

## تحول در مسئولیت مدنی پزشک: بازگشت افراطی به نظریه تقصیر

سیدمحمد آذین<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۵

### چکیده

اعتقاد عمومی حقوق‌دانان همواره بر این بوده که نباید پزشک را که از سر حسن‌نیت و خیرخواهی به درمان دست می‌زند ضامن هرگونه تلف و خسارت بدنی بیمار دانست و پزشک فقط در صورت تقصیر ضامن جبران زیان‌های وارد بر بیمار برشمرده شده است. اما مشهور فقیهان با این باور موافقت نداشته و اعمال پزشکی را در حکم جنایت شبیه عمد برشمرده‌اند. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، با پذیرش دیدگاه غالب فقهی، پزشک را مطلقاً ضامن زیان‌هایی دانست که به سبب مداوا بر بیمار تحمیل می‌شود. از همان زمان، این حکم با نقد گسترده مواجه شد و ابزار «اخذ براءت» هم نتوانست جامعه پزشکی و حقوقی را قانع سازد. واکنش منفی جامعه پزشکی و حقوقی به این مقرر در جریان تدوین و تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رخ نمود. قانون اخیر، رکن «تقصیر» را نیز بر مبنای اثبات مسئولیت مدنی پزشک افزود. در نتیجه، امروزه دیگر پزشک مسئول از پیش تعیین‌شده زیان‌های احتمالی بر بیمار قلمداد نمی‌شود و اثبات تقصیر ضرورت دارد. همچنین اخذ براءت از جایگاه یگانه قبلی خویش فرو افتاده و با تفسیر منطقی قانون جدید می‌توان دریافت که دیگر هیچ اهمیت عملی ندارد. در این مقاله، با قیاس حکم قانون فعلی مجازات اسلامی با قوانین سابق بر آن، تحول صورت‌گرفته درباره مسئولیت مدنی پزشک ارزیابی می‌شود. بدین منظور از مطالعه تطبیقی، دیدگاه علما و نویسندگان حقوقی و تفسیر منطقی قانون بهره‌گیری شده است.

**واژگان کلیدی:** مسئولیت پزشکی، پزشک، تقصیر، رضایت، براءت

۱. دکتری حقوق خصوصی، استادیار و عضو هیئت علمی پژوهشگاه رویان، پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولیدمثل جهاددانشگاهی، مرکز تحقیقات پزشکی تولیدمثل، گروه اخلاق و حقوق پزشکی، تهران، ایران؛ [azinlawyer@gmail.com](mailto:azinlawyer@gmail.com)

## مقدمه

مسئولیت مدنی پزشک همواره یکی از موضوعات مهم و بحث‌برانگیز در حوزه مسئولیت مدنی بوده و به علت مراجعه عموم مردم به جامعه پزشکی، هم در میان متخصصان علم حقوق و هم در بین سایر اقشار جامعه جلب توجه نموده است. نظام حقوقی کشورمان نیز، از بدو شکل‌گیری مجلس شورای ملی، به پزشکی بی‌توجه نبوده است؛ چنان‌که در سال ۱۲۹۰ شمسی اولین قانون مرتبط با عنوان «قانون طبابت» به تصویب رسید و نخستین گام برای ضابطه‌مند کردن حرفه پزشکی برداشته شد. اختصاص مواد از قانون مجازات عمومی، قانون مجازات اسلامی و برخی از مقررات دولتی<sup>۱</sup> به ضمان طیب، نشانگر استمرار توجه حاکمان به مقوله مسئولیت پزشکی در طی این سالیان بوده است. اما نظام حاکم بر مسئولیت مدنی پزشکان در ایران، با وجود قدمت تقریباً هشتادساله‌اش، با فراز و نشیب‌هایی همراه بوده است. تصویب قانون جدید مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ بر این پیچ‌وخم‌ها افزود و نویسنده را بر آن داشت تا با در نظر داشتن تغییرات اعمال‌شده در مفاد قانون سابق در این خصوص، به تحلیل وضعیت فعلی ضمان پزشکی دست بزند. درست است که پیش‌تر بارها از مسئولیت مدنی پزشک نوشته‌اند و گفته‌ایم، اما قانون جدید، با تحول در یکی از مبانی مسئولیت، بازبینی این موضوع را ناگزیر ساخته است. به دیگر سخن، علاوه بر تعدد قوانین ناظر بر مسئولیت مدنی و تفاوت در مدل‌های احکام آن‌ها و نیز درهم‌آمیختگی تاریخی مباحث ضمان کیفری و مدنی - که آثارش در ورود مقررات مسئولیت مدنی به متن قانون مجازات به‌خوبی مشهود است - تغییر نگرش قانون مجازات جدید به مسئولیت مدنی پزشک اهمیت این مطالعه را دوچندان ساخته است.

حقوق دانان سه رکن «ورود ضرر»، «فعل زیان‌بار» و «رابطه سببیت میان ضرر و فعل» موصوف را اسباب شکل‌گیری ضمان معرفی کرده‌اند. تا خسارتی وارده نشده باشد، تا زیان وارد شده از عمل شخصی نشئت نگرفته باشد، و تا نتوان میان این دو رابطه سببیت عرفی را احراز کرد، مسئولیت شکل نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۳۹). آنچه در این

۱. به عنوان اهم این مقررات، باید به آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته، مصوب مرداد ماه ۱۳۷۳ هیئت وزیران، اشاره کرد.

مقاله بررسی می‌شود، تحلیل سه عنصر پیش‌گفته نیست؛ چه، در آن خصوص بسیار گفته‌اند و مکرر خوانده‌ایم. بر آنیم که در این نوشتار، با توجه به تصویب قانون جدید مجازات اسلامی، نقش «تقصیر» در مسئولیت مدنی پزشک را بررسی کنیم. می‌خواهیم دریابیم که، در حال حاضر و با تغییرات پیش‌آمده، مسئولیت مدنی پزشک مطلق است یا برای ضمان وی باید تعدی و تفریطش را به اثبات رساند. برای رسیدن به پاسخ مناسب، ابتدا لازم است نگاهی به «سابقه مسئولیت مدنی پزشک در فقه و حقوق ایران» بیندازیم (بند اول). بی‌توجه به این پیشینه، نمی‌توان از آنچه روی داده برداشت درستی کرد و تحول صورت‌گرفته را ارزیابی کرد. با تفکیک میان مواردی که ایراد خسارت مستقیماً و بدون دخالت عامل دیگر صورت می‌گیرد (اتلاف) و مواردی که زیان به‌طور غیرمستقیم بر بیمار وارد می‌شود (تسبیب)، در دو قسمت نخست این بند به مطالعه آرای فقیهان و در پی آن، سوگیری نظام حقوقی ایران نسبت به مورد خواهیم پرداخت. «برائت» و «رضایت» همواره دو عمل حقوقی تأثیرگذار در مسئولیت مدنی پزشک بوده‌اند؛ از این رو، هم در فقه و هم در قوانین موضوعه، احکام ویژه‌ای در خصوص آن‌ها صادر شده است. به علت نقش‌آفرینی این دو در اصل و حدود مسئولیت مدنی پزشک، در قسمت سوم بند نخست، به واکاوی آرای فقهی و مقررات موضوعه ایران تا پیش از تصویب قانون فعلی مجازات اسلامی در خصوص «نقش رضایت و برائت در مسئولیت مدنی» پزشک می‌پردازیم.

با در نظر گرفتن این که داعی اصلی نگارش این مقاله بررسی تغییرات ناشی از تصویب قانون اخیر مجازات اسلامی است، ضمن تقسیم‌بندی مشابه بند پیشین، در بند دوم «تحول نظام مسئولیت پزشک در قانون فعلی مجازات اسلامی» را در موارد اتلاف، تسبیب، رضایت و برائت بیمار از نظر می‌گذرانیم و در خاتمه، موضع نهایی حقوق ایران را درباره مبانی مسئولیت مدنی پزشک خواهیم شناخت.

### بند اول: سابقه مسئولیت مدنی پزشک در فقه و حقوق ایران

#### الف) سابقه مسئولیت مدنی پزشک در موارد اتلاف

اتلاف به موردی اطلاق می‌شود که زیان جانی یا مالی مستقیماً و بی‌هیچ واسطه‌ای ناشی از عمل شخص باشد (طاهری، ۱۴۱۸ق، ص ۲۴۶)؛ مانند موردی که کسی بدون هیچ

واسطه‌ای و با فروبردن چاقو به بدن دیگری وی را هلاک می‌کند یا فرضی که شخص به دست خود مال دیگری را به آتش می‌کشد.

فقه امامیه در ضمان‌آور بودن اتلاف تردیدی به خود راه نداده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق.، ص ۳۹۴؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق.، ص ۲۷۱).<sup>۱</sup> این اجماع و قطعیت، در قانون مدنی نمایان شده است. ماده ۳۲۸ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «هرکس مال غیر را تلف کند، ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از این‌که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این‌که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند، ضامن نقص قیمت آن مال است.» اندک آشنایی با فقه و رویه نگارش فقیهان برملا می‌سازد که هر جا سخن از اتلاف و تسبیب به میان آمده، یکی از نمونه‌های عمده آن را آسیب جانی به قربانی فروافتادن در چاه دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق.، ص ۴۶). پس خواننده بر ما خرده نگیرد که چگونه می‌توان از قاعده اتلاف «مال» دیگری به ضمان پزشک رسید.

اما سوال بی‌پاسخ در این قانون آن بود که آیا پزشک را، که از روی حسن نیت و انجام وظیفه انسانی خویش دست به درمان می‌زند، باید در مواردی که خسارت مستقیم وارد می‌شود، مانند مرگ یا نقصان ناشی از جراحی با تیغ برآن، ضمان ناشی از اتلاف سر برید و در صورت ایراد خسارت بر بیمار، ولو ناخواسته و بدون ارتکاب تقصیر، ضامن شمرد؟

فقیهان با دو رویکرد متفاوت به پاسخ نشستند:

- کثیری از فقیهان طبیب را ضامن بی‌چون و چرای خساراتی می‌دانند که از قبل فرایند درمان به بیمار وارد می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۴ق.، ص ۴۴۷؛ حلی، ابن‌فهد، ۱۴۱۰ق.، ص ۴۴۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق.، ص ۱۰۸؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ص ۱۱۶). این دسته مستند خود را روایتی از سکونی قرار داده‌اند که آن را به امیرالمومنین علی (ع) نسبت داده و بر

۱. این دو فقیه، بی‌هیچ تردیدی، ضمان اتلاف را اعم از عمد و خطای تلف‌کننده دانسته‌اند و نیک می‌دانیم که در فقه، مراد از خطا اشتباه بدون ارتکاب تقصیر است.

اساس آن طیب یا بیطار<sup>۱</sup> باید از ولی<sup>۲</sup> کودک یا صاحب حیوان برائت بگیرد وگرنه ضامن است<sup>۳</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ق.، ص ۳۶۴). به عقیده مشهور فقها، حاذق بودن پزشک نیز نمی‌تواند از ضمان وی جلوگیری کند. ایشان معتقدند، از آنجاکه پزشک در فعل خود که درمان یا انجام عمل جراحی است عامد است، اما مرگ یا نقصان بیمار نتیجه‌ای است که او آن را اراده نکرده، عمل وی «شبیبه به عمد» محسوب می‌شود و به علت نخواستن نتیجه از قصاص معاف می‌گردد، اما به سبب مباشرت در اضرار، ضامن دیه است (شهیداول، ۱۴۱۴ق. ص ۴۴۶-۴۴۷).

- در برابر این شهرت فتوایی، ابن ادریس حلی نماینده شهیر نظریه‌ای است که ضمان پزشک را مبتنی بر تقصیر او در درمان بیمار دانسته است. وی در کتاب ارزشمند *السرائر* بر این نظر است که چنانچه پزشک حاذق و توانمندی پس از کسب اجازه از بیمار یا ولی او به درمان یا جراحی وی مبادرت کند و در این میان، بیمار جان دهد یا آسیبی بیند، نمی‌توان پزشک را ضامن دانست (حلی، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق.، ص ۳۲۰ به بعد). وی در اثبات نظر خود ادله جالبی را مطرح کرده که یکی از آنها «قاعده احسان» است. قاعده احسان را باید از موانع بزرگ قول به ضمان پزشک متلف در برابر بیمار خود دانست. پزشک، در امر درمان بیمار، خود محسن است و بر نیکوکاران ضمانی نیست.<sup>۳</sup> سؤالی که این فقیه متقدم مطرح می‌کند این است که آیا در شرع انور جز این است که هر احسانی را جز با احسان نمی‌توان پاسخ داد؟<sup>۴</sup> پس چگونه است که نویسندگان این حکم قرآنی را نادیده می‌گیرند و به مسئولیت پزشک با حسن نیت حکم می‌رانند؟ استدلالات ابن ادریس آنچنان قاطع و قوی بود که، با وجود مخالفت نظر غالب، توانست قرن‌ها به حیات خود ادامه دهد. برخی دیگر از متفکران اسلامی در قرون اخیر هم‌آوای ابن ادریس

۱. از بطر به معنی کفانیدن ریش؛ طیب چهارپایان (غیاث). پجشگ ستور (دهار؛ مهذب الاسماء). طیب چهارپایان (آندراج).

ستورپزشک (در پهلوی). دام‌پزشک (از لغات مصوب فرهنگستان). پزشک چاروا. آن‌که ستور را علاج کند. معالج دواب. پزشک

ستور. ر.ک. لغت‌نامه دهخدا در <http://loghatnaameh.org>

۲. عَلِيُّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.

۳. ما علی المحسنین من سبیل؛ سوره توبه، آیه ۹۱.

۴. هل جراء الاحسان الا الاحسان؛ سوره الرحمن، آیه ۶۰.

شده و فقط در صورتی قائل به ضمان نوعی پزشک شده‌اند که ثابت شود در این خصوص اجماع شکل گرفته است. ایشان، با اشاره به ضعف جدی سند حدیث مستند مسئولیت مطلق و اصل دانستن عدم ضمان، گرایش خود را به نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر نشان داده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق. ۳۸۱).

ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، با تبعیت از نظر مشهور، به ضمان مطلق پزشک حکم کرده است:

«هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.»

اجرای صرف این حکم مشکلات بسیاری را سبب می‌شد.<sup>۱</sup> از این رو قانونگذار به راهکار «اخذ براءت» اقبال نمود؛ راهکاری که تا تصویب قانون فعلی مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ رهایی بخش جامعه طبابت بود. تفصیل این بحث را در قسمت «ج» همین بند خواهیم دید.

#### ب) سابقه مسئولیت مدنی پزشک در موارد تسبیب

تسبیب را تلف جانی یا مالی به نحو غیرمستقیم تعریف کرده‌اند<sup>۲</sup> (نجفی، ۱۴۰۴ق.، ص ۴۷). مثال شناخته شده تسبیب در ادبیات فقهی، حفر چاه یا قراردادن جسم لغزنده در مسیر عبور دیگری است که به آسیب یا مرگ وی منجر شود (مجلسی، ۱۴۰۰ق.، ص ۲۱۱-۲۱۲). مثال بارز تسبیب در آسیب ناشی از سوءدرمان را می‌توان تجویز و توصیه دارو یا مداوایی خاص برای بیمار دانست که به مباشرت وی به درمان بینجامد. صرف نظر از قلم‌فرسایی‌هایی که در خصوص مفهوم «سبب» و تفاوت‌های آن با «علت» و «شرط» صورت پذیرفته و موضوع بحث ما نیست، با توجه به روایات نقل شده و کلام فقیهان امامیه، شرط مسئولیت در فرض تسبیب<sup>۳</sup> تعدی یا تفریط واردکننده زیان است و تا تقصیری

۱. برای دیدن تفسیری که تلاش داشت قانون مذکور را تا حد ممکن با قواعد عمومی مسئولیت مدنی هماهنگ سازد، رک. کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۷۹-۳۸۲.

۲. البته تعریف شیخ مستلزم دور است، زیرا «تسبیب» را تلف به «سبب» فعل دانسته است.

نباشد، رابطه عرفی سببیت میان خسارت وارد شده و فعل ارتکاب یافته احراز نمی‌شود<sup>۱</sup> (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق.، ص ۱۶۰؛ بهبهانی، ۱۴۰۳ق.، ص ۲۵۳-۲۵۶).

قانون مدنی ایران، با عطف نظر به دیدگاه فقیهان، تسبیب را از موجبات مسئولیت مدنی برشمرد و در ماده ۳۳۱ چنین مقرر کرد:

«هرکس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید.»

درست است که این مقرر، سخنی از ضرورت «تقصیر» برای استقرار ضمان به میان نیاورده، اما مفاد مواد ۳۲۲ تا ۳۳۵ همان قانون، با تأکید بر شرطیت تعدی و تفریط در مسئولیت، تردیدی در پذیرش دیدگاه فقیهان باقی نگذاشته است.

ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، به منزله یک قاعده کلی، از «بی احتیاطی» که نماینده «تقصیر» است به عنوان سبب ضمان قهری نام برده و اشعار می‌دارد:

«هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.»

مواد ۵ و ۶ همین قانون مسئولیت ناشی از آسیب‌های بدنی را پیش‌بینی کرده است. با پذیرفتن نظری که قانون مسئولیت مدنی را در تعارض و ناسخ قواعد اتلاف مندرج در قانون مدنی ندانسته و ناظر به تسبیب معرفی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۱-۲۲۳)<sup>۲</sup>، تردیدی نیست که آسیب‌های ناشی از نقص عضو یا مرگ به تسبیب در صورتی باید بر عهده پزشک قلمداد شود که همراه با تقصیر وی بوده باشد. اما منطوق ماده ۳۱۹ قانون سابق مجازات اسلامی، ضمان مطلق پزشک را با قید «معالجه‌هایی که ... دستور آن را صادر می‌کند»، به فرض تسبیب نیز تسری داده بود. به دیگر سخن، بر اساس حکم قانون

۱. البته گاه به صراحت از لزوم تقصیر سخنی به میان نیامده، اما مثال‌هایی که از آن ذکر شده همگی مصداقی از وقوع تعدی و تفریطاند، مانند حفر گودال در زمین غیر یا معبر عمومی یا خسارت ناشی از هجوم سگ پاسبان به مهمانی که با اذن صاحب باغ وارد شده است (مجلسی، ۱۴۰۰ق.، ص ۲۱۱-۲۱۲).

۲. برای دیدن نظری که قانون مسئولیت مدنی را ناسخ ماده ۳۲۸ قانون مدنی در مورد اتلاف دانسته و به موجب آن در اتلاف نیز تقصیر را شرط می‌داند، رک. امیری قائم‌مقامی، ۱۳۴۷ و صفایی، ۱۳۵۱.

مجازات اسلامی ۱۳۷۰، مسئولیت پزشک هم در مورد اتلاف و هم در صورت تسبیب مطلق بوده و تفاوتی نمی‌کرده که وی مستقیماً به معالجه بیمار دست برده یا درمان به توصیه، دستور یا تجویز وی صورت پذیرفته باشد. البته این دیدگاه، مسبوق به سابقه فقهی نیز هست؛ آنجا که فقیهان امر به نوشیدن دارو را سبب قوی‌تر از مباشر (نوشاندن دارو) گرفته و حکم به ضمان طبیب می‌کنند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق.، ص ۳۷۹-۳۸۰).

### پ) سابقه نقش رضایت و برائت در مسئولیت مدنی پزشک

#### پ ۱. سابقه نقش رضایت در مسئولیت مدنی پزشک

جز در موارد اضطراری که تحصیل اذن ممکن نیست، هرگونه مراقبت و درمان پزشکی باید به اذن بیمار یا نماینده او انجام پذیرد؛ زیرا اصولاً تنها کسی که می‌تواند درباره تصرف در بدن انسان تصمیم بگیرد خود اوست. بنابراین پزشک پیش از هر اقدام خطرآفرین باید با تفهیم واقعیت و خطرهای احتمالی از بیمار اذن بگیرد، وگرنه ضامن است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۷۹). این دیدگاه ریشه فقهی دارد و کلام فقیهانی نیز که به صراحت از ضرورت اذن سخن نگفته‌اند، ظهور در لزوم استیذان دارد (شهید اول، ۱۴۱۴ق.، ص ۴۴۸). اگر همچون ابن ادریس مسئولیت پزشک را تابع «قاعده احسان» بدانیم، صرف رضایت بیمار برای رفع ضمان کفایت می‌کند و دیگر نیازی به برائت‌جستن از مسئولیت نیست؛ چه، اساساً از نظر این اندیشمندان ابراء ضمان قبل از آسیب ناشی از فرایند درمان از مصادیق ابراء ما لم یجب و نامعتبر است (همان، ص ۴۴۹). اما غالب فقیهان که به مسئولیت مطلق پزشک باور دارند، رضایت بیمار را برای دفع مسئولیت مدنی طبیب لازم دانسته، اما کافی نمی‌شمرند. ایشان، با قیاس درمان ناکام بیمار با جنایت خطای محض، چنین استدلال می‌کنند که وقتی در دومی که نه قصد فعل وجود داشته و نه قصد نتیجه ضمان شکل می‌گیرد، به طریق اولی در عمل پزشک - که پیش‌تر دیدیم جنایت شبیه‌عمد دانسته شده - می‌توان به مسئولیت قائل بود (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق.، ص ۱۰۸).

با در نظر گرفتن اندیشه‌های فقهی پیش‌گفته، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، در بند ۲ ماده ۵۹، «هرنوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود» را جرم ندانسته و از دامنه مسئولیت کیفری پزشک خارج ساخته است. سابقه این



حکم قانونی به بندهای ۲ و ۳ ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی اصلاحی سال ۱۳۵۲ باز می‌گردد که مقرر می‌داشت:

«اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود:

۲) هر نوع عمل جراحی یا طبی که ضرورت داشته و با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی انجام شود.

۳) هر نوع عمل جراحی یا طبی که به شرط رضایت صاحبان حق و با رعایت نظاماتی که از طرف دولت تصویب و اعلام می‌شود انجام گیرد.»

بند ۳ این ماده با اصلاحات سال ۱۳۶۱ مجلس شورای اسلامی حذف و بند ۲ آن، با اندک تغییری، به بند ۲ ماده ۳۲ قانون راجع به مجازات اسلامی بدل گردید و در آن به جواز درمان بدون رضایت در موارد فوری حکم شد. در اصلاح این ماده و جایگزینی آن با ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، عمده تغییر صورت گرفته حذف واژه «ضرورت» و تبدیل آن به واژه «مشروع» بود که بدین ترتیب قانونگذار هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع را، اعم از آن که ضروری باشد - همچون عمل قلب - یا نباشد - همچون عمل زیبایی بینی - به شرط اخذ رضایت، از حیطة جرائم خارج کرد (عباسی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۵-۲۲۶).

اما ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به صراحت گرفتن رضایت بیمار یا ولی او را سبب سقوط ضمان حقوقی ندانست و بدین طریق، مسئولیت مدنی پزشک راه خود را از مسئولیت کیفری جدا کرد. البته در موارد فوری مانند مواردی که عدم معالجه یا جراحی سریع به مرگ بیمار می‌انجامد، به دلالت ذیل بند ۲ ماده ۵۹، اخذ رضایت ضرورتی نداشت. در قسمت سوم از بند دوم، در این خصوص بیشتر خواهیم گفت.

پ ۲. سابقه نقش براءت در مسئولیت مدنی پزشک

با توجه به تعاریف حقوقی و فقهی، می‌توان «ابراء» طبیب را «فارغ ساختن ذمه وی توسط بیمار یا اولیاء قانونی اش نسبت به پیامدهای خسارت بار درمان» دانست، اعم از آن که پیش

از ورود خسارت صورت گیرد یا پس از آن.<sup>۱</sup> اما از آنجاکه ابراء ذمه پزشک پس از درمان و ایراد خسارت مشمول قواعد عمومی ابراء موضوع ماده ۲۸۹ قانون مدنی است، آنچه محل تردید بوده و قانون مجازات اسلامی برای رفع این گمان به صراحت درباره آن اظهار نظر کرده، ابراء پزشک پیش از درمان بوده است. ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی سابق چنین حکم می‌کرد:

«هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان برائت حاصل نماید، عهده‌دار خسارت پدیدآمده نخواهد بود.»

ماده ۶۰ همان قانون هم مقرر می‌داشت:

«چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او برائت حاصل نموده باشد ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد.»  
مفاد این ماده، علاوه بر تأکید و تکرار حکم ماده ۳۲۲، حاوی یک نکته جدید بود: «در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد.»  
یکی از نویسندگان سه شرط را برای جمع بین این حکم و اخلاق حسنه لازم دیده است:

نخست، رضای بیمار در پذیرش شرط برائت در صورتی نافذ است که آگاهی لازم درباره پیامدهای درمان یا جراحی به بیمار داده شده باشد و او بتواند با آگاهی و اختیار خطر را بپذیرد.

دوم، از آنجاکه شرط برائت در این زمینه نوعی شرط عدم مسئولیت است، نسبت به اضرار عمدی یا آنچه در حکم عمد است (مانند جا گذاشتن چاقوی جراحی در شکم بیمار یا عمل جراحی در حال مستی)، برخلاف نظم عمومی تلقی می‌شود و به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی بی‌اثر است.

---

۱. یکی از نویسندگان ابراء را میرآساختن ذمه پزشک «قبل از درمان» تعریف کرده است که به خروج ابراء پس از درمان از تعریف منجر می‌شود و از این جهت مورد نقد است (عباسی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۲).

سوم، تحصیل براءت فقط برای اعمالی مؤثر است که برای بیمار مفید باشد و به همین هدف انجام شود. پزشک نمی‌تواند برای اعمال غیرمفید از بیمار رضایت بگیرد، هرچند به‌منظور پیشرفت تحقیقات علمی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۸۳-۳۸۴). شایسته بود چنین شرایطی در خود قانون پیش‌بینی می‌شد تا در برابر افراطی که در حکم ضمان مطلق پزشک (ماده ۳۱۹ قانون سابق مجازات اسلامی) دیده می‌شد، دچار تفریطی این چنین نشویم و به بهانه اخذ قبلی براءت، دست پزشک را در اهمال‌کاری و بی‌توجهی به عواقب سوء درمان باز نگذاریم.

امکان اخذ براءت از روایت سکونی از امیرالمومنین علی (ع) استنباط شده که طیب را جز در مورد اخذ براءت ضامن دانسته‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق.، ص ۳۶۴). عمده فقیهان به استناد همین خبر ابراء پیش از درمان را جایز دانسته و در توجیه آن گفته‌اند، از آنجاکه از درمان‌گزی نیست و با بیشترین حد ضرورت مواجهیم، واجب می‌آید که ابراء را تشریح کنیم تا بدین حیلت درمان امکان‌پذیر شود (حلی، ۱۴۰۳ق.، ص ۴۰۲؛ طوسی، ۱۴۰۰ق.، ص ۷۶۲؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق.، ص ۴۹۹؛ حلی، ۱۴۰۵ق.، ص ۵۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۲ق.، ص ۴۲۱-۴۲۲). البته محقق حلی ابراء پزشک به صرف رضایت به درمان را بعید ندانسته (محقق حلی، همان) و همان‌طور که پیش‌تر دیدیم، ابن ادریس ابراء را اسقاط مالم یجب و در نتیجه باطل شمرده است (حلی، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق.، ص ۳۷۳).

**بند دوم: تحول نظام مسئولیت مدنی پزشک در قانون فعلی مجازات اسلامی**

**الف) مسئولیت مدنی پزشک در موارد اتلاف در قانون فعلی مجازات اسلامی**

ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد:

«هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است، مگر آن‌که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این‌که قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود.»

تبصره ۱- در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند براءت اخذ نکرده باشد.

تبصره ۲- ولی بیمار، اعم از ولی خاص است مانند پدر و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رئیس قوه قضائیه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه نسبت به اعطاء براءت به طیب اقدام می‌کند.»

هرچند هنوز برای داوری در خصوص سوگیری رویه قضائی در اجرای این ماده زود است، اما نص قانون حکایت از تغییر بنیادین در نگرش قانونگذار درباره مسئولیت پزشک دارد. بنا بر صدر ماده و نیز تبصره ۱، مسئولیت مطلق به مسئولیت مبتنی بر تقصیر بدل گشته و آنچه مفسران حقوقی<sup>۱</sup> تعهد پزشک به نتیجه می‌خواندند و بر آن نقدها داشتند، دیگر تعهد به وسیله است. بنابراین، پزشک فقط در صورت ارتکاب تقصیر مسئولیت مدنی دارد و در صورتی که فرایند درمان به شکل نظام‌مند و متعارف یا به تعبیر قانون «مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی» صورت گرفته باشد، ضامن خسارات وارد شده به بیمار نیست. تبصره ماده ۱۴۵ قانون فعلی مجازات اسلامی تقصیر را اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی معرفی کرده و مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی را از مصادیق رفتار تقصیرکارانه برشمرده است. با توجه به مطالب فوق، قانونگذار، برخلاف سال ۱۳۷۰، این بار نظر مشهور فقهی را ملاک عمل قرار نداده و به ندای ابن ادریس که «محسن» را شایسته پاسخی درخور آ به غیر از ضمان - می‌دانست لیبک گفته است.

آنچه در این قانون معیار رفتار متعارف و غیرتقصیرکارانه معرفی شده با نظریه نوعی و اجتماعی تقصیر هماهنگی دارد؛<sup>۱</sup> به دیگر سخن، برای تشخیص تقصیر پزشک، باید رفتار وی را در همان شرایط و اوضاع و احوال ویژه با رفتار یک پزشک متعارف و معقول سنجید. این رفتار لزوماً کامل‌ترین و بی‌نقص‌ترین واکنش نیست و ممکن است به تبع شرایط زمانی و مکانی متفاوت باشد. برای مثال، معالجه فوری یک بیمار در محیطی به دور از شهر و امکانات اولیه بهداشتی را نمی‌توان با معالجه بیمار در محیط بیمارستانی در شهری پیشرفته قیاس کرد.

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم نوعی و اجتماعی تقصیر، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۶۲-۳۶۴.

ب) مسئولیت مدنی پزشک در موارد تسبیب در قانون فعلی مجازات اسلامی برخلاف قانون مجازات سابق، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ماده‌ای مستقل به خسارت به تسبیب توسط پزشک اختصاص داده شده است. ماده ۴۹۶ قانون جدید اعلام می‌دارد:

«پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می‌نماید، 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 می‌شود 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 ایجادشده در معالجات پزشکی طبق ماده ۴۹۵ عمل می‌شود.»

به‌رغم ظاهر این ماده که چنین می‌نماید اصل را بر مسئولیت پزشک نهاده، همچنان از قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر تبعیت شده و مبنای مسئولیت به ماده ۴۹۵ حواله گشته است که چیزی جز ضمان مبتنی بر تقصیر در فرض اتلاف پزشک نیست. بنا بر صدر ماده، خساراتی که به‌طور غیرمستقیم از عمل پزشک حاصل شود - همچون درمان به دستور وی - فقط در صورتی او را مسئول می‌سازد که ثابت شود زیان وارد شده ناشی از تقصیر پزشک در ارائه راهکار درمانی مناسب بوده است. بار اثبات بر عهده بیمار یا ورثه او نهاده شده و خبری از فرض مسئولیت پزشک نیز نیست. تبصره ۱ ماده ۴۹۶ تکرار قاعده «ضمان سبب اقوی از مباشر» است که به‌منظور تأکید بیشتر، مستقلاً وضع شده و علم مباشر به خسارت بار بودن درمان را مصداق سبب قوی‌تر از مباشر برشمرده است. قانونگذار که در قانون سابق مجازات بی‌علاقگی خود را به تقسیم مسئولیت - در فرضی که یکی از عوامل خسارت قوی‌تر است - نشان داده بود، این بار نیز در فرض آگاهی

۱. مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ قانون سابق مجازات اسلامی ۱۳۷۰

بیمار یا پرستار - یا هر شخص ثالث دیگری که فرایند درمان را مباشرت می‌کند - بار مسئولیت را به‌طور کامل از عهده پزشک برداشته است.

حکم تبصره ۲ ماده ۴۹۶ چیزی افزون بر ماده ۴۹۵ و صدر و تبصره اول ماده ۴۹۶ دربر ندارد. با توجه به متن اولیه این تبصره، به نظر می‌رسد نویسندگان قانون در پی تأکید بر براءة پزشک از پرداخت دیه در صورت عدم تقصیر بوده‌اند که با توجه به اصلاح صورت گرفته در متن نهایی و حذف واژه «دیه»، باقی ماندن این تبصره بلاوجه است. در ضمن، اگر رویه موجود در انحصار زیان‌های بدنی به دیه را در نظر آوریم، حتی همان متن اولیه تبصره ۲ نیز، با وجود ماده ۴۹۵، زائد بوده است.

#### پ) نقش رضایت و براءة در مسئولیت مدنی پزشک در قانون فعلی مجازات اسلامی

پ ۱. نقش رضایت در مسئولیت مدنی پزشک در قانون فعلی مجازات اسلامی  
قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، با وجود تلاش برای تفصیل احکام مجمل قانون پیشین، از بحث پیرامون نقش رضایت در مسئولیت مدنی پزشک غافل مانده است. البته بند ج ماده ۱۵۸ قانون اخیر، با وجود تغییرات جزئی انشایی، تکرار بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات سابق است که از رفع مسئولیت کیفری پزشک در صورت اخذ رضایت بیمار یا سرپرست وی برای انجام هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع سخن می‌گوید؛<sup>۱</sup> اما در مواد ۴۹۵ تا ۴۹۷ قانون فعلی مکرراً از اخذ براءة یاد شده اما از لزوم استیذان از بیمار یا سرپرست وی ذکری نرفته است. حال این سوال طرح می‌شود که آیا با توجه به سکوت مقنن، برای معافیت از مسئولیت مدنی دیگر نیازی به گرفتن رضایت از بیمار نیست؟ ممکن است گفته شود از آنجاکه سکوت قانونگذار در مقام بیان بوده است، باید شرطیت اخذ رضایت را برای معافیت از مسئولیت مدنی منتفی دانست و، به استناد نص ماده ۴۹۵، فقط به اخذ براءة از بیمار بسنده کرد. همچنین می‌توان استدلال کرد که وقتی

۱. یک تفاوت دیگر میان بند ج ماده ۱۵۸ قانون فعلی و بند ۲ ماده ۵۹ قانون سابق در این است که در قانون اخیر، نفس عمل پزشکی جرم دانسته شده اما مستحق مجازات شمرده نشده (علل رافع مسئولیت)، در حالی که در قانون سابق به استناد صدر ماده ۵۹، اساساً عمل درمانی جرم محسوب نمی‌شد (علل موجه جرم). برای مطالعه بیشتر در خصوص تفاوت‌های مفهومی علل رافع مسئولیت و علل موجهه جرم ر.ک. نوربها، رضا، ۱۳۸۱.

بیمار ذمه طبیب را از مسئولیت ابراء می‌کند، به طریق اولی نظر به رضایت به درمان دارد. رضایت بی‌برائت متصور است، درحالی‌که برائت بی‌رضایت ممتنع است. به نظر می‌رسد استدلال فوق در صورتی صحیح باشد که مفاد برائت به طریقی دلالت بر رضایت نیز داشته باشد. اصولاً می‌توان ابراء پزشک را تصور نمود، بی‌آن‌که بیمار در آن مقطع زمانی به درمان رضایت داده باشد؛ مانند موردی که بیمار، به دلیل پیچیدگی بیماری و احتمال اندک موفقیت، پزشک را از مسئولیت معاف می‌دارد، اما برای آخرین ریزنی پیش از معالجه از او فرصت می‌خواهد. اینجا هنوز رضایت به درمان داده نشده، درحالی‌که پزشک از مسئولیت احتمالی آتی ایمن شده است. اما باید پذیرفت که در غالب موارد، ابراء پزشک در نظر عرف عقلاً به منزله رضایت ضمنی بر انجام درمان نیز هست. با در نظر گرفتن این رویه متعارف و با عنایت به قاعده اصولی «الحاق هر امر مردّد به مورد اعم و اغلب»<sup>۱</sup> (قمی، ۱۳۷۸ق، ص ۱۷)، باید اصل را بر دلالت برائت بر رضایت ضمنی به درمان نهاده و پزشک ابراء شده را معاف از اخذ رضایت مستقل دانست، مگر بنا به صراحت مفاد ابراء، یا مستنبط از قرائن و اوضاع و احوال برائت دلالتی بر رضایت به درمان نداشته باشد.

پس سکوت قانون‌گذار درباره اثرگذاری رضایت در سقوط مسئولیت مدنی پزشک را نباید حمل بر حذف رضایت از شروط معافیت از ضمان دانست. پیشینه فقهی نیز این نظر را نمی‌پذیرد. این سکوت را می‌توان با در نظر گرفتن کفایت ابراء از رضایت در نظر عرف تحلیل کرد و بر آن بود که اصولاً اخذ برائت به مثابه اخذ رضایت نیز تفسیر می‌شود، مگر خلاف آن ثابت شود. این تحلیل با نگرش متعارف جامعه و عدم تفکیک دقیق میان مفهوم رضایت و برائت پزشکی هم سازگار است.

اما اشکال واقعی تقلیل مفهوم رضایت به برائت در موضوع «رضایت آگاهانه» خود را می‌نماید. حقیقت آن است که معمولاً پزشک، در جریان اخذ برائت، بیمار را از شرح آنچه قرار است در فرایند درمان اتفاق افتد قرار نمی‌دهد. متأسفانه پزشکان نوعاً خود را به درمیان گذاشتن وضعیت سلامت بیمار، چگونگی انجام درمان به زبان ساده و قابل فهم برای بیمار، عوارض و آثار احتمالی درمان یا ترک درمان و شانس موفقیت احتمالی عمل

۱. الظنّ يلحق الشيء بالاعمّ بالاعظم

مکلف نمی‌دانند. این درحالی است که امروزه، در نظام‌های حقوقی مترقی، مهم‌ترین شرط ضروری برای انجام عمل درمانی یا تشخیصی پزشکی رضایت آگاهانه بیمار دانسته می‌شود؛ یعنی رضایتی که در پی توضیحی تفصیلی و درعین حال قابل فهم برای بیمار به دست آید؛ توضیحی درخصوص مخاطرات درمان، احتمال موفقیت و آثار و عوارض احتمالی درمان و ترک آن.

ضرورت داشت قانونگذار به جای تأکید بیهوده بر اخذ برائت، که با توجه به تحولات قانونی به امری عبث تبدیل شده است، بر اهمیت اخذ رضایت آگاهانه تأکید می‌کرد و پزشک را به دادن اطلاعات کامل و قابل فهم از روند درمان و وضعیت بیمار متعهد می‌کرد. صرف اخذ رضایت، بدون اطلاع‌رسانی شفاف و صادقانه، به منزله عدم اخذ رضایت است و این مهم باید در اصلاحات قانونی آتی مدنظر قرار گیرد. اما اکنون، با توجه به شکل‌گیری عرف خاص درخصوص تعهد پزشک به ارائه اطلاعات به بیمار، می‌توان به التزام پزشک به تحصیل رضایت آگاهانه بیمار با استناد به الزام عرفی حکم داد.

#### پ ۲. نقش برائت در مسئولیت مدنی پزشک در قانون جدید مجازات اسلامی

هرقدر جایگاه اخذ برائت در قانون سابق مجازات اسلامی رفیع و منحصر به فرد بود - تا حدی که بر پایه ظاهر قانون به کلی پزشک را معاف می‌ساخت - نقش آن در قانون جدید معطل و توجیه‌ناشدنی مانده است. در متن اولیه ماده ۴۹۵ تبصره ۱ فعلی پیش‌بینی نشده بود. اما در متن نهایی، این تبصره با عبارت زیر ابراء طیب را از اساس بی‌اثر نمود:

«در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند برائت اخذ نکرده باشد»<sup>۱</sup>.

با این حساب، خسارات ناشی از طبیعت درمان و معالجه و یا جراحی، حتی در صورتی که ابراء پزشک صورت نگرفته باشد، هیچ‌گونه ضمانتی در پی نخواهد داشت. پزشکی که همه احتیاطات لازم را در نظر می‌گیرد، می‌تواند بدون اخذ برائت به درمان پردازد و از مسئولیت مدنی در امان بماند.

۱. یکی دیگر از نقدهایی که بر تبصره ۱ ماده ۴۹۵ قانون جدید مجازات اسلامی وارد است، ذکر مستقل «تقصیر» و «قصور» است. مشخص نیست آیا منظور قانونگذار از قصور امری متفاوت از تقصیر بوده یا فقط از باب حشو به کار رفته است. در ضمن، اگر مراد از قصور، عدم حصول نتیجه مورد نظر، یعنی بهبود بیمار، باشد هم ذکر آن بی‌معناست؛ زیرا با این تفسیر، قانونگذار پزشک را مسئول جبران خسارت‌هایی که اساساً وارد نشده ندانسته است!



ممکن است این ایراد به ادعای ما وارد شود که حتی اگر عدم اخذ برائت، به خودی خود، موجبات ضمان پزشک را فراهم نمی‌آورد، اما اخذ برائت بر منوال مدلول قانون سابق می‌تواند به رهایی مطلق وی از مسئولیت منجر شود. پس برائت به کلی از ایفای نقش باز نایستاده است.<sup>۱</sup> اما نگاهی دقیق‌تر به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی این توهم را هم از ذهن می‌زداید. صدر این ماده اشعار داشته 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 این‌که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود...». عطف عبارت «مرتکب تقصیری هم نشود» به جمله پیش از آن، «قبل از معالجه برائت گرفته باشد»، با حرف عطف «و»، به روشنی نشان می‌دهد که صرف اخذ برائت به تنهایی نافی مسئولیت مدنی پزشک نیست. در کنار اخذ برائت، پزشک باید همه احتیاطات لازم را رعایت و از کلیه قواعد فنی و نظامات پزشکی تبعیت کرده باشد؛ چراکه در غیر این صورت مقصر شناخته می‌شود و به استناد فقد یکی از دو شرط نفی ضمان (عدم تقصیر) مسئول جبران خسارات وارد شده خواهد بود. با در نظر گرفتن این نکته و نیز تبصره ۱ ماده ۴۹۵ درمی‌یابیم که در نظام جدید مسئولیت مدنی پزشک در ایران، برائت هیچ جایگاهی ندارد و آنچه در ایجاب و سلب ضمان اهمیت دارد وجود یا عدم تقصیر در رفتار طیب است.<sup>۲</sup>

متأسفانه ایرادات قانون جدید به همین تناقضات محدود نمی‌شود. با توجه به تفسیر منطقی که از مواد ۴۹۵ و ۴۹۶ به دست داده شد، ماده ۴۹۷ در بردارنده هیچ حکم جدیدی نیست:

«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.»

۱. گروهی از استادان حقوق اخذ برائت را باعث انقلاب دعوا و تحقق فرض تقصیر پزشک قلمداد نموده و بار اثبات عدم تقصیر را بر عهده طیب دانسته‌اند. با توضیحاتی که از نظر خواهد گذشت، دلایل مخالفت نویسنده با این دیدگاه روشن خواهد شد: ر.ک. صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۸-۱۵۹.

۲. برای مشاهده دیدگاه موافق ر.ک. قاسم‌زاده و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۹.

این درحالی است که مدلول این ماده را می‌شد به قیاس اولویت از حکم ماده ۴۹۵ دریافت. وقتی بنا بر تبصره ۱ این ماده، در شرایط غیراضطراری هم صرف عدم تقصیر- حتی اگر برائت اخذ نشده باشد - برای فرار از مسئولیت مدنی کافی است، به طریق اولی در موارد فوری که امکان اخذ برائت نباشد، صرف عدم برائت مسئولیت‌زا نخواهد بود. پس چه ضرورتی داشت که حکم ماده ۴۹۷ به این شکل بیان شود؟ آیا جز این است که ذکر قید «موارد ضروری» در این ماده فقط بر ابهام آن افزوده و در نگاه نخست، به قضاوتی نادرست درخصوص جایگاه و نقش برائت در نظام جدید مسئولیت مدنی پزشک خواهد انجامید؟

### نتیجه‌گیری

اصلاح مقررات ناظر بر مسئولیت مدنی پزشک در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به تحولی بنیادین انجامیده است: پزشک فقط در صورتی مسئول است که مرتکب تقصیر شده باشد. تقصیر در فرایند درمان به معنای عدول از رفتار پزشکی متعارف در اوضاع و احوال زمانی و مکانی ویژه مورد است. بار اثبات مسئولیت بر عهده قربانی یا خویشان اوست. پزشک همچون گذشته باید معالجه را، مگر در موارد اضطراری، با اذن بیمار یا سرپرست وی صورت دهد. قانونگذار تلاش کرده با تعریف ولی بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ به اخذ رضایت و برائت به ویژه در موارد فوری نظم قانونی بدهد. البته می‌توان بر این اور بود که اخذ برائت از بیمار، به‌طور ضمنی دربردارنده اذن در معالجه نیز هست، مگر آن‌که بیمار خلاف آن را اثبات کند. دیدیم که برخلاف نظام سابق، با لحاظ کردن تفسیر منطقی مواد ۴۹۵ و ۴۹۶ قانون فعلی مجازات اسلامی، از برائت فقط نامی مانده که واجد هیچ‌گونه اثر حقوقی نیست. قانونگذار درحالی بخشی از دیدگاه ابن ادریس را درباره ضمان مبتنی بر تقصیر پزشک به رسمیت شناخته که، برخلاف این اندیشمند متقدم، برائت را هم پذیرفته و در صدد بوده نقش سابق این نهاد را حفظ کند؛ غافل از آن‌که، با وجود مسئولیت مبتنی بر تقصیر، برائت نه‌تنها اهمیت پیشین خود را از دست می‌دهد، بلکه امروزه به امکان درج شرط عدم مسئولیت نسبت به خسارت به جان و سلامت بیمار به دیده تردید می‌نگرند و بسیاری آن را نامشروع قلمداد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۸۱). خوشبختانه تناقض‌گویی‌های قانون جدید، درمجموع به این تفسیر منطقی نظم و

قوام می‌یابد که اخذ برائت به‌خودی خود در رفع مسئولیت مدنی پزشک اثری ندارد و در صورت انجام بدون تقصیر درمان است که وی ضامن تلقی نخواهد شد، حتی اگر برائت اخذ نکرده باشد. البته اخذ برائت می‌تواند قرینه‌ای از اخذ رضایت شمرده شود و به رفع مسئولیت کیفری پزشک منجر گردد؛ بااین‌همه نباید از نظر دور داشت که اخذ رضایت آگاهانه به نحوی که بیمار پیش از اقدام پزشک از وضعیت سلامتی خود، خطرهای و مزایای درمان و احتمال موفقیت و شکست آن مطلع شود، امروزه به یک ضرورت اخلاقی و حقوقی جهان‌شمول بدل شده است و تقلیل اخذ برائت به قرینه‌ای برای جلب رضایت مشکل آگاهانه‌نبودن آن را حل نمی‌کند.

آنچه بیان شد، حکایت از بازگشت نظام حقوقی ایران به نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر پزشک دارد؛ بازگشتی که در عین محاسنی که به ویژه برای جامعه پزشکی به همراه دارد، ممکن است به حقوق بیماران آسیب برساند.

یک مطالعه تطبیقی اهمیت حمایت از قربانیان اعمال زیان‌آور پزشکی را در جهان امروز بیشتر نمایان می‌سازد. در فرانسه، بر اساس قانون بهداشت عمومی<sup>۱</sup>، در سه مورد ذیل مسئولیت بدون تقصیر برقرار شده است؛ بدین معنا که صرف اثبات ورود خسارت ناشی از این اقدامات بیمار را قادر می‌سازد تا خسارت خود را از دولت مطالبه کند:

۱. واکسیناسیون اجباری؛ اگر در جریان واکسیناسیون اجباری شخص به یک بیماری جدید آلوده شد، می‌تواند خواهان جبران زیان وارده شود.

۲. تحقیقات زیست‌شناختی و بیولوژیک؛ اگر شخصی خود را در خدمت چنین پژوهش‌هایی قرار داده باشد، مشروط بر آن‌که این اقدامات بدون هیچ چشم‌داشت مادی صورت گرفته باشد، باید جبران خسارت شود.

۳. انتقال خون؛ سازمان‌های انتقال خون در کشور فرانسه، از آنجاکه مکلف به تصفیه مناسب خون‌های اهدایی‌اند، مسئول جبران ضرر واردشده به کسانی هستند که از جریان انتقال خون لطمه خورده‌اند (Penneau, 1996, pp. 66-67).

1. Le Code de la Sante Publique Francais 2000

همچنین در ایالات متحده، بر اساس رأی قدیمی که در سال ۱۹۶۹ از سوی دادگاه تجدیدنظر ایالت ایلینویز صادر شد، به مسئولیت مطلق بیمارستانی حکم شد که با تزریق خون آلوده به هیاتیت به بیماران زمینه‌ساز آلودگی آنها به این ویروس شد.<sup>۱</sup> از سوی دیگر، گرایش دکتترین حقوقی در کشورهای توسعه‌یافته بر مسئول تلقی کردن پزشک و بیمارستان در فرضی است که به واسطه نقص کارکرد تجهیزات پزشکی استفاده‌شده یا کاشته‌شده در بدن بیمار به سلامت وی خللی وارد می‌شود (Pleiones, 1999, p. 499).

موارد فوق نمونه‌هایی است از مواردی که مسئولیت پزشک، بر اساس نظریه خطر، رو به سوی مطلق شدن داشته است. در مقاله‌ای که از نگارنده پیش‌تر به چاپ رسیده است، به تفصیل توضیح داده شد که چگونه می‌توان، با ابتدای مسئولیت مدنی پزشک بر قاعده غرور، میانه میدان را نگاه داشت و هم پزشکان را خرسند داشت و هم بیماران را در مواردی که اوضاع و احوال عرفاً زمینه‌ساز اعتمادشان به پزشک می‌شود حمایت کرد.<sup>۲</sup> در یک کلام، می‌توان قانون جدید مجازات اسلامی را واکنشی تند و تیز به نقدهایی دانست که در طول بیست و اندی سال گذشته مکرراً بر مسئولیت مطلق پزشک وارد شده است؛ نقدهایی که آن‌چنان سخت کارگر افتاد که بیم آن می‌رود دشواری‌های اثبات تقصیر پزشک، این بار نقدهایی را در حمایت از قربانیان سوء درمان برانگیزد. شایسته بود با استثنا نمودن برخی از زمینه‌های درمانی، همچون آنچه در فرانسه و ایالات متحده شاهدیم، هم‌زمان با اقدام اصلاحی در جهت پشتیبانی از فعالیت‌های خیرخواهانه جامعه پزشکی، برای پاره‌ای اقدامات طبی مسئولیت مطلق پیش‌بینی می‌شد تا از بروز ابهام در امکان جبران خسارت فجایعی مانند آلوده‌شدن بیماران مبتلا به هموفیلی به خون‌های آلوده به ایدز پیشگیری می‌شد.

1. 113 Ill. App. 2d 74 (Ill. App. Ct. 1969), 251 N.E.2d 733

۲. برای مطالعه تفصیلی در این باره ر.ک. کریمی و آذین، ۱۳۸۶، ص ۷۷-۱۲۰.

## منابع

- ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ ق.). *المهذب*. ج ۲. دوره ۲ جلدی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بهبهانی، محمدباقر (۱۴۰۳ ق.). *مقام الفضل*. ج ۱. دوره ۲ جلدی. قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی، چاپ اول.
- حلبی، ابوصلاح (۱۴۰۳ ق.). *الکافی فی الفقه*. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین (علیه السلام)، چاپ اول.
- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰ ق.). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. ج ۳. دوره ۳ جلدی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: چاپ دوم.
- حلی، ابن فهد (۱۴۱۰ ق.). *المقتصر من شرح المختصر*. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول.
- حلی، حسن (ملقب به علامه حلی). (۱۴۱۳ ق.). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. ج ۳. دوره ۳ جلدی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- حلی، یحیی (۱۴۰۵ ق.). *الجامع للسرائع*. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه، چاپ اول.
- شهید اول، محمد (۱۴۱۴ ق.). *غایه المراد فی شرح نکت الارشاد*. ج ۴. دوره ۴ جلدی. قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین العابدین (۱۴۱۰ ق.). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه* (محشای کلانتر). ج ۱۰. دوره ۱۰ جلدی. قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- صفایی، حسین (۱۳۵۱). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. ج ۲ (تعهدات و قراردادها). تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری
- صفایی، حسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۹). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*. تهران: انتشارات سمت، چاپ سیزدهم.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ ق.). *حقوق مدنی*. ج ۲. دوره ۵ جلدی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- طوسی، ابو جعفر محمد (۱۴۰۰ ق.). *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*. بیروت: دارالکتاب العربی، چاپ دوم.

- عباسی، محمود (۱۳۸۸). مسئولیت پزشکی. تهران: مؤسسه فرهنگی حقوقی سینا. انتشارات حقوقی. چاپ اول.
- فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶ق.). *كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام*. ج ۷. دوره ۱۱ جلدی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- فخرالمحققین، محمد (۱۳۸۷ق.). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. ج ۴. دوره ۴ جلدی. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فیض کاشانی، محسن (بی تا). *مفاتیح الشرائع*. ج ۲. دوره ۳ جلدی. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۴۷). *حقوق تعهدات*. ج ۱. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. قاسم زاده، نازآفرین، فرامرزی رزینی، فاطمه، علی پور قوشچی، سلمان و صالحی سیدمهدی (۱۳۹۳). «مسئولیت مدنی پزشک در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲». *اخلاق و تاریخ پزشکی*، دوره ۷. شماره ۳، ص ۱-۱۲.
- قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۸ق.). *قوانین الاصول*. قم: کتابفروشی علمیه اسلامی، چاپ دوم. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *الزامهای خارج از قرارداد*. ج ۱، قواعد عمومی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *الزامهای خارج از قرارداد*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پنجم. کریمی، عباس و آذین سیدمحمد (پاییز ۱۳۸۶). «اعمال قاعده غرور در چارچوب مسئولیت مدنی پزشکی». *فصلنامه حقوق پزشکی*. شماره ۲. ص ۷۷-۱۲۰.
- کلینی، محمد (۱۴۰۷ق.). *الکافی*. ج ۷. دوره ۸ جلدی. تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۰ق.). *یک دوره فقه کامل فارسی*. تهران: مؤسسه و انتشارات فراهانی، چاپ اول.
- محقق حلی، جعفر (۱۴۱۲ق.). *نکت النهایه*. ج ۳. دوره ۳ جلدی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق.). *مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الازهان*. ج ۱۳. دوره ۱۴ جلدی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق.). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. ج ۳۷. دوره ۴۳ جلدی. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نوربها، رضا (۱۳۸۱). *زمینه حقوق جرای عمومی*. تهران: گنج دانش، چاپ ششم.

Cunningham V. MacNeal Memorial Hospital, 113 Ill. App. 2d 74(Ill. App. Ct. 1969) – 251 N.E. 2d 733

Penneau, J. (1996). *La responsabilite du medicine*. Seconde edition, Paris: Dalloz.

Pleiones, L. (1999). "Passing the essence test: Health care providers escape strict liability for medical devices". *South Carolina Law Review*, 50(2), 464-501.

## Evolution of the Physician Civil Liability: An extreme return to the fault theory

Seyed Mohammad Azin<sup>۱</sup>

### Abstract

It has always been a common legal idea that a physician shouldn't be liable of patients' corporal loss made without any fault. Doctor's liability is rationally restricted by his abilities and therefore, he should not be considered responsible for those injuries made without his fault. But most Shiite jurists reject this belief. They account physician's treatments as quasi-intentional crime and as the result, impose absolute liability on doctors. The Islamic criminal law approved by 1992, accepted the second view and lead to serious criticism of the legal society. As the reaction of this regulation, the new Islamic criminal law which is passed by 2012 has chosen a totally different approach. Now, it is necessary to prove medical fault in order to win a lawsuit against a physician. "Fault" has become a pillar in medical liability and even without any "clearance". No one could take a malpractice action to the court successfully but through proof of medical fault. This article aims at evaluating the new law and then, determines the final position of Iranian legal system regarding medical liability.

**Keywords:** Medical liability, Physician, Fault, Consent, Clearance

---

<sup>۱</sup> .PhD. of Private Law, Scientific Board Member at Department of Medical Ethics and Law, Reproductive Biomedicine Research Center, Royan Institute for Reproductive Biomedicine, ACECR, Tehran, Iran