Original Article Open Access

The Iranian Association of Medical Law

Medical Law Journal

2026; 20: e48

Journal Homepage: http://ijmedicallaw.ir

Institute of Bioethics and Health Law

Application of the Jurisprudential Maxims of Necessity and Darʾ in the Physician's Treatment Process

Hamid Kakaei[1], Seyedeh Roz Nikyar[2*], Mazaher Namdari Moosaabadi[3], Shaghayegh Shamsi[4], Ali Habibi[5], Seyedeh Pegah Tabatabaeenia[5]

1. Department of Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.
2. Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
3. Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.
4. Department of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
5. Department of Law, Parand Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ABSTRACT

Background and Aim: The application of Islamic jurisprudential maxims in medicine and the treatment process has long been a subject of interest in Shi'a jurisprudence and has played a guiding role in addressing numerous medico-legal issues and challenges. This study aims to examine the application of two jurisprudential maxims, namely the maxims of Necessity (Idtirar) and Darʾ, in the physician's treatment process and to clarify their effectiveness in resolving legal and clinical challenges.

Method: This study adopts a descriptive-analytical approach. Drawing on jurisprudential and legal sources, as well as studies related to medical jurisprudence, it examines instances in which the maxims of Necessity and Darʾ may be applied in medical treatment and medical liability.

Ethical Considerations: Honesty and academic integrity have been observed throughout this study.

Results: The findings indicate that the jurisprudential maxim of Necessity may be invoked in circumstances such as abortion under emergency conditions, the prescription of prohibited medications to preserve a patient's life, treatment of a patient by a physician of the opposite sex where religious restrictions would otherwise apply, and certain assisted reproductive procedures. In specific circumstances, this maxim may render such medical interventions permissible. Furthermore, the jurisprudential maxim of Darʾ has been relevant to issues such as medical liability arising from the withdrawal of life-support equipment from a brain-dead patient, cases supported by forensic medical opinions, and the exoneration of physicians where a patient withdraws previously granted consent. In such cases, the existence of doubt may affect the exclusion or mitigation of criminal and medical liability.

Conclusion: The findings demonstrate that, despite their roots in traditional Shi'a jurisprudence, the maxims of Necessity and Darʾ retain considerable potential to address emerging medical and treatment-related issues. They can serve as a basis for legal and jurisprudential reasoning and decision-making in resolving challenges arising in the field of medical treatment.

Keywords: Jurisprudential Maxims; Necessity (Idtirar); Darʾ; Effectiveness of Jurisprudential Maxims in the Treatment Process; Medical Jurisprudence

Corresponding Author: Seyedeh Roz Nikyar; **Email:** roznikyar2020@gmail.com

Received: January 18, 2025; **Accepted:** May 21, 20265; **Published Online:** October 22, 2026

Please cite this article as:

Kakaei H, Nikyar SR, Namdari Moosaabadi M, Shamsi SH, Habibi A, Tabatabaeenia SP. Application of the Jurisprudential Maxims of Necessity and Darʾ in the Physician's Treatment Process. Medical Law Journal. 2026; 20: e48.

Copyright©2026, the Authors. This open-access article is published under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International License which permits Share (copy and redistribute the material in any medium or format for any purpose, even commercially) and Adapt (remix, transform and build upon the material for any purpose, even commercially) under CC BY 4.0 terms.

دسترسی آزاد | مقاله پژوهشی

مجله حقوق پزشکی

دوره بیستم، ۱۴۰۵

Journal Homepage: http://ijmedicallaw.ir

کاربست قواعد فقهی اضطرار و درء در جریان فرایند درمانی پزشک

حمید کاکائی[۱]، سیده‌رز نیک‌یار[۲*]، مظاهر نامداری موسی‌آبادی[۳]، شقایق شمسی[۴]، علی حبیبی[۵]، سیده‌پگاه طباطبائی‌نیا[۵]

۱. گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۲. گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۳. گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران.

۴. گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۵. گروه حقوق، واحد پرند، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: استفاده از قواعد فقهی در حوزه پزشکی و فرایند درمان، از دیرباز مورد توجه فقه شیعه بوده و در بسیاری از مسائل و چالش‌های حقوقی ـ پزشکی نقش راهگشا ایفا کرده است. پژوهش حاضر با هدف بررسی کاربست دو قاعده فقهی «اضطرار» و «درء» در فرایند درمانی پزشک و تبیین میزان کارآمدی آن‌ها در حل معضلات حقوقی و درمانی انجام شده است.

روش: این پژوهش به شیوه توصیفی ـ تحلیلی انجام گرفته و با بهره‌گیری از منابع فقهی، حقوقی و مطالعات مرتبط با فقه پزشکی، مصادیق کاربرد قواعد اضطرار و درء در حوزه درمان و مسئولیت پزشکی مورد بررسی قرار گرفته است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله صداقت و امانتداری رعایت شده است.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که قاعده فقهی اضطرار در مواردی همچون سقط جنین در شرایط اضطراری، تجویز داروهای حرام برای حفظ جان بیمار، درمان بیمار توسط پزشک نامحرم و برخی روش‌های درمان ناباروری، قابلیت استناد داشته و موجب مشروعیت اقدامات درمانی در شرایط خاص می‌شود. همچنین قاعده فقهی درء در موضوعاتی نظیر مسئولیت پزشکی در قطع دستگاه از بیمار مبتلا به مرگ مغزی، پرونده‌های مستند به نظریه پزشکی قانونی و رفع مسئولیت پزشک در فرض رجوع بیمار از اذن، به واسطه وجود شبهه، در سقوط یا تخفیف مسئولیت کیفری و پزشکی مؤثر بوده است.

نتیجه‌گیری: نتایج پژوهش حاکی از آن است که قواعد فقهی اضطرار و درء، با وجود ریشه‌داشتن در فقه سنتی شیعه، همچنان از ظرفیت بالایی برای پاسخگویی به مسائل نوظهور پزشکی و درمانی برخوردارند و می‌توانند در حل چالش‌های حقوقی و فقهی حوزه درمان، مبنای استناد و تصمیم‌گیری قرار گیرند.

واژگان کلیدی: قواعد فقهی؛ اضطرار؛ درء؛ کارایی قواعد فقه در فرایند درمان؛ فقه پزشکی

نویسنده مسئول: سیده‌رز نیک‌یار؛ **پست الکترونیک:** roznikyar2020@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۵/۰۱/۳۱؛ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۵/۰۴/۰۷؛ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۵/۰۷/۳۰

خواهشمند است این مقاله به روش زیر مورد استناد قرار گیرد:

Kakaei H, Nikyar SR, Namdari Moosaabadi M, Shamsi SH, Habibi A, Tabatabaeenia SP. Application of the Jurisprudential Maxims of Necessity and Dar' in the Physician's Treatment Process. Medical Law Journal. 2026; 20: e48.

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد.

مقدمه

فرایند درمان توسط پزشک و به طور کلی، مباحث مربوط به پزشکی، درمان و مصادیق مختلف آن، در برخی از موارد سبب ساز بروز چالش‌ها و مسائل حقوقی می‌شود که در برخی موارد با وضع قوانین حقوقی و کیفری و در برخی از موارد با ضمانت اجراهای صنفی تنظیم شده و چارچوب خاصی یافته است. این معضلات در چگونگی طی‌کردن فرایند درمان، مسئولیت یا رفع مسئولیت از پزشک به واسطه فرایند درمان، وضع جریمه‌ها یا محرومیت‌ها از طریق نظام صنفی، تحمیل مجازات کیفری یا لزوم جبران خسارت مدنی پزشکان در قبال بیماران به واسطه فرایند درمان و...، از جمله مصادیق این مشکلات حقوقی بوده است که تاکنون تلاش شده است از طرق مختلف، از جمله وضع قانون حل و فصل گردد، اما نگاهی به پرونده‌های مطروحه حقوقی ـ پزشکی و آرای صادره در رویه قضایی و برخی چالش‌های این حوزه که در جامعه نمود و بروز یافته است، نشان می‌دهد که علیرغم تلاش‌های صورت‌گرفته صرفاً عرفی و حقوقی، علاوه بر وضع قوانین پزشکی، حقوقی و کیفری و کنترل و نظارت نظام صنفی و پیش‌بینی‌نمودن ضمانت اجراهای مختلف، باید از عناصر دیگری نیز برای رفع این مشکلات بهره‌برداری نمود که پیشنهاد این پژوهش، رجوع به بستر فقه شیعه در این خصوص است.

بنابراین در این پژوهش هدف اصلی و دغدغه ما از طرح موضوع، این است که به بحث و بررسی امکان استفاده از قواعد فقهی کاربردی، نظیر قاعده اضطرار از یک‌سو و قاعده درء از سوی دیگر در فرایند درمان، مسئولیت پزشک و فقه پزشکی بپردازیم تا این موضوع روشن گردد که اصولاً بستر فقه پویایی شیعه و قواعد فقهی مندرج در آن، از جمله قاعده فقهی اضطرار و درء به چه میزان می‌توانند در برخی موارد حقوقی و پزشکی که امروزه سبب بروز برخی از چالش‌ها و موانع شده است، راهگشا باشد.

امید است که نتایج و یافته‌های این پژوهش در حوزه استفاده کاربردی از قواعد فقهی در فرایند درمان و مصادیق حقوقی ـ پزشکی، تحقیقات انجام‌گرفته پیشین را، ولو اندک و یک گام رو به پیش برده و برخی از معضلات این حوزه را رفع نماید.

۱. مفهوم و شرایط حاکم بر اضطرار: قاعده اِضطرار، قاعده‌ای فقهی به معنای واقع‌شدن شخص در شرایط و موقعیتی تهدیدآمیز است که برای خارج‌شدن از آن وضعیت، ناچار به انجام‌دادن عملی است که در حالت عادی حرام است و یا ترک عملی که در حالت عادی، انجام آن واجب است. این قاعده در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات، معاملات، احکام جزایی، اطعمه و اشربه به کار رفته و بر آن آثاری مانند برداشته‌شدن حکم تکلیفی مترتب می‌شود.

این قاعده با قاعده‌های فقهی دیگر، مانند اکراه و اجبار شباهت‌هایی دارد که در تمام این عناوین، حالت خطر تهدیدآمیز وجود داشته، اما از این جهت که قصد و اراده در برخی وجود دارد و در برخی وجود ندارد، با هم متفاوتند. برخی از آیات قرآن، روایات، دلیل عقلی و اجماع بر این قاعده دلالت دارند و شرایطی را برای تحقق پیداکردن حالت اضطرار و مضطرشدن لازم می‌دانند.

معروف‌ترین آیه‌ای که فقها برای مشروعیت این قاعده، به آن استدلال نموده‌اند آیه ۱۷۳ سوره بقره است «إِنّما حَرّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدّمَ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَ ما أُهِلّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ فَمَنِ اضْطُرّ غَيْرَ باغٍ وَ لا عادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» بخش آخر آیه سوم سوره مائده و آیه ۱۱۹ سوره انعام، از دیگر مستندات این قاعده هستند (۱).

حدیث رفع «رُفِعَ عَنْ أُمّتِي تِسْعَةُ أَشْيَاءَ: الْخَطَأُ، وَ النِّسْيَانُ، وَ مَا أُكْرِهُوا عَلَيْهِ، وَ مَا لَا يَعْلَمُونَ، وَ مَا لَا يُطِيقُونَ، وَ مَا اضْطُرّوا إِلَيْهِ، وَ الْحَسَدُ، وَ الطِّيَرَةُ، وَ التّفَكّرُ فِي الْوَسْوَسَةِ فِي الْخَلْقِ مَا لَمْ يَنْطِقُوا بِشَفَةٍ» مشهورترین حدیثی است که فقها آن را مبنای مشروعیت این قاعده دانسته‌اند (۲). به گفته برخی از فقها این حدیث بر ادله اولی حکومت (به معنای نظارت یک دلیل بر دلیل دیگر به منظور تفسیر آن) دارد. روایت‌های دیگری نیز از امام صادق (ع) نقل شده که مبنای این قاعده هستند، مانند «هیچ چیز را خداوند حرام نکرده مگر آنکه برای کسی که مضطر است حلال می‌شود»، همچنین روایت «هر کس به

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد.

گوشت مردار و خون و گوشت خوک مضطر شود و از آن‌ها نخورد تا بمیرد، به حکم خدا کفر ورزیده است.»

تحقق حالت اضطرار که فرد در آن حالت مجاز به انجام فعل حرام است، شرایطی دارد که عبارتند از:

۱ـ ضرورت به حد إلجاء (ناچاری) برسد؛ به این معنا که خطر قطعی بوده و ناگزیر از انجام آن فعل است؛

۲ـ ضرورت بالفعل باشد، نه بالقوه؛ بنابراین فرد گرسنه، قبل از گرسنگی‌ای که سبب تلف نفس می‌شود، نمی‌تواند از گوشت مردار استفاده کند؛

۳ـ برای دفع اضطرار یا ضرورت، راهی جز ارتکاب فعل حرام وجود نداشته باشد؛

۴ـ اکتفاکردن به حداقل (دفع ضرر) در موارد ضروری؛

۵ـ خطر به وسیله خود مضطرّ ایجاد نشده باشد؛ بنابراین شخصی که با اقدامات عمدی خود، شرایط و موقعیت اضطراری برای خود پیش آورد، نمی‌تواند از اذن شارع در حالت اضطرار بهره‌مند شود. به تعبیر علامه طباطبایی اگر انسان خودش با سوء انتخابش (با بغی، ستم و تجاوز) شرایط اضطرار را درست کرده باشد، مشمول تخفیف‌های زمان اضطرار نخواهد شد (۳).

۱-۱. استفاده از قاعده اضطرار برای سقط جنین: تردیدی نیست که سقط عمدی جنین، صرف‌نظر از ضرورت و حالات خاص که ممکن است انجام آن مجاز شمرده شود، از دیدگاه فقه اسلام حرام است و برای زن حامله و غیر او جایز نیست، جنین را سقط نمایند. دلیل این نظریه، علاوه بر عموم و اطلاق ادله‌ای که بر حرمت قتل نفس محترمه دلالت دارد، روایاتی در حد استفاضه، بلکه تواتر معنوی است که در باب دیات وارد شده و بر حکم این مسأله دلالت دارد (۴).

سقط جنین، از جمله مواردی است که به پشتوانه روایات و فقه شیعه، حرام اعلام شده است، اما همین حرمت اولیه، به واسطه بروز شرایط اضطراری، امکان سقوط خواهد داشت. از جمله در فقه شیعه به مواردی اشاره شده است که اگر ادامه بارداری، سببی برای مرگ مادر شده یا سلامتی او را با خطر جدی مواجه سازد، سقط جنین مجاز خواهد شد، چراکه فقها قائل به این هستند که مبنای اضطرار در این است که اگر جنین حفظ شود، مادر با مرگ مواجه خواهد شد و حیات جنین نیز در خطر جدی قرار می‌گیرد، اما با سقط جنین، حیات مادر تضمین خواهد شد.

پزشکان نیز امروزه (ماده ۵۶ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰، سقط جنین ممنوع بوده و از جرائم دارای جنبه عمومی می‌باشد و مطابق مواد ۷۱۶ تا ۷۲۰ قانون مجازات اسلامی و مواد این قانون، مستوجب مجازات دیه، حبس و ابطال پروانه پزشکی است. مادر صرفاً در مواردی که احتمال بدهد شرایط زیر محقق می‌شود، می‌تواند درخواست سقط جنین را به مراکز پزشکی قانونی تقدیم نماید:

۱ـ در صورتی که جان مادر به شکل جدی در خطر باشد و راه نجات مادر منحصر به سقط جنین بوده و سن جنین کمتر از چهار ماه باشد و نشانه‌ها و امارات ولوج روح در جنین نباشد؛

۲ـ در مواردی که اگر جنین سقط نشود، مادر و جنین هر دو فوت می‌کنند و راه نجات مادر منحصر در اسقاط جنین است.

بر همین اساس ضرورت را تشخیص می‌دهند، در این رویکرد که «نظریه آزادی نسبی سقط جنین» نام دارد، اضطرارها به رسمیت شناخته شده و اندیشمندان بر اساس ضرورت‌های علمی و طبی، انجام آن را تحت شرایطی پذیرفته‌اند، به این ترتیب که اگر ادامه بارداری حیات مادر را با خطر جدی مواجه سازد، امکان سقط را بررسی کرده و در صورت لزوم مجوز سقط صادر خواهد شد، البته برخی ایراد کرده‌اند که با استناد به قاعده اضطرار نمی‌توان حکم قتل صادر کرد، مثلاً اگر انسان گرسنه مانده و مضطر شود، حق ندارد انسان دیگری را بکشد و از گوشت او خود را سیر نماید، اما به نظر نمی‌رسد قتل عمد مذکور با شرح فوق، با شرایط حاکم بر سقط جنین منطبق باشد. در نهایت باید گفت قاعده اضطرار نشان‌دهنده روابودن چنین حالتی برای روایی سقط جنین است، مانند حدیث نبوی مشهور به حدیث رفع که در مقام برداشتن حکم از مکلفان در شرایط ویژه است.

۱-۲. استفاده از قاعده اضطرار در تجویز داروها: در طب اسلامی، اولویت با درمان به واسطه داروهای حلال و مشروع

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد

است و صرفاً در مواردی که اضطرار در خصوص جان بیمار وجود داشته باشد، می‌توان از این اصل عدول کرده و به عبارتی حرام درمانی را مجاز دانست. به عنوان نمونه در برخی از موارد، دسترسی بیمار مسلمان به داروهای حلال با سختی همراه بوده و این موضوع بیماری وی را شدید کرده و یا بیم جان وی خواهد بود، در این صورت تکلیف از مکلف برداشته خواهد شد، حتی در فرضی که بیمار مسلمان در حین درمان، دچار عسر و حرج و سختی برای درمان از طریق داروی حلال شود، و این موضوع وضعیت وی را در اصطرار قرار دهد، تکلیف برای حلال درمانی از وی ساقط و حرام درمانی برای او به واسطه قاعده فقهی اضطرار مجاز خواهد شد.

اضطرار به نوع خاصی از درمان به حرام، ضمن وجود داروهای حلال و یا ترس از فوت، از دست‌دادن عضو و یا هر ضرر و خسارت غیر قابل جبران دیگر نیز، سبب مشروعیت حرام درمانی خواهد بود. برخی از فقهای شیعه و اهل تسنن نیز، مشروعیت این نوع درمان را به شرط نبودن جایگزین حلال و وجود ضرورت، مجاز تلقی کرده‌اند.

۱-۳. استفاده از قاعده اضطرار در درمان بیمار توسط پزشک نامحرم: فقها با استناد به قاعده فقهی اضطرار، معالجه بیمار توسط پزشک نامحرم را مباح تلقی کرده‌اند. اساساً بررسی منابع فقهی مؤید این است که برخی در این خصوص مجوز نگاه و لمس را به واسطه ضرورت مجاز تلقی کرده‌اند، برخی دیگر از فقها لمس و نگاه را صرفاً در موارد ضروری و نه به طور کلی مجاز تلقی کرده‌اند و گروه سوم نیز برای نگاه و لمس شرایطی در نظر گرفته و با احراز آن‌ها، نگاه و لمس پزشک را مجاز تلقی کرده‌اند.

علامه حلی مقرر داشته است که بر پزشک جایز است هنگام معالجه بیمار، اگر نیاز باشد به شرمگاه نامحرم نگاه کند، جواز نگاه مشروط به این نیست که عضوی از بدن نامحرم در معرض تلف باشد، بلکه اگر با ترک معالجه بیمار به سختی هم بیفتد نگاه جایز است.

امام خمینی نیز مقرر داشته است که از حرمت نگاه‌کردن و لمس مرد و زن بیگانه، معالجه استثنا خواهد بود، به شرطی که مماثل ممکن نباشد مانند بررسی نبض مریض، در صورتی که با ابزار خاص پزشکی ممکن نباشد و مانند خون گرفتن، حجامت، بستن شکستگی و مانند آن در وقت ضرورت، چنانکه نجات نامحرم از غرق‌شدن یا سوختن، بر نگاه‌کردن و لمس‌نمودن توقف داشته باشد، نگاه و لمس جایز است و اگر ضرورت تنها با نگاه‌کردن برطرف می‌شود، نه لمس‌نمودن یا برعکس، باید به همانی که اضطرار پیدا شده، اکتفا شود و در آنچه که اضطرار پیدا کرده، باید به قدر ضرورت اکتفا کند، بیشتر از آن، جایز نمی‌باشد (۵).

طابق با نظر برخی فقیهان اگر نیاز باشد لمس نامحرم نیز برای معالجه جایز است. دلیل بر جواز لمس و مس روایت صحیحه ابوحمزه ثمالی است؛ راوی از نگاه‌کردن پرسیده بود، اما جواب امام (ع) مطلق است، لازمه اطلاق جواب این است که در وقت معالجه اگر فقط با نگاه‌کردن بتواند درمان کند، لمس جایز نخواهد بود، اما اگر معالجه نیاز به نظر و لمس داشته باشد (به خصوص مثل شکستگی و جراحی) نگاه و لمس، هر دو جایز خواهد بود.

۱-۴. استفاده از قاعده اضطرار در درمان ناباروری: از جمله موارد کاربرد قاعده فقهی اضطرار در فرایند درمان پزشکی، استفاده از این قاعده در درمان ناباروری است، بدین‌معنا که اگر ناتوانی در بارداری، به میزانی باشد که برای زوجین دچار مشکلات عدیده نماید و سببی برای عسر و حرج باشد و درمان آن ضروری محسوب شود، بر اساس قاعده فقهی اضطرار، می‌توان برخی از موارد نظیر مراجعه زن به پزشک مرد و نگاه و لمس و تلقیح مصنوعی در جریان درمان را مباح تلقی نمود. یک نمونه در این خصوص، استفاده از راهکار رحم اجاره‌ای است که به همین واسطه توجیه شرعی یافته است و از چند جهت، استفاده از رحم جانشین در فقه از سوی موافقین، توجیه گردیده است: اول اینکه مصادیق معمول و متداول استفاده از رحم جانشین یا از قبیل اجاره رحم است و یا عاریه آن. در هر دو فرض هیچ دلیلی بر فساد و بطلان آن از منظر حقوق شرعی وجود ندارد، زیرا مقتضای قاعده اولیه صحت و نفوذ کلیه توافقات اشخاص واجد صلاحیت و اهلیت

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد

می‌باشد. به عبارت دیگر، فساد و بطلان خلاف اصل و اثبات آن نیاز به دلیل صریح دارد. بنابراین، مصادیق استفاده از رحم جانشین همانند دیگر توافقات طرفینی مشمول قواعدی نظیر «اوفول بالعقود» و یا «تجاره عن تراض» و «المؤمنون عند شروطهم» و ادله ناظر بر اجاره و عاریه بوده و به حکم این موارد صحیح و نافذ و بر طرفین توافق لازم‌الاتباع است، هرچند مصادیق اینچنینی در فقه تاکنون رایج نبوده، ولی مواردی نظیر اجازه زن شیرده برای رضاع طفل دیگری در فقه رایج است که با وحدت ملاک می‌توان حکم بر صحت و نفوذ توافقات مزبور داد. بر فرض عدم امکان توصیف توافقات مزبور در قالب عقود اجاره و عاریه، توافق مزبور در قالب عقود ابتدایی و فاقد نام هم قابل توجیه است، زیرا قواعد مذکور شامل توافقات مزبور بوده و هیچ دلیلی بر عدم شمول آن به نظر نمی‌رسد، ضمن اینکه قواعدی نظیر اضطرار و البته قاعده عام «الناس مسلطون علی اموالهم» توافقات مزبور را شامل می‌شود، مخصوصاً بنا به نقلی که قاعده مزبور در آن با عبارت «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» روایت شده است (۶).

البته برخی برای جاری‌شدن قاعده اضطرار شروطی را تعیین کرده‌اند، از جمله اینکه استناد به این قاعده صرفاً شامل مواردی از درمان ناباروری می‌شود که ضرورت دارد و نمی‌توان آن را گسترش دارد، ضمناً رعایت ترتیب در محرمات نیز ضروری است، در نتیجه اگر امکانی برای تلقیح داخل رحمی وجود داشته باشد، نمی‌توان از تلقیح خارج از رحم بهره گرفت. شرط دیگر این است که محقق‌شدن اضطرار باید اختیاری باشد، در نتیجه، صرفاً شامل افرادی است که ناباروری آن‌ها طبیعی و مادرزادی است، نه اینکه خودشان را عقیم ساخته باشند. این قاعده شامل افراد عقیمی که مجرد هستند قابل استفاده نخواهد بود. شرط دیگر نیز این است که هر زمانی که عذر به وجودآورنده ضرورت مرتفع شود، ضرورت نیز ساقط خواهد شد، در نتیجه وقتی زوجین یک بار به وسیله تلقیح مصنوعی بچه‌دار شدند، ضرورت زائل شده و قاعده اضطرار، حرمت مقدمات باروری مصنوعی در بار دوم را مباح نمی‌گرداند. شرط آخر نیز این است که فراهم‌کردن بارداری برای زوجین نابارور متضمن ضرر جسمی و جانی نباشد، در نتیجه اگر بیم ضرر جانی، جسمی، نقض عضو و نظایر آن باشد، قاعده اضطرار این موارد را مجاز نخواهد کرد.

۲. قاعده فقهی درء: قاعده فقهی «تدرأ الحدود بالشبهات»، بیانگر این مطلب است که تشخیص جرم حدی و همچنین صدور حکم حدی باید مبتنی بر یقین باشد و با وجود هرگونه شک و شبهه در فعل مرتکب یا ذهن قاضی نمی‌توان حکم به مجازات حدی داد، البته قانون‌گذار طبق ماده ۱۲۰ ق.م.ا سایر مجازات‌ها را نیز شامل این قاعده معتبر فقهی دانسته است: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.» ناگفته نماند در برخی از حدود مانند محاربه، قذف، افساد فی الارض و سرقت، صرف وجود شک و شبهه رافع مسئولیت کیفری نیست و باید با دلایل کافی وجود شبهه یا تردید و... ثابت شود تا مجازات حدی اجرا نگردد.

روایت عام «ادرئوا الحدود بالشبهات» مهم‌ترین مستند شرعی این قاعده است، این حدیث به دو گونه نقل شده است: روایت صدوق و عهدنامه مالک اشتر، گفتنی است اگر این روایت از حیث سند و دلالت تمام باشد، دلیل بسیار قوی و متقنی برای قاعده درأ خواهد بود و هیچ یک از سایر ادله قاعده درأ، هم‌عرض آن نخواهد بود، زیرا دلیلی لفظی است و نه لبّی. بر اساس این روایت هر شبهه‌ای حد را ساقط می‌کند و هر حدی با شبهه ساقط می‌شود، زیرا در این روایت واژه «الشبهات» و «الحدود» به کار رفته که جمع الف و لام‌دار است و چنین جمعی افاده عموم می‌کند. از منظر فقهی نیز باید گفت که شیخ صدوق رحمه‌الله تعالی درکتاب من لایحضره الفقیه می‌فرماید: «قال رسول الله (ص) «ادرؤ والحدود بالشبهات»»، همچنین ایشان در کتاب المقنع می‌فرماید: «قال امیرالمؤمنین (ع) ادرؤ الحدود بالشبهات» (۷).

در سنن ترمذی نیز آمده است: «عن رسول الله (ص) «ادرئو الحدود عن المسلمین فان کان له مخرج فخلو سبیله فان الامام ان یخطئ فی العقو»» (۸).

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد

همچنین در سنن ابن ماجه آمده است: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً» (۹).

البته قانون‌گذار طبق ماده ۱۲۰ ق.م.ا سایر مجازات‌ها را نیز شامل این قاعده معتبر فقهی دانسته است: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.» ناگفته نماند در برخی از حدود مانند محاربه، قذف، افساد فی الارض و سرقت، صرف وجود شک و شبهه رافع مسئولیت کیفری نیست و باید با دلایل کافی وجود شبهه یا تردید و... ثابت شود تا مجازات حدی اجرا نگردد (۱۰).

۲-۱. استفاده از قاعده درء در قطع دستگاه از بیمار مبتلا به مرگ مغزی: در برخی از پرونده‌های قضایی مربوط به پزشکی، مسأله‌ای که مطرح شده این است که در برخی از بیماران مرگ مغزی، پزشکان با قطع دستگاه، نسبت به پیوند عضو او به دیگران، البته با رعایت تشریفات قانونی و پزشکی اقدام می‌کنند، حال از نظر فقهی این موضوع مطرح است که آیا این موضوع به واسطه زنده‌انگاری بیمار مرگ مغزی، سببی برای قصاص و مسئولیت پزشک خواهد بود یا حکم جنایت بر مرده را دارد و یا مجاز و مشروع است و نقش شبهه و قاعده درء در این خصوص چیست.

در مقام پاسخ باید گفت که در خصوص قطع دستگاه از مبتلا به مرگ مغزی و پیوند عضو او به دیگران با زنده‌انگاری مبتلا به مرگ مغزی باید گفت اقتضای قاعده این است که آسیب وارد بر او حکم آسیب بر زنده را داشته باشد، در همه احکام و دلیل آن اطلاق ادله باشد استصحاب از دو جهت جاری نیست:

۱ـ استصحاب در شبهات حکمیه جاری نیست؛

۲ـ تبدل موضوع شده است و شرط استصحاب احراز وحدت موضوع است؛

در این خصوص به واسطه وجود شبهه و قاعده درء، فتوادادن به قصاص در جنایت بر مبتلا به مرگ مغزی مشکل است و می‌توان ادعای انصراف ادله را نمود، به ویژه با وجود اصل احتیاط در دما قطع عضو وی هم حکم قطع عضو میت را دارد، البته احتمال ارش به جای دیه نیز وجود دارد.

۲-۲. استفاده از قاعده در پرونده‌های پزشکی قانونی: در برخی از پرونده‌های قضایی ملاحظه شده است که برخی محاکم با توجه به نظریه پزشکی قانونی، مثلاً در پرونده‌های مستوجب کیفر حد، نظیر شرب خمر، به واسطه گزارش پزشک مبنی بر وجود الکل در خون فرد متهم، حکم به اجرای حد مسکر را صادر کرده و مستند حکم خود را نیز علم قاضی بیان کرده‌اند. این رویکرد مخالفینی دارد، چراکه برخی دیگر از محاکم قضایی نیز به واسطه اینکه در گواهی پزشکی قانونی احتمال خطا و اشتباه پزشکی وجود دارد و همینطور احتمال شبهه و شک نیز جاری است، به قاعده درء استناد کرده و حکم اجرای حد مسکر را صادر نمی‌کنند.

در این خصوص آرای صادره که به قاعده درء استناد کرده‌اند در فرایند رویه قضایی غلبه داشته و به نظر می‌رسد در پزشکی قانونی و آرای صادره در خصوص کیفرهای مستوجب حد، مخصوصاً شرب خمر، قاعده درء کارایی داشته و مکرر مورد استفاده قرار گرفته است، از جمله رأی شعبه ۱۰۹۰ دادگاه عمومی کیفری تهران که مقرر داشته است صرف نظریه پزشکی قانونی به لحاظ احتمال خطا در اخذ و یا اعلام نتیجه آزمایش، دلیل شرعی و قانونی برای اثبات جرم شرب خمر که از جرائم حدی است، محسوب نمی‌شود (۱۱).

۲-۳. استفاده از قاعده درء در رفع مسئولیت از پزشک در رجوع از اذن بیمار: رجوع از اذن سابق بیمار، از جمله موارد قابل تأمل و مهمی است که در حوزه فقه پزشکی مطرح است، اما در حوزه ادبیات حقوقی مغفول مانده است و در مطالعات فقهی نیز چندان به آن توجه نشده است. نتیجتاً در عرصه عمل و اجرا، سبب بروز چالش‌هایی شده است، چراکه بیمار در ابتدا اذن به پزشک خود برای عملیات جراحی یا پزشکی می‌دهد و به این سبب پزشک مجاز به انجام آن عملیات می‌شود و نهایتاً فارغ از نتیجه درمانی، پزشک به واسطه دریافت اذن از مسئولیت بری است، اما بیمار نیز به این استناد می‌کند که به واسطه مالکیت بر بدن خویش، چون از

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد

اذن رجوع کرده، پزشک نباید عملیات پزشکی را ادامه می‌داده و از این بابت باید با مسئولیت مواجه گردد. به عبارت دیگر در اثبات و یا رد مسئولیت پزشکی، به واسطه اینکه از ادامه عملیات درمانی به واسطه رجوع بیمار از اذن امتناع نکرده است، به نظر می‌رسد هرگونه مسئولیتی ساقط شده باشد، زیرا در این امور آن اذن ابتدایی از اهمیت برخوردار است و در این خصوص، پزشک برای رفع مسئولیت هم می‌تواند به جلوگیری از ضرر به بیمار استناد کند و هم می‌تواند از قاعده درء بهره بگیرد.

مشهور فقهای امامیه نیز بر این عقیده‌اند که ابراء طبیب موجب سقوط ضمان وی می‌گردد. آن‌ها به روایت سکونی استناد می‌کنند که امام صادق (ع) به نقل از امیرالمؤمنین علی (ع) فرموده‌اند: «من تَطبب اَوتبیطرَ فلیاخذ اَلبرائة مَن وَلیة وَالا فَهو ضَامن؛ بدین‌معنا که کسی که طبابت یا بیطاری می‌نماید، باید از ولی بیمار برائت بگیرد، و الّا ضامن است.» شهید اول در این‌باره معتقد است قول نزدیک‌تر به صواب عدم ضمان طبیب است، اگر ذمه او قبل از درمان ابراء شده باشد (۱۲).

در همین خصوص برخی نیز بر این باورند که اذن اولیه بیمار، سبب بروز شبهه برای عدم مسئولیت و ضمان پزشک خواهد بود، به بیان دیگر، استنادکردن پزشک به اجازه و اذن اولیه توسط بیمار، سببی برای مشروعیت عملیات درمان توسط او بوده و یا لااقل این شک و شبهه مشروعیت عملیات درمانی را ایجاد خواهد کرد، در نتیجه برای برائت از مسئولیت می‌توان به واسطه شبهه به قاعده درء استناد کرد (۱۳).

روش

این پژوهش از نظر هدف، کاربردی و از حیث ماهیت، توصیفی ـ تحلیلی است.گردآوری داده‌ها به روش کتابخانه‌ای انجام شده و در آن از منابع فقه امامیه، کتب اصولی، متون حقوقی، قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران و همچنین مقالات علمی مرتبط با فقه پزشکی استفاده شده است. در این مطالعه، ابتدا مبانی نظری قواعد فقهی «اضطرار» و «درء» مورد بررسی قرار گرفته و سپس با روش تحلیل محتوا، مصادیق کاربرد این قواعد در فرایند درمان پزشکی استخراج و تبیین شده است. همچنین تلاش شده است ارتباط میان مبانی فقهی و رویه‌های حقوق پزشکی در نظام حقوقی ایران تحلیل گردد.

ملاحظات اخلاقی

در پژوهش حاضر جنبه‌های اخلاقی مطالعه کتابخانه‌ای شامل اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

یافته‌ها

یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد قاعده فقهی اضطرار نقش اساسی در مشروع‌سازی مداخلات درمانی در شرایط خاص دارد. این قاعده در مواردی مانند سقط جنین درمانی در صورت تهدید جان مادر، تجویز داروهای حرام در وضعیت ضرورت، معالجه بیمار توسط پزشک نامحرم در صورت نبود جایگزین، و برخی روش‌های درمان ناباروری کاربرد دارد. در همه این موارد، اصل حرمت اولیه در فقه با تحقق شرایط اضطرار کنار رفته و اصل حفظ جان و دفع ضرر شدید بر آن حاکم می‌شود، به‌گونه‌ای که این قاعده امکان انطباق فقه با نیازهای نوین پزشکی را فراهم می‌سازد.

همچنین یافته‌ها نشان می‌دهد قاعده فقهی درء در حوزه مسئولیت پزشکی و کیفری نقش حمایتی و کاهش‌دهنده مسئولیت دارد. این قاعده در مواردی مانند قطع دستگاه از بیمار مبتلا به مرگ مغزی، استناد به نظریات پزشکی قانونی در پرونده‌های حدی، و نیز رجوع بیمار از اذن در فرآیند درمان، به دلیل وجود شبهه موجب سقوط یا عدم تحقق مسئولیت کیفری پزشک می‌شود. بنابراین قاعده درء با جلوگیری از صدور حکم در شرایط تردید، موجب افزایش احتیاط قضایی و کاهش مسئولیت‌های غیر قطعی در حوزه پزشکی می‌گردد.

بحث

قواعد فقهی، به ویژه قاعده اضطرار، صرفاً مفاهیم نظری در فقه سنتی نیستند، بلکه قابلیت انطباق عملی با مسائل نوپدید

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد

حوزه پزشکی را دارند. این قاعده در شرایطی که حفظ جان بیمار یا دفع ضرر شدید مطرح است، می‌تواند موجب تغییر حکم اولیه و جواز اقدامات درمانی شود. بنابراین اضطرار به عنوان یک قاعده حاکم، تعارض میان احکام اولیه فقهی و ضرورت‌های درمانی را برطرف کرده و زمینه مشروعیت برخی مداخلات پزشکی مانند سقط جنین درمانی، تجویز داروهای خاص و برخی روش‌های درمان ناباروری را فراهم می‌کند.

همچنین قاعده درء در بخش مسئولیت پزشکی نقش حمایتی و احتیاطی دارد و از اعمال مجازات در موارد وجود شبهه جلوگیری می‌کند. این قاعده در پرونده‌هایی مانند مرگ مغزی، نظریات پزشکی قانونی و رجوع بیمار از اذن، موجب کاهش یا سقوط مسئولیت کیفری پزشک می‌شود. در مجموع، ترکیب این دو قاعده فقهی می‌تواند هم به حل تعارضات نظری میان فقه و پزشکی کمک کند و هم امنیت حقوقی بیشتری برای پزشکان و نظام درمانی ایجاد نماید.

نتیجه‌گیری

نتایج پژوهش مؤید این است که قواعد فقهی، هرچند که ریشه در فقه سنتی شیعه داشته، اما به واسطه مستندبودن به مجموعه‌ای از روایات، آیات، اجماع و عقل، امروزه نیز پاسخگوی نیازهای جامعه در حوزه‌های مختلف، از جمله حقوقی و پزشکی هستند. مطالعه انجام‌گرفته نشان داد که برخی از قواعد فقهی از جمله اضطرار و درء، فارغ از کارایی‌هایی که در حوزه‌های مختلف دیگر، از جمله حقوق کیفری و خصوصی دارند، در برخی از حوزه‌های تخصصی نظیر پزشکی و درمان نیز قابل استناد بوده و برای حل معضلات و چالش‌های پیش‌آمده، راهگشا تلقی می‌شوند.

کما اینکه نتایج نشان داد که ظرفیت قاعده فقهی اضطرار امروزه در بسیاری از مصادیق، از جمله: ۱ـ سقط جنین (با این که فرض اولیه حرمت سقط جنین است، اما بروز حالت اضطراری، سقط را در شرایطی مجاز کرده است)؛ ۲ـ تجویز داروها (با اینکه فرض اولیه حرمت استفاده از داروهای حرام است، احراز شرایط اضطراری سبب استفاده از داروهای حرام برای نجات جان خواهد بود)؛ ۳ـ درمان بیمار توسط پزشک نامحرم (هرچند فرض اولیه حرمت بوده و لزوم مراجعه به پزشک همجنس، اما بروز شرایط اضطراری، رجوع به بیمار نامحرم را مجاز کرده است)؛ ۴ـ درمان ناباروری (با اینکه فرض اولیه عدم مشروعیت برخی از راهکارهای ارائه‌شده برای درمان ناباروری است، اما بروز شرایط اضطراری، استفاده از این راهکارهای درمانی را مشروع کرده است) مورد استفاده قرار گرفته و در رفع چالش‌های این حوزه کارآمدی داشته است.

همین‌طور نتایج مؤید این است که قاعده فقهی درء نیز در: ۱ـ مسئولیت پزشکی در قطع دستگاه از بیمار مبتلا به مرگ مغزی (با اینکه فرض اولیه امکان کیفر به واسطه این کار است، اما بروز قاعده درء و شبهه، سبب سقوط کیفر خواهد بود)؛ ۲ـ در پرونده‌های مطروحه و مستند به نظریه پزشکی قانونی (برخی موارد بروز شبهه در احتمال صحت این گزارش‌ها سبب سقوط کیفرهای حدی است)؛ ۳ـ رفع مسئولیت از پزشک در رجوع از اذن بیمار (بروز شبهه سبب احراز قاعده درء و سقوط مسئولیت پزشکی خواهد شد که علیرغم رجوع بیمار از اذن، به واسطه ارائه اذن اولیه، ساقط شود)، دارای کارایی بوده و مورد استفاده قرار گرفته است.

در نتیجه می‌توان گفت که قواعد فقهی که از دیرباز در منابع غنی فقه شیعه ظهور و بروز داشته‌اند، امروزه نیز در بسیاری از مصادیق حوزه پزشکی و درمان مفید فایده بوده و قابلیت استناد دارند.

مشارکت نویسندگان

حمیدکاکائی: مسئولیت طراحی چارچوب نظری پژوهش و تدوین مسأله تحقیق.

سیده‌رز نیک‌یار: گردآوری منابع فقهی و حقوقی و نگارش بخش‌های مربوط به قاعده فقهی اضطرار.

مظاهر نامداری موسی‌آبادی: تحلیل کاربردهای این قاعده در حوزه درمان پزشکی و استخراج مصادیق مرتبط.

شقایق شمسی: تدوین بخش مربوط به قاعده فقهی.

علی حبیبی: بررسی مبانی فقهی و حقوقی درء.

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد

سیده‌پگاه طباطبائی‌نیا: بازبینی نهایی متن، ویرایش علمی و یکپارچه‌سازی ساختار مقاله.
همچنین نویسندگان نسخه نهایی را مطالعه و تأیید نموده و مسئولیت پاسخگویی در قبال پژوهش را پذیرفته‌اند.

تشکر و قدردانی

ابراز نشده است.

تضاد منافع

نویسندگان هیچ‌گونه تضاد منافع احتمالی را در رابطه با تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله اعلام نکرده‌اند.

تأمین مالی

نویسندگان اظهار می‌نمایند که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده‌اند.

بیانیه هوش مصنوعی

در تألیف این مقاله، از هوش مصنوعی استفاده نشده است.

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد

References

1. Taskhiri MA. Al-Qawa‘id al-Usuliyyah wa al-Fiqhiyyah. Tehran: Al-Majma‘ al-‘Alami li al-Taqrib Bayn al-Madhahib al-Islamiyyah Publications; 2009-10. Vol.2. [Arabic]

2. Ansari M. Al-Mawsu‘ah al-Fiqhiyyah al-Muyassarah. Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islami Publications; 1994-95. Vol.3. [Arabic]

3. Tabataba’i SMH. Tafsir al-Mizan. Tehran: Allameh Tabataba’i Scientific and Intellectual Foundation Publications; 1999. Vol.1. [Arabic]

4. Yusuf al-Bakri MAM. Abortion in the Balance of the Past and the Present among Jurists and Doctors. Hawliyyat Kulliyyat al-Dirasat al-Islamiyyah li al-Banin bi Aswan. 2020; 3(1): 161-220. [Arabic]

5. Musavi Khomeini SR. Tahrir al-Wasilah. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works; 2016. [Arabic]

6. Majlisi MB. Bihar al-Anwar. Tehran: Islamiyyah Publications; 2007. Vol.2. [Arabic]

7. Shaykh Saduq. Man La Yahduruhu al-Faqih. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah Publications; 2006. Vol.4. [Arabic]

8. Tirmidhi M. Sunan al-Tirmidhi. Qom: Tebyan Cultural and Information Institute; 2008. Vol.2. [Arabic]

9. Ibn Majah M. Sunan Ibn Majah. Beirut: Dar al-Jil Publications; 1997-98. [Arabic]

10. Mohaqeq Damad SM. Jurisprudential Rules (Penal Section). Tehran: Islamic Sciences Publications; 2013. [Persian]

11. Sadeghnejad Z. The Position of Forensic Medical Certification in Criminal Evidence of Alcohol Consumption. Tehran: Judiciary Publications; 2018. [Persian]

12. Amili S al-Din (Shahid Awwal). Al-Lum‘ah al-Dimashqiyyah. Tehran: Dar al-Nasir Publications; 1985-1986. [Arabic]

13. Mohaqeq Damad SM. Medical Jurisprudence. Tehran: Hoquqi Publications; 2010. [Persian]

تمامی حقوق انتشار این اثر، متعلق به پژوهشکده اخلاق زیستی و حقوق سلامت پارس می‌باشد.