

بررسی فقهی و حقوقی ضمان ناشی از تجویز دارو توسط پزشک

حمیدرضا بهروزی زاد^۱

محمد امین زکی^۲

چکیده

یکی از مباحث مهم و کاربردی مساله ضمان یا عدم ضمان طبیب در امر تجویز دارو است. در این مقاله کوشیده ایم با روش کتابخانه ای دو دیدگاه ضمان یا عدم ضمان طبیب را بررسی نماییم. به نظر می رسد با وجود ظاهر ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی اصل بر عدم ضمان طبیب می باشد. ادله فقهی عدم ضمان نیز در این مقاله بررسی شده است و به نظر می رسد ادله عدم ضمان در فقه امامیه اقوی از ضمان باشد. و در آخر پیشنهاد اصلاح ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی ارائه شده است. پیشنهاد می شود ماده ۴۹۶ بدین شکل اصلاح شود: «پزشک حاذق در معالجات یا موارد تجویز دارویی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می نماید، ضامن نیست، مگر آنکه دچار تقصیر شده باشد یا مطابق ماده ۴۹۵ این قانون از بیمار یا ولی او براءت یا اذن در معالجه اخذ نکرده باشد.» همچنین پیشنهاد می شود که در مورد شخصیت‌های حقوقی عهده دار امر درمان پیش بینی مسئولیت مطلق براساس فرض تقصیر صورت گیرد تا شاهد توزیع مناسب ضرر باشیم.

واژگان کلیدی: تجویز، پزشک، ضمان، عدم ضمان، قانون مجازات اسلامی.



شماره سوم
پاییز و زمستان
۱۴۰۳

^۱. استادیار مدعو دانشکده اصول الدین قم.

^۲. دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی قم.

یکی از مباحث مهم و کاربردی مساله تجویز دارو توسط پزشک و عوارض حقوقی ناشی از آن است. در این مقاله کوشیده ایم اثرات حقوقی ناشی از تجویز ناصحیح که باعث آسیب به بیمار می شود را بررسی نماییم. ضرورت تحقیق هم روشن است قرنهایست موضوع مسئولیت پزشک علاوه بر اندیشمندان مورد توجه عامه مردم نیز بوده است دارویی سبب بیماری می شد و مردم عمدتاً پزشک را ضامن این تجویز غلط می دانستند بنابراین بی شک بحث مسئولیت طبیب مطرح می شد. اهمیت مقاله هم به خاطر تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ است و تلقی ای که اذهان اهل علم و دادگاهها ممکن است ایجاد نماید که اصل بر مسئولیت پزشک است. در این مقاله به دنبال اثبات عدم ضمان براساس ادله فقهی و قانونی هستیم. اما سوال اصلی تحقیق این است آیا پزشک ضامن تجویز غیر صحیح دارو هست یا خیر؟ فرضیه تحقیق بر این است که اصل بر عدم ضمان طبیب است و ضمان طبیب نیاز به اثبات دارد. برای اثبات عدم ضمان لازم است ابتدا مفهوم ضمان و شرایط آن که برای ورود به بحث ضرورت دارد بیان شود. سپس به بررسی فقهی حقوقی مسئولیت ناشی از تجویز دارو باید پرداخته شود و ماهیت رابطه بین پزشک و بیمار بیان شود. بعد از بیان این ماهیت لازم است ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی و دو تبصره ذیل آن نیز در خصوص موضوع بحث بررسی شوند. سپس باید ادله اصل عدم ضمان طبیب در فقه امامیه در مقابل ادله اصل ضمان بررسی شود تا بدانیم که ماده مزبور را چگونه می توان براساس اصل عدم ضمان طبیب تفسیر کرد. و در آخر به نتیجه گیری از مباحث مطروحه پرداخته ایم و پیشنهادهای را در جهت اصلاح موضوع بیان نموده ایم.

۱- مفهوم ضمان و شرایط آن

۱-۱ ضمان

ابن منظور در لسان العرب ضمان را در لغت به معنای کفالت و پرداخت غرامت آورده است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۲۵۷).

در معنای اصطلاحی ضمان به معنای بودن چیزی در ضمن چیز دیگری است. اگر به خود شخص نسبت داده شود، به معنای داخل بودن چیزی در عهده شخص است. این معنا به دو صورت تحقق می یابد: ۱- توسط خود شخص و در قالب اقسام عقد ضمان- از جمله ضمان نفس یا کفالت که در آن ضامن، متعهد به احضار می شود- و نیز در مطلق معاوضات که براساس آن طرفین قرارداد متعهد به گرفتن مال در برابر بدل می شوند. نام

این ضمان، ضمان معاوضی است؛ ۲- توسط شرع یا عرف مانند ضمانهای شرعی و عرفی که در این موارد شرع یا عرف مال تصرف یا تلف شده را بر عهده شخص می دانند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ص ۳۰۷-۳۰۸).

شماره سوم
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

اصل مشروعیت ضمان امر مسلمی است که تردیدی در آن نیست و در بین عقلاء رایج است و هم از قرآن و سنت، شواهد فراوانی برای آن است؛ از دلایل قرآنی مشروعیت ضمان آیه ۷۲ سوره یوسف است. (قالوا نفقد صواع الملك و لمن جاء به حمل بعير و انا به زعيم). گفتند: (در پاسخ به این سوال که چه چیز گم کرده اید؟) «جام مخصوص پاداش را! و هر کس آن را بیاورد، یک بار شتر غله به او داده می شود؛ و من ضامن این پاداش هستم». اگر ضمیر غایب در «انا به زعيم» به «حمل بعير» برگردد، مراد از زعيم متعهد ضامن می باشد و اگر ضمیر در «به» به گوینده «لمن جاء...» (یعنی جاعل) باز گردد، مقصود از «زعيم» کفیل خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶، ج ۱۰، ص ۳۵).

ضمان در فقه امامیه به دو قسم تقسیم می شود: ۱- ضمان عقدی و قراردادی.

۲- ضمان قهری و خارج از قرارداد.

البته این تقسیم بندی دوگانه بر مبنای مطرح انجام شده است. و الا مرحوم میر فتح مراغه ای پس از شمارش اسباب متداول ضمان یعنی ید، اتلاف، غرور، تعدی و تفریط، تلف قبل از قبض، و مقبوض به عقد فاسد سه سبب دیگر برای ضمان به شرح زیر بر می شمارد:

۱- ضمان ناشی از خود شرع.

۲- ضمان ناشی از یکی از اسباب معاوضی مانند بیع و صلح.

۳- ضمان ناشی از عقد ضمان که از نظر ایشان سه قسم دارد: الف: ضمان عقدی مصطلح. ب: تعهد به مال به واسطه تعهد به نفس (کفالت). ۳- ضمان ما لم یجب که خود صورتها و اقسام گوناگونی دارد (حسینی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۶۷).

در حقوق ایران معادل ضمان معمولاً از کلمه مسئولیت استفاده می شود. در حالی که در قانون مدنی به جای مسئول و مسئولیت از کلمه ضامن و ضمان استفاده شده است (ر.ک: خزائی، ۱۳۳۹، ص ۳). بنابراین چون معادل هم هستند می توانند به جای همدیگر به کار روند.

مسئولیت عبارت است از ضرورت پاسخگویی توسط شخصی که از تعهدات و وظایف خود تخلف نموده است. چه این تعهدات حقوقی باشند و چه جنبه اخلاقی و معنوی داشته باشند (صفار، ۱۳۷۳، ص ۴۴۹). از لحاظ ماهیت حقوقی دو نوع مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری وجود دارد که می توان مسئولیت کیفری را زیر مجموعه مسئولیت قهری حساب کرد. مقدماتاً در تعریف مسئولیت قراردادی و قهری می توان گفت مسئولیت شخصی که در عقدی از عقود تعهدی را برعهده باشد و این تعهد را انجام نداده باشد یا با تاخیر انجام داده باشد و به این اسباب خسارتی به متعهد له وارد شود این نوع مسئولیت را مسئولیت قراردادی می نامند.

عناصر مسئولیت قراردادی عبارتند از:

۱- تخلف از تعهد؛

۲- ضرری که از تخلف مزبور به متعهد له وارد می شود؛
۳- رابطه سببیت بین تخلف و ضرر (لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۶۴۴).
در تحلیل دیگر و مشهور در حقوق ایران عناصر مسئولیت قراردادی عبارت است از:

۱- وجود قرارداد نافذ بین طرفین است.
۲- نقض قرارداد که به روشهای مختلفی مثل عدم انجام تعهد، تاخیر در انجام تعهد و.... انجام می شود.

۳- خسارت ناشی از نقض قرارداد باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۷۲).
اما هر گونه مسئولیت قانونی که فاقد خصوصیات مسئولیت قراردادی باشد، مسئولیت خارج از قرارداد و غیر قراردادی است. در واقع در این نوع از مسئولیت شخص از تعهدی قانونی و عمومی سرباز می زند و در نتیجه به دیگری ضرر وارد می شود. مسئولیت قهری مربوط به نظم عمومی است و نمی شود از طریق تراضی آن را اسقاط کرد. و براساس ماده ۳۰۷ قانون مدنی نام این مسئولیت خارج از قرارداد ضمان قهری است (لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۶۴۳).

به عبارت دیگر از نظر حقوقدانان سه رکن «ورود ضرر»، «فعل زیان بار» و «رابطه سببیت میان ضرر و فعل» اسباب شکل گیری ضمان است و تا ضرری وارد نشده باشد، تا این ضرر و خسارت وارده ناشی از عمل شخصی نباشد، و میان خسارت و فعل زیانبار باید رابطه سببیت عرفی شکل بگیرد تا بتوان حکم به مسئولیت شخص داد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۳۹).

۲- ماهیت قرارداد تجویز و درمان: از نظر مسئولیت قراردادی رجوع بیمار به پزشک و معالجه بیمار ایجاد قرارداد معالجه می نماید. بنابراین هر نسخه دارویی با امضای پزشک رسمیت می یابد و در این صورت است که ارزش حقوقی و قانونی پیدا می نماید. داروسازان از لحاظ قانونی نمی توانند نسخه های فاقد امضا را بیچند. همچنین بکار گیری مهر امضا به جای امضای دستی فاقد وجاهت و ارزش قانونی می باشد.



بنابراین مسئولیت قراردادی زمانی محقق می شود که پزشک برخلاف تعهدات قراردادی خود عمل کرده باشد و همین امر باعث وجود خسارت به بیمار شده باشد که در اینصورت مطابق قواعد مسئولیت قراردادی رفتار خواهد شد.

برخی از حقوقدانان اعتقاد دارند که اگر پزشک بدون رضایت بیمار اقدام به معالجه نماید، یا در صورتی که بیمار، به رضایت شخصی خود به پزشک مراجعه ننماید، مسئولیت او قهری است ولی اگر میان پزشک و بیمار، قرارداد وجود داشته باشد، مسئولیت او قراردادی است (محتسب بالله، ۱۴۰۴، ص ۹۷-۱۱۷). البته به نظر می رسد که هر پزشکی صلاحیت انعقاد قرارداد با مریض را ندارد و حتما باید حاذق و متخصص باشد که دلایل آن در ادامه خواهد آمد.

۳- تحلیل ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی و تبصره های آن

ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می نماید، در صورت تلف یا صدمه بدنی ضامن است مگر آنکه مطابق ماده ۴۹۵ این قانون عمل نماید.

تبصره ۱- در موارد مزبور، هرگاه مریض یا پرستار بداند که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف می شود و با وجود این به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست بلکه صدمه و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است.

تبصره ۲- در قطع عضو یا جراحات ایجاد شده در معالجات پزشکی طبق ماده ۴۹۵ این قانون عمل می شود.»

با وجودی که صدر ماده ۴۹۶ پزشک را اصولاً مسئول تلف یا صدمه بدنی ناشی از تجویز می داند اما با ارجاعی که به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی می دهد اصولاً اصل بر عدم مسئولیت پزشک است زیرا در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می دهد، موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است؛ مگر آنکه عمل او طبق مقررات پزشکی و موازین پزشکی باشد یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود...» برخی معتقدند

اخذ براءت در قانون جدید معطل و توجیه نشدنی مانده است (آذین، ۱۳۹۹، ش ۲، ص ۷۲). اما این نظر صحیح نیست زیرا در خود این ماده هم با وجودی که اصل را بر مسئولیت دانسته است. اما اگر عمل پزشک مطابق مقررات و موازین پزشکی باشد که ظاهراً معمولاً اینگونه است یا اینکه قبل از معالجه براءت گرفته باشد و عمل او هم تقصیر نباشد که اصل نیز بر عدم تقصیر است مسئول نخواهد بود. در واقع این ماده از موارد تعارض ظاهر با اصل است که چون ظاهر اماره است بر اصل حکومت دارد. حتی ماده ۴۹۷ همان قانون نیز اعلام می دارد 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. در واقع قانونگذار ما اصل را بر عدم ضمان طیب چه در معالجه و چه تجویز دارو گذاشته است. در واقع قانونگذار نظریه غیر مشهور در فقه امامیه مبتنی بر عدم ضمان را انتخاب کرده است.



شماره سوم
پاییز و زمستان
۱۴۰۳

تفصیل بیشتر آنکه در خود این ماده هم با وجودی که اصل را بر مسئولیت دانسته است. اما اگر عمل پزشک مطابق مقررات و موازین پزشکی باشد که ظاهراً معمولاً اینگونه است یا اینکه قبل از معالجه براءت گرفته باشد و عمل او هم تقصیر نباشد که اصل نیز بر عدم تقصیر است مسئول نخواهد بود. در واقع این ماده از موارد تعارض ظاهر با اصل است که چون ظاهر اماره است بر اصل حکومت دارد. حتی ماده ۴۹۷ همان قانون نیز اعلام می دارد 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. در واقع قانونگذار ما اصل را بر عدم ضمان طیب چه در معالجه و چه تجویز دارو گذاشته است. در واقع قانونگذار نظریه غیر مشهور در فقه امامیه مبتنی بر عدم ضمان را انتخاب کرده است.

تبصره ۱ ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی مسئولیت عوارض ناشی از دستور اشتباه پزشک را به پرستار یا بیمار آگاه منتقل کرده است. البته در عرف پزشکی ایران پزشک

مسئول درمان تلقی می شود زیرا طبابت در ایران امری پیچیده و مبهم است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۲۵۴).

تا قبل از تصویب این ماده، ماده ۵۴ قانون استخدام کشوری حاکم بود که براساس آن پرستار در موردی که دستور اشتباه پزشک را به وی یادآوری نماید و پزشک بر همان دستور اصرار نماید پرستار در صورت اجرا و آسیب بیمار ناشی از عمل به این دستور ضامن نبود و خود پزشک مسئول بود. حتی در صورت اشتباه پرستار در نحوه اجرای دستور بار اثبات در هر حال با پزشک بود (گلدوزیان، ۱۳۸۶، ص ۴۴). شاید بیان شود که این ماده در خصوص رابطه آمر و مامور قانونی است در جواب باید متذکر شد که در روابط بین پزشک و پرستار نوعی رابطه آمر و ماموری نهفته بود و با توجه به اینکه این ماده ملاک مبنایی داشت قابل تعمیم به مسائل مشابه را داشت.

براساس همین تعمیم است که می توان به ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی استناد کرد. قانونگذار در وضع ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی فقط در مقام بیان حکم مسئولیت کیفری مامور به واسطه اجرای دستور یاد شده است. ممکن است ادعا شود که ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی، اطلاق آن در خصوص مسئولیت کیفری و ضمان مدنی نیز می باشد. این استدلال خلاف موازین اصولی است. اصولیان معتقدند، در صورتی می توان از مقرر حقوقی اطلاق گیری کرد که در آن شرایط مقدمات حکمت فراهم باشد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۹، ص ۷۹). البته از جمله شرایط مقدمات حکمت، در مقام بیان بودن قانونگذار است، مقصود این است که برای امکان به کارگیری اطلاق تنظیم اولیه ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی، باید برای مخاطبان حقوقی احراز شود که قانونگذار در آن در مقامی است که می خواهد همه جهات مسئولیت مامور را به واسطه اجرای دستور غیر قانونی مقامات صالح، یعنی مسئولیت کیفری، مسئولیت مدنی و مسئولیت انتظامی، به آنها اعلام کنند.

ولی قرائنی در قانون مجازات اسلامی وجود دارد که نشان می دهد باید امکان به کارگیری از چنین اطلاقی را رد کرد و از ظاهر تنظیم اولیه ماده ۱۵۹ قانون مجازات

اسلامی نیز گذشت، با لحاظ عنوان فصل دوم از بخش چهارم کتاب اول قانون مجازات اسلامی، یعنی موانع مسئولیت کیفری، که این ماده هم ذیل آن تنظیم شده است، به خوبی می توان استنباط کرد، قانونگذار فقط در مقام بیان حکم مسئولیت کیفری مامور به دلیل اجرای دستور غیر قانونی مقامات صالح، به علت اشتباه قابل قبول، بوده است. (بادینی، ۱۳۹۵، ش ۲، ص ۲۸۲)

بنابراین به موجب بند دوم ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی، مامور اگر در اجرای دستور مقامات صالح اشتباه قابل قبولی داشته باشد، فقط مجازات نمی شود ولی دیه و ضمان مالی و مسئولیت مدنی تابع اصول کلی مقررات مختلف است (سبزواری نژاد، ۱۳۹۳، ص ۵۲۱-۵۲۲).

برخی از حقوقدانان معتقدند بین تبصره ۱ ماده ۴۹۶ با ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی تعارض است. زیرا در ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی آمده است که: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود.» اینان برای رفع تعارض معتقد به تسبیب هستند و پیشنهاد می کنند اجتماع سبب (پزشک دستور دهنده و مباشر پرستار اجرا کننده) چون مصداق یافته است قانونگذار نقش پزشک را مورد توجه قرار داده و پزشک اعم از اینکه قاصد یا قاصر باشد را در نقش سبب تا حدودی ضامن می داند (قاسم زاده، ۱۳۹۲، ص ۸). زیرا عرفا یا سبب باید مسئول جبران خسارت قلمداد شود یا مباشر و برای تعیین مسئول جبران خسارت، عاملی که اقوی باشد مسئول خواهد بود. اقوی بودن سبب از مباشر نیز به این معنی است که عرف ایراد خسارت به مسبب دهد در این صورت مسئولیت با مسبب خواهد بود (لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۷۰). این قول در فقه امامیه نیز طرفدارانی دارد. براساس نظر این دسته از فقیهان: «اگر پزشکی بیمار خود را به مصرف دارویی راهنمایی کند و بیمار بر اثر استفاده از آن دارو صدمه ببیند، مسئولیت پزشک از باب تسبیب است. زیرا در نظر عرف بیمار بر اثر مصرف این دارو صدمه دیده است و این مورد هم از موارد سبب اقوی از مباشر



محسوب می شود (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ص ۳۲۴). « توضیح بیشتر آنکه در فقه امامیه همه معتقدند اگر سبب و مباشر اجتماع داشته باشند مباشر بر سبب تقدیم دارد و این تقدیم از مسلمات فقهی است. مگر آنکه سبب اقوی از مباشر باشد. مرحوم بجنوردی در کتاب قواعد فقهیه خود مثال بر تقدیم سبب بر مباشر را موردی ذکر می کنند که طبیعی دوايي را به مريض می دهد که این دوا در واقع سم بوده است در صورتی که پرستار این سم را به مريض بدهد و او در اثر این جنایت تلف شود در این مورد جنایت به سبب یعنی طبیب اقوی از مباشر مستند است. خصوصاً اگر پرستار جاهل و طبیب عالم باشد به اینکه این سم قاتل است.

البته اگر مريض عالم باشد به اینکه این سم قاتل است خود پرستار جانی محسوب خواهد شد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۴-۳۵).

اما به نظر می رسد امر آمدن قانونی را باید مباشر و پرستار ناآگاه یا خود مريض ناآگاه را به عنوان ابزار مباشر ضمان تلقی کرد.

بنابراین ایرادی که به تبصره ۱ ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی وارد کردند: « چگونه شخص بیمار می تواند بدون داشتن علم و تخصص پزشکی از خود رفع مسئولیت نماید؟ اصلاً آیا بیمار در آن اوضاع بحرانی که بیم از دادن جان او می رود، امکان سلامت عقل و دقت کافی و اعلام نظر در خصوص تصمیم پزشک متخصص را دارد؟ (باقری پور، ۱۳۹۸، ش ۴۸، ص ۶۰) » وارد نیست. زیرا قانونگذار اصل را بر عدم اطلاع بیمار می داند و فقط در صورتی که بیمار قطع یا اماره مورد تایید داشته باشد چون خود او اقدام به ضرر کرده است مسئولیت او را منتفی می داند.

در واقع فقط قانونگذار در خصوص پزشک و پرستار عالم از رابطه منطقی سبب و مباشر پیروی کرده است و بر طبق قاعده مباشر بر سبب تقدیم دارد. که این تقدیم در مورد پرستار عالم مفروض است. البته اصل بر عدم اطلاع پرستار است.

البته اگر مصرف دارو به نحو اطلاق باشد و پزشک بگوید این دارو برای مريض الف مفید است یا خود مريض را مخاطب قرار بدهد که دواي تو فلان چیز است بدون

اینکه امر به مصرف آن را نماید ظاهر عدم ضمان است زیرا نمی توان تلف را به پزشک نسبت داد (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸، ص ۵۷).

نکته مهم در خصوص این ماده این است پزشکی که دارو و وسایل ارتکاب خودکشی را برای بیمار خود تهیه یا فراهم می آورد، طبق بند ب ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی، تحت عنوان معاونت قرار می گیرد. اما قانونگذار، معاونت در جرم را به عنوان جرم مستقل نمی شناسد، بلکه از نظریه مجرمیت عاریه ای پیروی کرده است، بدین معنی که تحقق معاونت در جرم، منوط به اقدام مجرمانه ای است که مباشر جرم مرتکب می شود و هرگاه عملی قانونا جرم تلقی نشود، احراز معاونت در آن هم قابل تصور نیست و معاونت در آن نیز جرم تلقی نشده و فاقد کیفر می باشد (ولیدی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۴۲). اما استثنائا در قانون مجازات جرایم رایانه ای، معاونت در خودکشی به وسیله رایانه ای و مخابراتی جرم انگاری شده است. بنابراین اگر پزشک بر طبق ماده ۱۶ از طریق سیستم رایانه ای یا مخابراتی به منظور ارتکاب خودکشی اشخاص زیر هجده سال تمام را آموزش داده، یا تبلیغ یا تحریک یا تهدید یا تشویق یا دعوت به ارتکاب عمل فوق نماید یا فریب دهد، یا طریق ارتکاب یا استعمال آنها را تسهیل نماید، یا آموزش دهد، به حبس از ۹۱ روز تا یک سال یا جزای نقدی از دو میلیون و پانصد هزار تا ده میلیون ریال یا به هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

تبصره ۲ ماده موصوف که در خصوص قطع عضو یا جراحات ایجاد شده در معالجه های پزشکی است به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی ارجاع داده است که براساس مبنای اتخاذی اصل بر عدم مسئولیت می باشد.

نقصی که در قانون مجازات اسلامی دیده می شود در خصوص حکم به ضمان در مورد اشخاص حقوقی مانند بیمارستانها و درمانگاهها می باشد که ضمان آنها تابع قواعد عام مسئولیت مدنی بر مبنای نظریه تقصیر می باشد که اثبات آن در امور تخصصی بسیار دشوار می باشد. در مورد موضوع مورد بحث نیز ممکن است تجویز غلط پزشک در بیمارستانها و درمانگاهها در اثر نقص امکانات این موسسات حقوقی



باشد. دو راهکار حقوقی در این خصوص در نظام های حقوقی پیشرفته وجود دارد که راهکار اول استفاده از نظریه مسئولیت مطلق بیمارستان است. راهکار دیگر این است که بیمارستان در فرضی ضامن تلقی می شود که به خاطر نقص کارکرد تجهیزات پزشکی به سلامت بیمار آسیب وارد شود (L., Pleiones, (1999) 50(2), p 499). به نظر راهکار مسئولیت مطلق بیمارستان از طریق فرض تقصیر راهکار مناسبی برای جبران خسارت زیان دیده می باشد. منظور از فرض تقصیر این است که برای فرض تقصیر ریشه قراردادی قائل شده اند. بدین ترتیب که متعهد از طریق قرارداد، متعهد به انجام تعهدی می شود. انجام ندادن این تعهد خود تقصیر است و تفاوت فرض تقصیر قراردادی با فرض تقصیر قانونی یا به تعبیر درست تر اماره تقصیر^۱ قانونی این است که در فرض تقصیر (اماره تقصیر) قانونی هرگاه خواننده دعوی عدم تقصیر خود را ثابت کند از مسئولیت مبری می شود. ولی در فرض تقصیر قراردادی اثبات خلاف فرض مزبور امکان پذیر نیست^۲ یعنی نمی توان با اثبات این امر که مراقبت های متعارف را صورت داده و تعدی و تفریط نکرده از مسئولیت مبری گردید و صرفاً در صورتی متعهد از مسئولیت مبری می گردد که ثابت کند که احتراز از ورود زیان غیر ممکن بوده است یعنی قوه قاهره آن را به وجود آورده و توانایی پیش بینی و جلوگیری از وقوع آن را نداشته است یا دست کم ثابت شود که تقصیر زیان دیده که آن هم باید غیر قابل پیش بینی و اجتناب ناپذیر باشد علت ورود زیان بوده است (کاتوزیان، همان، ص ۷۲؛ صفائی، ۱۳۹۹، ص ۸۳). به نظر می رسد پیش بینی مسئولیت مطلق که اخیراً در برخی از قوانین مصرف کننده پیش بینی شده است راهکار مناسبی است که هم زیان دیده

^۱ - در حقوق ایران گاه فرض قانونی و اماره قانونی به یک معنی به کار می رود و گاه بین آنها تفاوت قائل شده می گویند: اثبات خلاف فرض قانونی مجاز نیست ولی خلاف اماره قانونی را می توان اثبات کرد (ماده ۱۳۲۳ ق. م.). لیکن در حقوق فرانسه امارات را به تغییر پذیر و تغییر ناپذیر تقسیم می کنند.

^۲ - البته این قاعده مربوط به تعهد به نتیجه است. اما در قراردادهایی که مفید تعهد به وسیله است مانند قراردادهای امانی اثبات تقصیر برای مسئولیت متعهد لازم است (صفائی و رحیمی، ۱۳۹۹، ص ۸۳).

خسارت خود را اخذ نماید و هم بیمارستان در صورت اثبات تقصیر پزشک تحت قرارداد خود بتواند خسارات پرداخت شده به زیان دیده را مسترد نماید و در این صورت توزیع خسارت به نحو مناسبی صورت گرفته است.

۴- مبانی فقهی اصل عدم مسئولیت پزشک در تجوین دارو

مقدمتا ذکر این نکته ضروری است که در رابطه با ضمان طبیب جاهل و غیر ماذون، اتفاق نظر وجود دارد که پزشکی که مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی عمل نکرده است و فاقد صلاحیت حرفه ای بوده است یا تعدی و تفریط کرده است ضامن دیه نفس و یا عضو آسیب دیده خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ص ۳۱۰).

دلیل حاذق بودن را می توان روایتی از امیرالمومنین علی (ع) دانست: «بر امام واجب است که علمای فاسق و طبیبان جاهل... را زندانی کند (متقی هندی، ۱۴۰۱، ج ۱۰، ص ۱۵)» چون اشتغال چنین فردی به امر طبابت ممنوع است و نباید دست به مداوای بیماران بزند. حتی ممکن است به خاطر حفظ مصالح عمومی، چنین فردی را محجور اعلام نمایند. و وظیفه حاکم این است که از باب امر به معروف و نهی از منکر از اشتغال این گروه به امور پزشکی جلوگیری کند تا مبادا جان و مال مردم به خطر بیافتد (الزحیلی، ص ۵۲۰۵).

ممکن است استدلال شود که آنچه در این روایات آمده است دال بر مسئولیت کیفری طبیب است در حالی که هیچ تلازمی بین مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی او وجود ندارد. جواب این ایراد این است که مساله دایر مدار ضمان است طبیبی که حاذق نباشد و طبابت نماید تقصیر کرده و باید جبران خسارت نماید و ضمان کیفری او اتفاقاً بهترین دلیل بر مسئول دانستن او است. بنابراین حتی در مواردی مانند اضطرار که کیفر از مجرم برداشته می شود ضمان مالی و دیه از این حکم مستثنی است.

همچنین لازم به ذکر است که بر پزشک حاذق لازم است که به مداوای مریض پردازد. روایتی در این خصوص در کتاب کافی وارد شده است: «ابان بن تغلب از امام صادق (ع) نقل کرده است که: حضرت مسیح (ع) فرمودند: کسی که معالجه مجروحی را

ترک نماید، بی شک و شبهه با جراح او شریک است. زیرا جراح، فساد مجروح را اراده کرده است و تارک شفای مجروح را نخواسته است و چون صلاح او را نخواسته است، ناگزیر فساد مجروح را اراده کرده است و حکمت را به نا اهل نگویید که نادان هستید و از اهل آن هم دریغ نکنید که گناهکار هستید و باید هر کدام از شما همانند پزشک با تجربه ای باشید که اگر موضع و مورد را برای درمان یافت مداوا کند و الا از درمان دست بردارد (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۸، ص ۳۴۵، ح ۵۴۵).^۱

بنابراین بحث در خصوص دلایل عدم ضمان پزشک متخصص و دارای اذن است که با وجود تخصص و عدم تقصیر باعث مرگ یا نقص عضو مریض خود شده است. در مقابل نظر مشهور فقها مبنی بر ضمان پزشک، اقلیتی از فقها معتقدند با قیودی پزشک ضامن نیست. حال مناسب است ادله این گروه از فقها که قانونگذار از قول آنها پیروی کرده است بررسی اجمالی شود (ر.ک، حسین پور، ۱۳۹۶، ص ۹۸). با این مقدمه دلایل عدم ضمان و نقد ادله ضمانی که مشهور فقها به آن معتقدند را بیان می نماییم.

۴-۱ تمسک به اصل برائت برای عدم ضمان

وقتی می توان به اصل برائت تمسک جست که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد. بنابراین باید ابتدا بررسی نماییم که آیا در مساله دلیل اجتهادی وجود دارد یا خیر؟ مشهور معتقدند که دلیل اجتهادی در مساله وجود دارد. دلیل اجتهادی آنان عبارتند از ۱- روایات: عمده دلیل برای اثبات ضمان روایات وارده است. مهمترین این روایات روایتی از سکونی از امام صادق (ع) است. در این روایت می خوانیم: سکونی از امام صادق (ع) نقل می کند که امیرالمومنین علی (ع) فرمودند: کسی که طبابت یا دامپزشکی

^۱- أبان بن تغلب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: كان المسيح (عليه السلام) يقول: إن التارك شفاء المجروح من جرحه شريك لجارحه لا محالة وذلك أن الجارح أراد فساد المجروح والتارك لاشفائه لم يشأ صلاحه فإذا لم يشأ صلاحه فقد شاء فساد اضطرارا فكذلك لا تحدثوا بالحكمة غير أهلها فتجهلوا ولا تمنعوها أهلها فتأثموا وليكن أحدكم بمنزلة الطبيب المداوي إن رأى موضعا لدوائه وإلا أمسك.

نماید باید از ولی بیمار براءت اخذ نماید و گرنه ضامن است (طوسی، ۱۳۶۵ ص ۲۳۴ ح ۹۲۵؛ حر عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۱۹۵؛^۱).

برخی از فقها که قائل به عدم ضمان هستند در خصوص روایت: «من تطب او تبیطر...» معتقدند: منظور این روایت موردی است که پزشک جنایت را به مجنون یا صغیر وارد کرده است. یعنی اشخاصی که صلاحیت اذن دادن را نداشتند که در این صورت باید از ولی او رضایت گرفته شود ولی اگر خود مریض عاقل و بالغ باشد و در حدود اذن رفتار نماید، طبیب ضامن نخواهد بود (حلی، بی تا، ج ۳، ص ۳۷۳). لفظ ولی هم دلالت بر اخذ براءت بعد از جنایت است نه قبل از آن. اما این ایراد اینطور پاسخ داده شده است که لفظ ولی در روایت برای این است که در صورت تلف، او مطالبه خون بها و دیه نماید. پس در صورتی که به دلیل ضرورت، ابراء قبل از استقرار حق، مشروع باشد به فردی که در صورت وقوع مورد ابراء متولی مورد مطالبه است، انصراف دارد. پس ابراء از جانب مریض، هیچ بعدی ندارد زیرا معالجه از افعالی است که شارع اذن داده است و مجنی علیه اگر اذن در جنایت بدهد ضمان ساقط می شود چه رسد به اینکه اذن معلق به فعل مباح باشد (حلی، ۱۴۱۲، ص ۴۲۱). به خاطر همین احتمالات مختلف از روایات است که حتی فقهی چون شهید ثانی که از عمده طرفداران ضمان پزشک است بهترین دلیل برای ضمان پزشک را اجماع می دانند (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ص ۱۱۰). مقدس اردبیلی نیز ادعای اجماع را به ابن زهره نسبت می دهند از قول صاحب النکت می نویسند: «اصحاب و فقهای امامیه بر اینکه طبیب ضامن آنچه که بر اثر معالجه او تلف می شود اتفاق دارند (اردبیلی، بی تا، ج ۱۴، ص ۲۲۸)». به نظر می رسد این اجماع، اجماع محصل که معتبر است نباشد. حتی بسیاری از بزرگان علم اصول معتقدند که اجماع

۳- عن السكونی ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من تطب أو تبیطر فليأخذ البراءة من وليه ، وإلا فهو له ضامن.

محصل حاصل نشده است و کبرایی است که صغرا ندارد (مجتهد تبریزی، ۱۳۷۲، ص ۸۵)^۱. بنابراین اجماع هم دلیل متقنی برای ضمان محسوب نمی شود. دلیل عمده دیگر موافقان استناد به قاعده اتلاف است. در فقه امامیه همگان متفق هستند که اتلاف ضمان آور است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۴؛ حلی ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۷۱). اختلاف در این است که آیا ادله اتلاف بحث مسئولیت و ضمان پزشک را در برمی گیرد یا خیر؟ از نظر اینان علاوه بر اجماعی که مرحوم محقق و ابن حمزه ادعا کردند، تلف چون به فعل طبیب مستند است عمل طبیب شبیه عمد است. مویید این قول روایت حضرت علی که ختنه کننده قاطع برای حشفه غلام را ضامن دانستند. (فیض کاسان، بی تا، ج ۲، ص ۱۱۶). برای این اساس گروهی از فقها حتی حکم به ضمان ختان داده اند (فاضل لنکرانی، همان، ص ۵۹). و حمل آن بر تعدی و در نتیجه حکم به عدم ضمان در صورت عدم تعدی را، مخالف و منافی قاعده اتلاف می دانند (نجفی جواهری، هما، ج ۲۷، ص ۳۲۳). همچنین مرحوم علامه به خاطر قاعده اتلاف طبیب را ضامن می داند (علامه حلی، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۸-۱۱۹؛ همو، بی تا، ج ۱، ص ۴۲۵)^۲.

بنابراین عمده بحث در خصوص پزشکی است که دارای تخصص کافی است و با مهارت کار خود را انجام داده باشد و تقصیری هم انجام نداده باشد آیا پزشک ماهیتا مسئولیت دارد یا نه؟ در این خصوص دو نظر است: شاید عبارت مختصر مرحوم آیت الله خوئی در مبانی تکمله المنهاج مختصرین و رساترین بیان برای تحریر محل نزاع باشد: «طبيب در صورتی مباشرتا مجنون یا کودک را بدون اذن ولی درمان نماید و کودک یا مجنون تلف شود ضامن است. و همچنین ضامن تلف است در صورتی که اذن گرفته باشد ولی در معالجه قصور کرده باشد. و اما اگر از مریض برای علاج اذن گرفته و مقصر نباشد، ولی معالجه او به طور اتفاقی به تلف منجر شود آیا او ضامن است یا

۱ - نویسند می نویسند: «و من ذلك يظهر أيضا أن الإجماع المحصل في أكثر المسائل غير حاصل و المنقول ليس بحجة لأنه مبتن على الحدس الذي لا يفيد علما و لا عملا».

۲ - علامه حلی در این کتاب اضافه می کند: «و ان احتاط و اجتهد».

نه؟ دو قول است که بهترین آن ضمان است... اما اگر اخذ برائت از مریض یا ولی مریض نموده باشد پزشک ضمانی ندارد (خوئی، بی تا، ص ۹۸-۹۹).

در مقابل شهید ثانی هم معتقد است طبیب حتی اگر دارای علم و دانش کافی باشد و تمام تلاش و مهارت خود را هم جهت درمان به کار گرفته باشد و تقصیری هم مرتکب نشده باشد در صورت مرگ بیمار یا ایراد صدمه جسمانی به او، ضامن است (شهید ثانی، همان، ج ۱۰، ص ۱۱۰). زیرا اذنی که در معالجه داده شده است اذن در اتلاف نمی باشد. بلکه در نهایت این اذن قصاص را منتفی می کند به خاطر اینکه این مورد از موارد قتل عمدی نمی باشد و جواز شرعی منافاتی با ضمان ندارد.

همچنین ثبوت دیه بر عاقله خلاف قاعده است. زیرا قاعده این است که دیه بر مال جانی ثابت می شود؛ و علاوه بر آن دیه عوض در مقابل جنایت صادر از جانی است. بنابراین دیه بر خود پزشک واجب می شود (فاضل لنکرانی، همان، ص ۵۷).

قاعده اتلاف شامل پزشک حاذق نمی شود. زیرا تلف منتسب به فعل طبیب نیست؛ زیرا طبیب مطابق دانش و علم خود به مداوای بیمار اقدام کرده است و لازم نیست که فراتر از آن چیزی بداند به همین خاطر صاحب جواهر قاعده اتلاف را شامل طبیب متخصص نمی داند (نجفی جواهری، همان، ج ۴۳، ص ۴۵).

در مورد قاعده اتلاف به نظر می رسد اگر مستند قاعده اتلاف را روایت بدانیم، اگر آن را روایت بدانیم، می توانیم از اطلاق یا عموم روایت اتلاف استفاده کنیم. اما اگر آن را قاعده بدانیم نه روایت، نمی توانیم از اطلاق یا عموم آن استفاده کنیم (محمدی، ۱۳۸۹، ص ۲۸). بنابراین استفاده از قاعده اتلاف برای ضمان یا عدم ضمان مبنایی خواهد بود.

به همین خاطر در قانون جدید مجازات اسلامی، پزشک با اثبات رعایت موازین فنی و علمی و به عبارتی عدم تقصیر، از مسئولیت معاف می شود. بنابراین اخذ چنین تدبیری، مزیتی دیگر نسبت به وضعیت سابق است. بدین ترتیب، برائتی که در قانون جدید از آن یاد شده، تنها فایده آن در مرحله اثبات و جابه جایی بار اثبات است (پرویز عامری، ۱۳۹۴ ص ۸۵).



برخی از فقها نیز قاعده اتلاف را مخصوص پزشکی که تخصص کافی نداشته باشد یا بدون اذن مریض یا ولی او معالجه نماید، می دانند.

در تفصیل این مطلب مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی می نویسد: «اگر طبیب در آنچه که معالجه کرده است قاصر در علم باشد یا غیر ماذون در عمل باشد و مریض فوت نماید و اذن ولی را نداشته باشد مسوول بودن او مقتضای قاعده اتلاف که اصل در این موارد است می باشد. از لحاظ فقهی و قانونی نیز مسئولیت مشروط به اتلاف و تلف نیست. و ابزار مخصوصه ای نیز برای اتلاف مداخلیتی ندارد. در این خصوص ادعای عدم وجود خلاف شده است بلکه حتی ادعای اجماع شده است. براساس آنچه که از تنقیح نقل شده است طبیب قاصر در صورت تلف آنچه که معالجه کرده است ضامن می باشد. و این مساله اجماعی است. همچنین اگر پزشک بداند آن کسی که معالجه می کند کودک یا مجنون یا مملوک بدون اذن ولی یا مالک باشد یا معالجه شونده عاقل و حر باشد بدون اینکه به طبیب اذن داده باشد. (فاضل لنکرانی، همان، ص ۵۶)»

به نظر می رسد قاعده اتلاف فقط مخصوص مواردی است که طبیب اذن در معالجه یا برائت از مریض نگرفته باشد یا دارای تخصص لازم نباشد. زیرا اذن شرعی و قراردادی دامنه قاعده اتلاف را حتی بر فرض شمول مضیق می گرداند و این قاعده دیگر اطلاق آن شامل همه موارد تلف توسط طبیب نمی شود. بنابراین ما معتقدیم اذن در معالجه یا برائت آثار واحدی دارد که باعث عدم شمول قاعده اتلاف بر مورد ذیل می باشد.

بنابراین برخلاف نظر شهید ثانی که هم در روضه (شهید ثانی، همان ج ۱۰ ص ۱۰۹)^۱ و هم در مسالک (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۷) اصل برائت را رد می نمایند چون در این مقام دلیلی نداریم به اصل برائت تمسک می جوییم.

^۱ - ایشان می نویسد: «وفیه أن أصالة البراءة تنقطع بدليل الشغل».

۲-۴ تمسک به قاعده احسان برای عدم ضمان

یکی از مستندات عدم ضمان قاعده احسان است. به تعبیر یکی از فقهای معاصر: «اگر کسی به عنوان وظیفه شرعی کاری می کند، مصداق «محسنین» است، قاعده احسان (ما علی المحسنین من سبیل) که یک قاعده عقلی و شرعی است، می گوید ضامن نیست. مثلاً طبیب می بیند اگر پا را قطع نکند مریض از بین می رود؛ شارع می گوید واجب است پا قطع شود، در اینجا طبیب ضامن نیست. به عبارت دیگر طبیب فقط به خاطر خدمت به این شخص و منفعت رساندن به او این کار را می کند و اگر خودش هم می خواست از باب اهم و مهم، یکی را انتخاب کند، همین را انتخاب می کرد پس جای خسارت نیست. در واقع امر دائر شده است بین اقل الضررین و طبیب اقل الضررین را انتخاب کرده همان گونه که اگر خودش هم می خواست انتخاب کند همین را انتخاب می کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۸۳)».

اشکالی که در خصوص اعمال قاعده احسان در خصوص طبیب است این است که قاعده احسان شامل طبیب نمی شود. زیرا پزشک در مقابل اجرت امر درمان را برعهده می گیرد. اما این اشکال، اشکال واردی نیست. چون صرف اینکه طبیب از بیمار اجرت اخذ می کند، باعث نمی شود او را محسن ندانیم. دلیل این امر هم عرف است. فقهای که از قاعده احسان بحث کردند مثالی زدند که قابل اخذ ملاک است. مثال این است که اگر کشتیرانی ملاحظه نماید که جان مسافران او در خطر است و برای دفع خطر اموال مسافران را به دریا بیاندازد او ضامن نیست و او را باید محسن دانست (موسوی بجنوردی، همان، ج ۴، ص ۱۷).

۳-۴ اذن شارع و بیمار دلیل عدم ضمان

از دلایل عدم ضمان اذن شرع دانسته شده است. اذن برداشتن حق تصرف برای شخص در آنچه ممنوع بوده است و اباحه تصرف (حسینی، ۱۳۹۳، ص ۲۳). با وجودی که اصل بر عدم تعدی به جسم انسان است مخصوصاً با توجه به روایاتی از جمله «کسر عظم المیت ککسره حیا» (بیهقی، ۱۴۲۴، ص ۹۶) یعنی شکستن استخوان مرده مانند



شکستن استخوان فرد زنده است. ولی نظر به اهمیت حفظ نفوس انسانی شارع اذن به معالجه توسط طبیب حاذق داده است.

همچنین اینان معتقدند اذن مریض، موجب رفع ضمان طبیب و همانند اذن شخص برای اتلاف مال خود دانسته شده است. در پاسخ این اشکال معتقدین به ضمان گفته اند؛ اذن بیمار یا ولی او اذن در اتلاف یا نقص عضو نیست تا معتقد باشیم خود مریض اذن داده، که در صورت تلف، پزشک ضامن نباشد، بلکه اذن او اذن در درمان و معالجه بیماری است. به تعبیر شهید ثانی: «...اذن در معالجه نه در اتلاف داده می شود. (شهید ثانی، همان، ج ۱۰، ص ۱۱۰)»

البته در این خصوص اشکال وارد شده است که عمل پزشک، مانند کسی است که دیگری را برای تادیب و تربیت می زند، ولی اگر در اثر ضربه (چه در اثنای زدن و چه پس از آن) فرد بمیرد، با وجودی که اصل زدن جایز است ولی با این وجود ضارب ضامن است؛ در مانحن فیه نیز، اگر مریض در حین معالجه فوت نماید، و لو اینکه اصل معالجه جایز باشد ولی طبیب ضامن خواهد بود. (شهید ثانی، همان، ج ۱۰، ص ۱۱۰)^۱

نکته مهم در اینخصوص تفاوت اذن که در نصوص فقهی آمده با برائتی که در قانون مجازات اسلامی آمده است. اذن در لغت، اعلام رضای مالک یا نماینده قانونی او یا رضای کسی که قانون برای رضای او اثری قائل شده است برای انجام یک عمل حقوقی تعریف شده است (لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۰).

۱ - ایشان می نویسند: «ولا منافاة بین الجواز والضمان، كالضارب للتأديب» مرحوم کلانتر در حاشیه بر این فراز کلام شهید ثانی می نویسند: «هذا رد على الدليل الثالث فإن العلاج وإن كان أمرا سائغا شرعا وعقلا لكنه لا يتنافى والضمان لو مات المريض أثناء المعالجة، أو اشتد مرضه، لاشتغال ذمته بالضمان حين المباشرة».

فهو من قبيل ضرب الضارب للتأديب فكما أن الضارب يضمن لو مات المؤدب أثناء الضرب أو بعد الضرب وإن كان أصل الضرب جائزا وسائغا.

كذلك الطبيب يضمن لو مات المريض أثناء المعالجة وإن كان أصل العمل سائغا شرعا وعقلا.»

برائت یا اصل برائت نیز در اصطلاحات فقهی عبارت است از گرایش به طرف نفی الزام قانونی و عدم تعهد و تکلیف و آزادی اراده در صورت اصابت با شک در تکلیف بیان شده است (همان، ص ۲۵۰).

برخی معتقدند اذن و برائت دو امر مختلف و دارای دو اثر متفاوت هستند. اذن صرفاً باعث اباحه فعل طبیب به عنوان درمان و معالجه می باشد و مانع ثبوت ضمان در نتیجه ناخواسته و غیر مطلوبی که از طبابت حاصل می شود نمی شود، زیرا اذن در خصوص نتیجه حاصله نبوده و فقط اذن در معالجه است که مشروط و مقید به سلامت بیمار و عدم قتل او شده است. پس برای عدم مسئولیت پزشک علاوه بر وجود اذن در معالجه و عدم تعدی و تفریط، اخذ برائت نیز ضرورت دارد (باقری پور، ۱۳۹۸، ش ۴۸، ص ۶۰).

اما به نظر می رسد این دو معنای واحدی دارند. با توجه به اصلی که بیان شد و ماهیت قراردادی بودن معالجه را به عنوان اصل پذیرفتیم به نظر می رسد اذن به معنای معالجه متعارف پزشک و عدم تقصیر در امر معالجه باشد. برائت قبل از معالجه نیز همین معنا را دارد. به این معنا است که بیمار پزشک را از کلیه خطرات احتمالی که در نتیجه درمان متعارف حاصل می شود معاف می نماید. بنابراین اذن و برائت فقط شامل مواردی است که طبیب حاذق باشد و اصولاً مریضان تن به معالجه توسط بیماری که حاذق باشد نمی دهند. همچنین مسلم است که اذن یا برائت آنها شامل موارد تقصیر طبیب نمی شود. موید استدلال ما در مورد عدم تفاوت بین اذن و برائت و اراده مفروض طرفین قرارداد معالجه نظر یکی از حقوقدانان است که بدین قرار است: «همانگونه که بیمار یا ولی او حق دادن برائت پیش از درمان به پزشک را دارند، حق دارند به پزشک خود اجازه دهند تا برای درمان، دست به اقدامی بزنند که ممکن است خطر احتمالی را نیز به همراه داشته باشد. و گرنه هیچ درمانی انجام نخواهد شد، چرا که کمتر درمانی یافت می شود که فاقد هر گونه خطر باشد. بنابراین از آنجا که اذن در درمان، اذن در خسارت احتمالی است و خسارت دیدن بیمار (مرگ یا نقص عضو) از ملازمات عادی درمان است؛ تفکیک میان اذن در درمان و اذن در اتلاف یا نقص عضو، درست به نظر نمی



رسد. چنانچه بیمار متوجه احتمال آسیب باشد و با این وجود از پزشک درخواست معالجه کند، پزشک مجاز به درمان بوده و نیاز به اخذ براءت از وی ندارد.» (محقق داماد، ۱۶۱، ۱۳۸۹ و ۱۶۲).

نتیجه گیری

با توجه به اینکه پزشکی یکی از مسئولیت آورترین حرفه ها است، ناخودآگاه مساله ضمان و مسئولیت او مطرح می شود. یکی از موارد شایع مسئولیت پزشک در مقام تجویز دارو است. در این مقاله با به تصویر کشیدن ماهیت قراردادی رابطه پزشک با مریض در اکثر مواقع به این نتیجه رسیدیم که اصل بر عدم ضمان طبیب در تجویز دارو است. با این تحلیل به بررسی ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی و تبصره های پیرامونی آن پرداختیم و دیدیم با وجود اینکه در این ماده و ماده ارجاعی به آن یعنی ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی اصل بر ضمان طبیب به نظر می رسد اما با تحلیل این ماده به این نتیجه رسیدیم که اتفاقاً ظاهر این ماده دلالت بر عدم ضمان طبیب دارد. در واقع این ماده از موارد تعارض اصل با ظاهر است که قطعاً ظاهر تقدیم دارد. بررسی مبانی فقهی این ماده با وجودی که نظریه مشهور فقها بر ضمان است و ضمان با وجود شهرت فتوایی ادله محکمی ندارد و با بیان ادله مثبتة ضمان به این نتیجه رسیدیم ادله دال بر عدم ضمان از جمله، اصل براءت، قاعده احسان و اذن شارع و مریض قویتر است. بنابراین اصل بر عدم ضمان است مگر اینکه طبیب تخصص و مهارت لازم را نداشته باشد و یا در معالجه دچار تقصیر شده باشد. اصل نیز بر عدم تقصیر اوست. همچنین در مواردی که اذن یا براءت وجود نداشته باشد پزشک ضامن است. البته در موارد فوری که گرفتن اذن یا براءت از مریض ممکن نیست برحسب قاعده احسان پزشک ضامن نخواهد بود. بنابراین به نظر می رسد ماده ۴۹۶ به صورت زیر باید اصلاح شود: «پزشک حاذق در معالجات یا موارد تجویز دارویی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می نماید، ضامن نیست، مگر آنکه دچار تقصیر شده باشد یا مطابق ماده ۴۹۵ این قانون از بیمار یا ولی او براءت یا اذن در معالجه اخذ نکرده باشد.» همچنین پیشنهاد

می شود موسسات حقوقی مانند بیمارستانها و درمانگاهها مسئولیت مطلق داشته باشند تا زیان دیدگان دغدغه ای در مورد جبران خسارت نداشته باشند و اصل بر عدم ضمان پزشک باشد و فقط در صورت اثبات تقصیر او بیمارستان پس از جبران خسارت بیمار به او رجوع نماید.



شماره سوم
پاییز و زمستان

۱۴۰۳



منابع و مأخذ

۱. آذین، سید محمد (۱۳۹۹) تحول در مسئولیت مدنی پزشکی: بازگشت افراطی به نظریه تقصیر، دو فصلنامه تخصصی حقوق قراردادها و فناوریهای نوین، شماره ۲
۲. ابن ادریس حلی، (۱۴۱۰) *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* ج ۳ مؤسسه النشر الاسلامی چاپ دوم قم.
۳. ابن منظور انصاری، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴) *لسان العرب* ج ۱۳ انتشارات دارصادر بیروت چاپ سوم.
۴. الزحیلی، وهبه (بی تا) *الفقه الاسلامی وادلته* ج ۷، چاپ چهارم دارالفکر سوریه دمشق.
۵. بادینی، دکتر حسن، شاهدی دامنجان، احد، علی پور، حسن (۱۳۹۵) *آسیب شناسی مسئولیت مدنی مامور در قانون مجازات اسلامی*، مجله حقوق جزا و سیاست جنایی دانشگاه تهران، دوره ۱ شماره ۲.
۶. باقری پور، منصوره، خزایی، احمد رضا، (۱۳۹۸) مبانی مسئولیت پزشکی در فقه و حقوق ایران تحلیل ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی فصلنامه حقوق پزشکی سال سیزدهم شماره ۴۸
۷. بیهقی، ابوبکر، (۱۴۲۴) *السنن الکبری* ج ۴ دارالکتب العلمیه بیروت لبنان- چاپ سوم.
۸. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، (۱۳۸۸) *ترمینولوژی حقوق*، تهران کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و دوم.
۹. حر عاملی، شیخ ابوجعفر، (بی تا) *وسائل الشیعه* ج ۱۹ دارالکتب الاسلامیه.
۱۰. حسین پور، خسرو، موسوی، دکتر سید فضل الله (۱۳۹۶) *ضمان پزشکی از منظر فقه امامیه- فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد- سال دهم شماره سی و ششم*.
۱۱. حسینی، سید محمد، (۱۳۹۳) *فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی*، چاپ اول، تهران، انتشارات سروش.
۱۲. حسینی، سید میر عبدالفتاح، (۱۴۱۷) *العناوین الفقهیه* ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. سبزواری نژاد، حجت (۱۳۹۳) *حقوق جزای عمومی* ج ۱ انتشارات جنگل.

۱۴. شهید ثانی، (۱۳۹۸) *الروضة البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه* ج ۱۰ چاپ اول انتشارات داوری قم.
۱۵. شهید ثانی، (۱۴۱۳) *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام* ج ۱۵، انتشارات موسسه المعارف الاسلامیه
۱۶. شیخ الطائفه طوسی، (۱۳۶۵) *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه* شیخ مفید-دارالکتب العلمیه چاپ چهارم.
۱۷. صفائی، دکتر سید حسین، رحیمی، دکتر حبیب اله (۱۳۹۷) *مسئولیت مدنی و الزامات* خارج از قرارداد انتشارات سمت چاپ سیزدهم.
۱۸. عامری، پرویز، همتی، زینب (۱۳۹۴)، *نقد مبانی فقهی-حقوقی لزوم اخذ برائت از بیمار برای سلب مسئولیت از پزشک*، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز-دوره هفتم شماره دوم
۱۹. علامه حلی، (بی تا) *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه* ج ۳ موسسه الامام الصادق.
۲۰. علامه حلی (بی تا) *ارشاد الاذهان الی الاحکام الایمان* ج ۱، موسسه النشر الاسلامی.
۲۱. علامه حلی (۱۴۱۳) *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام* ج ۳ قم انتشارات اسلامی چاپ اول.
۲۲. فاضل لنکرانی، شیخ محمد، (۱۴۱۸) *تفصیل الشریعه کتاب الدیات*-مرکز فقهی ائمه الاطهار چاپ اول
۲۳. فاضل لنکرانی، شیخ محمد (۱۳۸۱) *سیری کامل در اصول فقه شیعه* ج ۹-انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار قم چاپ اول.
۲۴. فیض کاشانی، (بی تا) *مفاتیح الشرائع* ج ۲ انتشارات مرعشی نجفی.
۲۵. قاسم زاده، نازآفرین، فرامرزی رازینی، فاطمه، صالحی، سید مهدی (۱۳۹۳) *مسئولیت پزشک در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲*-مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی دوره ششم شماره آبان ماه



شماره سوم
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

۲۶. کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۷) مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۷. کلینی، (۱۳۶۷) الکافی ج ۸، ناشر دارالکتب الاسلامیه تهران
۲۸. گلدوزیان، دکتر ایرج (۱۳۸۶) قواعد اساسی حقوق جزا، تهران انتشارات میزان.
۲۹. متقی هندی، (۱۴۰۱) کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال ج ۱۰ ناشر موسسه الرساله چاپ پنجم
۳۰. مجتهد تبریزی، غلام حسین، (۱۳۷۲) اصول مذهب، چاپخانه طوسی چاپ اول ۱۳۷۲ مشهد.
۳۱. محتسب بالله، بسام، (۱۴۰۴) المسوولیه الطبیبیه المدنیه الجزائیه، الطبعة الاولى، دارالایمان بیروت.
۳۲. محقق حلی، (۱۴۱۲) نکت النهایه ج ۳، موسسه النشر الاسلامی چاپ اول.
۳۳. محقق داماد، دکتر سید مصطفی، (۱۳۸۹) فقه پزشکی، چاپ اول تهران انتشارات حقوقی.
۳۴. محقق مقدس اردبیلی، (بی تا) مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان ج ۱۴ بی جا.
۳۵. محمدی، دکتر ابوالحسن، (۱۳۸۹) قواعد فقه تهران انتشارات میزان.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۶) تفسیر نمونه ج ۱۰ دار الکتب الاسلامیه.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۰) بحوث فقهیه هامه - ناشر انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب چاپ اول.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴) کتاب النکاح ج ۳ چاپ اول مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع) قم
۳۹. موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷) قواعد الفقهی ج ۲ و ج ۴ نشر الهادی چاپ اول قم.
۴۰. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۰) تحریر الوسیله ج ۲ چاپ دوم.
۴۱. نجفی جواهری، شیخ محمد حسن، (۱۳۶۲) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ج

۲۷ و ج ۴۳ دارالاحیاء التراث العربی چاپ هفتم.

۴۲. ولیدی، دکتر محمد صالح، (۱۳۸۸)، *بایسته های حقوق جزای عمومی* ج ۲ انتشارات جنگل جاودانه.

۴۳. J.Arthur .JR.Atkinson, Jr., Darrell R. Abernethy, E Charles Daniels, Robert Dedrick, Sanford P. Markey, (۲۰۱۱) *Principles of Clinical Pharmacology*, second edition, Academic press.



شماره سوم
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

