

## عناوین سقوط ضمان پزشک در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (بررسی فقهی و حقوقی)

محمد هادی دارائی\*

تاریخ دریافت: ۹۴/۶/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۰/۲۶

### چکیده

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تلاش شده تا از سویی دایره‌ی ضمان پزشک محدود شود و از دیگر سو به حمایت از بیماران پرداخته است.

مقنن در اولین گام با عدول از نظریه‌ی خطر، نظریه‌ی فرض قصور و تقصیر را پذیرفته است. در گام بعدی حمایت از پزشکان، اخذ رضایت از بیمار را مسقط ضمان پزشک دانسته است. و در سومین گام، آگاهی پرستار یا بیمار از دستور درمانی اشتباه را سبب دفع ضمان پزشک می‌داند. تحول جدید دیگر را می‌توان در وارد نمودن نسبتاً صریح قاعده‌ی احسان به عنوان یکی از عوامل سقوط ضمان پزشک تلقی کرد.

البته از سوی دیگر به حمایت از بیماران پرداخته و در جهت ارتقای علمی پزشکان، صریحاً مقرر نموده است که قصور علمی و عملی نیز در کنار تقصیر علمی و عملی، سبب ضمان پزشک می‌شود. این بدان معنا خواهد بود که ناآگاهی پزشک از علم پزشکی و پیشرفت‌های علمی و روش‌های درمانی نوین موجب ضمان مدنی وی می‌شود. شاید بتوان این مقرر را نقطه‌ی عطف قانون جدید در جهت حمایت از بیماران تلقی نمود هر چند این تحول می‌بایست به نحو صریح‌تری بیان می‌شد.

واژگان کلیدی: سقوط ضمان، تقصیر، قصور، اخذ برائت، رضایت.

## مقدمه

با تصویب قانون مجازات اسلامی و ابلاغ آن در تاریخ ۱۳۹۲/۳/۶ (از این پس با عنوان ق.م.ا. ۹۲ نام می‌بریم و از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ با عنوان ق.م.ا. ۷۰)، شاهد تحولات خاصی در عرصه‌ی ضمان قهری هستیم. یکی از این تحولات در عرصه‌ی ضمان پزشک است. پزشکان در زمره‌ی متخصصینی هستند که روزانه به مداوای ده‌ها بیمار پرداخته و همواره با احتمال شکست در درمان مواجهند. به همین علت ضمان ایشان از موضوعات مورد توجه در مباحث حقوقی است. در کتب حقوقی، بحث ضمان پزشک ضمن مباحث مسئولیت مدنی ناشی از تقصیرهای حرفه‌ای مطرح می‌شود و در آثار فقهی در ضمن اجاره و دیات. صرف نظر از محل طرح بحث، عمده‌ی مسایل مطرح شده به لحاظ مبنایی اتحاد داشته و غالب مسایل جدید (مستحدثه) در قالب قواعد عام مطروحه قابل حل می‌باشند.

لزوم جبران خسارات زیان دیده، علی القاعده از اصول پذیرفته شده نظام حقوقی ما است اما «ترس از مسئولیت گاه به عنصری منفی تبدیل شده و موجب می‌شود خطرپذیری افراد کم شده و از انجام کارهایی که مسئولیت حقوقی یا کیفری ناشی از اقدام به آنها زیاد است، پرهیز کنند» (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۴۶). لذا در کنار این اصل مسلم، مواردی به عنوان اسباب عدم ضمان ذکر شده است. با توجه به مخاطرات دایمی در حرفه‌ی پزشکی، وضع قواعدی برای تعیین چهارچوب مسئولیت و عدم مسئولیت پزشک ضرورت دارد که مقنن در قانون مجازات اسلامی جدید و سابق با توجه به این نکته به بیان قواعد یا مصادیق عدم ضمان پزشک پرداخته است.

در قانون جدید با تحولی سه جانبه مواجهیم. مقنن از یکسو به تعیین دقیق تر قلمرو ضمان پزشک و از دیگر سو به بیان دقیق تر مبانی ضمان پزشک پرداخته است و از جانب سوم، به برخی مصادیق مطروحه در کتب فقهی اشاره نکرده و در عوض مصادیق امروزی تر را مورد تصریح قرار داده است.

در این مقاله به بیان عناوینی از رفع و دفع ضمان پزشک خواهیم پرداخت که در قانون مجازات اسلامی جدید مورد تصریح قرار گرفته است. مباحث این مقاله را طی پنج گفتار مورد مطالعه قرار خواهیم داد: گفتار اول به عدم قصور و تقصیر در علم و عمل اختصاص دارد که به مهمترین سبب از اسباب ضمان پزشک یعنی تقصیر و قصور می‌پردازیم. گفتار دوم و سوم به تحصیل براءت و رضایت بیمار اختصاص دارند که مهمترین اسباب رفع انواع ضمان تلقی

می‌شوند. گفتار چهارم به موضوع اطلاع پرستار یا بیمار از اشتباه بودن دستور درمانی اختصاص دارد که از ابداعات قانون جدید است و سرانجام در گفتار پنجم به احسان می‌پردازیم.

## گفتار اول- عدم قصور و تقصیر در علم و عمل

### الف- مباحث حقوقی

\* درباره نقش تقصیر در تحقق ضمان قهری اختلاف نظر وجود دارد؛ یک نظر تقصیر را از ارکان تحقق مسئولیت مدنی دانسته و نظر دیگر آن را بعنوان ابزاری برای احراز رابطه سببیت می‌نگرد و نه رکن مسئولیت. صرفنظر از این بحث مبنایی، مقنن در ماده‌ی ۴۹۵ ق.م.ا. ۹۲ به بیان تأثیر عدم تقصیر در سقوط ضمان پرداخته است. در بخشی از ماده‌ی ۴۹۵ آمده است: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود...» در تبصره‌ی ۱ نیز می‌گوید: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند براءت اخذ نکرده باشد.» این ماده بر خلاف نظر مشهور فقها، پزشک را در صورت عدم تقصیر ضامن نمی‌داند. ماده‌ی ۳۱۹ ق.م.ا. ۷۰ - که با انتقاداتی از سوی حقوق‌دانان مواجه بود- مقرر می‌داشت: «هرگاه طبیعی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند گرچه با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.» ظاهر ماده‌ی سابق منطبق با نظر مشهور فقها بود که طیب را حتی در صورت رعایت احتیاط لازم ضامن می‌دانند و در واقع نظریه‌ی خطر را به عنوان مبنای مسئولیت پزشک پذیرفته بود<sup>۱</sup>. اما در قانون جدید صریحاً نظریه‌ی خطر را کنار گذارده و ظاهر صدر ماده ۴۹۵ و آن، مسامحتاً حکایت از پذیرش نظریه‌ی فرض تقصیر دارد<sup>۲</sup> بدین معنا که پزشک مسئول جبران

۱. هرچند با تفسیری دیگر از ماده‌ی ۳۱۹ ق.م.ا. ۷۰ امکان داشت بگوییم این ماده اماره‌ی تقصیر (نظریه‌ی فرض تقصیر) را پذیرفته لذا در صورتی که پزشک عدم تقصیر خویش را ثابت می‌نمود ضامن نبود، زیرا در ماده ۳۱۹ ق.م.ا. ۷۰ از مسئولیت حتی در صورت عدم تقصیر سخن نمی‌گفت اما ظاهر ماده و سوابق فقهی و نظر حقوق‌دانان (برای مثال رجوع کنید به ره پیک، ص ۹۲) موید پذیرش نظریه‌ی خطر بود.

۲. مسامحه در تعبیر از این جهت که صرف مقصر نبودن کافی نیست بلکه پزشک نباید قاصر نیز باشد. در واقع می‌توان این حالت را برزخی بین نظریه خطر و تقصیر دانست زیرا صرف ایجاد محیط خطرناک شرط ضمان پزشک نیست بلکه قصور یا تقصیر نیز لازم است اما از دیگر سو مقصر نبودن، سبب رفع ضمان نخواهد بود بلکه پزشک نباید قاصر نیز باشد. از آنجا که عنوان مناسبی در میان نظرات برای تطبیق بر این وضعیت وجود نداشت، آن را با نظریه فرض تقصیر منطبق ساختیم. شاید بتوان عنوان «فرض قصور و تقصیر» را برای این وضعیت برگزید.

زیان وارده به بیمار است مگر آنکه عدم قصور یا تقصیر خویش را اثبات نماید.

\* یکی از مسایل مهم این است که چه هنگام پزشک مقصر محسوب می‌شود؟ تبصره‌ی ماده‌ی ۱۴۵ ق.م.ا. ۹۲ در بیان مفهوم و مصادیق تقصیر مقرر می‌دارد: «تقصیر اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنها، حسب مورد، از مصادیق بی احتیاطی یا بی مبالاتی محسوب می‌شود.» مفهوم تقصیر در قانون مدنی، اعم از تعدی و تفریط است (م ۹۵۳ ق.م). به نظر می‌رسد به لحاظ مصداقی تفاوتی بین تقصیر مدنی و کیفری نیست هر چند ممکن است از نظر حکم متفاوت باشند. ماده‌ی ۴۹۵ ق.م.ا. ۹۲ در خصوص ضمان پزشک یکی از مصادیق تقصیر را (عمل مخالف موازین و مقررات فنی) بیان کرده است.<sup>۱</sup> بطور کلی می‌توان گفت که هرگاه «پزشک بر طبق مطالب مذکور در کتب مرجع پزشکی و نظامات پزشکی و علوم روز، رفتار نکرده» (داراب پور، ۱۳۹۰، ص ۱۹۵) باشد، مقصر است. اما «چنانچه دستور مسلمی در کتب مرجع پزشکی وجود نداشته باشد پزشک به علم روز و تجربه عملی خود و سایر متخصصین همان رشته، اقدام خواهد کرد.» (داراب پور، ۱۳۹۰، ص ۱۹۵) البته -به نظر ما- با این قید که بکاربردن روش‌های درمانی جدید بدون اطلاع بیمار تقصیر محسوب می‌شود زیرا بکارگیری هر روش درمانی جدید برای اولین بار، خطرات پیش بینی نشده‌ای را به همراه دارد و این خطر، بیش از میزان متعارف در درمان‌های عادی است لذا قرار دادن بیمار در یک وضعیت پر مخاطره، به خودی خود تقصیر محسوب می‌شود. لذا اگر پزشک بخواهد روش درمانی جدید را برای درمان بیمار بکار گیرد، باید به بیمار اطلاع دهد که قصد استفاده از روشی جدید را دارد و رضایت و یا براثت را اخذ نماید.

\* ترک فعل نیز تقصیر محسوب شده و سبب ضمان پزشک است. ماده‌ی ۲۹۵ ق.م.ا. ۹۲ در همین خصوص مقرر نموده است که «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته است جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی، یا خطای محض است، مانند این که ... پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند.» لذا اگر پزشک در زمان کار به استراحت بپردازد و سبب تلف بیمار شود، ضامن

۱. در همین خصوص ماده‌ی ۳ آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته مصوب ۱۳۷۸ مقرر داشته: «شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته باید طبق موازین علمی، شرعی و قانونی و نظامات دولتی صنفی و حرفه‌ای انجام وظیفه کرده و از هرگونه سهل انگاری در انجام وظایف قانونی به پرهیزند.» تخطی از این ماده در زمره تخلفات صنفی مهم پزشکان محسوب شده و می‌تواند به محرومیت‌های بلند مدت و حتی ممنوعیت دائم از اشتغال به پزشکی منجر شود. (ماده ۲۹ همین آیین نامه)

می‌باشد (عمید زنجانی، ص ۱۲۸).

روشن است که پزشک در صورتی ضامن است که بموجب قانون، وظیفه‌ای برای وی مقرر شده و آنرا ترک نماید. بموجب «قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی» مصوب ۱۳۵۴ «هرکس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود ... از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود او یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید» به مجازات‌های مقرر در این ماده محکوم می‌شود. بعلاوه در ادامه‌ی همین ماده می‌خوانیم که «در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید» به مجازات شدیدتری محکوم می‌شود. همچنین «مسئولان مراکز درمانی اعم از دولتی یا خصوصی که از پذیرفتن شخص آسیب‌دیده و اقدام به درمان او یا کمک‌های اولیه امتناع نمایند به حداکثر مجازات ذکر شده محکوم می‌شوند.» بند دوم از همین ماده واحده نیز برای «کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلفند به اشخاص آسیب‌دیده یا اشخاصی که در معرض خطر جانی قرار دارند کمک نمایند و از اقدام لازم و کمک به آنها خودداری کنند»، تعیین مجازات نموده است. در آیین‌نامه‌ی این قانون (مصوب ۱۳۶۴ و اصلاحات ۱۳۷۸) ضمن بیان مصادیق فوریت‌های پزشکی، تمامی موسسات پزشکی دولتی و غیر دولتی را مکلف به پذیرش بیمارانی که مشمول فوریت‌های پزشکی هستند کرده است.

\* یکی دیگر از تفاوت‌های قانون سابق و فعلی در این است که در قانون سابق اگر اقدامات پزشک «با رعایت موارد فنی و علمی و نظامات دولتی» بود، صرفاً از عناوین موجهه‌ی جرم محسوب می‌شد (م ۵۹ ق.م.ا. ۷۰) اما در قانون جدید سبب رفع ضمان کیفری و مدنی می‌شود (تبصره ۱ م ۴۹۵).

\* **قصور:** مقنن در تبصره ۱ م ۴۹۵ ق.م.ا. ۹۲ از قصور و تقصیر علمی و عملی سخن می‌گوید. قاصر کسی است که نسبت به امری جاهل است خواه به این دلیل که اصلاً موضوع را نمی‌داند و یا اینکه جهل مرکب دارد یعنی گمان می‌کند که می‌داند ولی در واقع نمی‌داند. اما مقصر بخلاف قاصر کسی است که هر چند می‌داند باید از حکم مطلع شود و دچار جهل مرکب نیز نیست اما با این وجود سوال نمی‌کند. به طور خلاصه قاصر کسی است که جهل و غفلتش بدلیل موجه است اما مقصر، عذر موجه ندارد (عاملی - یاسین عیسی، ص ۱۶۴).

در تبصره‌ی ۱ م ۴۹۵ هر چند از نظریه‌ی خطر که در قانون سابق بود عدول گردیده و دامنه‌ی ضمان پزشکان محدودتر شده است اما در رویکردی صحیح، برخورد سختگیرانه‌ی دیگری را اعمال، و اعلام نموده است که ادعای جهل قصوری و تقصیری از پزشکان پذیرفته نیست. یعنی نه تنها قصور و تقصیر عملی ایشان موجب ضمان است بلکه قصور و تقصیر علمی نیز از ایشان پذیرفته نیست. اینکه پزشک نباید قصور علمی داشته باشد بدین معناست که ادعای جهل وی نسبت به موضوعات علمی مسموع نیست و می‌توان گفت که عدم اطلاع وی از دانش تخصصی، تقصیر محسوب می‌شود و نمی‌تواند به منظور رفع ضمان ادعا کند که از موضوع پزشکی مربوطه مطلع نبوده. البته این امر، مشترک بین تمامی مسایل تخصصی است. مثلاً وکیل یا قاضی نمی‌تواند ادعا کند از قانون مطلع نبوده است (اصل ۱۷۱ ق.ا). زیرا رجوع جاهل به عالم بدلیل اعتمادی است که بر دانش عالم و متخصص می‌شود و پزشکی که خود را در معرض مراجعه‌ی بیماران قرار می‌دهد، در واقع ادعا می‌کند که از موضوعات پزشکی مطلع است و تمام تلاش خود را در جهت درمان بکار می‌گیرد. بر همین اساس است که توجه ویژه‌ای به تداوم آموزش در پزشکی می‌شود و در این راستا مقرراتی نیز به تصویب رسیده است نظیر «قانون آموزش مداوم جامعه پزشکی کشور» مصوب ۱۳۷۵ و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن.

در خصوص قصور، آنچه غالباً در آثار فقهی و حقوقی مورد بحث قرار گرفته است، قصور علمی است زیرا در آثار اصولی، این بحث ذیل مباحث جهل مطرح گردیده است و جهل را به قصوری و تقصیری منقسم کرده‌اند. لهذا هرگاه قصور مورد بحث قرار می‌گیرد، منظور قصور علمی است. به نظر می‌رسد برای تفسیر تبصره ۱ ماده ۴۹۵ که از «قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل» سخن می‌گوید، دو راه وجود دارد. راه اول آن است که بگوییم قید عمل صرفاً ناظر به تقصیر است یعنی تقصیر عملی مد نظر مقنن بوده و نه قصور عملی. راه دوم آن است که قصور عملی را معنا کرده و مرز بین آن و خطا را ترسیم نماییم زیرا خطایی که در اتلاف نیز از آن سخن می‌گوییم، نزدیکترین مفهوم به قصور عملی است.<sup>۱</sup> در خطا، مخطی، عامد نیست و قصد نتیجه را ندارد (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۱۸۱۸ / شاهرودی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۴۶۷)، نظیر عابری که در خیابان در حال قدم زدن است و بدون قصد لگد زدن، پای وی با اجناس مغازه‌ای برخورد کند و خسارت وارد کند که بر اساس قاعده اتلاف ضامن است. اما شخص قاصر، عامد است (نجم آبادی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۶۸۵) و قصد فعل و نتیجه عمل خود را دارد نظیر پزشکی که

۱. در برخی آثار صریحاً بین خطا و جهل قصوری تفکیک قابل شده‌اند نظیر مشکینی (۱۳۷۴) ص ۹۶.

قصد شکافتن بدن بیمار و در آوردن تومور از بدن وی را دارد و از خطرات بریده شدن بیش از حد یک قسمت آگاه است اما بدون تقصیر شکاف بیش از حدی به یک قسمت وارد می شود و بیمار لطمه می بیند. بنا بر این می توان در بیان قصور عملی پزشک گفت که هر چند پزشک از دانش کافی برخوردار است اما در اثر یک اشتباه به بیمار لطمه وارد می شود.<sup>۱</sup>

### ب- ادله‌ی فقهی

\* فقهای امامیه اجماع دارند که پزشک در صورت قصور و یا تقصیر ضامن است (عاملی ج ۱۹ ص ۷۹۹ / اردبیلی ج ۱۴ ص ۲۲۷) خواه به لحاظ علمی فاقد صلاحیت لازم باشد و یا در عمل مرتکب تقصیر شود. (نجفی، ج ۴۳ ص ۴۴) اختلاف در فرضی است که پزشک مرتکب قصور و تقصیر نشود و خسارتی به بیمار وارد شود. دیدگاه مشهور فقهای امامیه<sup>۲</sup> این است که طبیب را حتی در صورت داشتن صلاحیت علمی و رعایت احتیاط لازم و تلاش برای درمان، ضامن می دانند ولو مرتکب تقصیر نشده باشد. (سبزواری، ج ۱ ص ۶۶۲) حتی برخی فقها ادعای اتفاق اصحاب بر ضمان پزشک را نموده اند. (محقق حلی ۱۴۱۲ ج ۳ ص ۴۲۱) مبنای دیدگاه ایشان این است که فعل پزشک از اقسام شبه عمد است که قصد فعل نسبت به شخص معین را داشته ولی قصد قتل نداشته و لذا مستوجب دیه است. (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰ ص ۱۰۸) تفصیل ادله و استدلال‌های ایشان بدین شرح است:

۱- تلف مستند به فعل پزشک بوده و مشمول قاعده‌ی اتلاف<sup>۳</sup> (نجفی، ج ۲۷ ص ۳۲۴) و قاعده‌ی «لا بیطل دم امرء مسلم» (خون مسلمان هدر نمی رود و ضمان آور می باشد)

۱. در بیان تفاوت قصور و تقصیر باید به این نکته توجه نمود که صرفاً حکم تکلیفی و عقاب اخروی از قاصر رفع می گردد اما احکام وضعی بر اعمال وی مترتب است اما مقصر، ماخوذ به حکم تکلیفی و وضعی است.

۲. این شهرت به حدی است که صاحب جواهر (ره) تنها مخالفین آن را ابن ادریس (ره) و علامه حلی - در تحریر الاحکام - دانسته است. (نجفی، ج ۲۷ ص ۳۲۴)

۳. البته اگر ظاهر عبارت قاعده‌ی اتلاف (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) را در نظر بگیریم، استناد به آن برای اثبات ضمان پزشک قابل ایراد است زیرا ظاهر بیان قاعده، ضمان تلف کننده‌ی «مال» غیر است و بیمار، مال تلقی نمی شود تا زیان وی را مشمول قاعده اتلاف بدانیم. اما در فقه، قاعده اتلاف را بسیار گسترده دیده و حتی شامل تلف نفس و جراحات نیز دانسته اند. (مراغی، عنوان ۵۸، ج ۲ ص ۴۳۴) دلیل این امر آن است که اولاً این قاعده، اصطیادی بوده و گفته شده است که در کتب حدیث، روایتی که در قالب عبارت «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» بیان شده باشد وجود ندارد. ثانیاً مدارک این قاعده شامل کتاب (از جمله آیات شریفه فمّن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم و یا جزاء سیئه سیئه مثلها) و روایات (نظیر حرمه مال المسلم کحرمه دمه) عقل و اجماع کلیه فرق مسلمین نیز ذکر شده اند. (بجنوردی، ج ۲ ص ۲۵-۲۸) و ملاحظه می شود که آیات مبارکه‌ی صدرالاشاره صرفاً به اتلاف مال اشاره ندارند بلکه تمامی انواع اعتداء و اتلاف را شامل می شود و عقل نیز همین حکم را می پذیرد که تلف (خواه تلف نفس یا عضو یا مال) ضمان آور است. اعتبار و عمل به این قاعده در حدی است که برخی آن را از ضروریات دین دانسته اند. (بجنوردی، ج ۲ ص ۲۵)

است. (اردبیلی ج ۱۴ ص ۲۲۷)

۲- ضمان حتی با خطای محض تحقق می‌یابد و در خسارات حاصل از درمان که شبه عمد است به طریق اولی ضمان محقق می‌گردد؛

۳- این مورد مجرای اصل براءت نیست زیرا اصل هنگامی دلیل است که دلیل دیگری نباشد و در اینجا ما ادله متعدد (از جمله برخی روایات که ذکر خواهد شد) برای ضمان پزشک داریم؛  
۴- مشروع بودن عمل، منافاتی با ضمان ندارد همانند زدن با هدف تأدیب؛

۵- این گروه به روایتی استناد می‌کنند مبنی بر اینکه حضرت علی (ع) ختانی که حشفه پسری را هنگام جراحی بریده بود، ضامن دانست.<sup>۱</sup> بعلاوه به اطلاق روایتی دیگر از امیرالمومنین (ع) استناد می‌شود که حضرت می‌فرماید: «مَنْ تَطَبَّ أَوْ تَبَيَّرَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (حر عاملی، ج ۲۹ ص ۲۶۰) که اطلاق آن دلالت بر ضمان پزشک حتی در صورت عدم تقصیر دارد.

۶- اجماع امامیه از مهمترین ادله قایلین به این نظر است. شهید ثانی (طاب ثراه) ادله‌ی مطروحه را برای اثبات ضمان پزشک کافی ندیده و لذا اجماع را به عنوان دلیل اصلی بر شمرده‌اند. (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰ صص ۱۰۸-۱۱۰)

\* دیدگاه دوم، نظر فقهای است که پزشک را در صورت عدم تقصیر ضامن نمی‌دانند. (ابن براج، ج ۱ ص ۴۹۰ / علامه حلی ۱۴۲۰، ج ۳ ص ۱۱۸ / کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱ ص ۲۲۱) بر اساس نظر ایشان حتی اگر پزشک از بیمار براءت نیز تحصیل ننماید، ضامن نیست مگر اینکه تعدی و تفریط کرده باشد و این دیدگاه مورد پذیرش مقنن در ق.م.ا. ۹۲ قرار گرفته است. ادله و استدلال‌هایی که می‌توان برای این نظر ارایه داد بدین شرح است:

۱- استناد به قاعده اتلاف - و نیز قاعده لایبطل دم امرء مسلم - محل ایراد است زیرا هرچند تلف ضمان آور است اما مصادیق متعددی وجود دارد که علی‌رغم استناد تلف به مباشر، وی ضامن نیست نظیر اقوی بودن سبب از مباشر یا آنجا که تلف کننده این کار را به اذن مالک یا قانون انجام دهد. در اینجا حتی می‌توان گام را فراتر نهاده و گفت به لحاظ عرفی تلف بیمار به پزشک منتسب نمی‌شود بلکه عقلاً می‌گویند که فلانی در اثر بیماری فوت کرد. از اینرو

۱. متن روایت چنین است: «أَنَّ عَلِيَّ عَضَمَ خَتَانًا فَطَعَّ حَشْفَةَ غُلَامٍ». (حر عاملی، ج ۲۹ ص ۲۶۱ ح ۳۵۵۸۳) ماده‌ی ۳۲۰ ق.م.ا. ۷۰ که ختنه کننده را ضامن بریدن بیش از مقدار لازم دانسته بود، مأخوذ از همین روایت بود. برخی فقها اعتقاد دارند که صرف بریدن بیش از حد تقصیر تلقی می‌شود و لذا اخذ براءت از شخص و یا اذن نیز سبب سقوط ضمان نمی‌شود (ابن ادریس، ج ۳ ص ۳۷۳)



می‌توانیم بگوییم که اساساً تلف به پزشک منتسب نیست مگر اینکه قصور یا تقصیر داشته باشد.  
 ۲- اصل جاری در مانحن فیه، براءت است زیرا با تردید در اشتغال ذمه، براءت ذمه جاری است؛ (ابن ادریس، ج ۳ ص ۳۷۳) و قایلین به عدم ضمان، ادله‌ی گروه اول را برای اثبات اشتغال ذمه‌ی پزشک کافی ندیده و لذا به اصل براءت متمسک می‌شوند؛

۳- روایت مورد اشاره در خصوص ضمان ختّان، مربوط به موردی است که نفس عمل ختنه‌کننده (برش بیش از میزان متعارف) تقصیر محسوب می‌شود نه اینکه ختّان هیچ تقصیری نداشته و در عین حال ضامن محسوب شود. مثلاً اگر در اثر حرکت ناگهانی و غیر قابل کنترل مختون، برش بیش از حد متعارف پدید آید، ختّان ضامن نخواهد بود. به علاوه روایت دومی که بیان شد (من تَطَبَّبَ أَوْ ...) در برخی کتب روایی با قید «إِذَا لَمْ يَكُنْ مَاهِرًا» در انتهای روایت نقل شده است که روایت را از اطلاق خارج و دقیقاً دلالت بر ضمان پزشک در صورت قصور یا تقصیر دارد.

۴- با توجه به وجود نظر مخالف، اجماع محقق نمی‌باشد.

۵- درمان امری مشروع است و پزشک بابت اقدام به عمل مشروع ضمانی نخواهد داشت (ابن ادریس، ج ۳ ص ۳۷۳). البته لازم به ذکر است که بسیاری از فقها معتقدند که اذن شارع صرفاً رافع حکم تکلیفی و رفع حرمت عمل است اما حکم وضعی ضمان باقی است. لذا اگر کسی در راستای انجام امری که به لحاظ شرعی مباح است سبب زیان به دیگری شود، ضامن خواهد بود و نمونه‌های مشابه این حکم را می‌توان در ضمان مربی دید و به علاوه به اطلاق روایاتی نیز استناد می‌کنند که مفاد آن ضمان کسی است که در مسیر عبور و مرور، سبب زیان شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰ ص ۱۵۴) بنابراین در خصوص پزشک نیز معتقدند که صرف جواز طبابت سبب سقوط ضمان نیست. اما باید بگوییم که در طبابت صرفاً بحث اباحه مطرح نیست بلکه طبابت، واجب کفایی و گاه عینی است (انصاری، ج ۲ ص ۱۳۷) فلذا ضامن دانستن طبیب به سبب انجام واجب شرعی که در جهت مصالح بیمار است، بلاوجه می‌باشد.<sup>۱</sup>

۱. ممکن است گفته شود که در فقه مواردی بیان شده که انجام عملی واجب، و در عین حال ضمان آور است؛ نظیر استعاره‌ی صید، در حال احرام. می‌دانیم که یکی از محرمات احرام، صید موجودات خشکی است. اگر مُحَرَّمٌ صیدی که دیگری انجام داده را از وی عاریه بگیرد نیز مشمول حکم صید مُحَرَّمٌ می‌شود. در این حال بر مُحَرَّمٌ واجب است که این صید را آزاد کند ولی در عین حال در برابر معیر ضامن است (ضمان اتلاف یا ضمان ید). در پاسخ به این ایراد باید گفت که هرچند در این فرض مستعیر ضامن است اما ضمان وی از اقدام خودش نشأت گرفته است که صید را به عاریه گرفته و «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار». اما در خصوص پزشک، درمان بیمار بر وی واجب است ولی این وجوب ناشی از وضعیت بیمار است و نه اقدام پزشک.

البته اگر طبابت از قبیل اعمال جراحی زیبایی و نظایر آن باشد که ضرورت نداشته و داخل در عناوین وجوب کفایی و عینی قرار نمی‌گیرند، می‌تواند سبب ضمان شود مگر اینکه از بیمار اخذ برائت یا رضایت شود.

۶- تعهد پزشک این است که نهایت کوشش خویش را به عمل آورد و این مطلب (اینکه تعهد پزشک به وسیله است و نه نتیجه) از برخی روایات نیز قابل برداشت است. امیرالمومنین علی (ع) می‌فرماید: «مَنْ تَطَبَّبَ فَلْيَتَّقِ اللَّهَ وَكَيْنُصَحْ وَكَيْجْتَهِدْ» (مغربی، ج ۲ ص ۱۴۴)<sup>۱</sup> استناد ما به بخش اخیر روایت است که حضرت می‌فرماید بر طیب لازم است که در جهت درمان بیمار تلاش کند. از این عبارت برداشت می‌شود که اگر پزشک در جهت درمان تلاش کند، تقوای الهی را محقق کرده و بیش از این تکلیفی ندارد.

البته در ق.م.ا. ۷۰، مقنن بر پزشکان سخت گرفته بود و ظاهر ماده‌ی ۳۱۹، تعهد آنان را به نتیجه دانسته و ارایه نظراتی به منظور تعدیل این حکم نیز با توجه به نصوص ۳۱۹ و ۳۲۱ و ۳۲۲، جایی برای این تفسیرها باقی نگذاشته بود. (قاسم زاده، ش ۳-۲۳۲ ص ۳۰۹)

\* قصور: مستند فقهی ضمان پزشک در صورت قصور علمی را باید در اجماع فقهای امامیه جستجو کرد که در سطور پیشین مورد اشاره قرار گرفت که پزشک را در صورت «قصور» و یا تقصیر ضامن می‌دانند. (حلی، ۱۴۰۴، ج ۴ ص ۴۶۹) بعلاوه روایتی از طریق عامه نقل شده است مبنی بر اینکه «مَنْ تَطَبَّبَ وَكَمْ يَعْلَمُ مِنْهُ طِبُّ فَهُوَ ضَامِنٌ» (عمید زنجانی، ص ۳۹) که هرچند در کتب روایی امامیه یافت نشد اما به نظر می‌رسد مفاد آن مورد پذیرش فقهای شیعه است. همچنین روایت دیگری از امیرالمومنین وجود دارد که در برخی آثار روایی ما با قیدی نقل شده است که این قید انتهای روایت، همین معنا را می‌رساند و روایت چنین است: «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَ فَلَْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِمَّنْ يَلِي لَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَهُوَ ضَامِنٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَاهِرًا» (نوری، ج ۱۸ ص ۳۲۵) آنچه مورد نظر ماست، قید آخر روایت می‌باشد که حضرت علی (ع) می‌فرماید که اگر طیب ماهر نباشد ضامن خواهد بود. اطلاق قید اخیر این روایت نشان می‌دهد که نداشتن مهارت و دانش کافی خواه قصوری باشد یا تقصیری، بخودی خود سبب ضمان طیب است.

۱. لازم به ذکر است که مغربی از فقهای فرقه اسماعیلیه محسوب می‌شود که کتاب وی (دعائم الاسلام) مهم‌ترین متن قانونی و شرعی اسماعیلیه است. درباره مغربی سه دیدگاه بین فقهای امامیه وجود دارد: برخی از علمای شیعه این کتاب را معتبر دانسته و مؤلف آن را نیز شیعه دوازده امامی می‌دانند که در دوران خود تقیه می‌کرده و عقاید حقه را مخفیانه در بخش‌های مختلف کتاب خود آورده و روایات این کتاب را نیز موافق با روایات دیگر روایات شیعه می‌دانند. بعضی دیگر مؤلف آن را شیعه نمی‌دانند ولی کتاب وی را کتاب خوبی می‌دانند. گروه سوم هیچکدام از کتاب و مؤلف آن را معتبر نمی‌دانند.

## گفتار دوم - تحصیل براءت<sup>۱</sup>

### الف - مباحث حقوقی

\* مادهی ۴۹۵ ق.م.ا. ۹۲ مقرر نموده است که پزشک در صورت اخذ براءت از بیمار ضامن نخواهد بود. البته همانگونه که در مادهی ۴۹۵ و تبصره ی ۱ آن مقرر شده، براءت در صورتی موثر است که پزشک در جریان درمان مرتکب تقصیر نشود. «براءت ناظر به ضررهای ناخواسته ناشی از معالجه یا اشتباهاتی است که هر پزشک متعارف و با احتیاطی ممکن است در تشخیص بیماری و درمان مرتکب شود. همین راه حل در دادگاهها نیز پذیرفته شده است و قضات تحصیل براءت را توجیه کننده عدم دقت در معالجه نمی دانند» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰، ش ۹۸).

بعد از بیان مطلب فوق و با دقت در تبصره ی ۱ م ۴۹۵، ممکن است این مساله در ذهن پدید آید که از سویی تبصره فوق پزشک را در صورت عدم تقصیر ضامن نمی داند حتی اگر اخذ براءت نکرده باشد، و از دیگر سو گفتیم که براءت صرفا ناظر به خسارات ناخواسته است و خسارات ناشی از تقصیر را نمی توان با اخذ براءت، جبران نشده گذارد. بنابراین اساسا اخذ براءت چه فایده ای دارد؟ زیرا پزشک در صورت تقصیر، خواه با اخذ براءت یا بدون آن، ضامن است و در صورت عدم تقصیر نیز خواه اخذ براءت نموده یا ننموده باشد ضامن نیست. در پاسخ به این اشکال باید گفت که اخذ براءت بخصوص در مورد درمان های جدید موثر خواهد بود؛ یعنی اگر پزشک بخواهد روش درمانی جدیدی را برای اولین بار بکار گیرد، می تواند با اخذ براءت، ضمان را دفع نماید ولی بدون اخذ براءت یا رضایت، در صورت وقوع خسارت ضامن خواهد بود. بعلاوه همانگونه که برخی حقوق دانان اشاره کرده اند، فایده دیگر اخذ براءت، جابجایی بار دلیل است؛ بدین معنا که «در صورت عدم تحصیل براءت پزشک می تواند با اثبات عدم تقصیر، از خود رفع مسئولیت کند؛ لیکن در صورت اخذ براءت از ضمان، بار دلیل بر عهده بیمار است که می تواند با اثبات تقصیر پزشک، او را مسئول و ضامن خسارات وارده بشناسد» (صفایی، ص ۱۵۲).

۱. در خصوص اینکه مسئولیت پزشک مبتنی بر یک قرارداد (قرارداد درمانی) است و مسئولیت ناشی از آن، قراردادی است و یا تابع قواعد مسئولیت مدنی می باشد، اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند به لحاظ اینکه موضوع درمان، انسان می باشد، نمی تواند موضوع قرارداد قرار گیرد و لذا تابع مقررات ضمان قهری است (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۲۷). صرف نظر از این اختلاف، به نظر می رسد در فرضی که پزشک از بیمار اخذ براءت می نماید و یا بیمار به پزشک اذن معالجه می دهد، با یک توافق مواجهیم که مسئولیت ناشی از خسارات وارده به بیمار نیز باید در قالب همین توافق و بعنوان مسئولیت قراردادی مورد بررسی قرار گیرد.

\* در خصوص نحوه اخذ برائت از بیمار اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها دایره‌ی شیوه اخذ برائت را گسترده دیده و معتقدند اخذ برائت می‌تواند بطور خصوصی و ضمن یک قرارداد باشد و یا بطور عمومی و از طریق رسانه‌های عمومی و نصب تابلو در بیمارستان به نحوی که بیمار یا ولی وی از مفاد آن مطلع شود (مکارم، ۱۴۲۹، ص ۱۶۹).<sup>۱</sup> در مقابل، برخی حقوق‌دانان این دایره را محدودتر دیده و معتقدند «در بعضی از موارد، همزمان با انتقال بیمار به اتاق جراحی، چند برگ برای اخذ برائت پزشک به او تقدیم می‌کنند و به امضاء و ضرب انگشت بیمار می‌رسانند. این برگ‌ها معمولاً چاپی است. اینگونه اقدامات در بسیاری از موارد، برائت محسوب نمی‌شود چون قصد انشاء چنین مطلبی از مریض مضطر با آگاهی لازم و اختیار نبوده و احتمال تدلیس و تقلب و سوء استفاده از اضطرار بیمار فراوان است» (داراب‌پور، ۱۳۹۰، ص ۱۹۵). به نظر می‌رسد که گسترده دیدن شیوه‌ی اخذ برائت به حقوق بیماران لطمه می‌زند و ضروری است بصورت جداگانه از هر بیمار اخذ برائت یا رضایت شود.

\* با توجه به اینکه گاه موارد ضروری (اورژانسی) پدید می‌آید که فرصت اخذ برائت از بیمار و ولی عام و خاص (تبصره ۲م ۴۹۵ ق.م.ا. ۹۲) وجود ندارد، ماده ۴۹۷ ق.م.ا. ۹۲ مقرر نموده است که در این حالات، پزشک در صورت رعایت مقررات، ضامن نیست.

\* مواد ۶۰ و ۳۲۲ ق.م.ا. ۷۰ به موضوع اخذ برائت طبیب اختصاص داشت و تقریباً مشابه مواد قانون جدید بودند با این تفاوت که در قانون جدید تصریح شده است که اخذ برائت در صورت تقصیر پزشک نافذ نیست ولی در قانون سابق چنین تصریحی وجود نداشت هرچند حقوق‌دانان با رجوع به سوابق فقهی و تحلیل موضوع به همین نتیجه می‌رسیدند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰، ش ۹۸).

## ب- ادله‌ی فقهی

\* در ابتدای نوشتار اشاره نمودیم که مشهور فقها ضمان طبیب در صورت وقوع خسارت را اصل دانسته‌اند منتها در برخی موارد بر این اصل استثنائاتی وارد نموده‌اند که از جمله‌ی این

۱. نظر ایشان بدین شرح است: «بهترین راه برای حل مشکل پزشکان از نظر ضمان شرعی این است از طریق رسانه‌های گروهی و طرق دیگر اعلان همگانی، اعلام شود که پزشکان نهایت سعی و کوشش و دقت خود را برای درمان بیماران به کار می‌گیرند، ولی با توجه به جهات مختلف، اعم از کمبودهای علم پزشکی و وسایل شناخت بیماریها، و اختلاف وضع جسمی و روحی بیماران، و خطاهای احتمالی که در طبیعت هر انسانی نهفته است، ممکن است عوارضی پیش آید، پزشکان در برابر آن مسئول نیستند؛ و مراجعه به پزشک به معنای قبول این رفع مسئولیت است. البته در برابر عوارضی که بر اثر سهل‌انگاری و تقصیر حاصل شود، مسئولیت آنها به قوت خود باقی است. این اعلان ممکن است به صورت تابلویی در تمام مطب‌ها و بیمارستانها نیز نصب شود، به طوری که به همه مراجعین تفهیم گردد، و در مورد جراحیهای مهم برائت خصوصی نیز گرفته شود.»

استثنائات، اخذ برائت است. مشهور فقهای امامیه<sup>۱</sup> معتقدند که اثر اخذ برائت از بیمار، عدم ضمان پزشک است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵ ص ۳۲۸). ادله و استدلال‌های این دیدگاه بدین شرح است:

۱- دلیل اول این دیدگاه را باید رویکرد عملگرایانه‌ی مبتنی بر نیاز جامعه دانست که این استدلال در اکثر کتب فقهی دیده می‌شود. اگر پزشک بداند که مسئول خسارات ناشی از معالجه خواهد بود، درمان نخواهد کرد (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۱۰ ص ۱۰۹ / عاملی ج ۱۹ ص ۴۴۹) و اساساً کسی حاضر به تصدی شغل پزشکی نخواهد شد و نظام اجتماع دچار اختلال می‌گردد. برخی فقها سقوط ضمان در صورت اخذ برائت را خلاف اصل ضمان دانسته و آن را از اقسام احکام ثانوی و نظیر اکل میته و نجات غریق با مال غیر معرفی کرده (عاملی ج ۱۹ ص ۴۵۰) و معتقدند اگر اخذ برائت سبب سقوط ضمان نشود، باعث اختلال در زندگی مردم خواهد شد.<sup>۲</sup>

۲- روایتی از امیرالمومنین (ع) منقول است که می‌فرماید: «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّرَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (حر عاملی ج ۲۹ ص ۲۶۰ ح ۳۵۵۸۲)<sup>۴</sup> یعنی کسی که طبابت یا

۱. از این زهره در این خصوص ادعای اجماع نقل شده است. (نجفی، ج ۴۳ ص ۴۷)

۲. به نظر می‌رسد منشاء این دیدگاه مرحوم عاملی را می‌توان در کلام برخی فقهای پیشین دید. مثلاً محقق حلی در کتاب نکت النهایه می‌گوید: «شُرْعُ الْإِبْرَاءِ قَبْلَ الْإِسْتِقْرَارِ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ» (محقق حلی ۱۴۱۲ ج ۳ ص ۴۲۱ و برای ملاحظه دیدگاه مشابه رجوع شود به شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵ ص ۳۲۹) اما تفاوت مهم این دو دیدگاه در آن است که محقق و شهید طاب ثراهما از فلسفه‌ی تشریح جواز اخذ برائت سخن گفته‌اند بدین معنا که ایشان جواز اخذ برائت را ناشی از ضرورت‌های اجتماعی دانسته‌اند و این حکم (سقوط ضمان در صورت اخذ برائت) را حکم اولی می‌دانند، اما صاحب مفتاح الکرامه این حکم را حکم ثانوی تلقی کرده‌اند.

۳. حکم ثانوی دانستن عدم ضمان پزشک در صورت اخذ برائت، قابل نقد است. این سخن بدان معنا خواهد بود که هر حکم خلاف اصل را حکم ثانوی بدانیم. مثلاً، اصل بر برائت است، آیا اگر کسی اثبات نماید که از دیگری بستانکار است، حکم ثانوی است؟ و یا در مانحن فیه اگر فرض کنیم که حکم اولی، ضمان است، آیا توافق بر برائت به معنای ثانوی بودن حکم عدم ضمان است؟ اگر اینگونه باشد باید بگوییم تمامی عقود تعهدآور حکم ثانوی ایجاد می‌کنند زیرا اصل بر برائت ذمه است و ایجاد تعهد قراردادی بر ذمه‌ی طرفین قرارداد، بر خلاف این حکم اولی است. یقیناً هیچ کس قابل به چنین دیدگاهی نیست. بعلاوه حکم ثانوی تعریف خاص خود را دارد که فقها متذکر آن شده‌اند «هو الحكم المرتب علی الموضوع المنصف بوصف الاضطراب و الإكراه و نحوهما من العناوین الثانویة» مشکینی، ص ۱۲۴ / «احکام واقعی اولیه احکامی است که بدون توجه به حالات غارض بر مکلف، وضع شده باشد؛ مثل وجوب روزه و حرمت اکل میته. احکام واقعی ثانویه احکامی است که به علت عروض حالاتی نظیر اضطراب، برای مکلف معین می‌شود؛ مثل جواز افطار روزه برای مریض یا جواز اکل میته برای مضطر» محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۲۰ و این مورد با تعریف و مفهوم حکم ثانوی انطباق ندارد. به نظر می‌رسد حکم ضمان پزشک در صورت اخذ برائت از احکام اولی است؛ نظیر هر شخص دیگری که تعهد به انجام کاری می‌کند و ضمن قرارداد نسبت به خسارات احتمالی، برائت اخذ می‌نماید و البته همانگونه که در پاورقی پیشین گفتیم، فلسفه و مبنای تشریح این حکم اولی می‌تواند ضرورت‌های اجتماعی باشد.

۴. علت ذکر ولی در روایت این است که در صورت فوت بیمار، ولی دیه را مطالبه خواهد نمود و بدلیل وحدت ملاک، اگر خود بیمار نیز پزشک را ابراء کند، ضامن نخواهد بود (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۱۰ صص ۱۱۰ و ۱۱۱). از برخی فقها که شرط برائت

بیطاری می کند باید از ولی بیمار اخذ براءت نماید و الا ضامن است.

۳- ابراء پزشک، منع نشده است (محقق حلی ۱۴۱۲ ج ۳ ص ۴۲۱) و اصل بر اباحه است مگر دلیلی بر منع یافت شود.

۴- بنای عقلا بر پذیرش چنین شرطی است (نجفی، ج ۴ ص ۴۸). در واقع این اخذ براءت، توافقی لازم الاجرا بین طرفین است که بر مبنای عموماتی نظیر اوفوا بالعقود و المومنون عند شروطهم صحیح بوده و یا به اصطلاح فقها و حقوقدانان یک توافق مستقل و لازم الوفا می باشد. در مقابل، برخی فقها نظیر ابن ادریس (حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۷۳) و شهید ثانی (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۱ ص ۱۱۲)، اخذ براءت پزشک از بیمار پیش از ورود زیان را صحیح نمی دانند زیرا:

۱- ضرورت، سبب شرعی شدن یک حکم نمی شود. به نظر می رسد این سخن محل ایراد است زیرا احکام، دایر مدار مصالح و مفاسد هستند و اینکه کسی حاضر به طبابت در جامعه نباشد قطعاً مفسده است و جلوگیری از این مفسده مستلزم پیش بینی راه حلی از سوی شارع است و شارع راه حل را در قالب کلی اخذ براءت پیش بینی نموده و روایت سکونی نیز موید همین شناسایی است. بنابراین حتی بدون وجود روایت سکونی نیز می توانستیم بر مبنای قواعد عام نظیر لاضرر و نیز مبانی وضع احکام مبتنی بر نیاز جامعه، قایل به صحت اخذ براءت شویم. منظور از مبانی وضع قواعد مبتنی بر نیاز جامعه آن است که شارع در موارد عدیده قواعدی را صرفاً بر اساس مصالح و نیازهای جامعه و برای جلوگیری از اختلال در زندگی مردم وضع نموده است. مثلاً در مواردی نظیر اماره ی تصرف ملاحظه می شود که معصوم (ع) وجود ضرورت را مبنای تشریح قرار داده و می فرماید که اگر متصرف را مالک فرض نکنیم، بازار شکل نمی گیرد (لولا الید لما قام للمسلمین سوق). در مانحن فیه نیز اگر اخذ براءت را مسقط ضمان ندانیم، روند درمان در جامعه با مشکل مواجه می شود و قطعاً شارع که با اختلال در بازار مخالف است، به طریق اولی با اختلال در امر سلامت جامعه مخالفت خواهد کرد.

۲- سکونی که در سند روایت است (من تَطَبَّبَ او تَبَيَّرَ ...) را برخی فقها تضعیف کرده اند. این سخن نیز محل تامل است زیرا هر چند سکونی مورد تضعیف است اما ضعف سند این

طیب را رد کرده و آن را ابراء ما لم یجب دانسته اند، نقل شده است که در تفسیر این روایت گفته اند از آنجا که ولی (وارث) پس از تحقق فوت مستحق دیه می شود، نشان می دهد که منظور معصوم، اخذ براءت پس از وقوع زیان است و نه پیش از آن (اردبیلی، ج ۱۴ ص ۲۳۱)؛ اما ایراد آشکار این تفسیر آن است که ممکن است عمل طیب به مرگ منجر نشود و صرفاً سبب نقص شود و در این حال تفسیر فوق ناصحیح می نماید زیرا در صورت وقوع نقص، زیان دیده شخصاً مستحق دریافت خسارت است و اگر صغیر باشد ولی از جانب او اخذ می کند.

روایت منجر به عمل اصحاب است.

۳- مفاد روایت نیز دارای ایراد است زیرا در جنایات کمتر از قتل، ولی حق اذن دادن را ندارد. ظاهر کلام ابن ادریس نشان می‌دهد که وی این روایت را ناظر بر فرضی می‌داند که بیمار مجنون یا صغیر باشد. در پاسخ به این ایراد علاوه بر آنچه در پاورقی شماره ۱۳ گفته شد، می‌توان به این نکته اشاره کرد که غالباً اخذ برائت ناظر به بیماری‌های سخت است فلذا روایت نیز ناظر به فرضی است که شخصی را با بیماری سخت نزد پزشک می‌برند و در اکثر این موارد، بیمار قادر به درک مسایل نیست فلذا اطرافیان بیمار هستند که رضایت می‌دهند یا از ایشان اخذ برائت می‌شود. بنابراین شاید بتوان گفت ولی در این روایت، صرفاً ولی قهری نیست بلکه اگر فرزندان شخصی وی برای درمان نزد پزشک ببرند، از ایشان اخذ برائت می‌شود. این تفسیر از روایت با واقعات زندگی و امر متداول در جامعه که از دیرباز وجود داشته، منطبق است.

۴- ایراد ابراء مالم يجب مهمترین دلیل این گروه است.<sup>۱</sup> شهید ثانی نیز پس از بیان اقوال، دیدگاه ابن ادریس را اقوی می‌داند (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۱۰ ص ۱۱۲). البته ایراد ابراء مالم يجب بی‌پاسخ نمانده و قایلین به نفوذ اخذ برائت گفته‌اند که، مفهوم اخذ برائت طیب این است که اگر سبب ضمان فراهم شد، ضمان بر ذمه طیب مستقر نشود و این شرط از اقسام شروط لازم الوفا است (عاملی، ج ۱۹ ص ۸۰۳) بعبارت دیگر معنی این شرط، ثبوت ضمان و سپس سقوط آن است و نه سقوط امری که محقق نشده (اردبیلی ج ۱۴ ص ۲۳۰)، نظیر اشتراط سقوط خیار حیوان یا مجلس در عقود. گروه دیگر از قایلین به صحت اخذ برائت پاسخی دقیقاً خلاف پاسخ فوق داده و این مورد را به اذن در اکل مال تشبیه کرده و اعتقاد دارند همانگونه که با اذن در اکل، ضمان برای آکل محقق نمی‌شود، در مانحن فیه نیز با اذن در طبابت، ضمان برای طیب محقق نخواهد شد (نجفی، ج ۴۳ ص ۴۸) و پس از برائت مانند آن است که پزشک در امور خود تصرف می‌کند و ضامن نیست، نه اینکه ضامن شود و بعد به سبب برائت، ضمان سقوط کند (مراغی، ج ۲ ص ۵۱۴).

## گفتار سوم- رضایت بیمار

### الف- مباحث حقوقی

\* منظور از رضایت بیمار، اذن قبل از شروع عملیات درمانی است اما در خصوص رضایت

۱. برخی فقها هرچند در این فرض ظاهراً ایراد ابراء مالم يجب را وارد دانسته‌اند اما با استناد به روایت «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَرَ...» معتقدند که دلیل تشریح ابراء قبل از استقرار دین، وجود ضرورت اجتماعی برای مداوای بیماران است (محقق حلی ۱۴۱۲ ج ۳ ص ۴۲۱ / نجفی، ج ۴۳ ص ۴۷).

پس از وقوع خسارت تردیدی نیست که رافع ضمان و در برخی حالات، ابراء پزشک محسوب می‌شود.

\* بند «ج» ماده ۱۵۸ ق.م.ا. ۹۲ هر چند رضایت بیمار را از عوامل زدودن عنوان مجرمانه اقدامات پزشک می‌داند ولی در خصوص تأثیر اذن بر ضمان وضعی ساکت است. اما مواد ۵۷۹ و ۵۸۱ همین قانون، ورود صدمه به شخص با رضایت وی را از عوامل رافع ارش و دیه که به تصریح ماده ۴۵۲ دارای آثار ضمان مدنی است، دانسته‌اند. این یکی از تحولات قانون جدید است زیرا بموجب ق.م.ا. ۷۰، اخذ اذن از بیمار یا ولی وی سبب رفع ضمان نمی‌شد (مواد ۳۱۹ و ۳۲۱) بلکه تحصیل براءت لازم بود (م ۳۲۲).

البته ممکن است گفته شود مواد ۵۷۹ و ۵۸۱ در خصوص تاثیر اذن بر سقوط ضمان صراحت کافی نداشته و مربوط به موارد مصرح در این مواد است و قانون جدید در این باره ساکت است. به فرض پذیرش این نظر می‌توان در چهارچوب اصل ۱۶۷ ق.ا. با استناد به منابع معتبر اسلامی یا نظرات فقهی معتبر نیز همین حکم (سقوط ضمان) را استنباط نمود.

#### ب- ادله‌ی فقهی

\* ابتدا باید به این نکته اشاره شود که برخی آثار فقهی ظاهراً بین کسب اذن و اخذ براءت تفکیکی قایل نشده‌اند و لذا موضوع اذن را نیز ذیل بحث اخذ براءت مطرح کرده و هر دو را از اسباب عدم ضمان پزشک شمرده‌اند (محقق حلی ۱۴۱۲ ج ۳ ص ۴۲۱). اما غالب فقها بین این دو عنوان قایل به تفکیک شده‌اند که ذیلاً دیدگاه ایشان مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

\* برخی فقها اعتقاد دارند صرف اذن بیمار سبب سقوط ضمان نمی‌شود زیرا:

۱- بیمار اذن به درمان داده است و نه اتلاف (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰ ص ۱۰۹). به اعتقاد ایشان، صرف اذن سبب سقوط ضمان نمی‌شود بلکه در بسیاری از موارد شارع اذن به امری داده و با این وجود، ضمان مأذون نیز مُسَلَّم است نظیر کسی که در اثر گرسنگی در وضعیت اضطراری قرار گرفته و مأذون در تصرف مال دیگری برای برطرف کردن نیازش است اما ضامن نیز می‌باشد (مال مأکول در مخمسه)، و یا مقبوض به عقد فاسد و یا مقبوض بالسُّوم.

۲- برخی گفته‌اند اذن بیمار به پزشک بر خلاف قاعده‌ی اتلاف و نیز روایت «لا یبطل دَم امرء مُسَلِّم» بوده و لذا خلاف شرع است (نجفی، ج ۴۳ ص ۴۵).

۳- ادله‌ی ضمان عمومیت دارند و در صورت شک در ضمان یا عدم ضمان، اصل بر ضمان است (مراغی، ج ۲ ص ۵۱۵).



\* اما تقریباً به همه استدلال‌های فوق پاسخ حلی و نقضی داده شده و گروه مقابل ادله‌ی فراوانی بر اثبات مدعای خویش ارایه داده‌اند. فقهای که اذن بیمار به طیب را رافع ضمان وی دانسته‌اند، اطلاق اجماع امامیه در خصوص ضمان طیب را حمل بر فرضی می‌کنند که اذن داده نشده است و معتقدند بسیاری از فقها در فرض اخذ اذن، سکوت کرده و لذا اجماع مورد استناد منصرف از فرض اخذ اذن است (اردبیلی ج ۱۴ ص ۲۲۹).<sup>۱</sup>

استدلال‌های موافقان سقوط ضمان طیب به سبب رضایت، از این قرار است:

۱- طیب قصد اتلاف نداشته و مرتکب تقصیر نیز نشده بلکه به مقتضای علمش عمل کرده است.<sup>۲</sup>

۲- انجام طبابت بر طیب واجب کفایی و بلکه با حصول شرایطی، واجب عینی است.

۳- شرعاً دلیلی نداریم که هر اتلافی موجب ضمان باشد و روایت ضمان ختان - که قبلاً ذکر شد- نیز حمل بر تقصیر می‌شود و نه اینکه صرف اتلاف، سبب ضمان طیب باشد (اردبیلی ج ۱۴ ص ۲۲۹).

۴- برخی فقها بر مبنای قاعده اقدام، در مانحن فیه گفته‌اند که «حکم ضمان برای احترام مال و عمل مسلمان وضع شده است، و وقتی مالک اذن می‌دهد، خودش احترام مالش را ساقط نموده و دلیلی بر ضمان وجود نخواهد داشت» (مراغی ج ۲ ص ۵۱۴).

۵- برخی فقها برای اثبات عدم ضمان پزشک به قیاس اولویت استناد کرده‌اند؛ بدین بیان که وقتی مجنی علیه می‌تواند اذن در جنایت دهد و ضمان جانی ساقط می‌شود پس به طریق اولی می‌تواند در امر مباح درمان، به طیب اذن دهد و ضمان ساقط است (محقق حلی ۱۴۱۲ ج ۳ ص ۴۲۱).<sup>۳</sup>

۶- در پاسخ به استدلال بر عمومیت ادله‌ی ضمان باید گفت که هر چند اصل بر لزوم جبران خسارات وارده به غیر است، اما مجرای این اصل آنجاست که ادله‌ی دیگری ناظر بر برائت

۱. لازم به ذکر است که محقق اردبیلی این نظر که پزشک خواه مقصر باشد یا نباشد ضامن است اما اگر اذن گرفته باشد، ضامن نخواهد بود را مورد اتفاق فقهای امامیه می‌داند (اردبیلی، ج ۱۴، صص ۲۲۷ و ۲۲۹).

۲. البته این استدلال محل ایراد است زیرا در تحقق ضمان اتلاف، تقصیر شرط نیست.

۳. البته امروزه با توجه به اینکه حکومت‌ها برای جرایم جنبه عمومی قابل هستند، این دیدگاه که برای جرم صرفاً جنبه شخصی قابل شده و رضایت مجنی علیه را سبب سقوط ضمان مدنی و کیفری دانسته، مورد پذیرش قانونگذار نیست. بخصوص در باب رضایت بر ورود زیان (قراردادهای عدم مسئولیت یا محدود کننده مسئولیت) گفته می‌شود که نمی‌توان توافقی کرد که مستلزم ورود خسارت بدنی و یا مجاز ساختن تقصیر سنگین شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰، ش ۹۸). بخصوص که این قبیل توافقات را می‌توان در چهارچوب ماده ۹۷۵ ق.م.ب.دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، غیر معتبر تلقی نمود.

نباشند و با وجود ادله‌ی مطروحه، حداقل شک در تحقق ضمان پدید می‌آید و اصل برائت حاکم می‌شود (ابن ادریس، ج ۳ ص ۳۷۳).

۷- با استناد به قاعده ملازمه (اذن در شیء، اذن در لوازم آن است) نیز می‌توان نظر قایلین به ضمان را ابطال کرد زیرا نتیجه‌ی مداوا، محتمل‌الامرین است که یا درمان می‌باشد و یا ورود خسارت، و بیمار با اذن خویش، لوازم آن را نیز می‌پذیرد. اذن در درمان، پذیرش لوازم آن می‌باشد که از جمله‌ی آن لوازم، ورود احتمالی خسارت است.<sup>۱</sup> بر مبنای همین قاعده است که برخی فقها گفته‌اند که اگر ورود خسارت از لوازم فعل مورد اذن (مأذون فیه) باشد، پزشک ضامن نیست هر چند طرفین نسبت به ملازمه جاهل باشند. اما اگر تلف، اتفاقاً واقع شود و از لوازم فعل مورد اذن نباشد، ضمان پزشک اقوی است زیرا در این حالت وی مأذون تلقی نمی‌شود، نه مأذون بالاصاله و نه بالتبعیه (حکیم، ج ۱۲، ص ۷۹).

۸- در نهایت باید گفت که شاید بتوان اعطای چنین اذنی را بعنوان یک قرارداد درمانی تلقی کرد که بموجب آن پزشک تعهد می‌کند نهایت تلاش خویش را برای درمان بکار گیرد و در مقابل بیمار اجرت عملش را بپردازد و این همان معنای اذن بیمار به پزشک برای درمان خواهد بود.<sup>۲</sup>

### گفتار چهارم- اطلاع پرستار یا بیمار از اشتباه بودن دستور درمانی الف- مباحث حقوقی

\* ماده‌ی ۴۹۶ ق.م.ا. ۹۲ پزشک را در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر مینماید، در صورت تلف یا صدمه بدنی ضامن دانسته مگر اینکه قصور و تقصیر علمی و عملی نداشته باشد. تبصره ۱ این ماده در تکمیل بحث مقرر داشته است: «هرگاه مریض

۱. این دیدگاه که قایل به تفکیک است را می‌توان نظر سوم دانست که در مقابل نظرات فوق که مطلقاً قایل به ضمان و عدم ضمان پزشک بودند قرار دارد.

۲. برخی اساتید در خصوص تأثیر اذن بر سقوط ضمان، ضمن تقسیم اذن به معوض و غیر معوض، از کلام فقها چنین برداشته کرده‌اند که اگر اذن غیر معوض باشد، به اتفاق فقها پزشک در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن نیست ولی در اذن معوض مسئولیت مأذون به حال خود باقی است (محقق داماد، ۱۳۸۹، صص ۱۵۴ و ۱۵۵). البته هر چند کلام بسیاری از فقها در خصوص ضمان یا عدم ضمان طبیب در صورت اخذ اذن، مطلق است و چنین تفکیکی ملاحظه نمی‌شود اما می‌توان این تفکیک را بر مبنای قاعده احسان پذیرفت زیرا غالباً پزشکی که بدون اخذ عوض و با اذن بیمار به درمان وی مبادرت می‌کند، محسین محسوب می‌شود و ضامن نیست.

برخی فقها تفکیک دیگری از اذن ارایه داده و اذن مقید به عدم ضمان را اجماعاً مسقط ضمان دانسته‌اند و اذن مقید به ضمان را مسلماً غیر رافع ضمان و اذن مطلق را فی نفسه مسقط ضمان نمی‌دانند (مراغی، ج ۲ ص ۵۱۳). روشن است که اذن مقید به عدم ضمان در واقع، تحصیل برائت است.

یا پرستار بداند که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف میشود و با وجود این به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست بلکه صدمه و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است.» آنچه در این ماده مهم است، علم پرستار یا بیمار به اشتباه بودن دستور و یا تجویز پزشک است که باعث می شود عرفاً ضرر به پزشک مستند و منتسب نباشد. این ماده در راستای ماده ۵۲۶ قانون جدید است که با کنار گذاشتن قاعده تقدم مباشر بر سبب و نیز ضمان سبب مقدم (ماده ۳۶۴ ق.م.ا. ۷۰)، مقرر داشته است: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است.» بنابر این در وقوع خسارات، آنچه مهم است، استناد خسارت به فاعل است، خواه فاعل مباشر باشد یا سبب. یکی دیگر از مبانی وضع حکم این تبصره، قاعده‌ی اقدام است. مسلماً پرستار یا بیماری که می داند دستور پزشک اشتباه است، نباید بدان عمل کند و اگر عمل کند، مأخوذ به اقدام خویش است.

از مسایل مشابه راهنمایی به استفاده از دارو، آنجا است که پزشک دستور یا راهنمایی درمان اشتباه یا غیر ضروری بدهد. مثلاً بیمار را ترغیب به زایمان غیر طبیعی کند در حالی که قادر به زایمان طبیعی است و از این رهگذر متحمل پرداخت هزینه گردد و یا بدون ضرورت، بیمار را به انجام جراحی زیبایی ترغیب کند و یا علی‌رغم یکسان بودن آثار و کیفیت دو داروی مختلف، بیمار را به استفاده از داروی گرانقیمت ترغیب نماید؛ که در همه این موارد ضامن است. (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۲۵)

\* در ق.م.ا. ۷۰ به موضوع صدور دستور درمان اشتباه اشاره‌ای نشده بود. صرفاً در ماده‌ی ۳۱۹ مقرر نموده بود که پزشک ضامن خسارات حاصل از دستورات درمانی خویش است، اما بهیچ وجه به موضوع اشتباه بودن دستور یا علم پرستار و بیمار به اشتباه بودن دستور نکرده بود. هرچند ماده‌ی ۳۱۹ به نحو مطلق، پزشک را ضامن خسارات حاصل از دستور خویش دانسته بود، اما به نظر می‌رسد که بر اساس قاعده‌ی اقدام، می‌توانستیم حکم به عدم ضمان پزشک در صورت علم پرستار و بیمار به اشتباه بودن دستور درمانی بدهیم.

۱. در مقررات مربوط به امور پزشکی نیز می‌توان مواردی از این قبیل را ملاحظه کرد نظیر ماده‌ی ۷ آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته مصوب ۱۳۷۸ که مقرر داشته است: «تحمل مخارج غیر ضروری به بیماران ممنوع است.» و تخلف از این ماده ممکن است منجر به محرومیت از اشتغال به حرفه پزشکی تا یکسال گردد. همچنین ماده‌ی ۲۰ همین آیین نامه مقرر می‌دارد: «تجویز داروهای مازاد بر نیاز بیمار ... ممنوع است.» در همه این موارد در صورت ورود خسارت به بیمار، پزشک بر طبق قواعد عام ضامن خواهد بود.

## ب- ادله‌ی فقهی

\* ماده‌ی ۴۹۶ و تبصره آن ریشه فقهی دارند. در اکثر آثار فقهی آمده است که اگر پزشک بیمار را به مصرف دارویی راهنمایی کند و بیمار در اثر استفاده از آن صدمه ببیند، پزشک از باب تسبیب ضامن است زیرا عرفاً گفته می‌شود که در اثر داروی او صدمه دیده است و سبب اقوی از مباشر محسوب می‌شود. (نجفی، ج ۲۷ ص ۳۲۴) برخی نیز معتقدند این مورد می‌تواند از مصادیق قاعده غرور تلقی شود. (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲) البته اگر در تأثیر راهنمایی پزشک تردید شود، اصل بر عدم ضمان است. (سبزواری، ج ۱ ص ۶۶۲) لذا اگر پزشک به بیمار بگوید فلان دارو برای فلان بیماری مفید است، ضامن نخواهد بود. (اردبیلی ج ۱۰ ص ۷۲ / محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۴۱) در برخی آثار گفته شده است: «اگر پزشک بگوید که گمان می‌کنم این دارو برای این بیماری مفید است و یا بگوید اگر من بجای شما بودم چنان می‌کردم، و نظیر این سخنان که مباشرت در درمان محسوب نمی‌شود، اگر بیمار عاقل مختار یا ولی او به اعتماد سخن پزشک آن دارو را بخورد- یا آن درمان را انجام دهد- درست این است که بگوییم پزشک ضامن نیست.» (نجفی، ج ۴۳ ص ۴۹) این نظر را مستفاد از روایاتی دانسته‌اند که صاحب جواهر به چهار روایت در این خصوص استناد می‌کند. (نجفی، ج ۴۳ صص ۴۹ و ۵۰) از کلام فقها استنباط می‌شود که ملاک ضمان در این موارد، همان صدق عرفی استناد تلف به پزشک است.

## گفتار پنجم- احسان در موارد ضروری

## الف- مباحث حقوقی

\* ماده‌ی ۴۷۹ ق.م.ا. ۹۲ مقرر نموده است: «در موارد ضروری که تحصیل برائت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.» ظاهر ماده از ضرورت و اضطرار سخن می‌گوید. اضطرار حالتی است که فرد بدون رضایت قلبی ولی بدلیل فشار ناشی از وضعیت شخصی خویش- و نه فشار شخص

۱. «هرچند قاعده غرور شباهت‌های فراوانی با قاعده تسبیب دارد؛ اما از جهاتی نیز با یکدیگر تفاوت دارند. قاعده تسبیب در جایی جاری است که بین سبب و مباشر، اراده و اختیار واسطه نباشد؛ اما مورد قاعده غرور جایی است که بین مسبب و عمل، یک اراده فعال دخالت دارد.» (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲) لازم به ذکر است که به اعتقاد برخی فقها غرور از عناوین قصديه نیست؛ بدین معنا که در تحقق قاعده غرور، فریب خوردن شرط است و لازم نیست که غار، قصد فریب دادن داشته باشد. حتی برخی فقها که علم غار را در جریان احکام قاعده غرور شرط می‌دانند، در خصوص ضمان طبیب در موضوع بحث ما (راهنمایی بیمار به استفاده از داروی خاص) معتقدند که بدلیل وجود روایات خاصه در این باب، حتی اگر طبیب از ضرر دارو آگاه نباشد، احکام غرور جاری است و طبیب ضامن محسوب می‌شود. (بجنوردی، ج ۱ صص ۲۷۸-۲۸۰)

خارجی - اما با اراده‌ی خود مجبور به انجام کاری می‌شود. در باب ضمانات قهری، اضطراب در چهار حالت قابل تصور است: اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود، اضرار به غیر برای دفع ضرر از ثالث، اضرار به غیر برای دفع ضرر از او، اضرار به خود برای دفع ضرر از دیگری (صفایی و رحیمی، ش ۱۰۸). حالات مختلف اضطراب احکام گوناگونی دارند اما حالتی که مرتبط با بحث ما می‌باشد، حالت سوم است یعنی خسارت پزشک به بیمار برای دفع ضرر از بیمار. به لحاظ حقوقی، اضطراب از عناوین معاف کننده مسئولیت مدنی به شمار نیامده است هر چند در امور کیفری از عناوین معاف کننده باشد (تبصره‌ی ماده‌ی ۵۵ ق.م.ا. ۷۰ بر این امر تصریح نموده بود). اما دقت در حالت سوم نشان می‌دهد که حکم این حالت تابع حکم اضطراب نیست بلکه تابع حکم قاعده احسان است (صفایی و رحیمی، ش ۱۰۸) لذا مضطر مذکور در ماده‌ی ۴۷۹ - و به عبارت دقیق‌تر محسن - بر طبق قاعده احسان، و نه اضطراب، از مسئولیت مدنی معاف است.

پزشک در درمان‌هایی که فوری و ضروری می‌باشد غالباً قصد احسان دارد. ماده‌ی ۴۷۹ ق.م.ا. جدید صراحتاً مقرر نموده است: «در موارد ضروری که تحصیل براءت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.» بعلاوه مواد ۵۷۹ و ۵۸۰ ق.م.ا. ۹۲ نیز بیان داشته‌اند که اگر ضرورت پزشکی ایجاب کند، ورود خسارت به بیمار غیر مضمونه است.

\* ذکر این نکته ضروری است که برای سقوط ضمان بر طبق ماده‌ی ۴۷۹، ضروری است که مشکل بیمار از «موارد ضروری باشد که تحصیل براءت ممکن نیست و الا پزشک به صرف داشتن قصد احسان بری الذمه نیست. در واقع این نقطه‌ی تفاوت ماده ۴۷۹ ق.م.ا. ۹۲ با ماده‌ی ۵۱۰ همین قانون است.<sup>۱</sup> ماده‌ی ۵۱۰ به بیان قاعده‌ی احسان می‌پردازد و هر چند ماده‌ی ۴۷۹ از مصادیق احسان است اما تفاوت مورد اشاره بین حکم کلی ماده‌ی ۵۱۰ با مصداق مذکور در ماده‌ی ۴۷۹ وجود دارد.

\* این پرسش باقی است که در موارد اضطرابی که پزشک برای نجات بیمار اقدامات درمانی انجام می‌دهد، اگر قصد احسان نداشته باشد آیا ضامن است؟ این پرسش آنجا اهمیت می‌یابد که برخی احسان را از عناوین قصدیه دانسته و معتقدند که گرفتن دستمزد، با قصد احسان منافات دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹) و اگر پزشک دستمزد بگیرد (که غالباً دریافت می‌کند)، محسن محسوب نمی‌شود. در صورتی که مبنای ماده ۴۷۹ را قاعده احسان

۱. ماده ۵۱۰ - هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست.

بدانیم و گرفتن دستمزد را با احسان قابل جمع ندانیم، باید بگوییم که اگر پزشک دستمزد بگیرد، در موارد اضطراری ضامن است زیرا با انتفای موضوع (احسان)، حکم (عدم ضمان) نیز منتفی می‌شود. اگر عبارت «برای نجات مریض» در ماده‌ی ۴۹ را به معنای قصد نجات مریض بدانیم، بدان معنا است که مقنن احسان را از عناوین قصديه دانسته است.

برای پاسخ به این نظر می‌توان از راه‌های گوناگون وارد شد. طریق اول اینکه اساساً احسان را از عناوین قصديه ندانیم (آنگونه که برخی فقها اعتقاد دارند و در بررسی ادله فقهی خواهد آمد). راه دوم اینکه بگوییم هر چند احسان از عناوین قصديه است اما قصد دریافت اجرت با قصد احسان منافاتی ندارد (تفصیل فقهی مطلب در بررسی ادله فقهی همین گفتار خواهد آمد). راه سوم این است که مبنای ماده‌ی ۴۷۹ را قاعده‌ی احسان ندانیم و بگوییم که عبارت «نجات مریض»، قید «قصد پزشک» نیست تا مُشَخَّصِ قصدِ پزشک باشد بلکه قید «اقدام به معالجه» است و منظور این است که اقدام پزشک در راستای نجات مریض باشد - خواه قصد احسان داشته و یا نداشته باشد. مؤید این نظر مواد ۵۷۹ و ۵۸۰ همین قانون هستند که هیچ قیدی ندارند بلکه صرف «ضرورت» داشتن انجام اقدامات پزشکی را برای سقوط ضمان کافی می‌دانند. به نظر ما راه حل سوم از اتقان بیشتری برخوردار است بخصوص که پذیرش محسن بودن شخص غیر قاصد یا اجرت گیرنده دشوار است و با ارتکازیات عرفی همخوانی ندارد.

#### ب- ادله‌ی فقهی

\* همانگونه که در بحث حقوقی بیان گردید، هر چند ظاهر ماده‌ی ۴۷۹ ق.م.ا. ۹۲ - که از «ضرورت» سخن می‌گوید - بحث اضطرار را به ذهن متبادر می‌نماید اما در واقع این ماده از مصادیق قاعده احسان است. لذا مباحث فقهی را به بررسی ابعاد قاعده‌ی احسان که مرتبط با موضوع ما هستند اختصاص می‌دهیم.

\* اولین بحث مرتبط این است که آیا احسان از عناوین قصديه است؟ عده‌ای معتقدند که احسان از عناوین قصديه بوده و بدون نیت محقق نمی‌شود (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ص ۱۲۳). به نظر ایشان برای شمول قاعده احسان بر یک عمل می‌بایست دو رکن فراهم باشد؛ حُسن قصدی (قصد احسان) و حُسن فعلی (خود عمل نیز احسانی باشد لذا اگر قصد احسان داشت ولی به ضرر منجر شد، مشمول قاعده احسان نمی‌شود).<sup>۱</sup> اما گروه دیگری از فقها معتقدند که احسان از

۱. البته اگر ضرر ناشی از تلف سماوی و یا فعل غیر باشد و از عمل محسن ناشی نشود، محسن ضامن نیست. (مراغی، ج ۲، ص ۴۷۸)  
بعلاوه به نظر برخی حقوقین اگر کسی قصد احسان داشته باشد و عمل وی بطور متعارف به ضرر منجر نشود، اما اتفاقاً

عناوین قصديه نيست زيرا مستفاد از آيه شريفه « ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ » (۹۱ سوره توبه) اين است كه احسان واقعي (حسن فعلي) مدار قاعده است اگرچه فاعل، قصد احسان نداشته باشد (بجنوردي، ج ۴ ص ۱۰). به نظر مي‌رسد كه احسان از عناوین قصديه است زيرا عرفاً محسن به كسي اطلاق مي‌شود كه با قصد و نيت اقدام به احسان نمايد. لذا بعنوان مثال هرگز به شخص حقيقي، محسن اطلاق نمي‌شود و عنوان «موسسه خيريه» نيز صرفاً ناظر بر هدف تشكيل اين موسسات است.

\* بحث ديگر، اين است كه داشتن قصد دريافت اجرت با احسان منافات ندارد (كاشف الغطاء، ۱۴۲۲، صص ۱۲۳ و ۱۲۵) هرچند برخي معتقدند اگر قصد دريافت اجرت داشته باشد، محسن نيست (كاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۱۲۵). ذكر اين نكته اهميت دارد كه قصد احسان با قصد تبرع تفاوت دارد. قصد احسان يعني اقدام نيكو كارانه در جهت مصالح ديگري و در اين راه ممكن است قصد تبرع نداشته باشد. از ديگر سو، قصد تبرع هرچند غالباً با احسان همراه است اما ممكن است شخصي كاري را انجام دهد كه از قبيل كار او به ديگري نيز نفعي برسد بدون اينكه اجرت بگيرد و بدون اينكه قصد احسان به غير داشته باشد.

### نتيجه گيري

در اين نوشتار طی پنج گفتار به بررسی فقهی و حقوقی سقوط ضمان پزشک در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پرداختيم. همانگونه كه ملاحظه شد برخي از اين عناوین نسبت به قانون سابق تحولاتی داشته‌اند. در مقابل، برخي مواد قانون سابق كه نيازى به ذكر آنها نبود در قانون جديد تکرار نشده‌اند نظير ماده ۳۲۰.

آنچه قابل توجه است، عنايت دقيق تر قانون جديد به نظرات فقهی است. در هيچيك از تحولات جديد از نظرات فقهی عدول نشده بلکه گاه از نظر مشهور پيروي شده (نظير اخذ برائت) و گاه از نظر غير مشهور (مانند سقوط ضمان در صورت عدم تقصير). به لحاظ نظری، اين يکي از نقاط قوت تقنين جديد است كه در سايه پيشينه و ميانى حقوق دينی-ملی، به وضع

---

ضرری بار آيد، ضامن نيست (محقق داماد، ۱۴۰۶.ق، ج ۲ ص ۳۰۵ و ۳۰۶). دیدگاه معظم له اين است كه حُسن فعلي، يک مفهوم نوعی است. به نظر مي‌رسد دیدگاه اخير قابل دفاع باشد زيرا اگر قابل باشيم كه علی‌رغم وجود قصد احسان، ورود ضرر منجر به ضمان محسن شود، اساساً قاعدهی احسان موضوعيت خویش را از دست مي‌دهد زيرا مجرای قاعدهی احسان آنجاست كه ضرری به بار آيد اما وارد کنندهی ضرر محسن باشد كه با جمع ساير شرايط ضامن نخواهد بود. لذا بايد قابل باشيم كه اگر فعل محسن نوعاً زيانبار نباشد، قصد احسان مي‌تواند رافع ضمان باشد.

احکامی با هدف رفع معضلات امروزیین جامعه پرداخته است.

همانگونه که اشاره شد، تغییرات در قانون جدید عمدتاً به نفع پزشکان است و با تغییر برخی مبانی، زمینه برای تحدید ضمان پزشکان فراهم شده است. اما آیا واقعا جامعه ما با مشکل گستردگی ضمان پزشکان و محکومیت ایشان و در نتیجه عدم تمایل به پزشکی و اعمال جراحی مواجه بوده؟ آیا با پزشکان فاقد تخصص علمی و عملی کافی، برخورد مناسب صورت گرفته است؟ هر چند به نظر ما اصلاح مقررات سابق و تغییر مبانی مسئولیت پزشک از خطر به فرض تقصیر، اقدامی مثبت و منطبق با مبانی حقوقی و واقعیات عملی تلقی می‌شود، اما در کنار این تحول مثبت باید شاهد احکامی در جهت تامین بیشتر حقوق بیماران در برابر پزشکان غیر مطلع می‌بودیم. البته در قانون جدید تا حدی به این موضوع توجه شده است و شاهد دقت مقنن به برخی ظرافت‌های فقهی هستیم نظیر توجه به اصطلاح «قصور» که در اکثر آثار فقهی به چشم می‌خورد اما مقنن در قانون سابق بدان توجهی ننموده بود. بکارگیری این اصطلاح که دارای بار معنایی خاص و دقیقی است و در این مقاله به آن اشاره شد، دارای تاثیرات فراوان در جهت تامین حقوق بیماران در مواجهه با پزشکان فاقد تخصص و توانایی علمی است. اما ضروری بود قانون جدید بصورت دقیق‌تر بدین موضوع می‌پرداخت و به بیش از ذکر یک کلمه اکتفا می‌کرد زیرا این احتمال وجود دارد که این مقرر در سایه وضعیت عملی موجود و پیشینه‌ی تقنینی، تفسیر شده و برخی گمان کنند که مقنن قصور را در معنایی همسان با تقصیر بکار برده است.

به نظر می‌رسد جامعه ما بیش از این مقررهای مختصر به حمایت از بیماران نیازمند است. مواردی از عمل‌های جراحی وجود دارد که پزشک با بی‌مبالاتی سبب صدمه به بیمار می‌شود. بعلاوه گاه پزشکان دارای شهرت، متعهد می‌شوند که بیمار را تحت عمل جراحی قرار دهند ولی یکی از دستیاران جراحی (دانشجویان مقطع تخصص جراحی) اقدام به عمل می‌نمایند و این بدان دلیل است که پزشک گاه این تصور را دارد که قانون بدرستی اعمال نخواهد شد و در صورت ورود خسارت به بیمار، ضمانی متوجه وی نیست و یا حتی در صورت ضمان، چندان قابل توجه نیست. مشکلات اخلاقی و علمی از این قبیل، در بخشی از جامعه پزشکی به چشم می‌خورد. همانگونه که اشاره شد در قانون سابق، مسئولیت پزشک - بر اساس ظاهر مواد قانونی - مبتنی بر نظریه‌ی خطر بود اما در عمل نظریه‌ی فرض تقصیر و یا حتی نظریه‌ی تقصیر اعمال می‌گردید. اما در قانون فعلی، ظاهر مواد قانونی مبتنی بر نظریه‌ی فرض تقصیر (یا آنگونه



که اشاره شد، «فرض قصور و تقصیر» است. پرسش این است که آیا مراجع قضایی این بار نیز یک پله پایین آمده و با پذیرش نظریه تقصیر، بار اثبات تقصیر را بر عهده بیمار متضرر بدون پشتوانه می‌گذارند و آیا کمیسیون‌های پزشکی قانونی تشخیص دهنده‌ی تقصیر، به گونه‌ای عمل خواهند کرد که حقوق بیماران تامین شود؟ اینها مسایلی است که بررسی آنها نیازمند گذر زمان است و هنوز موعد نقد وضعیت فرا نرسیده. اما آنچه کمبود آن احساس می‌شود، فقر نیاز سنجی دقیق جامعه قبل از تصویب قانون بوده. همانگونه که گفتیم، ما بیش از نیاز به تحدید ضمان پزشکان، محتاج به تقویت بنیادهای علمی و بخصوص اخلاق پزشکی در جامعه پزشکی هستیم که در قانون جدید مجازات اسلامی توجه جدی به این امر نشده است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

منابع عربی

- ابن براج طرابلسی. (۱۳۸۲ه.ق). *المهذب*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ ه.ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ ه.ق). *مکاسب*. کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ اول.
- بجنوردی، سید حسن موسوی. (۱۴۱۹ ه.ق). *القواعد الفقهیه*. نشر الهادی. چاپ اول.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ ه.ق). *وسائل الشیعه*. ۳۰ جلدی. مؤسسه آل البيت عليهم السلام. چاپ اول.
- خمینی، امام روح الله موسوی. (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*. مؤسسه مطبوعات دار العلم. چاپ اول.
- حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ ه.ق). *مستمسک العروة الوثقی*. مؤسسه دار التفسیر. چاپ اول.
- حلّی، ابن ادريس. (۱۴۱۰ ه.ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم.
- حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری. (۱۴۰۴ ه.ق). *التتبیح الرائع لمختصر الشرائع*. کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی. چاپ اول.
- حلّی، علامه (۱۴۲۰ ه.ق). *تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*. مؤسسه امام صادق علیه السلام. چاپ اول.
- حلّی، محقق (۱۴۱۲ ه.ق). *نکت النهایه*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. (۱۴۲۳ ه.ق). *کفایة الأحكام*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۷)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین ابن علی عاملی. (۱۴۱۰ ه.ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة المحشی کلاتر*. کتابفروشی داوری. چاپ اول.

- عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ ه.ق). *مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- عاملی، یاسین عیسی. (۱۴۱۳ ه.ق). *الاصطلاحات الفقهيّة فی الرسائل العمليه*. دار البلاغہ للطباعة و النشر و التوزيع. چاپ اول.
- صدوق قمی، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ ه.ق). *من لا يحضره الفقيه*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم.
- کاشف الغطاء نجفی، حسن. (۱۴۲۲ ه.ق). *أنوار الفقاهه - کتاب المكاسب*. مؤسسه کاشف الغطاء. چاپ اول.
- کاشف الغطاء نجفی، محمد حسین. (۱۳۵۹ ه.ق). *تحریر المجله. المكتبة المرتضويه*. چاپ اول.
- مراغی، سید میر عبد الفتاح حسینی. (۱۴۱۷ ه.ق). *العناوین الفقهيّه*. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- مغربی، ابو حنیفه. (۱۳۸۵ ه.ق). *نعمان بن محمد تمیمی. دعائم الإسلام*. مؤسسه آل البيت عليهم السلام. چاپ دوم.
- نجفی، شیخ محمد حسن. (۱۴۰۴ ه.ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. دار احیاء التراث العربی. الطبعة السابعة.
- نجم آبادی، ابو الفضل. (۱۳۸۰)، *الأصول*، مؤسسه آیه الله العظمی البروجردی، لنشر معالم اهل البيت، چاپ اول.
- نوری (محدث)، میرزا حسین. (۱۴۰۸ ه.ق). *مستدرک الوسائل*. مؤسسه آل البيت عليهم السلام. چاپ اول.
- منابع فارسی**
- داراب پور، مهرباب. (۱۳۹۰). *مسئولیت های خارج از قرارداد*. انتشارات مجد. چاپ دوم.
- ره پیک، حسن. (۱۳۹۲). *حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها*. انتشارات خرسندی. چاپ اول ویرایش جدید (۲۱).
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب ا... (۱۳۹۰). *مسئولیت مدنی*. انتشارات سمت. چاپ دوم.

– صفایی، سید حسین. (۱۳۹۱) «مبانی مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی. سال هفدهم. تابستان. ش ۵۸. تابستان.

– عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۹). موجبات ضمان. نشر میزان. چاپ دوم.  
– قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۳۸۵). مبانی مسئولیت مدنی. نشر میزان. چاپ چهارم.  
– جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.

– محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۹). فقه پزشکی. انتشارات حقوقی. چاپ اول.  
– محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ ه.ق). قواعد فقه، ج ۲. مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ دوازدهم.

– مشکینی اردبیلی، علی. (۱۳۷۴). اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها. جلد ۱. ناشر: الهادی، قم. چاپ ششم.

– مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹ ه.ق). احکام پزشکی. انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام. چاپ اول.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی