبیب» یعنی «معالجه» مؤثر بوده و به صدمات اتفاقی حاصل از درمان مربوط نمی‌شود (۲۹).

### ب - مسؤولیت پزشک نسبت به جنایات ناشی از درمان:

چنان که بیان شد نفس فعل طبابت و جراحی با وجود شرایط ذکر شده ضمان آور نخواهد بود اما اگر این اقدامات به رغم رعایت احتیاطات لازمه و عدم وجود خطای جزایی به طور اتفاقی موجب مرگ بیمار یا صدمات غیر متعارف دیگر شود، آیا می‌توان پزشک را نسبت به نتیجه حاصله مسؤول دانست؟

بدیهی است چنانکه طبیب صلاحیت و مهارت علمی و عملی لازم را نداشته یا با وجود مهارت بدون اذن و اجازه بیمار یا ولی او اقدام به درمان کند و به طور اتفاقی موجب تلف شود، ضامن خواهد بود.

حقوقدانان اسلامی درباره ضمان پزشکی که در معالجات خود کوتاهی کرده است هر چند بیمار اذن در معالجه داده باشد ادعای اجماع کرده‌اند. لکن درباره مسؤولیت طبیبی که با وجود اذن در معالجه و رعایت کلیه موازین تخصصی اقدام وی اتفاقاً موجب تلف شده است، اختلاف نموده‌اند. لازم به ذکر است که در فرض مذکور عده‌ای بر عدم ضمان پزشک نظر دارند. متقابلاً به موجب رأی مشهور فقهای اسلامی پزشک نسبت به تلف نفس یا عضو بیمار مسؤول است، زیرا تلف مستند به فعل اوست. مقنن نیز به پیروی از نظر مشهور حقوقدانان اسلامی، جنایت واقع شده به وسیله پزشک را موجب جنایتی نشده و تلقی کرده است.

ماده ۳۱۹ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آنرا صادر می‌کند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.»

بدیهی است ضمان پزشک در صورتی است که جنایت واقع شده از نفس یا اثر فعل درمان ناشی شده باشد. پس اگر فعل طبیب در وقوع جنایت مؤثر نبوده، بلکه جنایت از عاملی دیگر مانند سرایت بیماری یا جرح نشأت گرفته باشد، اصولاً پزشک مرتکب هیچ جنایتی نشده تا ضامن شناخته شود.

برخی از فقهای اسلامی طبابت‌هایی را که امروز بر نحو متعارف و با نسخه‌نویسی صورت می‌گیرد از مصادیق دستور به معالجه قلمداد کرده و در این موارد ضمان را بعید شمرده‌اند زیرا جنایت عرفاً به فعل پزشک اسناد داده می‌شود، اگرچه خود در آن مباشرت نکرده است (۲۹).

حقوقدانان اسلامی همچنین درباره ضمان تلف ناشی از ختنه بوسیله پزشک اختلاف کرده‌اند، بعضی بر این باورند که ختنه کردن

تشخیص دهد و در نتیجه پا به پای شرع، امر و نهی کرده و آنچه را شرع بدان حکم کرده او هم حکم کند، مثلاً در باب ربا و معاملات ربوی چون این‌گونه معاملات رفته رفته موجب اختلال در امر توزیع عادلانه ثروت می‌شود و این به زیان افراد و جامعه است شرع آن را حرام دانسته و عقل نیز آن را رد کرده است.

به هر حال با فتح بابی که نسبت به مباحث دلیل عقلی و تشریح و تنقیح قواعد فوق‌الذکر صورت گرفت، مسلم می‌شود که عقل همه جا حجیت شرعی ندارد و ممکن است برخی از احکام عقلی مورد تأیید شرع نباشد و لذا در حوزه مسایل پزشکی و حقوق پزشکی بی‌شک علی‌رغم امکان استناد به مفاهیم دلیل عقلی و قواعد آن، پر واضح است که اولاً هرگز عقل یک متخصص یا متخصص خاصی ملاک نیست بلکه در مواردی که عقل از حجیت شرعی برخوردار می‌شود تشخیص پزشک متخصص باید با رعایت مؤلفه‌های نظام پزشکی و عرف معمول آن صورت گیرد. مثلاً در رابطه با اینکه آیا عمل پیوند اعضا از انسان مرده به انسان زنده جایز است یا نه؟ در مواردی که ضرورت وجود دارد عقل پزشک متخصص می‌تواند چنین عمل جراحی را جایز بداند اما این کافی نیست بلکه باید دید که آیا عرف غالب نظام پزشکی و مؤلفه‌های آن نیز چنین عملی را توجیه می‌کند یا نه؟

ثانیاً در ارتباط با عمل جراحی یا درمان‌های طبی که تا حدودی پیرامون آنها خلأ قانونی وجود دارد چنانکه عقل یک متخصص با متخصص یا متخصصین دیگری در تعارض قرار گرفت، راه حل برون رفت از تعارض، لحاظ نظری که گویای یک تشخیص پزشکی به گونه‌ای که خود گویای رعایت موازین علمی، شرعی و قانونی باشد و موجب هتک حرمت نظام پزشکی و جامعه پزشکی نشود، است.

### عمل جراحی، درمان طبی و مسأله ضمان پزشک (مقایسه مواد ۳۲۲، ۳۲۰، ۳۱۹، ۳۱۹ ق.م.ا)

در کنکاش پیرامون روشن ساختن کیفیت ضمان پزشک در جریان اقدامات درمانی و معالجات طبی می‌توان این مسأله را از دو زاویه مورد بحث و بررسی قرار داد؛ از یک زاویه لازم است که مسأله مسؤولیت پزشک را نسبت به نفس فعل یا عمل طبابت و جراحی تحلیل نمود و از زاویه دیگر مقتضی است که کیفیت مسؤولیت پزشک را نسبت به جنایات ناشی از عمل درمان روشن ساخت.

### الف - مسؤولیت پزشک نسبت به نفس فعل طبابت و جراحی:

این مسأله در ماده ۵۹ ق.م.ا انعکاس یافته است. مقنن در این ماده - که تحلیل تفصیلی آن گذشت - در مقام بیان شرایط جواز تصرف در نفس دیگران به عنوان معالجه و درمان بوده و نفس فعل طبابت را صرف نظر از نتایج احتمالی آن مورد توجه قرار داده است. بنابراین عملیات جراحی و هر اقدام پزشکی دیگر که علیه بیمار صورت می‌گیرد فقط در صورتی که آن اقدامات مشروع بوده و با اذن و رضایت

الف - مشروع باشد، ب - با رضایت شخص یا اولیا یا نمایندگان قانونی آنها انجام شود، ج - در انجام آن، موازین فنی و علمی و نظامات دولتی رعایت شود. برای تشخیص مشروع بودن عمل جراحی یا درمان طبی، پزشک هیچ‌گونه تکلیفی به مراجعه مستقیم به منابع شرعی ندارد، بلکه همین مقدار که پزشک در برخورد با بیماران و مراجعین با توجه به مسایل شرعی رعایت حرمت‌های مقرر را بنماید و نیز عمل جراحی یا طبی که او قصد انجام آن را دارد آشکارا خلاف اصول و منابع مسلم شرعی نبوده و گویای رعایت عرف غالب نظام پزشکی و مولفه‌ها و نظامات قانونی آن باشد، کافی و وافی به مقصود خواهد بود.

چنانچه یک عمل جراحی یا درمان طبی با منع قانونی مواجه نباشد، نظر به اینکه اصل بر این است که قوانین موجود جهات مصلحت را منظور داشته و با موازین شرعی منطبق می‌باشند، می‌توان اصولاً شرعی بودن آنها را انتظار داشت، مگر اینکه واقعاً خلاف آن ثابت شود. مع الوصف با توجه به خلاء و انسداد قوانین فعلی ایران برای تشخیص برخی مصادیق عمل جراحی یا درمان طبی مشروع می‌توان به قاعده «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل» متوسل شد. به این معنا که چنانچه انجام یک عمل جراحی یا درمان طبی، عقلانی و به مصلحت تشخیص داده شود به حکم عقلی که حکم شرعی نیز مؤید آن است، آن را انجام داد. بی‌شک عقل همه‌جا حجیت ندارد و لذا نمی‌توان به عنوان فصل‌الخطاب به آن نگریست. در عمل به دلیل عقلی در راستای تشخیص مشروع بودن یا نبودن یک عمل جراحی یا درمان طبی، همواره رعایت عرف نظام پزشکی و نظامات قانونی آن الزامی است.

نیز مانند دیگر اقدامات طبیب چنانچه منتهی به جنایت شود، موجب ضمان خواهد بود اگرچه طبیب در عملیات خود مرتکب تعدی و تفریط نشده باشد. گروهی دیگر ضمان ختنه‌کننده را متوقف بر تعدی و تفریط وی دانسته‌اند و لذا اظهار داشته‌اند اگر بدون آنکه پزشک تعدی و تفریط کرده باشد، بعد از اقدام به ختنه، کودک تلف شود طبیب ضامن نخواهد بود.

قانون‌گذار با الهام از رأی اخیر، مسؤولیت ختنه‌کننده را در صورتی ثابت شمرده است که از حدود خود تجاوز کرده و مرتکب تعدی و تفریط شود. در ماده ۳۲۰ ق.م.ا. آمده است: «هرگاه ختنه‌کننده در اثر بریدن بیش از مقدار لازم موجب جنایت یا خسارت شود ضامن است، گرچه ماهر بوده باشد».

بنابراین ماده مذکور مخصص ماده ۳۱۹ خواهد بود. زیرا با توجه به مفهوم ماده ۳۲۰ ضمان طبیب نسبت به تلف ناشی از ختنه چنانچه اقدامات وی در حدود متعارف صورت گرفته باشد، پذیرفته نشده است.

## نتیجه گیری

از مباحث مطرح شده می‌توان نتیجه‌گیری کرد که بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی در کنار سایر قوانین مربوطه به عنوان اجازه قانون مبنای توجیهی هرگونه عمل جراحی یا درمان‌های طبی می‌باشد. هرگونه عمل جراحی یا درمان طبی برای اینکه منطبق با این بند تلقی شود، باید دارای سه شرط باشد؛

## References

- 1-Safaei SH, Qasemzade SM. civil law loones & personals. 8th ed. Tehran: university of Tehran publication, 2003; 18-31. [Persian]
- 2- Civil law. 17th ed. Tehran: douran publication, 1383 (AD); article 956, 958. [Persian]
- 3-Emami H. civil law. 2nd ed. Tehran: university of Tehran publication. 1999; vol.1. 203-4. [Persian]
- 4-Alzarqa MA. islamic law in the new cover. Dameshq: think – house publication. 1963; vol.2. 421-422. [Arabic]
- 5-Ardebili MA. public criminal law. 4th ed. Tehran: mizan publication. 2003. vol.1. 185-96. [Persian]
- 6-Aliabadi A. criminal law. 3rd ed. Tehran: ferdousi publication. 1373; vol. 1. 224-58. [Persian]
- 7-Noorbaha R. the backgrand of criminal law. 12th ed. Tehran: dadafarin. Publication. 275-322. [Persian]
- 8-Shiri A. in translation of: Islamic criminal law. Aoudeh. A. (authur). 1 st ed. Tehran: mizan publication. 1994; vol. 2. 295-6. [Persian]
- 9-Feyz A. version & identification in Islamic criminal law. 1st ed. Tehran: ministry of cultur & Islamic publication. 1990; vol. 1. 295-6. [Persian]
- 10-Shokri R, Siroos Q. Islamic legal punishment in order of recent law. 3rd ed. Tehran: mohajer publication. 2004; 134. [Persian]
- 11-Goldozian I. orders of public criminal law. 6th ed. Tehran: mizan publication. 2002; 107-10. [Persian]
- 12-Goldozian I. interpretation of Islamic legal punishment. 5th ed. Tehran: majd publication. 2005; 65. [Persian]
- 13-Hoseyni shirazi SM. Alsharie. Qom: Qoran – house. 1985; 62-3. [Persian]

- 14-Helli ANJA. Islamic legal for permissible & interdiction. 2nd ed. Tehran: esteghlal publication. 1994; vol 4. 1019-83. [Arabic]
- 15-Katoozian N. legal undertaking. 6th ed. Tehran: university of Tehran publication. 2007; 332. [Persian]
- 16-Zeraat A. version of Islamic legal punishment. 1st ed. Tehran: qoqnoos publication. 2000; 469. [Persian]
- 17-Almoosavi alhomeyni R. tahrir alvasile. 1st ed. interpretation by biazar shirazi A. Tehran: book company publication. 1981; vol 2. 264. [Persian]
- 18-Montazeri H. propositions leaflet. book company publication. 1981; 264. [Persian]
- 19-Ayed aldiat S. To act transfer humans vitals between alsharie & law. ph.d thesis. Oman: cultur-house company for diffuseness & dispensation. 1999; 238. [Arabic]
- 20-Mohamadi M. principles for inference of Islamic law. 8th ed. Tehran: university of Tehran publication. 2008; 19, 207-8. [Persian]
- 21-Rohami M. special criminal law. Tehran: university of Tehran. 2008, vol. 1. 19. [Persian]
- 22-Alqarzavi SYA. vivisection of human & respective legals. 2000; available at: [http://www.Islamonline.net/fatwa/avabic/fatwa\\_disply.asp](http://www.Islamonline.net/fatwa/avabic/fatwa_disply.asp)
- 23-Hoseyni shirazi SM. book of a life for a life. Qom: alhakim qooran house. 6. [Arabic]
- 24-Khoei SAA. Basis of takmelato almenhaj, najaf: aladab alnajaf company. 1975; vol.2. 417. [Arabic]
- 25-Karami MB. The leaflets collection & law theories in regard to murder. 1st ed. Tehran: ferdosi publication. 1998; 54. [Persian]
- 26-Abdulaziz S. Islamic perspectives on cloning. available at: <http://www.people.edu/aas/issues/cloning.htm>
- 27-Mehrpoor H. collection of vigilant council opinions, 1st ed. Tehran: keyhan publication. 1992. vol.1. 226. [Persian]
- 28-The opinions of legal office of judiciary in regard to criminal issues. Tehran: 1994, vol. 1. 280. [Persian]
- 29-Sadeghi MH. Offences against people. 6th ed. Tehran: mizan publication. 190. [Persian]
- 30-Abbasi M. Medical criminal law. 1st ed. Tehran: legal publication. 2009, 261-307. [Persian]

Archive of SID

# The scoop of physicians responsibility in surgery and medical cure

Mehran Ferydoni\* – Arya Hedjazi\*\* – Salman Kunani\*\*\*†

\* MD, General Practitioner, Fars Legal Medicine Center

\*\*MD, Forensic Medicine Specialist, Faculty Member of Legal Medicine Research Center, Fars Legal Medicine Center

\*\*\*Postgraduate Student in Criminology

## Abstract:

**Introduction:** There are numerous question about the second paragraph of Islamic criminal Law article 59 to which this essay seeks possible answers. Among the questions are: what is meant by canonical surgery or canonical cure? And what are the exemplars of such issues? ...

**Discussion:** the above article of law according to which , there are certain circumstances Legalize any sort of surgery or medical remedy, has some deficiencies: firstly, legislator has not specify the demarcation of the article precisely, secondly, it is not clear whether the article addressed the precisely itself or, say, the consequent handicap or mutilation following the surgery, and finally, the authority and the procedure for judging the law fullness of surgery or medical cure and its conformity to the technical and scientific codes and to state orders, are not Cleary defined.

**Conclusion:** Referring to the mentioned article, a surgery or medical cure is legally lawful when it (1) Is right In terms of religion (2) Is operated by consent of either patients parents or his / her lawyers (3) Is Operated according to the codes of scientific, technical propriety and to state orders.

Basically, a surgery or a medical cure that is not unlawful, is canonical however; its reveres relation is always expected. Conformity to both common process and common sense (through the general assumption that everything that conforms to common sense, does so to canon and everything that conforms to canon, does so to common sense) is supported by common law as far as it is loyal to rationalizing disciplines and codes of the mentioned decree and the decree in not the ultimate decisive point to the assumption that it is evident that as we conform to the costume and systematic rationalism, take into consideration the opinion of the majority of experts, therefore, a resolution to the various contradictory perspective and diagnoses would be easily achieved.

**Key words:** Surgery; Medical Cure; Canonical & Unecanomical Surgery Legal Authorization; Justifying Causes.

Received: 2 Nov 2009

Accepted: 4 April 2010

†Correspondence: Shiraz University, Shiraz, Iran

Salmankunani@yahoo.com