

## ضمانت اجرای مسئولیت مدنی پزشک بر اساس دیدگاه فقها و قوانین موضوعه

فائزه عظیم زاده اردبیلی<sup>۱</sup>

سحر لایق<sup>۲</sup>

### چکیده

در این پژوهش هدف بر آن است که به لزوم و یا عدم لزوم اخذ برائت از شخص بیمار در بری شدن پزشک از صدمات وارده به بیمار صحبت شود و قرائتی نو از مسئولیت مدنی پزشکان ارائه کند که بر اساس آن نظامی خردپسندانه، عادلانه و دقیق از محتوای فقه استنباط شود و در آن، از اخذ رضایت یا بری الذمه شدن پزشک در صورت وجود اذن و سلسله مراتب قانونی و فقهی صاحبان اذن، و نظریات فقهی متقدم و متاخر و تحلیل مواد قانونی مرتبط هر یک به تفصیل سخن گفته و مبانی فقهی اقدامات پزشکی، را بیان می نماید. در این پژوهش ابتدا با استفاده از منابع کتابخانه ای و مقالات معتبر پژوهشی، به شیوه مقایسه ای انجام شد و سپس با روش توصیفی- تحلیلی مستندات گردآوری شده بررسی گردید. بدیهی است علاوه بر کتب، مقالات، رساله ها، پژوهشگر از نظرات فقها و حقوقدانان در راستای تبیین هدف پژوهش بهره مند شده است، پژوهش حاضر بیان می نماید که یکی از مسائل مهم در حقوق و فقه اسلامی، مسئولیت مدنی پزشکان است، بررسی روابط میان بیمار و پزشک و آشنایی بیماران به حقوق خود، با پیشرفت روزافزون تکنولوژی و ارتقای سطح آگاهی مردم گسترش یافته است، لکن آنچه بیش از پیش مورد توجه قانونگذار قرار گرفته، جبران خسارت ناشی از اعمال پزشکی است، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، مسئولیت محض پزشک، به پیروی از قول برخی فقههای امامیه پذیرفته شده است، سوال اساسی اینجا مطرح می شود که آیا این مسئله با پذیرش شرط برائت از ضمان، باعث عدم مسئولیت و ضمان طبیب می شود؟ و ادله ضمان پزشک حاذق مقصر چیست؟ در ادامه به این نتیجه دست خواهیم یافت که در حقیقت تحصیل برائت از ضمان زمانی مورد قبول واقع می شود که پزشک در انجام امر طبابت کوتاهی و تقصیر نداشته باشد و هرگاه پزشکی از شرط برائت از ضمان برخوردار باشد، این شرط مجوز بی احتیاطی و بی مبالاتی وی نیست.

### واژگان کلیدی:

مسئولیت مدنی، ضمان پزشک، برائت پزشک، تقصیر طبیب، ضمانت اجرای کیفری، ضمانت اجرای مدنی، قوانین موضوعه

<sup>۱</sup> دکتر و دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع) تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع) تهران، ایران.

## ۱- مقدمه

مسئولیت مدنی پزشکان، یکی از مباحث مهم و کاربردی در دنیای امروز حقوق است. که با توجه به پیچیدگی‌های حرفه پزشکی و ابزارهای درمانی، ذهن حقوقدانان را به خود مشغول کرده است. این مسئله در فقه امامیه نیز مورد توجه فقها بوده است، لیکن به دلیل دوری فقه شیعه از بحث قانون گذاری، باید اعتراف نمود که جوانب مختلف آن واکاوی نشده است. در حقوق ایران، پزشک با اخذ رضایت از بیمار از مجازات عمل جراحی، معاف می‌گردد. ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی در این باره مقرر می‌دارد: "اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شوند، هر نوع عمل جراحی مشروع که با رضایت شخص یا اولیای آن‌ها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود...". ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی نیز در این باره مقرر می‌دارد. "چنان چه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او براءت حاصل نموده باشد، ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست... البته این براءت به شرطی است که پزشک اثبات کند به طور متعارف و بر طبق کتاب‌های مرجع پزشکی رفتار نموده است. هم‌چنین این ماده مقرر می‌دارد که در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد. در کشور ما قبل از تصویب قانون دیات به سال ۱۳۶۱، مسئولیت مدنی پزشکان تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی بود و از لحاظ مبنای مسئولیت، اصولاً مبنای تقصیر که در قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ مقرر شده بود، در این مورد هم قابل اعمال بود. خوشبختانه لایحه قانونی مجازات اسلامی جدید (۱۳۹۰) که هنوز لازم‌الاجرا نشده است، مقررات پیشین را اصلاح کرده و به مبنای تقصیر بازگشته است. پرسش اساسی این جا مطرح می‌شود که پذیرش نظریه تقصیر در زمینه مسئولیت پزشکان مبتنی بر چه اصولی است؟ و ادله ضمان پزشک حاذق مقصر چیست؟

آنچه در این مقاله به آن پرداخته می‌شود این است که اصولاً تعهد پزشک، تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه؛ یعنی پزشک به موجب قرارداد یا قانون متعهد است بیمار را با رعایت موازین پزشکی مداوا کند و کوشش و مهارت خود را برای درمان او بکار بندد؛ لیکن درمان قطعی بیمار در اختیار و مورد تعهد او نیست؛ بنابراین پزشک را فقط زمانی می‌توان مسئول دانست که تقصیر وی به اثبات برسد. به هر حال در زمینه مبنای مسئولیت مدنی پزشک مباحث مختلفی مطرح می‌گردد که شایسته است مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد؛ اینکه آیا مسئولیت مدنی پزشک یک مسئولیت محض و بدون تقصیر است؟ آیا در صورت شرط عدم مسئولیت یا براءت از ضمان، پزشک به طور کلی از مسئولیت معاف است؟ شرایط ترتیب اثر به رضایت برای بیمار چیست؟ این‌ها از اساسی‌ترین مسائلی است که در این بحث مطرح می‌شود، امید است که در این مقاله با پاسخ دادن به این سؤالات، ابهام‌های موجود در این مسئله را رفع کرده و به نتیجه‌ای مفید دست یابیم.

## ۲- روش شناسی

تصویب مجازات کیفری و مسئولیت مدنی نسبت به پزشک، موجب تعلل در انجام اعمال جراحی شده و عدم پذیرش ریسک آن توسط پزشک، باعث شده بود که مقنن با بهره گیری از منابع فقهی، به دنبال راهکار عملی آن باشد. در این گذار از جمله ظرفیت های فقهی شناخته شده در این قبیل امور، اخذ براءت و اذن قبل از عمل جراحی از بیمار یا سرپرست قانونی وی، بسیار راهگشا بوده است. این پژوهش با بررسی منابع فقهی اذن و براءت و نظریات فقهی متقدم و متاخر و هم چنین تحلیل مواد ۵۹، ۶۰، ۴۸۹، ۳۱۹، ۳۲۰، ۳۲۱، قانون مجازات اسلامی، بر آن است تا جایگاه این دو مقوله فقهی را در رفع ضمان از پزشک، طبق شرایطی، به خوبی تبیین نماید. یعنی ابتدا با استفاده از منابع کتابخانه ای و مقالات پژوهشی و سپس با روش توصیفی- تحلیلی مستندات گردآوری شده را بررسی می نماید، ضمناً علاوه بر کتب، مقالات، رساله ها، پژوهشگر از نظرات فقها و حقوقدانان در راستای تبیین هدف پژوهش بهره مند شده است.

### ۳- بیان مسئله

رابطه پزشک و بیمار با توجه به پیشرفت تکنولوژی و اشراف و آگاهی مردم به برخی از حقوق خود از یک سو و از سوی دیگر، توقعات بیماران در مراجعه به پزشکان، از روابط پیچیده ای است که هر روز پرتوی از آن، در پی سیر صعودی برخی اعمال جراحی هویدا می گردد، در واقع مسئولیت پزشک در برابر بیمار، هرچند از موضوعهای قدیم طرح شده در حقوق اسلامی است، اما پیشرفت های علوم پزشکی و گشودن باب های جدید در رابطه پزشک و بیمار و تنظیم این رابطه توسط دولت با وضع قواعد آمره، معالجه بیمار توسط پزشک را از یک رابطه فردی صرف شناخته شده در فقه خارج ساخته است، پیشرفت تکنولوژی علوم پزشکی اقتضاء می کند، ساز و کار مناسبی در نظر گرفته شود که بر اثر آن امنیت جانی و سلامتی بیماران تامین گردد و پزشک خطا کار مسوول پرداخت دیه است. شرط براءت قبل از درمان نیز بر ابهام قضیه افزوده است و ظاهر در این است که حتی در صورت ارتکاب تقصیر، پزشک مسوولیتی ندارد. در پژوهش حاضر، از اخذ رضایت یا بری الذمه شدن پزشک در صورت وجود اذن و سلسله مراتب قانونی و فقهی صاحبان اذن، و نظریات فقهی متقدم و متاخر و تحلیل مواد قانونی مرتبط هر یک به تفصیل سخن گفته و مبانی فقهی اقدامات پزشکی، که به دلیل کرامت آن، گاهی به اخلاق پزشکی نیز اشتباه دارد، را از این ناحیه تحلیل نموده و سیر تحولات آن را بیان می نماید، ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی، ظاهراً نظر مشهور در فقه را با این عبارات مبنای مسوولیت پزشک قرار می دهد: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه هایی که شخصاً انجام می دهد یا دستور آن را صادر می کند، هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است» ماده ۳۲۱ قانون همین حکم را در مورد دامپزشک نیز جاری می داند. مفاد این مواد در ظاهر تعهد پزشک را از تعهد به مواظبت و سعی و تلاش «تعهد به وسیله» به خودداری از اضرار «تعهد به نتیجه» تبدیل نموده است. اطلاق این مواد چنان مؤکد است که گویی مسوولیت مطلق است و اثبات بی تقصیری نیز از این مسوولیت نمی کاهد و قرینه این ادعا این است که تأثیر حاذق بودن و تخصص پزشک نادیده گرفته شده است. بند ب ماده ۲۹۵ همان قانون نیز تصریح می کند که پزشک مسئول فعلی هم هست که متعارف است و نوعاً سبب جنایت

نمی‌شود. این حکم آشکارا مسئولیت محض را بر رفتار پزشکان اعلام می‌دارد (جعفری تبار، بی‌تا: ص ۷۸). به نظر می‌رسد پاسخگویی نهایی به این سؤال که آیا صرف به دست نیامدن نتیجه مطلوب قراردادی؛ یعنی شفای بیمار باعث مسئولیت پزشک می‌گردد یا خیر و بار اثبات بر عهده کیست از توجه به کلیه مواد قانونی که در باب مسئولیت پزشک وضع شده است، به دست می‌آید: بنا بر اصول، در روابط قراردادی از مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی استنباط می‌شود صرف اثبات عدم اجرای تعهد، کافی است که متعهد را نسبت به خسارت وارده مسئول سازد و نیازی به اثبات تقصیر نیست. متعهد برای معافیت از مسئولیت قراردادی فقط با اثبات اجرای تعهد یا قوه قاهره می‌تواند رهایی یابد باوجوداین در رابطه قراردادی پزشک و بیمار به سبب مصلحت عمومی نیاز مردم به معالجه و درمان و تأمین امنیت روحی و آسایش فکری طرفین قانون‌گذار احکام ویژه‌ای را از حیث لزوم تقصیر و نحوه اثبات آن مقرر داشته است: در مرحله ثبوتی به -خاطر اینکه رغبت به حرفه مفید و ضروری پزشکی کاهش نیابد و دانش پزشکی توان تجربه و ابتکار خود را از دست ندهد صرف تخلف از قرارداد را برای تحقق مسئولیت کافی ندانسته است و تقصیر را لازم شمرده است. در مرحله اثباتی نیز، بنا به مصالح و رعایت احتیاط در جان و مال مردم و حفظ حقوق بیماری که قادر به اثبات تقصیر پزشک نیست، بار اثباتی دلیل را تغییر داده است و ورود خسارت به بیمار را اماره تقصیر پزشک قرار داده است و نیازی به اثبات تقصیر پزشک نیست و بیمار فقط باید ورود ضرر را اثبات نماید پزشکی که مقصر فرض شده است، می‌تواند خلاف اماره را اثبات نماید و از بار مسئولیت رهایی یابد. پرسش اساسی این جا مطرح می‌شود که پذیرش نظریه تقصیر در زمینه مسئولیت پزشکان مبتنی بر چه اصولی است؟ آیا این مسئله با پذیرش شرط براءت از ضمان، باعث عدم مسئولیت و ضمان طبیب می‌شود؟ آیا مسئولیت مدنی پزشک یک مسئولیت محض و بدون تقصیر است؟ شرایط ترتیب اثر به رضایت برای بیمار چیست؟ و ادله ضمان پزشک حاذق مقصر چه می‌باشد؟ در پاسخ به این مطالب، به مستندات فقهی و قانونی و نظریات فقهای متقدم و متاخر در خصوص آن پرداخته می‌شود.

#### ۴- تعاریف و مفاهیم

##### ۴-۱- مفهوم اذن رضایت و براءت و شرایط و انواع آن

از عوامل مؤثر بر مسئولیت پزشک اذن و اجازه بیمار به پزشک در درمان وی است، لذا در ابتدا به بیان مفهوم اذن (رضایت) و اجازه و براءت پرداخته می‌شود:

##### ۴-۱-۱- مفهوم اذن، رضایت و اجازه

اذن به معنای رخصت دادن برداشتن مانع، اعلام رضایت است و در اصطلاح به معنای اباحه، رخصت در فعل قبل از واقع شدن آن و مجاز شمردن تصرف برای کسی که شرعاً ممنوع از تصرف بوده است، به کار می‌رود. (اصفهان‌کی کمپانی ۱۴۱۸ق، ۷۷). برخی هم مانند آقای حسینی مراغی اضافه کرده و نوشته‌اند: «اذن عبارت است از رخصت مالک و کسی که در حکم مالک است به تصرف و اثبات ید.» در تعریف اذن فصیحی زاده چنین می‌گوید «اذن انشای رضایت مقتن یا مالک (یا نماینده قانونی او) یا کسی که



قانون برای رضایت او اثری قائم نموده است، به یک یا چند نفر معین، برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی می‌باشد» (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸ ق، ص ۱۷۹)

برخی در ماهیت حقوقی اذن معتقدند، از آنجاکه اذن دهنده با اذن خود چیزی را انشا نمی‌کند، عمل حقوقی نیست، بلکه واقعه حقوقی و یا همانند اقرار و شهادت، عملی ارادی برای ابراز رضایت می‌باشد، چنانچه محقق اصفهانی چنین می‌نویسد: «و اما فی العقود والایقاعات کالاذن فی التصرف...». (طباطبائی یزدی، بی‌تا، ۶۳۴ ص)، اما بسیاری از فقیهان و حقوقدانان، اذن را جزء ایقاعات قرار داده و معتقدند اذن دهنده با اذن خود اباحه و جواز تصرف را انشاء می‌کند. (خوانساری، ۱۴۰۵ ق، ص ۱۸۸؛ نجفی، بیتا، موسوی الخمینی، بیتا، ص ۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۰ ش، ص ۳۵۸). رضایت نیز در لغت به معنی اجازه، رخصت، خشنودی، تسلیم شدن، موافقت و خرسندی آمده است. (معین، ۱۳۸۲ ش، ص ۷۳۹). رضایت در اصطلاح میل قلب به سوی یک عمل حقوقی است که در گذشته انجام گرفته، یا اکنون انجام می‌شود و یا در آینده واقع خواهد شد. رضا تا زمانی که اظهار نشده باشد و به مرحله ابراز نرسیده باشد، رضای باطنی نام دارد و هنگامی که به وسیله‌ای (قول یا فعل) ابراز شود و با قصد انشاء همراه گردد، اذن نامیده می‌شود، لذا اذن از مقوله و مصادیق رضا بوده و نوعی اعلام رضایت صریح یا ضمنی است و رابطه این دو «عموم و خصوص مطلق» است و اذن به درمان به معنای اباحه درمان است. اجازه نیز به معنای اظهار رضایت شخصی است که قانون رضای او را شرط تأثیر عقد یا ایقاعی دانسته که از دیگری صادر شده است، مشروط بر اینکه رضایت مزبور بعد از صدور عقد یا ایقاع صادر شود و اگر پیش از آن صادر شود اذن نامند، چراکه اذن دو جنبه دارد: رخصت دادن و رفع مانع کردن و اعلام رضایت ولی اجازه تنها جنبه اخیر، یعنی اظهار رضایت به تصرف را داراست. (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰ ش، ص ۱۷۸) رضایت آگاهانه مطرح در اخلاق پزشکی، ملهم از اخلاق پزشکی غرب است و اصطلاحی است که دارای عناصر، ارکان و قلمرو خاصی است بیش از آنچه در رضایت ساده مطرح در فقه اسلامی می‌باشد. چنانچه شامل رضایت ساده و برائت مطرح در فقه است هرچند که رضایت آگاهانه غربی با رضایت ساده و برائت ما نمی‌تواند طابق النعل بالنعل باشند و تفاوت‌های جزئی با یکدیگر دارند و از جنبه دلالت شناسانه و زبان‌شناسی می‌توان تفاوت‌هایی برشمرد، اما در حیطه امور پزشکی، پزشکان در ارتباط با بیماران بر این شیوه از رضایت آگاهانه تسالم می‌کنند و آثاری را که امروزه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ وجود دارد اخذ می‌کنند اخذ برائت را نوعی تکلف و عمل زائد تلقی می‌کنند در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برائت عملاً بی‌تأثیر است، چون که معیار روی تقصیر پزشک قانون‌گذاری شده است و با اخذ رضایت از بیمار از سوی پزشک و رعایت موازین علمی و عرف پزشکی حتی اگر برائتی اخذ ننماید، صرف‌نظر از جنبه‌های انتظامی مشکل کیفری و حتی مسؤولیت مدنی به بار نخواهد آورد. تأثیر برائت تنها در تعویض بار اثبات دعوا به کار می‌رود، مثلاً اگر پزشک رضایت و برائت از بیمار اخذ کند ولی موازین علمی و نظامات را رعایت ننماید، باز از منظر قانون مجازات اسلامی مقصر تلقی می‌شود. از همین منظر رضایت آگاهانه مطرح در اخلاق پزشکی و عرف پزشکی چنین نقشی دارد.

در لغت در مفهوم عام بیشتر به معنای «رها ساختن و معاف داشتن» از تکلیف، اتهام، زبان و مسؤولیت آمده است. برائت در علم حقوق چنین تعریف شده است: «برائت خالی بودن ذمه شخص معین از تعهد را گویند خواه اساساً ذمه شخص در مقابل شخص معین دیگر از اول مشغول نشود یا مشغول شده و فارغ الذمه شود.» در فقه در تعریف ابراء آمده است؛ «اسقاط ذمه، غیر خواه ذمه مالی باشد یا غیرمالی مانند حق قصاص» (فراهیدی، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۸۹؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۲۱؛ جعفری لنگرودی ۱۳۷۸ ش، ص ۱۰۸)

لذا ابراء طبیب، یعنی بیمار یا اولیای قانونی وی قبل از درمان، ذمه طبیب را نسبت به پیامدهای احتمالی عمل جراحی و طبی مبری سازند. (عباسی، ۱۳۸۸ ش، ص ۲۸۲). ماده ۲۸۹ قانون مدنی در تعریف ابراء چنین می گوید: «براء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر کند» ابراء عمل حقوقی تبعی است لذا قبل از ایجاد شدن سبب دین، ابراء بی اثر است، اما اگر رابطه حقوقی که موجب دین است در زمان ابراء موجود باشد، ابراء اثر خود را دارد، نظیر دین معلق به شرط که سبب آن ایجاد شده، لکن تحقق آن مشروط به امری دیگر است، لذا اسقاط آن همانند انتقالش نافذ است. (نجفی، بیتا، ص ۲۶۷)

## ۵- پیشنهاد پژوهش

### ۵-۱-۱ پیشنهاد نظری: مسئولیت پزشک در فقه شیعه

با مراجعه به کتب و نظرات فقهای عظام روشن می شود که فقها به موضوع ضمان پزشک با فروع آن به صورت مستوفی پرداخته اند. گاهی پزشک بدون اخذ اذن و اجازه از بیمار یا ولی او مبادرت به معالجه می نماید، گاهی با اخذ اجازه لازم اقدام می کند و در برخی موارد پزشک دارای تقصیر است و در مواردی نیز بدون تقصیر و با رعایت احتیاطات لازم معالجه خود را انجام داده است و همچنین در پاره ای از موارد پزشک قبل از معالجه از بیمار یا ولی وی برائت اخذ می کند و در بعضی از موارد بدون اخذ برائت اقدام می کند.

### ۵-۱-۱- دیدگاه گروه اول فقها

حسب نظر غالب فقها امامیه با فرض اینکه طبیب متخصص و ماهر باشد ولی چنانچه معالجه و عملکرد او منتهی به فوت یا نقص عضو بیمار گردد، در این صورت پزشک ضامن است هر چند اقدامات او با رضایت بیمار و یا کسان او باشد. (ابن سعید حلی، ۱۴۰۹ ه. ق، ص ۱۰۱۹؛ ابن مطهر حلی ۱۴۲۰ ه. ق، ص ۵۲۸. ابن احمد عاملی ۱۴۱۶ ه. ق، ص ۳۲۷-۳۲۶)

شهید ثانی در این خصوص می نویسد، چنانچه پزشک حاذق باشد به این معنا که در حرفه خود دارای معلومات کافی و لازم در معالجه و عمل نیز مهارت کامل داشته و تمامی جوانب احتیاطی و علمی را به کار بگیرد با این حال معالجه او منجر به نقص عضو یا نفس بیمار گردد، در فرض یاد شده در خصوص ضمان پزشک بین فقها دو قول وجود دارد که اشهر و صحیح ترین آن دو ضمان طبیب می باشد. (ابن احمد عاملی، ۱۴۱۶ ه. ق، ص ۱۰۷)

صاحب ریاض مرحوم سید علی طباطبایی معتقد است: طبی ضامن عملکرد خود در صورت تلف است هر چند اقدام او با اذن و اجازه مریض یا کسان وی باشد و همچنین مهارت و تخصص علمی و عملی پزشک تأثیری در عدم مسئولیت او ندارد، زیرا فعل او از مصادیق شبهه عمد است. (طباطبایی علی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۱۹۷) و به نظر صاحب جواهر مسئول بودن پزشک در فرض سؤال علاوه بر همراهی با بزرگانی مثل شهیدان، شیخان، سلار، ابن براج، ابن زهره، طبرسی موافق با اصول و قواعد مذهب شیعه می‌باشد. (نجفی، محمدحسن، ۱۲۱۰ ه.ق، ص ۴۶)

روایتی در مورد تمام کسانی که با اخذ اجرت انجام کاری را تقبل می‌کنند مانند صحیحه حلبی، عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سئل عن القصار یفسد، فقال: «کل اجیر یعطی الاجره علیان یصلح فیفسد، فهو ضامن» (العاملی، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۱۴۱) کیفیت استدلال به حدیث فوق به این صورت است که امام حسین (ع) صاحب همه حرف و تخصص‌ها را که با دریافت اجرت کاری را انجام می‌دهند و به جای اصلاح و ترمیم مورد اجرت را فاسد و خراب کنند مسئول عملکرد خود دانسته است و پزشک نیز از این قاعده مستثنا نیست. ممکن است اشکال شود این روایت شامل موردی که پزشک به طور مجانی معالجه نموده باشد و در نتیجه منجر به تلف یا صدمه بدنی نسبت به بیمار گردد نمی‌شود بنابراین استدلال به این روایت صحیح نیست. می‌توان در پاسخ چنین گفت اولاً: تعیین یا اخذ اجرت برای معالجه موضوعیت ندارد بلکه ملاک این است یا بی‌اجرت باشد. ثانیاً: برفرض عدم شمول روایت بر موردی که طبابت بدون اجرت باشد، روایت شامل موارد طبابت با اجرت می‌باشد و موارد ضمان در طبابت مجانی نیز از طریق ادله دیگر ثابت خواهد شد. (ال راضی، محمد، ۱۳۷۵، ص ۱۴۰). روایت سکونی از امام صادق علیه السلام و او از امیرالمؤمنین علیه السلام که فرمود: «من تطب او تبیطر فلیاخذ البرائه من ولیه والا فهو له ضامن»<sup>۱</sup> کسی که طبابت یا بیطاری می‌کند باید قبلاً از ولی بیمار و صاحب حیوان برائت حاصل نماید وگرنه ضامن خواهد بود. مفهوم روایت این است که حتی در صورتی که معالجه پزشک با اذن بیمار یا کسان وی باشد، در صورت فوت بیمار و ... پزشک ضامن است فقط در فرضی که طبیب قبل از طبابت برائت بگیرد دیگر ضمانت نخواهد داشت. طرفداران این دیدگاه همچنین به روایت امام علی (ع) که می‌فرماید: «و لا یبطل دم امری مسلم» خون مسلمان نباید پایمال شود و از بین برود، استناد کرده‌اند. (الحر العاملی، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۱۹۵).

روایت دیگری از سکونی از امام صادق (ع) و از پدرش که آن حضرت فرمود: «ان علیا علیه السلام ضمن ختانا قطع حشفه» غلام امام علی (ع) شخصی را که کودکی را ختنه کرده بود و بیش از مقدار لازم بریده بود ضامن گردانید. (ابن حسن الطوسی، ۱۳۶۵ ش، ص ۲۶۶). در نتیجه بر اساس این چهار روایت که بعضی از آن‌ها در خصوص پزشک و دامپزشک است و همچنین از عموم برخی دیگر استفاده می‌شود که اطبا عموماً خواه طبیب انسان باشند و خواه طبیب حیوان دامپزشک و حتی ختنه‌گر مسئول اعمال خود بوده و در صورت ورود زیان ضامن خواهند بود.

#### ۱-۱-۵- قواعد فقهی

#### ۱-۱-۵-۱- قاعده اتلاف



میدانیم که در این قاعده قصد و عدم قصد عقل و عدم عقل بلوغ و عدم بلوغ علم و جهل، تأثیری ندارند یعنی در تمام موارد متلف ضامن است بنابراین کار طبیب که باعث تلف جان یا مال یا قوه‌ای از قوای جسمانی و یا نقص عضو می‌گردد طبیب ضامن است و چون قصد اتلاف نداشت مصداق شبه عمد است. ( ابن احمد عامل، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۳۲۷)

٢-٥-١-١-١-قاعده تسبب

این قاعده در بعضی از موارد با کار طبیب تطبیق می‌کند مثلاً اگر طبیبی تزریق آمپولی را به مریض تجویز کرده و پرستار طبق دستور پزشک عمل کند و آن آمپول را به مریض تزریق نماید و در اثر آن، مریض فوت کرده و یا نقص عضوی پیدا کند مثلاً فلج یا کور شود، در این صورت از باب اقوی بودن سبب از، مباشر طبیب ضامن است نه آن پرستاری که موظف به عمل کردن طبق دستور پزشک است. (اردبیل، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۳۸۰)

٣-٥-١-١-١-اجماع

یکی دیگر از ادله طرفداران دیدگاه مشهور اجماع فقها می‌باشد و اجماع یکی از ادله چهارگانه استنباط احکام شرعی است که از نگاه فقهای شیعه عبارت است از: «اتفاق جماعتی از علماء که اتفاق آن‌ها کاشف از رأی معصوم، باشد، بر امری از امور دینی» و بعضی از فقها در خصوص مسئولیت و ضمان پزشک حاذق و ماهر ادعای اجماع نیز کرده‌اند و یا تعبیر به «لا خلاف» نموده‌اند (طباطبایی ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۱۹۸)؛ و حتی شهید ثانی در شرح لمعه، عمده دلیل را اجماع دانسته است «والاولی الاعتماد علی الإجماع» (ابن احمد عاملی، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۱۱۰)

#### ۵-۱-۲- دیدگاه گروه دوم فقها

در مقابل نظر بیان شده عده‌ای از فقها از قبیل ابن ادریس از قدمای اصحاب در کتاب سرائر و همچنین محقق اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۱۶ ه. ق، ص ۳۸۱) و برخی از فقهای معاصر (الروحانی، السید محمدصادق، ۱۴۱۴ ه. ق، ص ۲۰۲) به عدم ضمان طبیب حاذق محتاط معتقدند و این گروه نیز برای اثبات ادعای خود دلایل دارند که ذیلاً به آن‌ها پرداخته می‌شود:

۵-۱-۲-۱- دلایل گروه دوم فقها

دلیل اول مبنی بر اصل برائت می‌باشد؛ یعنی قبل از اینکه پزشک مبادرت به معالجه و معاینه کند ذمه او از مسئولیت مبرا بود و پس از معالجه، در صورت تبصر و محتاط و مأذون بودن طبیب برای معالجه شک داریم که ضامن است یا نه اصل برائت ذمه طبیب است.

دلیل دوم مبنی بر اذن بیمار یا ولی او بر معالجه است؛ به این معنی که معالجه و طبابت بیماران از امور ضروری و اجتناب‌ناپذیر است، اگر اجازه بیمار یا ولی او موجب سقوط ضمان نشود علاج بیماران متعذر خواهد شد؛ بنابراین در صورتی که طبیب از طرف بیمار یا ولی او مأذون باشد، نباید در صورت فوت بیمار یا نقص عضو او ضامن قلمداد شود. (اردبیلی، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۳۸۰)



دلیل سوم بر پایه اذن شرع و عقل می‌باشد؛ یعنی پزشک اقدام درمانی خود را با اذن و اجازه شارع مقدس آغاز کرده است و پرداختن به شغل پزشکی از واجبات کفایی بلکه در برخی موارد واجب عینی است<sup>۱</sup> و عقل نیز عملی را که کمک به دیگران باشد تحسین می‌کند زیرا این عمل موجب نجات یک انسان از چنگ آلام و دردهاست و اساساً نباید کاری که عقلاً و شرعاً مجاز و مشروع است ضمان آور باشد تا جایی که اذن شارع ملاک و مناط ضمان و عدم ضمان شده و این چنین گفته شد است: «کل ما هو مأذون شرعاً لیس فیه ضمان ما تلف لاجله و کل ما هو غیر مأذون فیه، فقیه الضمان» (موسوی ال خمینی، ترجمه علی اسلامی، ۱۳۹۲، ص ۵۶۵)؛ بنابراین چون مداوا و علاج بیمار شرعاً مجاز است نباید در صورت تلف یا نقص عضو برای طبیب ضمان آور باشد.

### ۵-۱-۳- دیدگاه مشهور فقها

رای مشهور فقها که مورد متابعت ماده‌ی ۶۰ قانون مجازات اسلامی نیز قرار گرفته، برائت پزشک را برای رهایی وی از مسئولیت، نسبت به جراحات وارده بر شخص بیمار شرط دانسته است. فقها برای توجیه نظر خود به دو دلیل فقهی و حقوقی استناد می‌نمایند که در این جا به آن دو اشاره می‌شود.

### ۵-۱-۳-۱- دلیل فقهی

مستند قول مشهور فقها، حدیثی است که شخص سکونی از امام جعفر صادق "علیه السلام" و ایشان نیز از امیرالمؤمنین "علیه السلام" روایت کرده است. مدلول این حدیث عبارت است: از: "من تطبب أو تبطیر فلیأخذ البراءة من ولیه و الا فهو ضامن". معنای حدیث این است: کسی که شخصی یا حیوانی را معالجه می‌کند، لازم است از ولی و سرپرست آن برائت بگیرد؛ در غیر این صورت ضامن است. درباره‌ی مفهوم این حدیث ذکر دو نکته ضروری است: اولاً معصوم "علیه السلام" از مفاد ضمان صحبتی نکرده است به نحوی که معلوم نیست طبیب مسئول چه خساراتی است؟ آیا منظور معصوم "علیه السلام" از ضمان، مسئولیت طبیب در برابر جراحات وارده بر بیمار است و یا آن که علاوه بر آن، عدم افاقه‌ی بیمار را نیز شامل می‌شود. ثانیاً در این حدیث معصوم "علیه السلام" تنها از لزوم اخذ برائت از ولی بیمار صحبت نموده و نه خود بیمار که البته می‌توان با وحدت ملاک از لزوم اخذ برائت از ولی بیمار و با قیاس اولویت، لزوم اخذ برائت از خود بیمار را استنباط نمود.

## ۵-۱-۳-۲-دلیل حقوقی

دلیل حقوقی این حکم؛ یعنی لزوم اخذ برائت از بیمار جهت رفع ضمان از پزشک و عدم کفایت اذن در معالجه نیز آن است که فقها هم چون مرحوم صاحب عناوین، اذن را مفهومی اعم از ابرا می‌دانند و قائل برآنند که اذن فی نفسه دلالت بر عدم ضمان نمی‌کند. زیرا اذن صرفاً اجازه‌ی در تصرف است که اگر این اجازه مطلق باشد، می‌تواند با ضمان یا عدم ضمان همراه باشد (المراغه‌ای، ۱۴۲۵ ق، ج ۲، ص ۵۱۳-۵۱۲). مرحوم صاحب عناوین این ادعا را که هر اذنی، چه از مالک باشد و چه از جانب مقنن، موجب عدم ضمان می‌شود، فاقد دلیل توجیهی می‌داند (همان، ص ۴۸۳؛ تنکابنی، ۱۳۸۲ ش، ص ۱۰۴).

فقه‌های متقدمی چون شیخ مفید، شیخ طوسی، ابن براج، ابن زهره در این گونه موارد قائل بر لزوم اخذ برائت از بیمار شدند (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ ق، ج ۲۱، ص ۱۰). فقه‌های متأخر نیز، هم چون صاحب کتاب تحریر الارشاد، مرحوم فخر المحققین در کتاب الايضاح الفوائد، مرحوم شهید اول در دو کتاب خود اللمعة و غایة المراد، صاحب کتاب التنقیح، مرحوم شهید ثانی در دو کتاب خود المسالك و الروضة البهیه، صاحب الرياض، مرحوم محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد و صاحب کتاب المفاتیح، همگی در صورت برائت از بیمار قائل به ضمان طبیب هستند (همان، ص ۱۲).

مرحوم محقق حلی در کتاب خود شرایع الاسلام در صورت وجود رضایت و بدون اخذ برائت شخص طبیب، پس از اختلافی دانستن وجود یا عدم وجود ضمان پزشک در این گونه موارد در کنار پذیرش نفوذ برائت بیمار، ضمان طبیب نسبت به خسارت وارده را بهتر از قول عدم ضمان می‌داند (ابن سعید حلی، ۱۴۲۵ ق، ج ۴، ص ۲۳۲). علامه‌ی حلی نیز در کتاب خود قواعد از این نظر تبعیت کرده است (ابن حسن حلی، ۱۳۸۹ ق، ج ۴، ص ۶۵۶). شیخ محمدحسن نجفی، شهید اول و شهید ثانی نیز هرکدام این نظر را مورد متابعت قرار داده‌اند (ابن احمد عاملی، ۱۴۲۶ ق، ج ۳، ص ۵۴۸). امام خمینی نیز در کتاب تحریر الوسیله پس از اختلافی دانستن ضمان یا عدم ضمان طبیب، در کنار پذیرش نفوذ برائت بیمار در این گونه موارد ضمان طبیب نسبت به خسارت وارده را بهتر از قول عدم ضمان می‌داند (الموسوی الخمینی، ۱۴۰۳ ق، ج ۲، ص ۵۶۱). به هر حال، این نظر در میان فقه‌های امامیه از چنان مقبولیتی برخوردار است که مرحوم ابن زهره در کتاب خود نسبت به این حکم ادعای اجماع کرده است. (نجفی، ۱۳۸۴ ش، ج ۴، ص ۴۶).

## ۵-۱-۴-پیشینه بحث مسئولیت مدنی پزشک در قانون مجازات اسلامی

### ۵-۱-۴-۱-تحلیل مواد ۳۱۹، ۳۲۰ و ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵:

ماده ۳۱۹ ق.م.ا. درباره مسئولیت مدنی و به تعبیر فقهی ضمان پزشک چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه طبیبی، گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان، نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است». قابل ذکر است که این ماده دارای قلمروی گسترده است؛ زیرا هم اتلاف و هم تسبیب



را شامل می‌شود: عبارت «شخصاً انجام می‌دهد» ناظر به اتلاف و عبارت «دستور آن را صادر می‌کند» ناظر به تسبیب است. بعلاوه ماده هم تلف جان و نقص عضو و هم زیان مالی را در بر می‌گیرد. به نظر می‌رسد در این ماه سخنی از تقصیر به میان نیامده و ظاهراً قانونگذار مسئولیت محض یا بدون تقصیر را پذیرفته است، اعم از آنکه نظریه خطر یا نظریه تضمین حق را، با الهام‌گیری از نظریه‌های غربی، مبنای آن بدانیم، یا با بهره‌گیری از گفته‌ها و تعبیرهای فقهای اسلامی، نظریه «استناد» (ضرر به پزشک)، یا نظریه نفی ضرر را مبنای آن تلقی نمائیم. به هر حال، ماده ۳۱۹ ق.م.ا.مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است که پزشک را در هر حال ضامن می‌دانند چه در علم و عمل قاصر باشد یا حاذق، چه مأذون از سوی مریض یا ولی او باشد یا نه (موسوی ال خمینی، بی‌تا، ص ۵۰۵). در تأیید این نظر به اطلاق ادله ضمان استناد شده است (المطهری، ۱۴۰۱، ص ۶۲). البته قول دیگری در فقه هست که از آن پذیرش مبنای تقصیر در مسئولیت پزشک استنباط می‌گردد و بعداً از آن سخن خواهیم گفت.

ماده ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی که راجع به دامپزشک است مشابه ماده ۳۱۹ است و ظاهراً مسئولیت محض دامپزشک را پذیرفته و چنین مقرر داشته است: «هرگاه بیمار و دامپزشک، گرچه متخصص باشد، در معالجه حیوانی، هرچند با اذن صاحب او باشد، موجب خسارت شود ضامن است». این ماده از لحاظ مبنای مسئولیت هماهنگ با ماده ۳۱۹ است و مانند آن ماده ریشه فقهی دارد؛ زیرا فقها بیمار را از لحاظ ضمان به طبیب تشبیه کرده‌اند (ر.ک. همان منبع). گفتنی است که در ماده ۳۲۱ دو کلمه «بیمار و دامپزشک» بکار رفته که ظاهراً مترادفند، در حالی که در شیوه قانون‌نویسی، شایسته است که از کاربرد کلمات مترادف پرهیز شود. بنابراین کلمه «بیمار» در ماده یادشده زائد به نظر می‌رسد.

## ۵-۲- پیشنهاد پژوهشی:

موسوی الخمینی، سید روح الله، (بی‌تا)، تحریر الوسیله، جلد ۲، موسسه النشر الاسلامی، قم.

در تحریر الوسیله امام خمینی (ره) نیز در مورد مسؤولیت ختنه‌گر چنین آمده است: «ختنه‌گر»، اگر از حد لازم تجاوز کند، ضامن است؛ هرچند ماهر بوده باشد، اما اگر حد لازم تجاوز نکند و خود ختنه کردن موجب مرگ کودک شود، در ضامن دانستن آن اشکال وجود دارد و شبه آن است که حکم به عدم ضمان شود. الحر العاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۶)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ سوم، جلد ۳ انتشارات موسسه آل البيت علیهم السلام. ایشان می‌فرمایند هرگاه ختنه‌کننده در اثر بریدن بیش از مقدار لازم موجب خسارت یا جنایت شود ضامن است؛ «اگرچه ماهر بوده باشد». مبنای مسؤولیت در این ماده تقصیر است و تنها در صورتی که بیش از مقدار لازم ببرد مسئول است. مستند آن نیز روایتی است که علی (ع) ختنه‌کننده‌ای را که حشفه کودکی را قطع کرده بود ضامن دانست. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران. تعهد قراردادی پزشک نمونه بارز و سنتی تعهد به وسیله است و در نتیجه بیمار زیان‌دیده یا وارث او باید تقصیر پزشک را

اثبات کنند، مواد ۳۱۹ و ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی تعهد به مواظبت پزشک را تبدیل به خودداری از اضرار (نتیجه) کرده است تا پزشک ضامن زیان‌هایی باشد که به‌طور مستقیم یا به‌وسیله دیگران به بار می‌آورد. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴)، «ترمینولوژی حقوق» چاپ هفتم انتشارات کتابخانه گنج دانش. آقای لنگرودی معتقدند: تقصیر شرط مسؤولیت قراردادی است و ماده ۲۲۷ قانون مدنی فرض خطا برای متعهد می‌کند تا زمانی که او وجود علت خارجی را اثبات کند. اثبات خطای متعهد بر متعهدله نیست، بلکه قانون‌گذار فرض خطا برای متعهد کرده است. در تعهد به مواظبت مثل پزشک که مریض را معالجه می‌کند نیز فرض خطای متعهد (پزشک) وجود دارد و ماده ۲۲۷ قانون مدنی فرقی بین تعهد غایت و تعهد مواظبت ننهاده است.

نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۸ ه.ق)، جواهر الکلام، جلد ۴۳، تهران. مرحوم نجفی معتقدند «پزشک ضامن تلف ناشی از علاج خود است، اگر کوتاهی کند، اعم از اینکه حاذق باشد یا نه، مأذون از سوی بیمار یا ولی او باشد یا نه؛ و ظاهراً اختلافی در این باره نیست؛ همچنین پزشک، هرگاه طفل یا مجنونی را بدون اذن ولی معالجه کند ضامن است»

خویی، سید ابوالقاسم، (۱۹۷۶)، مبانی تکملة المنهاج، جلد ۲، چاپ نجف. مرحوم خویی می‌فرمایند: پزشکی که در معالجه بیمار کوتاهی می‌کند یا کودک یا دیوانه‌ای را بدون اذن ولی او معالجه می‌نماید. یا به معالجه شخص کبیری بدون اذن او (در مواردی که کسب اذن امکان‌پذیر است) می‌پردازد برخلاف عرف پزشکی عمل کرده و مقصر به شمار می‌آید، هرچند گروهی از فقها گفته‌اند که پزشک در فرض مأذون بودن و عدم تقصیر هم مسئول است.

صفایی، حسین، (۱۳۹۱)، مقاله مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی، تهران، فصلنامه علمی- پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی. در این پژوهش بیان می‌کند که در حقوق تطبیقی مسئولیت مدنی پزشک اصولاً مبتنی بر نظریه تقصیر است، یعنی پزشک هنگامی مسئول و مکلف به جبران خسارت وارده به بیمار شناخته می‌شود که تقصیر او به اثبات رسیده باشد. خادم، مهدی، (۱۳۸۹)، مقاله رفع مسئولیت مدنی پزشک با اخذ برائت از بیمار، تهران، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی. در این مقاله به نقد و بررسی لزوم اخذ برائت از بیمار برای رفع مسئولیت مدنی پزشک اختصاص دارد که در گفتار اول به لزوم یا عدم لزوم اخذ برائت از شخص بیمار در بری شدن پزشک از صدمات وارده به بیمار و در گفتار دوم به شرایط ترتیب اثر بر برائت یا رضایت شخص بیمار اختصاص دارد.

## ۶- مبنای تقصیر در قانون جدید مجازات اسلامی:

خوشبختانه قانون جدید مجازات اسلامی که هنوز به‌موقع اجرا گذارده نشده است مسئولیت محض یا مسئولیت بدون تقصیر پزشک را با توجه به گفته‌های برخی از فقهای امامیه و انتقادهای حقوقدانان نپذیرفته و به مبنای تقصیر بازگشته است. ماده ۴۸۹ قانون جدید در این باره 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 این‌که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و



چنانچه براءت از مريض به دليل نابالغ يا مجنون او معتبر نباشد و يا تحصيل براءت از او به دليل بيهوشی و مانند آن ممكن نگردد، براءت از ولی مريض تحصيل می شود.

## ۶-۱- اخذ براءت از شخص بیمار در بری شدن پزشک از ضمان و تقصير:

مساله مهمی که در زمینه اخذ براءت از ضمان مطرح میشود آن است که آیا اخذ براءت موجب عدم ضمان پزشک به طور مطلق است، يا حتی به رغم اخذ براءت، پزشک در صورت ارتکاب تقصير و اثبات آن مسئول است. اگر مسئوليت پزشک مسئوليت محض و مبتنی بر یکی از نظریه های مسئوليت بدون تقصير باشد در فرض اخذ براءت، هم نباید تقصير موثر باشد. اما اگر مسئوليت پزشک را مبتنی بر فرض تقصير بدانیم، می توانیم در فرض اخذ براءت، با اثبات تقصير پزشک او را مسئول بشناسیم. در واقع اخذ براءت از ضمان، بار دليل را جا به جا میکند؛ یعنی در صورت عدم تحصيل براءت پزشک می تواند با اثبات عدم تقصير، از خود رفع مسئوليت کند؛ لیکن در صورت اخذ براءت از ضمان بار دليل بر عهده بیمار است که می تواند با اثبات تقصير پزشک، او را مسئول و ضامن خسارت وارده بشناسد. این نظر علاوه بر اینکه با مبنای فرض تقصير سازگار است موافق مصلحت جامعه است؛ زیرا اگر پزشک، حتی در صورت ارتکاب تقصير، مبری از مسئوليت باشد، چه بسا ممکن است دقت و مراقبت لازم را به کار نبرد و بر اثر بی احتیاطی و بی دقتی پزشک، سلامت يا جان بیمار به خطر بیفتد و بدیهی است که این وضع موجب گسترش بی احتیاطی و بی دقتی پزشکان و به زیان جامعه خواهد بود. وانگهی با تفسیر شرط براءت از ضمان می توان گفت بیمار را از خسارت ناشی از معالجه بری کرده است نه از زیان های ناشی از تقصير. برخی از فقهای معاصر به این قاعده تصریح کرده اند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص ۶۰۶) و همین نظر مورد قبول بعضی از استادان حقوق واقع شده است (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۶۵). رویه قضایی نیز با این نظر هماهنگ است. اما برخی از استادان حقوق بر آنند که شرط براءت فقط درباره اضرار عمدی يا آنچه در حکم عمد باشد، مانند جا گذاردن چاقوی جراحی در شکم بیمار يا عمل جراحی در حال مستی، بر خلاف نظم عمومی و بی اثر است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۲۴)

به هر حال از ماده ۴۸۹ قانون جدید مجازات اسلامی بر می آید که تحصيل براءت از ضمان رافع مسئوليت در صورت ارتکاب تقصير، چه عمدی باشد و چه غیر عمدی، نیست. به نظر میرسد در مورد زیان های بدنی، همانطور که در حقوق فرانسه گفته اند، اگر مقصود از شرط براءت از ضمان يا شرط عدم مسئوليت معافيت حتی در فرض ارتکاب تقصير باشد، این شرط برخلاف نظم عمومی و باطل است و نباید در این خصوص بین تقصير سنگین و سبک تفاوت قائل شد.

## ۶-۲- شرایط صحت رضایت شخص بیمار

همان طور که تحمیل مسئوليت مطلق بر پزشک به دليل گرفتن قدرت ابتکار وی، زیان بار می باشد، آزاد گذاردن او در معالجه که ممکن است منتهی به ارتکاب هر بی احتیاطی و تقصير شود نیاز ناروا و ناپسند است و زیان اجتماعی و انسانی زیادی در بردارد. بنابراین برای برقراری اعتدال میان منافع پزشک و بیمار، اثر رضایت بیمار به انجام معالجه نیز باید تفسیر محدود شود، به نحوی که

برای اثربخشی رضایت بیمار شرایطی چند نیز مورد رعایت قرار گیرد. قبل از هر چیز اشاره می‌شود که رضایت و اذن بیمار به انجام معالجه می‌تواند صریح، ضمنی و یا شاهد حال باشد. در حالت اول، این اذن و رضایت نیز می‌تواند شفاهی یا کتبی باشد، باین حال صرف رضایت بیمار سبب برائت پزشک نخواهد شد، برای آن که رضایت بیمار دارای اثر گردد رعایت شرایط زیر لازم می‌باشد.

## ۶-۲-۱- مشروع بودن عمل جراحی

رضایت و اذن باید جهت انجام اعمال جراحی مشروع و موردپذیرش قانون‌گذار صورت گیرد. به عبارت بهتر معالجه یا عمل جراحی صورت گرفته نباید دارای ممنوعیت قانونی باشد. بعضی از بیماری‌ها وجود دارد که در آن‌ها نباید هیچ عمل جراحی صورت گیرد؛ زیرا انجام هرگونه عمل جراحی روی این بیماری‌ها ممنوع است. توافق و قرارداد خصوصی پزشک و بیمار نیز می‌تواند این ممنوعیت را نادیده بگیرد، ازاین‌رو رضایت بیمار به انجام معالجه و یا برائت وی چیزی از مسئولیت پزشک نمی‌کاهد. باین حال با توجه به اصل طهارت و لزوم حفظ حیات مسلم، اعلام مشروعیت معالجه صورت گرفته از سوی مقنن شرط نیست، بلکه اعلام ممنوعیت آن شرط است. بنابراین در هنگام اختلاف، مدعی کسی است که قائل بر نامشروع بودن معالجه صورت گرفته می‌باشد. ازاین‌رو در هنگام سکوت قانون و در صورت تأیید عرف، اصل را باید بر مشروعیت معالجه صورت گرفته گذاشت. بنابراین اذن و برائت بیمار در اعمال جراحی غیرقانونی هم چون مرگ آرام، موردپذیرش نبوده و موجب برائت پزشک نمی‌شود. در حقوق ایران رعایت این شرط مورد تأیید مقنن نیز قرار گرفته است. مقنن در ماده‌ی ۵۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: "۱- اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود: .... ۲- هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا... آن‌ها و رعایت موازین فن و علمی و نظامات دولتی انجام شود."

در فقه اذن و رضایت مالک آن زمان رافع است که منع شرعی به آن منضم نشده باشد. در صورتی که اذن مالک با منع شارع تعارض کند، منع شارع مقدم می‌شود، زیرا مالک حقیقی چه بر انفاس و اموال شارع مقدس است (تنکابنی، ۱۳۸۲ش، ص ۱۳۰). در حقوق انگلستان و آمریکا نیز کشتن بیمار به اذن و رضایت وی (مرگ آرام) و یا کمک به وی جهت خودکشی یک عمل غیرقانونی تلقی شده و ازاین‌رو اذن و رضایت بیمار موجب رفع مسئولیت از پزشک نمی‌شود.

## ۶-۲-۲- ذی صلاح بودن شخص اذن دهنده

رضایت و اذن باید از سوی فرد دارای صلاحیت صادر گردد. بنابراین اعلام رضایت شخص صغیر، ممیز یا غیرممیز، مجنون و فرد در اغما به دلیل ضعف در قوه‌ی دماغی و فقدان قصد، نامعتبر می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶ش، ج ۱، ص ۳۷۷). در حقوق ما با توجه به غیرمالی بودن عملیات پزشکی و با توجه به بلوغ فرد در سن پانزده سالگی به نظر می‌رسد طفلی که به سن پانزده سال تمام قمری رسیده باشد، می‌تواند درباره‌ی انجام یا عدم انجام معالجه‌ی پزشکی تصمیم‌گیری نماید. در صورتی که بیمار صغیر یا مجنون باشد، اذن ولی و در صورتی که فرد در اغما باشد اذن وراثت جایگزین اذن بیمار می‌شود.

## ۶-۲-۳- واقعی بودن رضایت

این رضایت باید واقعی و بدون اعمال نفوذ ناروا صورت گرفته باشد. این رضایت زمانی واقعی است که بیمار در حین اعلام مراتب رضایت و اذن خود آگاهی کامل از موضوع مورد رضایت؛ یعنی بیماری و خطرات ناشی از درمان داشته باشد، این آگاهی دادن به بیمار تکلیف پزشک است، در صورتی که وی به این تکلیف خود عمل نکند، مسئولیت مدنی داشت. باین حال به نظر می‌رسد، حتماً لازم نیست که بیمار این آگاهی را منحصرأ از ناحیه‌ی پزشک به دست آورده باشد. بلکه از هر منبع دیگری هم چون اطرافیان و یا رادیو و تلویزیون و یا پزشک دیگر به دست آورده باشد کافی است و موجب برائت پزشک می‌شود.

## ۶-۲-۴- قید بودن اذن به طبیب مورد نظر

اذن بیمار در برائت پزشک وقتی کارساز است و موجب برائت وی می‌شود که همان پزشک موردنظر بیمار طبابت را صورت دهد و یا با رضایت وی شخصی دیگر جایگزین پزشک معالج شود. این حق بیمار است که نه تنها نسبت به اصل معالجه و درمان و این که این درمان به چه نحو صورت گیرد تصمیم‌گیری نماید، بلکه وی این حق را نیز دارد که نسبت به این امر که عمل جراحی توسط چه پزشکی صورت گیرد، تصمیم‌گیری نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۶ ش، ج ۱، ص ۳۷۷) در این گونه موارد گفته می‌شود که بیمار به معالجه اذن مشروط داده است، بنابراین اگر پزشک به معالجه‌ی طبیبی خاص رضایت دهد، اذنش مقید به آن طبیب شده و اگر شخصی دیگر به طبابت مبادرت ورزد، اذن صادرشده بیمار دلیل برائت طبیب معالج نیست. زیرا این اذن مقید بوده و با از بین رفتن قید، مقید نیز از بین می‌رود؛ مگر اذن بیمار مطلق بوده و مقید به شخص خاصی نباشد.

## ۶-۲-۵- عدم اثبات تقصیر از جانب طبیب

شرط مهم و آخر آن که پزشک بر اساس کتاب‌های مرجع پزشکی که در زمان طبابت مرجعیت دارند، اقدام به معالجه و جراحی بیمار کرده باشد و بتواند این امر را نیز به اثبات برساند، به عبارت دیگر پزشک در راه انجام معالجه مرتکب تقصیر (تعدی و تفریط) آن هم از نوع حرفه‌ی نشده باشد. در این رابطه، قسمت اخیر ماده‌ی ۵۹ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: "اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود:..... هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با..... رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود." همین که پزشک اثبات کند با رعایت موازین فنی و علمی بر طبق نظامات دولتی و رفتار کرده است، کافی است. از این رو دیگر اثبات عدم تقصیر لازم نمی‌باشد، عدم تقصیر از امور عدمی است و امر عدمی نه نیاز به اثبات دارد و نه قابل اثبات است. مازاد بر این را زیان دیده باید اثبات نماید. هر چند با اندکی تردید پاره‌ی از فقیهان، شرط دیگری نیز برای اثربخشی برائت بیمار بر شمرده‌اند و آن این است که طبابت پزشک به موت بیمار منتهی نگردد. در غیر این صورت برائت بیمار اثر نداشته و پزشک مسئول مرگ بیمار می‌باشد. باین حال به نظر می‌رسد، اگر درمان بیماری شخص بیمار از دیدگاه علم پزشکی روز ناممکن باشد ولی پزشک با رعایت



اصول درمان به امید اثربخشی اقدام کند ولی بیمار فوت نماید، پزشک مسئول نمی‌باشد. به فرض مباشرت پزشک در طبابت را بپذیریم فوت و مرگ بیمار که ناشی از ناکافی بودن علم روز پزشکی است، سبب قوی از مباشر بوده است (همان، ص ۱۹۴). هم‌چنین اگر پزشکی به بیماری که در شرف مرگ است دارویی جدید که اثرپذیری و یا ضررهای احتمالی آن هنوز به‌طور کامل آزمایش نشده است را توصیه کند و آثار احتمالی دارو را به اطلاع بیمار ولی برساند ولی وی به امید درمان آن دارو را مصرف نماید و بر وی ضرری وارد آید، پزشک مسئول نخواهد بود (همان، ص ۱۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ش، ج ۱، ص ۳۸۱). باین‌حال این‌طور نیست که در همه‌ی موارد، برای برائت پزشک اذن و رضایت بیمار شرط باشد. بلکه در مواردی نیز برائت پزشک نیازی به رضایت بیمار دارد. توضیح آن‌که یک پزشک ممکن است در دو حالت بیمار خود را معالجه نماید. حالت اول زمانی است که بیمار شخصاً و یا از طریق نزدیکان خود (اگر بیمار کودک، مجنون و یا در حالت اغما باشد) به پزشک مراجعه می‌کند و در مورد حق‌الزحمه‌ی پزشک و تعهدات وی در قبال این عوض بحث و گفتگو می‌کند و نهایتاً منجر به انعقاد قرارداد شفاهی یا کتبی میان پزشک و بیمار می‌گردد. حالت دوم نیز موقعی است که بیماری را مصدوم یا بیهوش به بیمارستان منتقل می‌کنند، به‌نحوی که نه بیمار توان مذاکره با پزشک را دارد و نه زمان درنگ و تأمل برای ایجاد شرایط مطلوب جهت مذاکره است و نه پزشک می‌تواند به وظیفه‌ی شغلی خود که همان درمان بیمار است عمل نکند و یا آن را به تأخیر اندازد. در این حالت قانون‌گذار به جهت حفظ مصلحت بیمار و حمایت از پزشکان انجام اعمال جراحی ولو بدون اخذ رضایت از بیمار را جایز دانسته و پزشک را از هرگونه مسئولیت بری دانسته است. البته در این‌گونه شرایط طبیب تنها باید به اعمال جراحی لازم و ضروری اقدام نماید نه چیزی بیش‌تر از آن. در فقه نیز این امر پذیرفته‌شده که مجوز تصرف هم می‌تواند اذن مالک ظاهری باشد و هم می‌تواند اذن شارع که مالک حقیقی است، باشد. نه‌تنها اذن شرعی رافع ضمان است، بلکه اثر آن از اثر اذن مالکی نیز بیش‌تر است. زیرا اذن شارع رافع ضمان است، ولو مالک راضی نباشد. ولی اذن مالک در صورتی رافع است که با منع شرعی همراه نباشد. (تنکابنی، ۱۳۸۲، ش، ص ۱۳۰).

همچنین باید اشاره نمود در فرضی که عدم معالجه بیمار برای وی خطری را به همراه دارد، نمی‌توان پزشک را به دلیل برطرف نکردن همان خطر مورد پیگرد قرار داد و از وی مطالبه‌ی خسارت نمود. ولو آن‌که بیمار مراتب رضایت خود به انجام معالجه را یا برائت وی را اعلام نکرده باشد. مثلاً: اگر کسی به بیماری سرطان مبتلا باشد و مرگ او در صورت عدم انجام جراحی حتمی باشد و پزشکی او را بدون اذن عمل کند، ولی بیمار به دلیل بیماری زیردستان پزشک فوت نماید، پزشک را نباید ضامن دیه جان بیمار دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ش، ج ۱، ص ۳۸۱).

### ۶-۳- ادله ضمان پزشک حاذق مقصر

شایع‌ترین حالتی که در آن پزشک دچار خطا می‌شود و باعث به وجود آمدن خسارت جسمی یا روحی به بیمار می‌شود، مواردی است که به دلیل سهل‌انگاری و عدم دقت کافی در شرایط بیمار، روند معالجه، ابزارهای پزشکی، حدود تأثیر داروها و... رخ می‌دهد. در این حال، هیچ‌یک از فقها قائل به عدم ضمان نیست، بلکه حتی ابن‌ادریس که قائل به عدم ضمان طبیب است، بنا بر نقل صاحب

جواهر، در فرض تقصیر قائل به ضمان است (نجفی، همان: ۴۳/۴۵). اما عمده بررسی دلایل ضمان طبیب در این فرض است که می‌توان از دو طریق بر آن استدلال نمود:

### راه اول: تمسک به قواعد کلی ضمان

قبل از ورود به بحث لازم است مقدمه‌ای را ذکر کنیم: ممکن است بر ما اشکال شود که مطابق آنچه در بحث ماهیت حقوقی ضمان طبیب به دست آمد، علی‌الاصول نباید بحث قواعد کلی باب ضمان را مطرح کنید، چون ضمانی که از این قواعد به دست می‌آید، از نوع ضمان قهری است، این در حالی است که در آن بحث، نتیجه گرفته شد که ضمان طبیب قراردادی است.

به این اشکال می‌توان چنین جواب داد: اولاً؛ همه این قواعد به ضمان قهری منتهی نمی‌شوند. مثلاً روایات خاصه و قاعده لا ضرر می‌سازند باینکه همان ضمان عقدی را ثابت کنند. بلی، قاعده اتلاف و قواعد باب دیات، ضمان قهری را ثابت می‌کنند. آن دو نیز، چنان‌که بعداً به اثبات خواهد رسید، نسبت به مواردی ضمان را ثابت می‌کنند که خسارت خارج از مفاد توافق و قرارداد باشد، یا مواردی که اصولاً بین پزشک و بیمار قراردادی نیست.

ثانیاً؛ تفاوت مهم ضمان قهری و عقدی در اصل ثبوت ضمان نیست، بلکه در امکان توافق برخلاف یا توافق در کمیت آن است و هدف ما عجلتاً ثبوت اصل ضمان است. در فقه، قواعد عامی برای ضمان بیان گردیده که می‌تواند مدرک ما در ضمان طبیب هم باشد و ما به‌صورت اختصار به این قواعد اشاره می‌کنیم:

### قاعده اول: اتلاف

تعبیری که فقها دارند این است که این قاعده از ضروریات عند جمیع المسلمین، بلکه جمیع عقلا در همه عالم به حساب می‌آید (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲/۱۹۳). معذک بر آن از ادله اربعه، کتاب و سنت و اجماع و بنای عقلا استدلال آورده‌اند. اما در این قاعده عمومیتی وجود دارد که اکثریت ادله از اثبات آن عاجز است و آن اینکه اتلاف، چه به‌عمد باشد یا خطا، عن علم باشد یا عن جهل در حال خواب باشد یا بیداری، به‌صرف ثبوت نسبت اتلاف موجب ضمان است. در اینجا مجال بررسی همه آن ادله وجود ندارد، اما دو دلیل هست که اگر ثابت شود، توان اثبات این عمومیت را دارد:

**دلیل اول:** حدیثی که با مضمون واحد اما به طرق مختلف نقل شده و مشهورترین آن متنی است که در مستدرک الوسائل آمده است: عن أمير المؤمنين عليهم السلام ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر بمنى في حجة الوداع و هو على الناقة العضاء فقال: ايها الناس، اني خشيت ان لا ألقاكم بعد موقفي هذا، بعد عامي هذا، فاسمعوا ما أقول لكم فانتمفعوا بهألا هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد (نوری، ۱۰۴۸: ۱۷/۸۸). شبیه این روایت را شیخ در مبسوط هم آورده است:



روی الأعمش عن أبي وائل عن عبدالله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه و سلم انه قال: حرمة مال المسلم كحرمة دمه (ابن حسن طوسی، ۱۳۸۷: ۶۰/۳). برخی از فقها از تشبیه موجود در این روایات چنین استفاده کرده‌اند که همان عمومیتی که در بحث دماء وجود دارد که حتی با فرض خطای محض بازهم ضمان آور است، در اینجا هم موجود است. لکن گذشته از سند هردو حدیث که روشن نیست و نمی‌تواند مستند حکم فقهی قرار گیرد، به لحاظ دلالت هم جای تردید وجود دارد، چون همان‌گونه آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز اشاره کرده است، این روایت فقط ناظر به حکم تکلیفی است، اما استفاده حکم وضعی از آن مشکل است (فاضل لنکرانی، ۴۸). مخصوصاً با توجه به این نکته که در باب دماء، احادیثی چون «لا یطلّ دم امرء مسلم هدرأ» و امثال آن را داریم و چنین چیزی در باب اموال وجود ندارد.

**دلیل دوم:** بنای عقلا. ادعا می‌شود که عقلا در تمام عالم مختلف مال را ضامن می‌دانند و در این ضمان تقصیر، علم و... شرط نیست. به نظر می‌رسد در عمومیت این بنا نیز جای تردید وجود دارد. به عنوان مثال، آیا اگر شخصی متاعش را کنار انسان خواب قرار دهد و او بدون اطلاع از وجود متاع بر روی آن بیفتد، می‌توان گفت ضامن است؟! (توجه شود که گذارنده مال سبب اقوی از مباشر نیست). به هر حال، از خود واژه اتلاف هم به دست می‌آید که باید استناد عمل به شخص مسلّم باشد، و اگر مال در حال خواب یا در حال جهل مطلق صورت گیرد، صدق «اتلاف» هم مورد تردید است. (همان: ۴۹).

## قاعده دوم: لا ضرر

سوالی که مطرح است این است که بر کدام مبنا امکان استفاده از این قاعده برای ضمان طبیب وجود دارد. هرچند در میان فقهای قدیم و معاصر کسی را نیافتیم که به صورت صریح برای ضمان طبیب به این قاعده استدلال کرده باشد. به سه نظریه مهم راجع به محتوای این قاعده اشاره می‌کنیم:

نظریه اول: شیخ الشریعه اصفهانی معتقد است که «لا» در جمله «لا ضرر و لا ضرار» برای نهی است و جمله در مقام بیان حرمت ضرر رساندن به دیگران است. از قبیل «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (بقره: ۱۹۷). هرچند ظاهر جمله نفی است، اما درواقع نهی است و مبین حرمت (اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۴-۲۵).

اگر محتوای قاعده همین باشد که شیخ الشریعه می‌گوید، لزوم تدارک ضرری که از ناحیه غیر بر شخص وارد گردیده مدلول مطابقی قاعده نیست. اما اینکه آیا مدلول التزامی قاعده لزوم تدارک هست یا نیست، در کلمات خود شیخ الشریعه تصریحی بر آن وجود ندارد. ولی از آنجاکه ایشان معنای دوم (نفی ضرر غیر متدارک) را کاملاً رد می‌کند، می‌توان فهمید که این لازمه را قبول ندارد (همان: ۲۷). در کلمات فقها هم به موردی برخوردیم که این معنای التزامی را کسی پذیرفته باشد. اما شاید بتوان گفت مورد روایات نوعاً مربوط به قضاوت‌های پیامبر صلی الله علیه و سلم است و در قضاوت صرف بیان حکم تکلیفی کفایت نمی‌کند، بلکه حسم ماده نزاع جز به تدارک ضرر امکان ندارد، هرچند مواردی از قضاوت‌های پیامبر که به این قاعده تمسک شده از جمله مواردی نیست

که ضرری باید تدارک شود، بلکه حسم ماده نزاع با نهی تنها یا انجام یک عمل بازدارنده امکان پذیر بوده است. اما همه موارد از این قبیل نیست. از کسانی که معتقد است «لا» در این حدیث برای نهی است و به همین نکته که اشاره شد (مدلول التزامی نهی) توجه داشته، حضرت امام رحمه الله است. ایشان در کتاب البیع بعد از اینکه می گوید این جمله را نمی توان به معنای حقیقی آن حمل کرد، بلکه باید در آن ادعایی صورت گرفته باشد، می گوید: ادعا مصحح می خواهد و مصحح دو امر می تواند باشد: یکی اینکه شارع بگوید: من به این دلیل می گویم ضرری نیست که در میان تشریعات من حکم ضرری وجود ندارد. دوم اینکه بگوید: من به این دلیل می گویم ضرری نیست که جمیع ابواب را سد کردم. یکی از ابواب ضرر تشریع حکم ضرری است. باب دیگر بدون جبران ماندن ضررهایی است که در میان مردم رخ می دهد. مولا می گوید: بعد از این ضرری وجود ندارد، چون هیچ ضرری در میان شما رخ نخواهد داد مگر اینکه من حکم به جبران خواهم نمود. اگر این احتمال دوم مصحح ادعای شارع باشد، قاعده لا ضرر هم مثبت حکم است و هم دلالت بر لزوم تدارک می کند (موسوی الخمینی ۴/ ۴۰۵). اما ایشان بر این رأی دوم این گونه اشکال می کند: فرق است میان اینکه این کلمه از یک سلطان صادر شود یا از یک قانون گذار. در صورت اول می توان ادعا کرد که مصحح ادعای او سد جمیع ابواب ضرر است، اما در صورت دوم، مقام تشریع و قانون گذاری اقتضا می کند که فقط در حیطه قانون گذاری سخن بگوید و اگر ادعایی هم می کند در حیطه قانون گذاری ادعا کند. اگر چنین ادعایی را مطرح کند و در میان قوانینی که وضع می کند حکم و تشریع ضرری وجود نداشته باشد، چنین ادعایی از او مسموع است. بنابراین، باز هم نتیجه اش این می شود که در میان تشریعات من حکم ضرری نیست، نه اینکه من حکم به تدارک ضرر می کنم. با این بیان، امام با استفاده وجوب تدارک از قاعده لا ضرر مخالفت می کند.

**نظریه دوم:** نظریه آخوند خراسانی و عده ای دیگر از فقها این است که «لا» در این جمله برای نفی است و محتوای قاعده «نفی حکم است به لسان نفی موضوع». به عبارت دیگر، کانه پیامبر صلی الله علیه و سلم فرموده است: حکم ضرری وجود ندارد، اما این مطلب را با لسان نفی موضوع یعنی «ضرر» بیان فرموده است. مثلاً به جای اینکه بگوید حکم «وجوب» برای «وضوء ضرری» وجود ندارد، فرموده است: وضوی ضرری وجود ندارد. این نوع ترکیب در روایات دیگر هم برای بیان همین مقصود به کار رفته است. مثلاً در ترکیب «لا شک لکثیر الشک»، «لا سهو للمأموم مع حفظ الامام»، به جای اینکه بگوید حکم شک بر کثیر الشک نیست، فرموده است شک کثیر الشک اصلاً شک نیست. یا به جای اینکه بگوید حکم سهو (یعنی وجوب اعاده، قضا یا سجده سهو) برای مأمومی که سهو کرده است با حفظ امام نیست، می گوید در این فرض اصلاً سهو نیست. در اینجا هم به جای اینکه بگوید: وضوی ضرری وجوب ندارد، فرموده است که اصلاً وضوی ضرری نیست (خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱).

**نظریه سوم:** نظریه شیخ انصاری رحمه الله مبنی بر اینکه «لا» برای نفی است و منفی عبارت است از خود حکم و نه موضوع حکم- آن گونه که در کلام آخوند مطرح شد- اما تحلیل اینکه چرا ما لا ضرر را به نفی حکم معنا می کنیم، با اینکه در کلام نامی از حکم برده نشده است، به صورت مبسوط در کلام مرحوم شهید صدر آمده و مجال طرح آن در این مختصر نیست (صدر، ۱۴۰۷: ۱۸۰-۱۸۴). این نظریه به لحاظ پیامدی که ما به دنبال آن هستیم، یعنی استفاده ضمان، با نظریه آخوند تفاوتی ندارد و بنابراین

نظریه، ما می‌توانیم از لا ضرر لزوم تدارک را استفاده کنیم، مگر بر مبنای بعضی از بزرگان که می‌گویند مراد از حکم تنها احکام اثباتی شارع نیست، بلکه ضرر ناشی از موقف شارع را هم شامل می‌شود. با این تحلیل که شارع همان‌گونه که حکمش به مقتضای این قاعده نمی‌تواند سبب ضرر بر عباد و مکلفان گردد، حکم نکردنش هم نباید موجب ضرر باشد، چون در این صورت ضرر را با تقریرش امضا کرده است. اگر این نظریه را بپذیریم، می‌توان گفت لزوم تدارک ضرر بنا بر نظریه شیخ انصاری هم قابل اثبات است.

## راه دوم: روایات خاصه

از قواعد که بگذریم، روایاتی داریم که در خصوص عمل پزشک و مسائل پزشکی وارد شده و قدر متیقن از آنها ضمان طبیب حاذق مقصر است و ما به چند نمونه از این روایات اشاره می‌کنیم: حدیث اول: روایت سکونی:

قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ (الحر العاملي، همان: باب ۲۴ از ابواب موجبات الضمان ح ۱). پیرامون این حدیث بحثهایی هم از جهت سند و هم از جهت دلالت وجود دارد که در بحث بعدی مطرح خواهیم کرد. در اینجا به صورت اصل موضوعی فرض را بر این می‌گیریم که حدیث از حیث سند مشکل ندارد و از حیث دلالت مبین حکم حکومتی نیست، بلکه بیان کننده حکم اولیه ضمان طبیب است. تنها بحثی که در اینجا لازم است مطرح شود این است که آیا اخذ برائت از مریض در این فرض می‌تواند موجب سقوط ضمان طبیب گردد یا خیر؟ تفصیل این بحث هم به مناسبت خودش خواهد آمد، اما همان‌گونه که قبلاً به عرض رسید، ظاهراً مشکلی در سقوط ضمان با فرض اخذ برائت نیست مگر اینکه به قاعده غرور منتهی شود. به عبارت دیگر، برائت مریض مشروط به رعایت تمام جوانب فنی قضیه نباشد، چه در این صورت هم به دلیل اینکه برائت مشروط بوده است (بنابراینکه ابراء مشروط مشروع باشد) و هم به این دلیل که طبیب با این اخذ برائت موجبات غرور مریض را فراهم نموده است، می‌توان گفت که برائت موجب سقوط ضمان نیست.

## حدیث دوم: روایت ختّانک

«وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّقَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيّاً عَلَيْهِ السَّلَامُ ضَمَّنَ خَتَّاناً قَطَعَ حَشْفَةً غَلَامٌ» (همان: ۲). قدر متیقن از این حدیث هم فرضی است که طبیب در عمل قطع حشفه غلام تقصیر کرده باشد و بر اساس این روایت محکوم به جبران خسارت وارده است.

## ۷- جمع بندی بحث

در قانون مجازات اسلامی، ظاهراً مسئولیت مدنی پزشکی مبتنی بر تقصیر نیست بلکه مسئولیت محض و بدون تقصیر پذیرفته شده است؛ یعنی پزشک ضامن هر گونه خسارتی است که به بیمار وارد شود و مستند به فعل مستقیم یا غیر مستقیم پزشک باشد. لیکن در قانون جدید مجازات اسلامی (۱۳۷۵) مبنای تقصیر پذیرفته شده است، هر چند که این تقصیر مفروض و خلاف آن قابل اثبات است. قاعده مسئولیت محض پزشک مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است؛ ولی از اقوال و فتاویٰ برخی دیگر از فقها در مسئولیت پزشک، مبنای تقصیر استنباط می شود. البته تقصیر ممکن است ناشی از عدم مهارت یا بی احتیاطی یا عدم اذن بیمار یا ولی او باشد که در هر حال تجاوز از رفتار متعارف پزشکی است و تقصیر به شمار می آید. به هر حال، نظریه مسئولیت محض و بدون تقصیر پزشک با حقوق تطبیقی و مصلحت اجتماعی سازگار نیست زیرا جرات و شهامت معالجه و عمل های جراحی بزرگ را از پزشک می گیرد و مانع پیشرفت علم پزشکی و درمان بیماری های سخت می شود. شاید به همین جهت قانون جدید مجازات اسلامی از قاعده پیشین عدول کرده است. از عبارات فوق مبنای تقصیر در مسئولیت پزشک قابل استنباط است این بدان معنی است که پزشک باید مواظب و مراقب و دقیق باشد، راههای درمانی را که در موارد مشابه به کار می رود بشناسد و به کار برد. یعنی هرگاه پزشکی از شرط برائت از ضمان برخوردار باشد، این شرط مجوز بی احتیاطی و بی مبالائی وی نیست، یعنی در صورت ارتکاب تقصیر، پزشک نمی تواند به شرط عدم مسئولیت استناد کند و بیمار می تواند با اثبات تقصیر، جبران خسارت وارده را تقاضا نماید. فتوای بعضی از فقهای معاصر و نظر برخی از استادان حقوق و رویه قضائی این نظر را تأیید می کند که با مصلحت اجتماعی هم سازگار است، از قانون جدید مجازات اسلامی نیز هم معنی استنباط می شود. جهت رهایی پزشک از خسارات وارده بر بیمار هم شرط است که رضایت بیمار واقعی باشد، یعنی بیمار این اذن را بدون اعمال نفوذ ناروا و با آگاهی کامل از خطرات معالجه داده باشد، بیمار دارای صلاحیت تصمیم گیری باشد، معالجه از منظر قانونی مشروع باشد و پزشک بر اساس کتاب های مرجع و عرف پزشکی بیمار را معالجه کرده باشد و در این راه مرتکب تقصیری نشده باشد. در رویه قضائی فرانسه تعهد اطلاع رسانی به بیمار درباره خطرهای عمل جراحی یا درمان را از تعهدات پزشک دانسته و عدم اجرای این تعهد را که نوعی تقصیر و اثبات آن بر عهده بیمار است موجب مسئولیت تلقی کرده است. البته در مورد آزمایشهای پزشکی و معالجات و اعمال جراحی ساده، رویه قضائی فرانسه تعهد پزشک را تعهد به نتیجه تلقی کرده و اثبات تقصیر را لازم ندانسته است.

## ۸- یافته های پژوهش

- با بررسی انجام شده در تک تک مستندات بحث مسئولیت مدنی پزشک به این نتیجه می رسیم که یکی از اشکالات وارد بر مواد ۳۱۹ تا ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی ناهماهنگی این مواد از لحاظ مبنای مسئولیت است: در حالی که در مواد ۳۱۹ و ۳۲۱ ظاهراً مسئولیت محض و بدون تقصیر پذیرفته شده، در ماده ۳۲۰، چنانکه گفتیم، مسئولیت مبتنی بر تقصیر است. اشکال دیگری که دیده می شود این است که مسئولیت پزشک بنا بر آنچه از ظاهر قانون بر می آید، مسئولیت محض و بدون تقصیر است.

- مصلحت اجتماعی اقتضا می‌کند که پزشک فقط در صورت ارتکاب تقصیر مسئول شناخته شود، تا پزشکان بدون نگرانی از مسئولیت بتوانند با رعایت موازین پزشکی به تحقیقات علمی و معالجه بیماران بپردازند. اگر به‌صرف ایراد خسارت به بیمار که ظاهراً مستند به عمل پزشک است و بدون اثبات تقصیر، وی مسئول باشد، چه‌بسا جرأت کارهای بزرگ از پزشک سلب می‌شود و این مانعی در راه پیشرفت علم پزشکی و به زیان بیماران و جامعه است.
- برای تعدیل ماده ۳۱۹ قانون مدنی، می‌توان در تفسیر ماده مزبور اماره تقصیر را پذیرفت و به دیگر سخن تقصیر پزشک را مفروض دانست و در این صورت بیمار نیاز به اثبات تقصیر نخواهد داشت ولی پزشکی می‌تواند عدم تقصیر خود را برای معافیت از مسئولیت ثابت کند. بنابراین تفسیر که معقول و منطبق با مصلحت جامعه است مبنای مسئولیت پزشک تقصیر مفروض است نه تقصیر اثبات شده، چنانکه همین مبنا از قانون جدید مجازات اسلامی قابل استنباط است.
- یافته اصلی این پژوهش این است که نظریه تقصیر بهترین مبنا برای مسئولیت پزشک است که هم در فقه و هم در حقوق تطبیقی مورد توجه واقع شده است، هرچند که قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، به پیروی از نظر گروهی از فقها، به‌ظاهر آن را نپذیرفته است.
- یک راه‌حل برای تعدیل قاعده مندرج در ماده ۳۱۹ ق.م.ا که برخی از استادان حقوق پیشنهاد کرده‌اند آن است که بین اتلاف و تسبیب تفکیک قائل شده، بگوئیم در اتلاف، طبق قاعده، مسئولیت عینی و بدون تقصیر است اما در تسبیب که معمولاً مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، در مورد پزشک فرض تقصیر شده و به عبارت دقیق‌تر اماره تقصیر وجود دارد؛ یعنی تقصیر پزشک با توجه به ماده ۳۱۹ مفروض است ولی اثبات عدم تقصیر امکان دارد، چنانکه پزشک می‌تواند با اثبات اینکه کلیه احتیاط‌ها و مراقبت‌های لازم را به‌کاربرده یا وضع جسمی بیمار یا نقص علم پزشکی سبب خسارت شده عدم تقصیر خود را ثابت و از خود رفع مسئولیت کند.
- راهکار دوم این است که به‌طور کلی مسئولیت پزشک را مبتنی بر تقصیر مفروض بدانیم، یعنی پزشک را در صورت ایراد خسارت ناشی از معالجه مستقیم یا صدور دستور معالجه مسئول بشناسیم مگر اینکه عدم تقصیر او به اثبات برسد. این نظریه که تفسیری معقول از ماده ۳۱۹ و راهی برای تعدیل حکمی است که از ظاهر آن استنباط می‌شود هم با قواعد عمومی مسئولیت مدنی و هم با مصلحت جامعه سازگار است و تعارضی هم با فقه امامیه ندارد؛ زیرا در فقه مبنای تقصیر در زمینه مسئولیت پزشک مطرح شده است و فتاوای معتبری در این خصوص دیده می‌شود. البته جا دارد رویه قضائی این تفسیر را که نظری میانه و واسطه بین نظریه تقصیر (اثبات شده) و نظریه مسئولیت محض است، بپذیرد، تا بتوان در دعاوی مطروحه با اطمینان بیشتری به آن استناد کرد. نظریه‌ای که در مورد شرط براءت از ضمان پذیرفته شده مبنی بر اینکه این شرط بار دلیل را جابه‌جا می‌کند و با اثبات تقصیر پزشک شرط مزبور نمی‌تواند موجب معافیت از مسئولیت باشد می‌تواند مؤید نظر دوم در تفسیر ماده ۳۱۹ ق.م.ا باشد.

## منابع

- القرآن کریم
- آل راضی، محمد (۱۳۷۵)، مسئولیه الطیب و ضمانه، فصلنامه فقه اهل بیت.



- ابن ادریس حلیم (۱۴۱۰)، «کتاب» السرائر»، جلد ۳، انتشارات نشر اسلامی.
- الاردبیلی، ابن محمد (۱۴۱۶ ه.ق)، مجمع الفائده و البرهان، جلد ۱۳، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- اصفهانی کمپانی، محمد حسین (۱۴۱۸ ق)، حاشیه کتاب مکاسب، ج ۲، قم.
- تنکابنی، محمد (۱۳۸۲ ش)، تاسیسات در قواعد فقهی، ج ۱، قم، بنی الزهراء.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۴)، «ترمینولوژی حقوق»، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- جعفری تبار، حسن (بی تا)، از آستین طبیان، قوی در مسئولیت مدنی پزشکان، تهران، مجله حقوق و علوم سیاسی.
- حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۶)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ سوم، جلد ۳ انتشارات موسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلّی، ابی منصور الحسن بن یوسف المطهر (۱۴۱۲ ق)، تحریر الاحکام، قم، مؤسسه آل البيت.
- حسینی عاملی، محمد جواد (۱۴۱۸ ق)، مفتاح الکرامه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۳، بیروت، دار التراث.
- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۹۷۶)، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۲، چاپ نجف.
- خادم، مهدی، (۱۳۸۹)، مقاله رفع مسئولیت مدنی پزشک با اخذ برائت از بیمار، تهران، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۶، قم، موسسه اسماعیلیان.
- روحانی، السید محمد صادق (۱۴۱۴ ه.ق)، فقه الصادق، جلد ۲۶، قم، موسسه دارالکتاب، چاپ سوم.
- روحانی، محمد و نوغانی، فاطمه، (۱۳۷۶)، احکام پزشکی، تهران.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق)، المفردات فی غریب القرآن، بیروت، دارالعلم.
- صفایی، حسین، (۱۳۹۱)، مقاله مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی، تهران، فصلنامه علمی-پژوهشی دیدگاه های حقوق قضایی.
- الطباطبایی، السید علی (۱۴۲۲)، ریاض المسائل، جلد ۱۴، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، چاپ اول.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۹۳)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- ----- (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (بی تا)، حاشیه مکاسب، ج ۲، بی جایی نا.

- عباسی، محمود (۱۳۸۲). مجموعه مقالات حقوق پزشکی، ج ۶. تهران: انتشارات حقوقی.
- عاملی، زین الدین بن نورالدین علی بن احمد (۱۴۰۹). مسکن الفؤاد و حب الأولاد، تهران: نشر دانش.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقهیه. قم، مکتبه المهر.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، قم، منشورات الهجره.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۷۸). مبانی مسئولیت مدنی، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزام های خارج از قرارداد، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، تهران، انتشارات بهنشر.
- گرجی، ابوالقاسم و همکاران، (۱۳۸۰)، دیات، انتشارات دانشگاه تهران.
- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۲)، محشای قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۶۴)، حقوق کیفری اسلام، دیات، ترجمه از مسالک الافهام، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- مطهری، احمد، (۱۴۰۱ ه.ق)، مستند تحریر الوسیله، کتاب الدیات، قم.
- مقرئ فیومی، احمد بن محمد (بی تا) المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: منشورات دار الرضی.
- مراغه ای، عبدالفتاح (۱۴۲۵ق)، العناوین، ج ۲، قم، بی نا.
- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱)، « مأه قاعده فقهیه»، انتشارات النشر الاسلامی.
- معین، محمد (۱۳۸۲ش). فرهنگ معین، تهران، انتشارات زرین.
- نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۸ ه.ق)، جواهر الکلام، جلد ۴۳، تهران.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵