

جایگاه تقصیر در مسؤولیت و برائت پزشک

سیاوش شجاع پوریان siavashsh@au.ahvaz.ac.ir

دانشجوی دوره دکتری رشته حقوق خصوصی واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی

تاریخ دریافت مقاله: ۸۷/۷/۱۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۸۷/۱۰/۲۵

چکیده

پزشک به موجب قرارداد متعهد به درمان بیمار می‌گردد و در راه رسیدن به شفای بیمار، با رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی و آگاه نمودن بیمار از آثار و نتایج معالجه تلاش می‌نماید. به‌دست نیامدن نتیجه مطلوب، فی‌نفسه دلالتی بر نقض قرارداد و تحقق مسؤولیت پزشک ندارد و باید تقصیر پزشک ثابت گردد (مسؤولیت مبتنی بر تقصیر).

قانونگذار بنا به مصالحی، صرف ورود خسارت به بیمار را اماره تقصیر و مسؤولیت پزشک قرار داد (ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی) و پزشک برای رهایی از مسؤولیت باید عدم تقصیر خود و به طریق اولویت قطع رابطه سببیت را اثبات نماید. برای تعدیل مسؤولیت مفروض پزشک در ماده ۳۲۲ همان قانون، اجازه داده شده است که پزشک قبل از شروع به درمان از بیمار تحصیل برائت نماید. شرط برائت باعث معافیت پزشک از مسؤولیت ناشی از تقصیر خود نمی‌گردد و فقط اماره تقصیر و فرض مسؤولیتی را که از ماده ۳۱۹ استنباط گردید، تا حد «مسؤولیت مبتنی بر تقصیر» تقلیل می‌دهد. بدین ترتیب، نه مسؤولیت پزشک مسؤولیتی مطلق و بدون تقصیر است و نه شرط برائت رافع تقصیرات پزشک در درمان است.

واژه‌های کلیدی: پزشک، بیمار، تقصیر، شرط برائت.

مقدمه

مسئولیت پزشک در برابر بیمار، هر چند از موضوعهای قدیم طرح شده در حقوق اسلامی است، اما پیشرفت های علوم پزشکی و گشودن باب های جدید در رابطه پزشک و بیمار و تنظیم این رابطه توسط دولت با وضع قواعد آمره، معالجه بیمار توسط پزشک را از یک رابطه فردی قدیم شناخته شده در فقه خارج ساخته است. پیشرفت تکنولوژی علوم پزشکی اقتضا می کند، ساز و کار مناسبی در نظر گرفته شود که بر اثر آن امنیت جانی و سلامتی بیماران تأمین گردد و پزشک خطاکار مسؤول باشد و باعث محرومیت جامعه از خدمات پزشکان نیز نگردد. مواد قانون مجازات اسلامی ظاهراً مبهم و متعارض است؛ از یک سو، پزشکی که موازین فنی و علمی را رعایت نموده است، مسؤولیت کیفری ندارد و از سوی دیگر، همان پزشک به صرف ورود ضرر به بیمار مسؤول پرداخت دیه است. شرط براءت قبل از درمان نیز بر ابهام قضیه افزوده است و ظاهر در این است که حتی در صورت ارتکاب تقصیر، پزشک مسؤولیتی ندارد.

تمامی سخن دریافتن مبنایی علمی و منصفانه برای مسؤولیت و براءت پزشک است. این امر مستلزم قرائتی نو از مواد قانون مجازات اسلامی در مبنا قرار دادن "تقصیر" در مسؤولیت پزشک و بی اعتباری شرط براءت در صورت ارتکاب تقصیر است.

این تحقیق در دو مبحث ارائه می گردد:

مبحث اول: جایگاه تقصیر در مسؤولیت پزشک؛

مبحث دوم: جایگاه تقصیر در شرط براءت پزشک؛

گفتار سوم: جایگاه تقصیر در مسؤولیت پزشک.

چنانچه پزشک در درمان بیمار موفق نگردد و نتیجه مطلوب - که همانا شفای بیمار است - حاصل نگردد، آیا به صرف شکست در معالجه پزشک مسؤول است یا اینکه لازم است تقصیر او نیز احراز گردد تا مسؤولیت او محقق شود؟ تحمل بار اثبات دلیل به عهده کیست؟

ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی، ظاهراً نظر مشهور در فقه را با این عبارات مبنای مسؤولیت پزشک قرار می دهد: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه هایی که شخصاً انجام می دهد یا دستور آن را صادر می کند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است». ماده ۳۲۱ قانون همین حکم را در مورد دامپزشک نیز جاری می داند. مفاد این مواد در ظاهر تعهد پزشک را از تعهد به

مواظبت و سعی و تلاش «تعهد به وسیله» به خودداری از اضرار «تعهد به نتیجه» تبدیل نموده است.^۱ اطلاق این مواد چنان موکد است که گویی مسؤولیت مطلق است و اثبات بی تقصیری نیز از این مسؤولیت نمی‌کاهد و قرینه این ادعا، این است که تاثیر حاذق بودن و تخصص پزشک نادیده گرفته شده است. بند ب ماده ۲۹۵ همان قانون نیز تصریح می‌کند که پزشک مسؤول فعلی هم هست که متعارف است و نوعاً سبب جنایت نمی‌شود. این حکم آشکارا مسؤولیت محض را بر رفتار پزشکان اعلام می‌دارد (جعفری تبار، بی تا: ۷۸).

استاد ما آقای دکتر کاتوزیان در تحلیل مسؤولیت پزشک و لزوم اثبات تقصیر پزشک معتقدند: تعهد قراردادی پزشک نمونه بارز وستی تعهد به وسیله است و در نتیجه بیمار زیان دیده یا وارث او باید تقصیر پزشک را اثبات کنند (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۱۸۷). مواد ۳۱۹ و ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی تعهد به مواظبت پزشک را تبدیل به خودداری از اضرار (نتیجه) کرده است تا پزشک ضامن زیان‌هایی باشد که به طور مستقیم یا به وسیله دیگران به بار می‌آورد (همو، ۱۳۷۸: ۳۷۸). بنابراین زیان دیده تنها باید وقوع حادثه و انتساب آن را به پزشک اثبات کند و هیچ نیازی به اثبات خطای او ندارد و همین که رابطه میان اقدام پزشک و ورود خسارت اثبات شود، برای مسؤول شناختن او کافی است، مگر اینکه پزشک دلایلی بیاورد که نشان دهد علت ورود ضرر، امری خارج از توان و پیش بینی متعارف، از جمله نقص تجربه های پزشکی و طبع خاص و بی‌مبالاتی بیمار و ناخوشی پنهان داشته از پزشک بوده است (همو، ۱۳۶۸، ج ۴: ۱۹۰).

مرحوم دکتر شهیدی نیز معتقدند: متعهد در صورتی مسؤول جبران خسارت ناشی از تخلف از انجام تعهدات است که در عدم انجام تعهد یا تاخیر آن تقصیر داشته باشد. تقصیر متعهد در تخلف همواره مفروض است؛ یعنی بار دلیل بر دوش متعهد قرار دارد و او باید برای رهایی خود از مسؤولیت وجود مانع خارج از اراده را اثبات کند، نه این که متعهدله تقصیر متعهد را اثبات کند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۳). نسبت به اعمال پزشکی که موضوع تعهد پزشک است، در

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، مسؤولیت مدنی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۳۸۷؛ دکتر ایرج گلدوزیان، حقوق جزای اختصاصی، ج ۱، تهران انتشارات ماجد، چاپ چهارم، ۱۳۷۲، ص ۱۶۰؛ دکتر سید مرتضی قاسم زاده، مبانی مسؤولیت مدنی، ص ۲۹۴؛ دکتر محمد هادی صادقی، حقوق جزای اختصاصی، ج ۱، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲، ص ۱۹۰.

صورت تخلف، همچون سایر موارد تخلف از انجام تعهد، اساساً بار دلیل برای اثبات حدود مانع و سلب مسئولیت بر عهده پزشک است، نه بیمار.

آقای دکتر لنگرودی نیز معتقدند: تقصیر شرط مسئولیت قراردادی است و ماده ۲۲۷ قانون مدنی فرض خطا برای متعهد می‌کند، تا زمانی که او وجود علت خارجی را اثبات کند. اثبات خطای متعهد بر متعهدله نیست، بلکه قانونگذار فرض خطا برای متعهد کرده است. در تعهد به مواظبت مثل پزشک که مریض را معالجه می‌کند نیز فرض خطای متعهد (پزشک) وجود دارد و ماده ۲۲۷ قانون مدنی فرقی بین تعهد غایت و تعهد مواظبت نهاده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۲۸۹).

به نظر می‌رسد پاسخگویی نهایی به این سؤال که آیا صرف به دست نیامدن نتیجه مطلوب قراردادی؛ یعنی شفای بیمار باعث مسئولیت پزشک می‌گردد یا خیر و بار اثبات برعهده کیست از توجه به کلیه مواد قانونی که در باب مسئولیت پزشک وضع شده است، به دست می‌آید: بنابر اصول، در روابط قراردادی از مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی استنباط می‌شود صرف اثبات عدم اجرای تعهد، کافی است که متعهد را نسبت به خسارت وارده مسؤول سازد و نیازی به اثبات تقصیر نیست. متعهد برای معافیت از مسئولیت قراردادی فقط با اثبات اجرای تعهد یا قوه قاهره می‌تواند رهایی یابد. با وجود این، در رابطه قراردادی پزشک و بیمار به سبب مصلحت عمومی نیاز مردم به معالجه و درمان و تأمین امنیت روحی و آسایش فکری طرفین قانونگذار احکام ویژه‌ای را از حیث لزوم تقصیر و نحوه اثبات آن مقرر داشته است: در مرحله ثبوتی به-خاطر اینکه رغبت به حرفه مفید و ضروری پزشکی کاهش نیابد و دانش پزشکی توان تجربه و ابتکار خود را از دست ندهد، صرف تخلف از قرارداد را برای تحقق مسئولیت کافی ندانسته است و تقصیر را لازم شمرده است. در مرحله اثباتی نیز، بنا به مصالح رعایت احتیاط در جان و مال مردم و حفظ حقوق بیماری که قادر به اثبات تقصیر پزشک نیست، بار اثباتی دلیل را تغییر داده است و ورود خسارت به بیمار را اماره تقصیر پزشک قرار داده است و نیازی به اثبات تقصیر پزشک نیست و بیمار فقط باید ورود ضرر را اثبات نماید. پزشکی که مقصر فرض شده است، می‌تواند خلاف اماره را اثبات نماید و از بار مسئولیت رهایی یابد.

مراحل گفته شده در دو گفتار بررسی و تحلیل می‌گردد:

گفتار اول - مرحله ثبوتی: ضرورت تقصیر

ضرورت وجود تقصیر برای تحقق مسؤولیت پزشک از مجموع دلایل زیر استنباط می‌شود:

۱- مواد ۵۹، ۶۰، ۳۱۹، ۳۲۰، ۳۲۲ و ۶۱۶ قانون مجازات اسلامی به مشروعیت فعل و مسؤولیت پزشک اختصاص یافته است. به دست آوردن حکم قانونگذار مستلزم توجه به همه موادی است که در این باب وضع شده است. بهترین راه تفسیر که از تضاد بین احکام و مواد قانونی جلوگیری می‌نماید، این است که متن هیچ قانونی بی توجه به سایر قوانین و مقررات تفسیر نشود و روح قانون از مجموع همه مواد به دست آید. از توجه به مواد قانونی گفته شده به دست می‌آید که بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، استخوان بندی نظم حقوقی مسؤولیت پزشک اعم از مدنی و کیفری است که از آن می‌توان به اصل راهنما تعبیر کرد. این اصل سایه خود را بر سر تمام قواعدی که محیط بر آنهاست، حفظ می‌کند و راهنمای تفسیر و تعیین مفاد و قلمرو قوانین می‌شود.

در بند ۲ ماده ۵۹ سه شرط برای مشروعیت فعل پزشک منظور شده است: رضایت بیمار، مشروعیت عمل طبی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی. بدین ترتیب، در موردی که پزشک و بیمار در کمال میل و رضایت برای انجام عمل طبی مشروع توافق می‌نمایند، تنها شرطی که رعایت آن باعث انتفای مسؤولیت پزشک می‌گردد و بر عکس، عدم رعایت آن باعث ایجاد مسؤولیت می‌شود «موازین فنی و علمی و نظامات دولتی» است. بنابراین، قانونگذار برای تحقق مسؤولیت قرار دادی پزشک «تقصیر» را که چنانکه قبلاً گفته شد، تعبیر مدنی «عدم رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی» است - ضروری دانسته است و چنانچه پزشک در عمل درمانی خود موازین فنی و علمی را رعایت نماید و مرتکب تقصیر نشده باشد هر چند نتیجه مطلوب؛ یعنی شفای بیمار را به دنبال نداشته باشد، مسؤولیتی ندارد. گفته شده است بند ۲ ماده ۵۹ فقط جرم نبودن عمل پزشک را در صورت اجتماع شرایط سه گانه بیان می‌کند و منافاتی ندارد که همان عمل موجب تحقق مسؤولیت مدنی شود، کما اینکه ماده ۳۱۹ همین قانون پزشک را ملزم به پرداخت دیه می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۸۲).

پذیرش این ایراد با این اشکال بنیادین مواجه می‌شود که تعارض بین مواد قانون مجازات اسلامی را بپذیریم، زیرا قانون مجازات اسلامی صریحاً دیه را مجازات می‌داند (مواد ۱۲ و ۱۵) و چگونه ممکن است عمل پزشک جرم نباشد و در همان حال برای آن مجازات (دیه) در نظر گرفته شده باشد؟ به نظر می‌رسد مواد ۵۹ و ۳۱۹ موضوع واحدی را مورد حکم قرار نداده اند

تا تصور تعارض بین آنها شود. از میان شروط سه گانه مذکور در ماده ۵۹ شرط رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی موجود نیست. به عبارت دیگر، ماده ۳۱۹ که ورود ضرر به بیمار را موجب مسئولیت پزشک می داند، در فرض رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی نیست و برای حل تعارض و امکان جمع بین مواد باید گفت که مسئولیت پزشک در صورت عدم رعایت موازین فنی و علمی است و چنانچه این شرط مفقوده را به ماده ۳۱۹ اضافه نماییم، حکم ماده ۵۹ و ۳۱۹ یکسان است: پزشکی که در معالجه مشروع با رضایت بیمار موازین فنی و علمی و نظامات دولتی را رعایت نموده و مرتکب تقصیری نشده است، مسئولیتی ندارد. آنچه این استنباط را تأیید می نماید، ضمان ختنه گ ردر ماده ۳۲۰ قانونی مجازات اسلامی است. به موجب ماده مذکور: «هرگاه ختنه کننده در اثر بریدن بیش از مقدار لازم موجب خسارت یا جنایت شود، ضامن است؛ اگر چه ماهر بوده باشد». مبنای مسئولیت در این ماده تقصیر است و تنها در صورتی که بیش از مقدار لازم ببرد، مسؤول است. مستند آن نیز روایتی است که علی (ع) ختنه کننده ای را که حشفه کودکی را قطع کرده بود، ضامن دانست (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۵). در **تحریر الوسیله** امام خمینی (ره) نیز در مورد مسئولیت ختنه گر چنین آمده است: «ختنه گر، اگر از حد لازم تجاوز کند، ضامن است؛ هر چند ماهر بوده باشد، اما اگر حد لازم تجاوز نکند و خود ختنه کردن موجب مرگ کودک شود، در ضامن دانستن آن اشکال وجود دارد و شبهه آن است که حکم به عدم ضمان شود» (امام خمینی، بی تا: ۲۸۹). ظاهر در این است که فرقی بین ختنه گر و بیطار و پزشک از این جهت وجود ندارد، زیرا علت در همه آنها یکسان است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۹: ۵۱۹). بدین ترتیب مبنای مسئولیت پزشک تقصیر یا به تعبیر قانون مجازات اسلامی تجاوز از حدود اذن^۲ یا عدم رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی است.

۲- بند ب ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی نیز از جمله مواد قانونی است که در ظاهر مسئولیت محض را برای پزشکان در نظر گرفته است و این شبهه را القا می کند که پزشک ولو

۱. این ادیس حلی در کتاب السرائر در خصوص علت ضمان ختنه گر چنین می نویسد: علت ضمان ختنه گر در تفریط و قصور وی است. زیرا او چیزی غیر از آنچه که اراده کرده بود را قطع کرده است و حشفه غیر از غفله است که باید قطع شود (السرائر الحاوی للتحریر للفتاوی، ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی، ص ۲۸۳).
 ۲. کل من اجر نفسه لعمل فی مال المستاجر اذا فسد یكون ضامناً اذا تجاوز عن الحد المأذون فیہ وان كان بغير قصد، لعموم من اتلف [سید محمد کاظم طباطبائی، العروة الوثقی، ۱۴۱۰ هـ: ۶۵].

اینکه تقصیری ننموده باشد، در برابر بیمار مسؤول است. در ماده ۲۹۵ مقرر شده است: در موارد زیر دیه پرداخت می شود:

الف)....

ب) قتل یا جرح یا نقص عضو که به طور خطای شبه عمد واقع شود و آن در صورتی است که جانی قصد فعلی را که نوعاً سبب جنایت نمی شود، داشته باشد و قصد جنایت به مجنی علیه نداشته باشد. مانند اینکه... طبیعی مباحثاً بیماری را به طور متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود.

تفسیر منطقی این ماده قانونی که منجر به تعارض با سایر احکام قانونی نگردد، مستلزم توجه به چند نکته در عبارات آن است.

اولاً: واژه «معالجه متعارف» ذکر شده در ماده به معنای «معالجه با رعایت موازین فنی و علمی» و بدون تقصیر نیست، بلکه منظور معالجات عادی و مرسوم و متداول^۱ است که در مقابل معالجات غیر متعارف، مثل اعمال طبی غیر مفید و خطرناک ولو با انگیزه تحقیقات و آزمایشات علمی به کار می رود. رجوع به پیشینه فقهی نیز فهم مقصود قانونگذار را از این واژه آسانتر می نماید. این حمزه فقیه شیعی قتل عمد و شبه عمد را چنین تعریف کرده است: «عمد محض با پنج شرط محقق می شود: قاتل، بالغ، عاقل باشد و قصد قتل و مقتول را نموده باشد و از وسیله ای استفاده می کند که غالباً کشنده باشد. مثل اینکه... طبیعی معالجه غیر عادی کند که در آن فایده ای نباشد. شبه عمد آن است که چهار شرط در آن فراهم باشد: قاتل بالغ و عاقل باشد و در عمل خود تعمد داشته باشد، اما در قصد خود خطا نماید. صورت های شبه عمد آن است که... پزشک بیمار را معالجه معمولی کند که در آن فایده ای برای بیمار باشد» (ابن حمزه، ۱۴۱۰ق: ۲۵۹).

ثانیاً: واژه « اتفاقاً» در ماده خود بیانگر ضرورت تقصیر در ایجاد حادثه پزشکی است. زیرا در عرف پزشکی خطای پزشکی به بخشی از اتفاقات ناخواسته پزشکی که قابل پیشگیری باشد تعریف شده است (اصغری و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۶). حوادث ناخواسته و اتفاقی در امور پزشکی، ناشی از عدم رعایت موازین فنی و علمی در معالجه است. اتفاقی و ناخواسته بودن،

۱. متعارف در فرهنگ های لغات به همین معانی ترجمه شده است: [متعارف: معمول و متداول. حسن عمید،

۱۳۵۵: ۱۰۴۵] و [متعارف: مرسوم متداول، آذرتاش آذر نوش، ۱۳۸۲: ۴۳۲] .

بدین معناست که پزشک قصد جنایت و تعمد در ورود خسارت به بیمار را ندارد، ولی به واسطه بی احتیاطی و سهل انگاری آن نتیجه را پیش بینی ننموده است.

استنباط مسؤولیت محض پزشک از بند ب ماده ۲۹۵ با ایراد تعارض با بند ۲ ماده ۵۹ مواجه می شود: «تعقیب طبیب در مواردی که بیماری را به طور متعارف معالجه کرده است، به عنوان شبه عمد با آنچه در بند ۲ ماده ۵۹ آمده است، تعارض می کند و جمله «اتفاقاً سبب جنایت بر او شود» نیز مؤید این استدلال است، مگر اینکه طبیب در معالجه بیمار از حد عرف خارج شود و به اعمالی مبادرت کرده که سبب مرگ بیمار شده که باید منطبق بند ب نیز این باشد و در این صورت اشکال این بند رفع می گردد» (نوربها، ۱۳۸۲: ۲۰۳).

۳- از دیدگاه حقوق عرفی، مبنای تمیز قتل عمد و شبه عمد در رکن معنوی است: در عمد سوء نیت وجود دارد، ولی در شبه عمد رکن معنوی به صورت خطای جزائی ظاهر می شود. در قتل عمد، قاتل قصد جنائی و سوء نیت دارد؛ یعنی اراده انجام کاری با علم و اطلاع از اینکه نتیجه کار او مرگ یا نقص مجنی علیه است را دارد، ولی در قتل شبه عمد اراده کاری را می کند، در حالی که نمی داند، نتیجه کار او منجر به فوت انسان زنده ای می شود، ولی فرض بر این است که قدرت پیش بینی آن نتیجه را داشته است و به واسطه اهمال یا بی احتیاطی یا عدم مهارت یا عدم رعایت مقررات دولتی، آن نتیجه را پیش بینی ننموده است. بنابراین، در جرایم شبه عمدی که سوء نیت وجود ندارد، عنصر معنوی آن خطای جزائی است. مصادیق خطای جزائی بر حسب ضوابط قانونی عبارتند از: بی احتیاطی، بی مبالاتی، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی^۱.

۴- برای مجازات تعزیری تمامی موارد قتل شبه عمد و بویژه بند ب ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی، ماده ۶۱۶ همان قانون حاکمیت دارد. به موجب ماده ۶۱۶ مذکور: «در صورتی که قتل غیر عمد به واسطه بی احتیاطی یا بی مبالاتی یا اقدام به امری که مرتکب در آن مهارت نداشته یا به سبب عدم رعایت نظامات واقع شود، مسبب به حبس از یک تا سه سال و نیز پرداخت دیه در صورت مطالبه از ناحیه اولیای دم محکوم خواهد شد، مگر اینکه خطای محض باشد».

۱. تبصره ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی: تقصیر اعم است از بی احتیاطی، بی مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی.

عنصر مادی این جرم قتل شبه عمد است؛ یعنی قتلی که جانی قصد فعلی که نوعاً سبب جنایت نمی شود را دارد، اما قصد جنایت را نسبت به مجنی علیه نداشته باشد، مانند آنکه کسی را به قصد تادیب به نحوی که نوعاً سبب جنایت نمی شود، بزند و اتفاقاً موجب جنایت گردد یا طبیبی مباشره بیماری را به صورت متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود (ماده ۲۹۵). عنصر معنوی این جرم، تقصیر است و تقصیر نیز در قالب بی احتیاطی، بی مبالاتی، عدم رعایت نظامات دولتی و مهارت نداشتن محقق می شود (زراعت، [بی تا]: ۶۱).

۵- رابطه پزشک و بیمار در قالب یک قرار داد است. به حکم ماده ۲۲۰ قانون مدنی عرف و عادات شغلی به عنوان یکی از منابع تکمیل کننده اراده طرفین و تفسیر قرار داد است. در عرف پزشکی، چنانچه پزشکی دانش متعارف کنونی را در درمان بیمار به کار بندد و مرتکب سهل انگاری نشود و آنچه در کتب پزشکی مرجع ذکر شده است را رعایت نماید، مسؤولیتی در قبال بیمار ندارد ولو اینکه معالجه منجر به فوت بیمار یا نقص عضو او شود. چگونه می توان از پزشکی که به معالجه بیماری پرداخته است، انتظار داشت که احتیاطی بیش از رعایت قواعد مرسوم کند؟ چگونه می توان مسؤولیت کاری را بر او تحمیل کرد که مطابق اصول و ضوابط حرفه ای مباح شناخته شده است؟ آنچه را که پزشک به دستور تجربه و دانش متعارف کنونی و با احتیاط انجام می دهد و در واقع، اجرای تکلیف حرفه ای است و انجام دادن وظیفه با ضمان جمع نمی شود و معقول به نظر نمی رسد که از یک سو پزشک مکلف به کاری باشد که احتمال ضرر کم و بیش در آن هست و از سوی دیگر، ضمان چنین اقدامی بر دوش او قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۷۹). بنابراین، باید ضابطه ای را بر گزید که برای او امکان درک آن میسر باشد و بهترین راه آوردن به قواعد عمومی مسؤولیت مدنی و مسؤولیت مبتنی بر تقصیر است.

گفتار دوم: جنبه اثباتی؛ تغییر بار دلیل

قانونگذار در مرحله اثباتی نیز، بنا به مصالح رعایت احتیاط در جان و مال مردم^۱ هشدار برای کسب معلومات (منتسکیو، بی تا: ۸۷۱؛ به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، ۳۸۲) و حفظ حقوق بیماری که قادر به اثبات تقصیر پزشک (وحدتی شبیری، ۱۳۸۱: ۷۷) یا همان عدم رعایت

۱. روایت سکونی از ابی عبدالله (ع): کان امیر المومنین (ع) یضمن القصار و الصباغ و الصائغ احتیاطاً علی

امتعة الناس [شیخ حرعاملی، وسائل الشیعة، باب ۲۹، حدیث ۲۴۳۲۲].

موازن فنی و علمی و نظامات دولتی نیست، بر خلاف قواعد عمومی اثبات دعوی تعادلی بین پزشک و بیمار بر قرار کرد: به موجب قواعد عمومی، وقتی یکی از اصحاب دعوی در طی دادرسی ادعایی می کند که مورد انکار طرف مقابل قرار می گیرد، مکلف است صحت ادعای خود را ثابت کند تا وجدان دادرس را قانع و وی را وادار سازد که به نفع وی حکم بدهد بدین ترتیب هرکس مدعی امری می باشد، باید دلیل اثباتی آن را اقامه نماید (ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی) و برعکس، کسی که منکر امری است، نیاز به ارائه دلیل ندارد (نافی را نفی کافی است). بنابراین بیمار که مدعی تقصیر پزشک است، باید دلیل اثباتی آن را ارائه نماید و تحمل بار دلیل به عهده است.

در ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار بار اثباتی دلیل را تغییر داده است و مقرر می دارد: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه هایی که شخصا انجام می دهد یا دستور آن را صادر می کند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است». ماده ۳۲۱ همین حکم را در مورد دامپزشک نیز حاکم می داند. قانونگذار "ورود خسارت" به بیمار را اماره "تقصیر" یا "عدم رعایت موازین فنی و علمی" قرار داده است. بدین ترتیب، مواد ۳۱۹ و ۳۲۱ قاعده ماهوی نیستند، بلکه اماره قانونی هستند که تحمل بار اثبات دلیل برعکس شده است. پس در صورتی که در جریان معالجه به بیمار آسیبی وارد شود، اصولاً پزشک ضامن است و اصل عدم تقصیر نمی تواند مستندی برای رفع مسؤولیت وی باشد (همان: ۱۵۲). این فرض نیز، مانند سایر اماره های قانونی بر مبنای حکم غالب استوار است؛ بدین تعبیر که در بیشتر حوادث پزشکی، کم و بیش پزشک بی احتیاطی نموده است. پس قانونگذار این حکم غالب را اماره بر تقصیر پزشک قرار داده است و به کار بردن این وسیله فنی با نظریه تقصیر منافات ندارد. اماره قانونی ورود خسارت دلیل بر تقصیر پزشک است، منتها دلیلی غیر مستقیم است که از وجود رویدادی معلوم به وجود رویدادی مجهول (تقصیر پزشک) می رسد که بر تحقق مسؤولیت و مطالبه خسارت دلالت می نماید.

ماده ۳۱۹ قاعده ماهوی نیست و فقط یک اماره قانونی است و فرض مجازی تقصیر پزشک شده است. وصف شاخص اماره در برابر قاعده ماهوی امکان اثبات خلاف آن و بی اعتباری آن در مقام برخورد با سایر ادله است. به دلیل احتمالی و ظنی بودن تطبیق اماره با واقعیت تاب برخورد با دلایل مستقیم را ندارد و نقش عمده آن معاف کردن مدعی از اثبات امری است که

مطابق قانون برعهده اوست، این اثبات بر کسی تحمیل می شود که مخالف اماره سخن می گوید (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۹۵). لذا در ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی مقرر شده است: «امارات قانونی در کلیه دعاوی، گرچه از دعاوی باشند که به شهادت شهود قابل اثبات نیست، معتبر است، مگر اینکه دلیل برخلاف آن موجود باشد». بدین ترتیب، اثبات بی گناهی پزشک و عدم تقصیر بر عهده او قرار می گیرد و پزشک با توجه به موقعیت فنی و علمی و تخصصی بالاتری که دارد، می تواند اثبات نماید که هیچ گونه قصوری از موازین فنی و علمی نکرده است و علت ورود ضرر امری خارج از توان و پیش بینی متعارف، طبیعت خاص بیماری، بی مبالاتی شخص بیمار و یا قوه قاهره و در یک کلام، عدم تقصیر او بوده است.

اثبات امر عدمی، با اثبات امر وجودی مخالف امکان پذیر است، زیرا به هیچ وجه فرق نمی کند که اثبات کنند پزشک موازین فنی را رعایت نموده یا تقصیر نموده است، یا اینکه فلان آدم مرده است یا زنده است یا اینکه زید بدهکار است یا بدهی خود را پرداخته است که بدین وسیله امر عدمی به طور غیر مستقیم اثبات می شود (صدرزاده افشار، ۱۳۷۰: ۲۴). این نکته را نیز دیوان عالی کشور تأیید نموده و در رای شعبه چهارم آمده است: «دلیلی بر اینکه امر عدمی به طور کامل قابل تحقیق و رسیدگی نباشد، موجود نیست و ممکن است شهادت مطلعین مشتمل بر امر وجودی باشد. بنابراین عدم قبول تقاضای مزبور به عنوان اینکه تحقیق در امر عدمی مورد ندارد صحیح نخواهد بود» (حکم شماره ۱۷۰۶-۱۳۱۸/۷/۸ شعبه چهارم دیوان عالی کشور، به نقل از همان منبع: ۲۵). بنابراین، امر عدمی به وسیله امر وجودی قابل اثبات است؛ هرچند که به طور مستقیم نمی توان برای عدم دلیل آورد، ولی مدعی همیشه می تواند با اثبات امر وجودی که ملازمه با نفي رویداد مورد نظر او دارد، یا مخالف آن است، به نتیجه مطلوب خود برسد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۰). وانگهی گاه قانونگذار از مدافع می خواهد که نفي امری را اثبات کند، چنان که از متصدی حمل و نقل و مسؤولیت ناشی از فعل غیر انتظار دارد که اثبات کند هیچ تقصیری در تلف کالا نداشته است. در این موارد با اثبات اقدام های مثبت یا مواظبت هایی که انجام شده، می توان امر منفي مطلوب را استنتاج کرد. به بیان دیگر اماره های ناشی از احراز مواظبت ها به طور غیر مستقیم عدم تقصیر را ثابت می کند (همان: ۳۱).

در بند ۲ ماده ۱۱۲ قانون دریایی ایران مشابه مسؤولیت مبتنی بر اماره تقصیر دیده می شود که مقرر می دارد: «در صورتی که فوت یا صدمات بدنی ناشی از تصادم یا به گل نشستن یا انفجار یا حریق یا غرق شدن کشتی باشد، فرض این است که حادثه بر اثر تقصیر یا غفلت

متصدی یا ماموران مجاز او اتفاق افتاده است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». بنابراین، می توان خلاف فرض قانونگذار را به اثبات رساند و مسؤولیت را منتفی کرد، ولی اگر متصدی حمل و نقل نتواند خلاف آن را اثبات نماید، معلوم می گردد که فرض قانونگذار درست بوده است و مسؤولیت تحقق پیدا می کند.

در دعوی مطروحه بر علیه پزشکان رویه قضائی بحق همین استنباط را از مواد قانونی راجع به مسؤولیت پزشک نموده است و با ارجاع امر به کارشناسان سازمان نظام پزشکی این مجال را برای پزشک فراهم می آورند که با اثبات عدم تقصیر از بار مسؤولیت رهایی یابد.

مبحث دوم: جایگاه تقصیر در تأثیر شرط برائت

پیشتر گفته شد، مبنای مسؤولیت پزشک در حقوق ایران تقصیر است، اما بنا به ملاحظات احتیاط در جان و مال مردم و دشواری اثبات تقصیر پزشک، قانونگذار صرف ورود خسارت جانی و مالی به بیمار را اماره تقصیر پزشک قرارداد. برای رهایی از مسؤولیت، پزشک باید عدم تقصیر خود را با اثبات رعایت موازین فنی و علمی متعارف در علم پزشک مدلل نماید. اثبات عدم تقصیر نیز امری مشکل است و پزشکی که در می یابد بار اثبات دلیل عدم قصور بر عهده اوست، انگیزه ای برای کار نخواهد داشت و از درمان بیماران سر باز می زند. پس باید راهکاری پیش روی پزشکان گذاشت تا آنان نیز بدون دغدغه مسؤولیت مفروض، به درمان بیماران بپردازند و نیازهای عمومی جامعه بر طرف شود.

بر خلاف دیگر مکاتب حقوقی و حتی فقه اهل سنت که رضایت بیمار را برای مشروعیت اعمال پزشکی و سقوط مسؤولیت پزشک کافی می دانند، در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی از نهاد دیگری به نام «شرط برائت قبل از درمان» سخن به میان آمده است. قانون مجازات اسلامی به پیروی از فقه امامیه، برای تعدیل مسؤولیت مفروض پزشک، راهی پیش روی او می گشاید تا با توسل به آن، با آرامش خاطر به درمان بیماران بپردازد. در ماده ۶۰ قانون مذکور آمده است: «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض با 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 نمی باشد». در ماده ۳۲۲ همین حکم تکرار شده است و مقرر می دارد: «هر گاه طبیب یا بیمار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان برائت حاصل نماید، عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود».

وضع پیچیده و نامتعارف «شرط براءت قبل از درمان» پرسشهای گوناگونی را درباره ماهیت و مبنای این نهاد مطرح می‌سازد که آیا شرط براءت همان «شرط عدم مسؤولیت» در قرارداد است که پزشک را از دادن خسارت ولو اینکه مرتکب تقصیر شده باشد، معاف می‌نماید؟ یا فقط شرطی است که باعث جابه‌جایی بار اثبات دلیل می‌شود و وضع به‌حال عادی باز می‌گردد و بیمار زیان دیده ناچار است تقصیر پزشک را اثبات کند و شرط براءت پزشک را از نتایج مسؤولیت ناشی از تقصیر معاف نمی‌دارد؟

نظریات مطرح شده در دو گفتار بررسی و تحلیل قرار می‌گردد:
گفتار اول: نظریه شرط عدم مسؤولیت (معافیت از تقصیر)؛
گفتار دوم: نظریه شرط عدم مسؤولیت (جابه‌جایی بار دلیل).

گفتار اول: نظریه شرط عدم مسؤولیت (معافیت از تقصیر)

مشهور فقهای امامیه معتقدند براءت قبل از شروع به درمان موجب سقوط ضمان پزشک می‌گردد. فقها با استناد به روایت^۱ و نیاز مردم به پزشک^۲ گفته‌اند: چنانچه در ضمن قرارداد خدمات درمانی، پزشک براءت خود را از مسؤولیت شرط نماید و بیمار متعهد شود در صورت وقوع حادثه‌ای در حین عمل پزشکی، خسارتی از او مطالبه ننماید، قاعده شروط (المؤمنون عند شروطهم) چنین شرطی را در بر می‌گیرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۷). این شرط همانند اسقاط خیار حیوان و خیار مجلس و مانند آنها جایز است (مکارم شیرازی، ۱۳۶۵: ش ۱۰). در خصوص ماهیت شرط مذکور، عده‌ای آن را شرط فعل منفی تعبیر نموده‌اند؛ بدین معنا که اگر ضمانی پدید آید، بیمار متعهد می‌شود خسارت آن را مطالبه نکند (محقق، داماد، ۸۱/۱۰/۲۶؛ به نقل از علیرضا اسماعیل آبادی، ۱۳۸۲: ۱۰۵) و گروهی آن را شرط نتیجه شمرده‌اند، که پس از تحقق شرائط مسؤولیت، مسؤولیت مذکور ساقط می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲: ۲۹). منظور از شرط عدم مسؤولیت، شروط مخصوصی است که در متن قرارداد گنجانده می‌شود

۱. محمد ابن یعقوب عن علی ابراهیم عن ابیه عن النوفلی عن السکونی عن ابی عبدالله (ع) قال: امیرالمومنین (ع): من تطبب او تبیطر فلیأخذ البراءة من ولیه و الا فهو ضامن [شیخ حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۶، باب ۲۴ از ابواب موجبات ضمان، حدیث ۱].

۲. ولان العلاج ممانس الحاجة الیه، فلو لم یشرع البراء تعذر العلاج [محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، چاپ ششم، تهران، کتابخانه اسلامی، ص ۴۷].

و هدف آن، از بین بردن مسئولیتی است که در خصوص عدم اجرای قرارداد متوجه متعهد می‌گردد (اشتری، ۱۳۵۵: ۸۳). واژه‌های اسقاط حق و ابراء و همچنین اعراض از حق، قراردادهای تبرئه کننده یا معاف کننده از مسئولیت، عناوین مختلفی برای قراردادهای براءت یا مصونیت از تقصیر است که هدف اصلی تمامی آنها، رهایی یکی از طرفین قرارداد از کلیه یا قسمتی از مسئولیت در قبال طرف دیگر است. از اطلاق ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی نیز چنین استنباط می‌شود که براءت از مریض یا ولی او در هر صورت، موجب سلب ضمانت و مسئولیت است (زراعت، ۱۳۸۲: ۴۷۵)؛ مسئولیت به دلیل تعهدی است که دو طرف به تراضی ایجاد کرده‌اند، پس جای شگفتی نیست که همانها نیز بتوانند مسئولیت را از خود سلب کنند (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۴: ۳۲۵).

مهمترین ایرادی که طرفداران این نظریه با آن مواجه شده‌اند، اشکال «ابراء مالم یجب» است.^۱ ابراء عمل حقوقی تبعی است و دینی می‌تواند مورد ابراء واقع و ساقط شود که هنگام ابراء در ذمه مدیون موجود باشد و اسقاط دینی که در آینده ممکن است وجود پیدا کند، صحیح نیست؛ هر چند که سبب آن فعلاً موجود باشد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۲۸). براءتی که قبل از درمان گرفته می‌شود به منزله اسقاط حقی است که هنوز به وجود نیامده است؛ قید «ولی» در روایت نیز حاکی از این است که اخذ براءت، پس از معالجه و وقوع جنایت بر بیمار و فوت وی است و الا تا زمانی که خود بیمار وجود دارد، رجوع پزشک به «ولی» او و جاهتی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۷).

در پاسخ به این ایراد گفته شده است، شرط عدم مسئولیت نه تنها ابراء دین ناموجود، که اصولاً «ابراء» محسوب نمی‌شود، بلکه توافقی است برای جلوگیری از ایجاد مسئولیتی که شرایط فراهم کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۳۵۲)؛ حتی اگر بتوان شرط عدم مسئولیت را نوعی ابراء از دین آینده دانست، باطل دانستن آن، تنها به این دلیل که ناظر به دین آینده است، درست نیست: قرارداد سبب ایجاد مسئولیت است و عدم اجرا شرط ایجاد آن است، ابراء دینی که سبب آن موجود باشد جایز است (والتر، ۱۳۸۲: ۲۴۳). بعضی از حقوقدانان پا را فراتر نهاده و گفته‌اند: چرا نباید وجود زمینه‌ای برای ایجاد دین - اگر چه این زمینه در حد یک «سبب» یا «مقتضی» نباشد - برای اعتبار این عمل حقوقی کفایت نکند. نباید پنداشت که با وضعی که

۳. و قبل لایبراً لأنه اسقاط الحق قبل ثبوته [محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، چاپ دوم، بیروت، دارالاضواء، س ۱۴۰۳، ص ۲۴۹].

قانون مدنی دارد، چاره‌ای جز وجود دست کم سبب دین برای نفوذ ابراء وجود ندارد؛ زیرا تعلیق در ابراء مانند اغلب اعمال حقوقی دیگر ممکن است؛ چرا معلق علیه نتواند «وجود دین» باشد (ایزنلو، ۱۳۸۲: ۱۰۶).

شرط عدم مسؤولیت در روابط قراردادی مالی در غالب نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است و فقط در موردی که متعهد به صورت عمدی یا تقصیر سنگین (در حکم عمد) خسارتی وارد می‌نماید، مسؤولیت جبران خسارت از متعهد برداشته می‌شود. با این همه، شرط مذکور در جایی که مسؤولیت ناشی از صدمه‌های بدنی و لطمه به حقوق مربوط به شخصیت و شرافت اشخاص را از بین ببرد، مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه شناخته شده و باطل است. مدیونی که می‌داند عدم اجرای (درست) تعهدش، الزام به جبران خسارت را بر او تحمیل می‌کند، می‌کوشد تا تعهد خود را بدرستی انجام دهد، اما با نداشتن بیم از ایجاد مسؤولیت، او ناخواسته از احتیاطات لازم در انجام تعهد خود می‌کاهد. شروط کاهش مسؤولیت، بدین ترتیب بی احتیاطی‌ها و بی‌مبالاتی‌ها را تسهیل می‌کند و رفتارهای ضد اجتماعی را بر می‌انگیزد؛ شخص را به ارتکاب یک عمل زیان بار تشویق می‌کند یا او را به بی‌توجهی در انجام تکلیف خویش رهنمون می‌سازد... بدین سان، تعارض میان شروط کاهش مسؤولیت و اخلاق حسنه غیرقابل بحث به نظر می‌رسد و در مورد صدمه‌های بدنی، از آنجا که کوچکترین خطاها را نیز نباید در حق جسم و جان آدمی روا دانست، ایراد مخالفان (شرط عدم مسؤولیت) قاطع است و این شروط باطل‌اند (همان: ۱۱۳).

به تعبیر دیگر معاف شدن از جبران خسارت از میزان احتیاط می‌کاهد و بی‌مبالاتی‌ها را دامن می‌زند. معافیت از مسؤولیت در قبال خطاهای ارتكابی حتی سبک برای یک صاحب حرفه معادل این است که هر گونه خصیصه جدی و الزامی تعهداتی را که در قبال مشتری خود به عهده گرفته است نفی نموده باشیم (اشتری، ۱۳۵۵: ۹۶). امروزه شرط براءت به صورت قرارداد اکراهی در آمده است و بیمار در وضع اضطراری خود ناگزیر به امضای سند براءت می‌شود و شرط عدم مسؤولیت در قراردادی الحاقی از سوی پزشک که در موقعیت برتر است، بر بیمار که طرف ضعیف قرارداد است، تحمیل می‌شود و هیچ گزارش نشده است که پزشکی با صرف نظر کردن از حق براءت خویش، به اذن بیمار بسنده نماید. امروزه، تحول کلی حقوق قراردادهای به سوی عدالت قراردادی است و این شروط مخالف این هدف کلی‌اند، زیرا گاه باعث عدم تعادل شدیدی میان تعهدات طرفین می‌شود. بدین ترتیب، نظم عمومی حمایتی در

قالب قراردادی شروط عدم مسئولیت را محکوم می‌نماید. از سوی دیگر، مسئولیت مدنی هر روز بیشتر از دیروز به سوی حمایت از قربانیان زیانها و تأمین امنیت جانی و مال آنها از طریق تضمین جبران خسارت وارد بر آنها گام برمی‌دارد و این شروط (عدم مسئولیت) از آنجا که زیان دیده را از جبران خسارت محروم می‌کنند، در سوی مخالف این هدف حمایتی قرار دارند. به همین دلیل است که در بسیاری از کشورها مقررات خاصی در ارتباط با شروط تحمیلی و بیش از هر چیز شرط عدم مسئولیت یا مشخصاً در ارتباط با شروط عدم مسئولیت در روابط میان حرفه‌ای‌ها و مصرف‌کنندگان وضع شده است (ایزانلو، ۱۳۸۲: ۱۱۵).

حفظ سلامت و آزادی اشخاص، یکی از مهمترین هدفهای قانونگذاری است و سلامتی و تندرستی افراد با نظم عمومی در ارتباط است. ایجاد مسئولیت برای کسی که به جسم یا حقوق مربوط به شخصیت و آزادی صدمه می‌زند، وسیله‌ای برای جلوگیری از بی‌مبالاتی‌ها و هشدار برای رعایت احتیاط است. از بین بردن این وسیله، بخشی از تضمین اجتماعی حقوق مربوط به شخصیت را از بین می‌برد و از این لحاظ خلاف نظم عمومی است (مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۶۳۶؛ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۲۲). در ماده ۱۱۸ قانون دریائی ایران این ملاک رعایت شده است و مقرر می‌دارد: «در صورتی که قبل از وقوع حادثه موجد خسارت در قرارداد شروطی بمنظور بری ساختن متصدی حمل درمقابل مسافر (نماینده او و وراثت یا اشخاصی که تحت تکفل او هستند) شده باشد و یا در مورد تحدید مسئولیت مبلغی کمتر از آنچه در این فصل ذکر گردیده تعیین شود و یا آنکه شرط شود که اختلافات به داوری یا دادگاه مخصوص ارجاع گردد شرائط مذکور باطل است ولی مبطل قرارداد که تابع این فصل است نخواهد بود».

در قوانین پاره‌ای از کشورها، صراحتاً شرط عدم مسئولیت پزشک در برابر بیمار باطل اعلام شده است، مثلاً در بند ۴ ماده ۲۳ از قانون مسئولیت پزشکی لیبی مقرر شده است: «معافیت یا تخفیف مسئولیت پزشک قبل از وقوع ضرر جایز نیست و هر گونه قراردادی در این زمینه باطل است» (العسلی، ۱۹۹۴: ۳۳۳). بطلان شرط در مورد خسارت وارده بر شخص را نخستین بار «ژوسران» نظریه پرداز معروف فرانسوی در مقاله‌ای به نام «شخص انسان در قلمرو داد و ستد حقوقی» مطرح ساخت و گفت: انسان تکیه گاه داری است، مغز و روح آن است نه بخشی از آن (ایزانلو، ۱۳۸۲: ۲۱۵). تن و روان انسان شریف‌تر از آن است که در بازار داد و ستد شود، جامعه در این باره نفعی برتر دارد و باید از آن کیمیا که جوهر وجود او نیز هست دفاع کند و

از تضمین حقوق مربوط به شخصیت نگاهد(همان: ۲۱۸). مهتر آنکه تضمین حقوق مربوط به شخصیت در عین حال که «حق» زیان دیده است، «تکلیف» او نیز هست؛ بنابراین او حتی به طور غیر مستقیم با پذیرش یک شرط عدم مسؤولیت نمی تواند این «حق - تکلیف» را از میان ببرد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۲۶).

بنابراین، هر گاه پزشکی با بیمار قرار بگذارد که مسؤول تقصیر خود در عمل جراحی که انجام می دهد نباشد، این قرارداد از لحاظ مسؤولیت مربوط به جبران خسارت بیمار یا بازماندگان او اثر ندارد (همو، ۱۳۷۸: ۷۲۳)، زیرا چنین شرطی و یا قراردادی، زمینه را برای ضرر و زیان رساندن افراد به یکدیگر فراهم می آورد و در نتیجه، بی نظمی و بی احتیاطی بر جامعه حاکم خواهد شد و هر کس به اندک بهانه ای به دیگری صدمه خواهد رساند، در حالی که یک اجتماع عاقل اجازه این کار را نمی دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۳۲۰).

بدین ترتیب، نظریه شرط عدم مسؤولیت (معافیت از تقصیر) به دلیل مغایرت با نظم عمومی فاقد کارایی لازم برای تنظیم روابط پزشک و بیمار است و لاجرم باید طرحی نو و قرائتی دیگر از شرط براءت نمود که پزشک خود را در بی مبالاتی آزاد نبیند و تعادلی بین پزشک و بیمار برقرار گردد.

گفتار دوم: نظریه شرط عدم مسؤولیت (جابه جایی بار دلیل)

اثر شروط عدم مسؤولیت تنها منحصر به محدود کردن مسؤولیت جبران خسارت یا معافیت از آن نیست؛ ممکن است منظور از شروط عدم مسؤولیت جابه جایی بار دلیل باشد: در مواردی که قانون مسؤولیتی را منسوب به نقض شروط ضمنی می کند تا زیان دیده را از اثبات تقصیر معاف نماید. در این فرض، شرط عدم مسؤولیت مانع از آن است که وصف قراردادی مسؤولیت باقی بماند. در نتیجه، وضع به حال عادی باز می گردد و زیان دیده ناچار است تقصیر طرف را ثابت کند. برای مثال، در قرارداد حمل و نقلی که شرط عدم مسؤولیت در آن شده است، زیان دیده در صورتی می تواند جبران خسارت خود را بخواهد، که تقصیر متصدی را در دادگاه اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۲۵). در روابط پزشک و بیمار نیز قانونگذار بنا به مصالحی، برای پزشک فرض مسؤولیت نموده است و در ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی پزشک را ضامن خسارات جانی و مالی و نقص عضو بیمار قرارداد و برای تعدیل این مسؤولیت مفروض، پیش بینی تحصیل براءت قبل از درمان نموده است؛ شرط براءت به معنی معاف شدن از

مسئولیت ناشی از تقصیر نیست، بلکه هدف از آن تقلیل مسئولیت پزشک از مسئولیت مفروض به مسئولیت مبتنی بر تقصیر است. به تعبیر دیگر بار دلیل اثبات عدم تقصیر، در صورت عدم حصول براءت بر عهده پزشک است و در صورت اخذ براءت بر عهده بیمار است. این نظریه با این ایراد مواجه است که اطلاق مواد ۶۰ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی، حاکی از این است که اخذ براءت مانع از تحقق مسئولیت پزشک است؛ حتی اگر مرتکب تقصیر شده باشد. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تفسیر قوانین به نفع متهم نیز مؤید این ادعاست و نمی‌توان شرط اضافی دیگری علاوه بر براءت اخذ شده از بیمار، برای معافیت از مسئولیت لازم دانست. بنابراین، پزشکی که براءت حاصل نموده است، به طور مطلق ولو اینکه مرتکب تقصیر شد باشد، ضامن نیست.

پذیرش این تفسیر از مواد ۶۰ و ۳۲۲ با این اشکال بنیادین مواجه است که بند ۲ ماده ۵۹ همان قانون، شرط مشروعیت تصرف پزشک در جسم و جان بیمار را «رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی» و به تعبیر دیگر «عدم تقصیر» می‌داند، چگونه است که در ماده بعدی، مبانی مشروعیت عمل پزشک را از یاد برده و پزشکی را که تقصیر نموده است و اصولاً عمل او جرم شناخته می‌شود، به صرف اخذ براءت، معاف از مسئولیت می‌شناسد؟ بی‌تردید مسئولیت کیفری خارج از چارچوب قرارداد شرط براءت است و هیچ اراده‌ای نمی‌تواند دامنه مسئولیت کیفری را محدود سازد یا آن را از بین ببرد. بنابراین، با تعارض قوانین مواجه می‌شویم: از یک طرف در بند ۲ ماده ۵۹ رعایت موازین فنی و علمی (عدم تقصیر) شرط جرم نشناختن عمل پزشک است و از طرف دیگر، در ماده ۶۰ مسئولیت کیفری، عمل همان پزشک را که به دلیل عدم رعایت موازین فنی و علمی جرم شناخته می‌شود با شرط براءت منتفی می‌دانیم. از قانونگذار حکیم، بعید است که دچار چنین تعارض و تناقض آشکاری شود. ناگزیر باید تفسیر منطقی و عقلانی که امکان جمع بین مواد مذکور وجود داشته باشد، ارائه گردد.

همان طوری که در مبحث قبلی گفتیم؛ حل این تعارض مستلزم توجه به همه مواد مربوط به مسئولیت پزشک و عرف و عادات شغلی و به دست آوردن روح قانون و اصل راهنماست. در آنجا گفتیم که اصل راهنمایی که از توجه به همه موارد مؤثر در تفسیر قوانین مربوط استنباط می‌گردد و سایه آن بر سر تمام احکام مربوط به مسئولیت پزشک حاکم است، بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی است. این ماده قانونی، راهنمای تفسیر و شیوه تکمیل مواد مبهم است. بدین ترتیب و با توجه به شرایط موجود در مواد مذکور، ابهام و تعارض موجود در ماده ۶۰ و

۳۲۲ بر طرف می‌شود: شرط براءت در صوتی مؤثر است که پزشک موازین فنی و علمی و نظامات دولتی را رعایت نموده و در انجام اعمال خود مرتکب تقصیری نشده باشد.

شعب دیوانعالی کشور نیز شرط براءت را در صورتی مؤثر در معافیت پزشک می‌داند که قصور و سهل انگاری وجود نداشته باشد. شعبه ۱۳۳ دادگاه کیفری یک..... در رسیدگی به جرایم پزشکی جراح و متخصص بیهوشی به اتهام شرکت در قتل غیر عمدی متوفی به علت قصور در امر پزشکی استدلال نمودند: «پزشکی قانونی طی نظریه مورخ ۶۷/۸/۲۸ اعلام داشت که پزشکان قصوری نکردند و بیمار در حین عمل جراحی دچار ایست قلبی [گردیده است] که این حالت از عوارض غیر قابل پیش‌بینی می‌باشد... و با توجه به اینکه پزشکان قبل از شروع به عمل جراحی از مریض رضایت گرفته و براءت حاصل نمودند، علیهذا حکم به براءت متهمین از پرداخت دیه صادر می‌گردد». شعب دوم دیوانعالی کشور با تأیید استدلال شعبه صادر کننده حکم رأی مذکور را ابرام نمودند (بازگیر، ۱۳۶۷: ۱۶۰). در رأی دیگری شعبه ۲۶ دیوانعالی کشور اعلام نمودند: «با توجه به محتویات پرونده، بویژه نظریه کمیسیون پزشکی که قصور سهل انگاری دکتر... را فی‌الجمله مورد تصدیق قرار دارند و در رأی دادگاه نیز مورد استناد واقع شده و در این موارد پزشک ضامن تمام دیه می‌شود، لذا رأی دادگاه مبنی بر ۳۰٪ دیه نقض می‌گردد و اجازه عمل جراحی [براءت] در مواردی موجب سقوط ضمانت می‌گردد که قصور و سهل انگاری انجام نشده باشد» (همان: ۱۶۱).

دفتر حقوقی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نیز استنباط مشابهی از تلفیق مواد ۵۹ و ۶۰ قانون مجازات اسلامی داشته و اعلام نموده است: «با التفات به ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی و همچنین ماده ۳۲۲ قانون مرقوم، به نظر می‌رسد چنانچه اقدام پزشکان در چارچوب و با رعایت مقررات مذکور انجام شود، مسؤولیتی متوجه آنها نخواهد بود و موضوع پرداخت دیه منتفی است» (نویخت، ۱۳۷۳: ۸۷).

حقوقدانان نیز همین برداشت را از شرط براءت دارند: دکتر مهربان داراب پور در این باره چنین می‌نویسد: «آمادگی بیمار، با عقل و اعتماد بر پزشک و اذن معالجه یا اعطای براءت به او در صورتی کارساز است که پزشک بر اساس کتاب‌های پزشکی مرجع اقدام کرده باشد و بتواند ثابت کند که وفق آن اصول رفتار نموده، یا اگر در کتب مرجع معالجه خاصی توصیه نشده بر اساس علم و تجربه روز پزشکی عمل کرده است و الا اگر ضرری (اعم از فوت، تشدید بیماری یا نقص عضو یا عوارض جانبی) وارد شده باشد، آمادگی، اذن و حتی اخذ براءت کامل

در قرارداد درمان یا اقرار به براءت قبل از عمل جراحی، هیچ‌گونه اثری در رفع مسؤلیت پزشک نداشته و ندارد (همان: ۳۱۳). هیچ‌زمان خطای سنگین پزشک با اخذ برگ براءت از بیمار یا اولیای اوزائل نمی‌شود (داراب پور، [بی تا]: ۳۰۵).

آقای دکتر ایرج گلدوزیان نیز می‌نویسد: «پزشک با تحصیل براءت پیش از درمان و در عین حال با اثبات انجام احتیاط‌های لازم و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی مذکور در بند ۲ ماده ۵۹ (در مورد جرم نبودن عمل) و با منتفی ساختن و قطع رابطه علیت بین اقدامات انجام شده و ورود خسارت از مسؤلیت کیفری و مدنی کلاً معاف می‌شود. شرط عدم مسؤلیت یعنی حصول براءت پیش از درمان مانع از ضمان پزشک در فرض عدم تقصیر است. بهر حال شرط براءت پزشک را از نتایج مسؤلیت ناشی از تقصیر معاف نمی‌دارد» (گلدوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱: ۱۳۳).

بعضی نیز تلویحاً، شرط براءت را به تنهایی کافی ندانسته‌اند. دکتر محمد هادی صادقی در این باره می‌نویسد: «از این رو برای عدم مسؤلیت پزشک، علاوه بر وجود اذن در معالجه و عدم تعدی و تفریط اخذ براءت نیز ضرورت دارد» (صادقی، ۱۳۷۷: ۱۹۵). در متون فقهی نیز، قدما کمتر در مورد تأثیر شرط براءت در حالی که پزشک بی احتیاطی نموده است، بحث نموده‌اند و به طور مطلق شرط براءت را رافع مسؤلیت پزشک دانسته‌اند، اما فقهای معاصر با دقت در موضوع، شرط تأثیر براءت را رعایت احتیاط و سعی و تلاش دانسته‌اند. مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی در کتاب **العروة الوثقی** می‌نویسد: «اگر پزشک از ضمان تبری جوید و بیمار یا ولی او قبول نماید و در سعی و تلاش و احتیاط قصوری ننماید، علی الأقوی پزشک مبرا از مسؤلیت است»^۱. دهها شرح نوشته شده بر کتاب **العروة الوثقی** و بقیه کتب فقهی معاصر، نیز شرط تأثیر براءت را رعایت احتیاط و عدم قصور یا قید (و لم یقصر فی الاجتهاد و الاحتیاط) نوشته‌اند.^۲

۱. اذا تبرأ الطیب من الضمان و قبل المریض او ولیه و لم یقصر فی الاجتهاد و الاحتیاط برأ علی الاقوی [سید محمد کاظم یزدی، **العروة الوثقی**، ج ۲، ص ۴۲۵].

۲. ذیلاً چند منبع فقهی با استخراج از لوح فشرده جامع فقه اهل بیت (ع)، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی نقل می‌گردد:

سید محسن طباطبائی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۸۰؛ سید ابوالقاسم خوئی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ج ۴، ص ۲۵؛ شیخ محمد فاضل لنکرانی، التعليقات علی العروة الوثقی، ج ۲، ص ۴۹۳. شیخ علی پناه اشتهازی، مدارک العروة الوثقی، ج ۲۷، ص ۱۶۸؛ سید عبدالاعلی سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۹، ص ۱۰۰؛ آیت‌اله

بدین ترتیب، اثر رضایت و شرط براءت در مسؤولیت پزشک یکسان است؛ اذن بیمار به تنهایی، بدون تحصیل براءت - مشروط بر عدم تقصیر پزشک و اعمال تمام دانشهای پزشکی - موجب عدم حصول مسؤولیت کیفری و مدنی پزشک است و نیازی به اخذ براءت مریض نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲: ۴۴). اگر از انجام عمل پزشکی زبانی متوجه بیمار گردد، بی آنکه پزشک در معالجه مرتکب تقصیر حرفه‌ای شود، مسؤولیتی متوجه پزشک نخواهد بود، چرا که شرط ایجاد مسؤولیت که عبارت از نامشروع بودن فعل است [تقصیر] وجود ندارد. اما به محض ارتکاب تقصیر از ناحیه پزشک مسؤولیت مدنی او برقرار است، چرا که بیمار هیچگاه به بی احتیاطی و بی مبالاتی او راضی نبوده است. در چنین فرضی، اثر شرط عدم مسؤولیت [براءت] با رضایت یکی است؛ هر دو تا هنگامی معتبرند که فاعل زیان مرتکب تقصیر نشده باشد (ایزنلو، ۱۳۸۲: ۷۹). شاید بر همین مبنا است که قانونگذار اثر فقدان «رضایت» و «براءت» را در موارد فوری و اورژانسی که تحصیل رضایت و براءت مقدور نیست، در ذیل مواد ۵۹ و ۶۰ قانون مجازات اسلامی یکسان و پزشک را مجاز به تصرف در جسم بیمار، بدون عاقبت اندیشی در مسؤولیت دانسته است؛ چه اصولاً مبنای عدم مسؤولیت پزشک، تحصیل رضایت یا براءت نیست، بلکه عدم تقصیر پزشک است.

بعضی از حقوقدانان گفته‌اند؛ «اجازه» ای که در بخش پایانی ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی آمده است، به معنی «براءت» نیست و سیاق ماده نباید سبب شود که اجازه به معنی براءت گرفته شود، چرا که در موارد فوری و اضطراری می‌توان «اذن ضمنی» بیمار را استنباط کرد (عباسی، ۱۳۸۲: ۲۱۴)، ولی استنباط براءت ممکن نیست (جعفری تبار، [بی‌تا]: ۶۵). پذیرش این نظر دشوار است و استنباط «اذن ضمنی» بیمار در موارد فوری مستند به هیچ دلیلی نشده است و به عکس در پاره‌ای از موارد فوری - مثلاً در حالی که بیمار خودکشی نموده است - بیمار

سید علی سیستانی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۲۷؛ سید ابوالقاسم خوئی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۹۱؛ سید محمد سعید طباطبائی حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۴۰؛ شیخ محمد امین زین‌الدین، کلمة التقوی، ج ۴، ص ۳۰۴؛ سید علی سیستانی، المسائل المنتخبة، ص ۳۳۵؛ شیخ ابوطالب التجلیلی التبریزی، التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسيلة، ص ۴۸۵؛ سید محمد کاظم مصطفوی، فقه المعاملات، ص ۲۰۹؛ سید محمد غروی، الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت (ع)؛ ج ۳، ص ۱۸۳؛ محمد آصف محسنی، الفقه و المسائل الطیبه، ص ۱۹؛ ناصر مکارم شیرازی، استفتانات، ج اول، ص ۴۷۴؛ حسینعلی منتظری، احکام پزشکی، ص ۵۲؛ یوسف صانعی، استفتانات پزشکی، ص ۱۵۳؛ جعفر مرتضی‌العاملی، الاداب الطیبه فی الاسلام، ص ۹۴.

هیچ‌گونه علاقه‌ای به مداخله پزشک برای نجات خود ندارد. افزون بر این، چنانچه بتوان در موارد فوری استنباط اذن ضمنی بیمار را نمود، لاجرم در چنین مواردی نیز رابطه پزشک و بیمار قراردادی است، زیرا اراده بیمار برای انعقاد قرارداد ممکن است صریح باشد یا ضمنی و اراده ضمنی هم برای انعقاد قرارداد پزشکی کفایت می‌کند. در واقع پزشک، نه به حکم تعهد قراردادی ناشی از قرارداد پزشکی، بلکه به حکم الزامات قانونی، ملزم به معالجه بیمار است.^۱ پزشک در موارد فوری نمی‌تواند از پذیرش بیمار و معالجه او امتناع نماید، در حالی که اگر مبنای مشروعیت فعل پزشک، اذن ضمنی بیمار باشد، پزشک نیز می‌تواند مانند حالات عادی از معالجه بیمار امتناع نماید. بنابراین، «اجازه» مذکور در ماده ۶۰ همان «برائت» است و دلیلی ندارد که قانونگذار به هنگام سخن گفتن از «برائت» به یکباره از «اجازه» سخن بگوید و منظور او «رضایت» باشد و آن هم تکرار حکمی نماید که در پایان ماده ۵۹ به آن اشاره کرده است. پس منظور از «اجازه» همان «برائت» است و مسامحه در کلام است.

گفته شده است مبنای فقدان مسئولیت پزشک در موارد فوری که بدون تحصیل برائت، مبادرت به معالجه بیمار می‌نماید، اضطرار است (عباسی، ۱۳۸۲: ۲۱۵). طرفداران این نظریه می‌گویند که پزشک از یک طرف با قوانین و مقرراتی رو به روست که ایراد صدمه و آسیب به بیمار را منع می‌کند و از طرف دیگر، با ضرورت ایراد صدمه و آسیبی که تنها راه نجات و بهبودی بیمار است. بنابراین در چنین حالتی، ضرورت اقتضا دارد که عمل مضری برای اجتناب از ضرر مهمتر ارتکاب یابد که تشخیص این امر با پزشک و جراح است (به نقل از همان منبع (Savatier, La reponabite civile, vo. 1, n. 95)

شکی نیست که اضطرار رافع مسئولیت کیفری است، ولی سبب معاف شدن از مسئولیت مدنی نمی‌گردد. تبصره ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی اعلام می‌کند: «دیه و ضمان مالی از حکم این ماده مستثنی است». ظاهر ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی، حاکی از این است که در موارد فوری، پزشک بدون اخذ برائت از بیمار، از دیه و ضمان مالی معاف است. بنابراین مبنای معافیت پزشک در موارد فوری رضایت ضمنی یا اضطرار نیست، بلکه چنانچه گفته شد «رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی» است.

۱. ماده ۲۷ آئین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای حرف پزشکی و وابسته: شاغلان حرفه‌های پزشکی مکلفند در موارد فوریت‌ها پزشکی، اقدامات مناسب و لازم را برای نجات بیمار بدون فوت وقت انجام دهند.

بنابر آنچه گفته شد، اثر شرط براءت و رضایت یکی است: هر دو تا هنگامی معتبرند که پزشک مرتکب تقصیر نشده باشد، اما این سخن، بدان معنا نیست که وضع ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی راجع به شرط براءت بیهوده است، بلکه شرط براءت در رابطه پزشک و بیمار می‌تواند، اماره تقصیر و فرض مسؤولیتی را که از ماده ۳۱۹ استنباط گردید، تا حد «مسؤولیت مبتنی بر تقصیر» تقلیل دهد: طرفین در قراردادی که در بردارنده اماره تقصیر پزشک است (و پزشک برای رهایی از مسؤولیت باید عدم تقصیر خود را اثبات کند)، شرط می‌کنند که بار اثبات تقصیر بر عهده بیمار باشد. بدین ترتیب، در شرایط ایجاد مسؤولیت تغییری حاصل نشده است و کماکان تقصیر پزشک، شرط ایجاد مسؤولیت است، تنها فرض می‌شود که خسارت وارده بر بیمار ناشی از تقصیر پزشک نیست و بیمار می‌تواند نادرستی این فرض را اثبات کند و نشان دهد که خسارت ناشی از تقصیر است. شرط براءت به سادگی به این معناست که طرفین خواستند تعهد پزشک به شیوه معمول در حد یک متعهد به وسیله باقی بماند و تعهد ایمنی را که قانون بر مبنای مصالحی به قرارداد معالجه منسوب کرده است، از دوش پزشک بر دارند. به عبارت دیگر، اثر شرط براءت محدود به جابه‌جایی مدعی و منکر است؛ بدین معنا که پزشک را از تقصیر مفروض معاف می‌کنند، صرف اثبات ورود خسارت جانی و مالی به بیمار، نشان نمی‌دهد که پزشک تقصیری داشته است، لیکن اگر بیمار ثابت کند که خسارت در نتیجه تقصیر پزشک بوده است، مسؤول خسارت ناشی از آن تقصیر است و شرط براءت او را از نتایج تقصیر اثبات شده مصون نمی‌دارد.

نویسندگان حقوق مدنی نیز این نتیجه را تأیید نموده‌اند. دکتر ناصر کاتوزیان در این باره می‌نویسد: «اثر مهم شرط براءت در پیمان درمان این است که پزشک را از ضمان مفروض در قانون معاف می‌کند و در صورتی مسؤول قرار می‌گیرد که زیان دیده بتواند تقصیر نا متعارف و غیر قابل اغماض پزشک را در اعمال قواعد ثابت کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۸۵). بدین ترتیب، اگر پزشکی پیش از آغاز درمان از بیمار تحصیل براءت کند، این شرط او را از فرض مسؤولیت در قانون می‌رهاند، ولی در صورتی که ثابت شود در انجام وظایف خود مرتکب تقصیر شده است، شرط براءت ضمان او را از بین نمی‌برد (همو، ۱۳۶۸: ۳۲۶). شرط براءت به معنی معاف شدن از ضمان ناشی از احتمال خطر است و باعث می‌شود تا او را از اثبات احتیاط به وسیله خود و انتساب خطر به عامل خارجی معاف کند. با وجود چنین شرطی، بیمار یا بازماندگان او باید بی‌مبالاتی یا عمد پزشک را مطابق قواعد عمومی اثبات کنند و گرنه طرفی از دعوی

خسارت نمی‌بندند، ولی اثر شرط «برائت» از این فراتر نمی‌رود و بویژه در مورد تقصیر سنگین (در حکم عمد) و عمد اثری ندارد؛ برای مثال، اگر درمان بیماری خطرناکی که منحصر به کوره راهی باشد که احتمال نجات در آن اندک است و بیمار با آگاهی آن کوره راه را بپذیرد و به عمل جراحی تن دهد، پزشک مسؤول مرگ او نیست، زیرا نه تنها به فشار مرض نیز مرگ حتمی است، بیمار خود احتمال خطر را به امید شفا برگزیده است، ولی هر گاه معلوم شود که جراح هنگام عمل رعایت احتیاطهای پزشکی و نظافت و آمادگی جسمی خود و وسایل لازم را نکرده است، شرط برائت او را از نتایج تقصیر مصون نمی‌دارد (همان، ج ۴: ۱۹۲).

پس به اختصار باید گفت: نه مسؤولیت پزشکی که به اذن بیمار به درمان او پرداخته است مطلق و نه شرط برائت از او رفع مسؤولیت می‌کند. تفاوت مهم این دو فرض در این است که در موارد عادی نتیجه نامطلوب درمان بر عهده پزشک است، مگر اثبات شود که به فعل او ارتباط ندارد، ولی در فرض دوم، اماره قانونی انتساب تلف به فعل پزشک از اثر می‌افتد و بیمار باید آن را به بی‌مبالاتی پزشک نسبت دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۸۵).

حقوقدانان در تحلیل ماهیت چنین شرطی نیز آن را نوعی شرط عدم مسؤولیت تعبیر نموده‌اند: «شرطی را که تنها بار اثبات را به سود مدیون جابه‌جا کند نیز می‌توان در شمار شروط عدم مسؤولیت آورد. مثال این مورد را به طور معمول فرضی می‌دانند که طرفین در قراردادی که به وجود آورنده یک تعهد به نتیجه است (و مدیون است که برای رهایی از مسؤولیت باید عدم تقصیر خود را ثابت کند) شرط کنند که بار اثبات تقصیر به عهده طلبه کار باشد» (ایزنلو، ۱۳۸۲: ۵۸).

این تحلیل از ماهیت شرط برائت، از تمامی ایراداتی که بر نظریه قبلی وارد شد، مصون است: از یک سو، شرط برائت به معنی برائت از دین احتمالی آینده نیست و از سوی دیگر، تغییری در نظام مسؤولیت نداده، پزشک باید موازین فنی و علمی و نظامات دولتی را رعایت نماید و جوابگوی تقصیر اثبات شده خود باشد و مخالفتی با نظم عمومی ندارد. این مزیت را نیز دارد که خطرات قرارداد عادلانه بین طرفین تقسیم می‌شود: خطر همزاد ناگزیر طبابت است، علم پزشکی بر مدار احتمالات دور می‌زند، عواقب هیچ‌گونه معالجه‌ای قابل پیش بینی نیست و دهها عامل در نتیجه اعمال طبی مؤثر است. اگر صرف حصول نتیجه مطلوب یا ورود ضرر به بیمار خود به خود نشانه بی‌احتیاطی و مسؤولیت پزشک باشد، هیچ انسان عاقلی، حرفه طبابت را که ضرورت زندگی اجتماعی است، انتخاب نخواهد کرد و اختلال در نظم عمومی ایجاد خواهد

شد. در مقابل آن، واقعیت بسیار واضح «تقصیر» قرار دارد که نادیده انگاشتن آن در قرارداد، تضمین حقوق اجتماعی مربوط به شخصیت را از بین می‌برد. شرط براءت پزشک را از مسؤولیت مفروض رهایی می‌بخشد و بیمار نیز خود را در مقابل خطاهای عمدی و بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی پزشک بی‌پناه نمی‌بیند و در صورتی که به او ضرری وارد شود که عرف پزشکی آن را نتیجه قصور پزشک می‌داند، حق مطالبه خسارت آن را خواهد داشت. بدین ترتیب، به وسیله شرط براءت، طرفین بار مسؤولیت را بین خود تقسیم کرده‌اند.

Archive of SID

فهرست منابع

- فارسی

- ابن ادریس حلی، محمد، کتاب السرائر. (۱۴۱۸هـ). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ابن حمزه، عماد الدین ابی جعفر محمد بن علی بن حمزه الطوسی. (۱۴۱۰هـ). الوسیله الی نیل الفضیله، گردآوری شده در سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۲۴، الطبعة الاولى، بیروت: مؤسسه الفقه الشیعه.
- اسماعیل آبادی، علیرضا. (۱۳۸۲). شرط برائت در قرارداد پزشک با بیمار، دانشگاه مفید.
- اشتری، محمد. (۱۳۵۵). «اعتبار شروط عدم مسؤولیت یا محدود کننده مسؤولیت»، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ش ۱.
- اصغری، فریبا و همکاران. (۱۳۸۴). اظهار خطای پزشکی، مجله دیابت و لیپید ایران، ویژه نامه اخلاق و تاریخ پزشکی.
- ایزانلو، محسن. (۱۳۸۲). شروط محدود کننده و ساقط کننده مسؤولیت در قراردادها، تهران: شرکت انتشار، چاپ اول.
- آذرنوش، آذرتاش. (۱۳۸۲). فرهنگ معاصر عربی به فارسی، تهران: نشر نی، چاپ سوم.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۶۷). قانون مجازات اسلامی در آراء دیوانعالی کشور - ۲ (قتل شبه عمد و خطای محض)، تهران: انتشارات ققنوس.
- جعفری لنگرودی. (۱۳۶۹). محمد جعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- جعفری تبار، حسن. (بی تا). «از آستین طبیبان، قولی در مسؤولیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۴۱.
- حر عاملی، شیخ محمد بن حسن. (۱۴۱۲هـ). وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البیت لأحیاء التراث.
- خمینی، روح اله. (بی تا). تحریر الوسیله، ج ۲، مؤسسه اسماعیلیان.
- داراب پور، سهراب. (بی تا). «اخذ برائت برای خسارت ناشی از درمان یا عمل جراحی، رافع ضمان یا اعتمادی خلاف احتیاط در مسؤولیت تخصصی پزشکان»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، ش ۴۱.
- زارعت، عباس. (۱۳۸۲). شرح قانون مجازات اسلامی، بخش کلیات حقوق عمومی، تهران: انتشارات ققنوس، چاپ سوم.

- فیض، بی تا. _____ (بی تا). شرح قانون مجازات اسلامی و تعزیرات، ج ۲، چاپ دوم، کاشان، نشر شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
- شیخ طوسی، ابی جعفر. (۱۳۶۴هـ). التهذیب، ج ۶، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم.
- صادقی، محمد هادی. (۱۳۸۲). حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، ج ۱، تهران: نشر میزان، چاپ هفتم.
- صدرزاده افشار، سید محسن. (۱۳۷۰). ادله اثبات دعوی در حقوق ایران، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۰هـ). العروة الوثقی، ج ۲، بیروت: الدار الاسلامیه.
- عباسی، محمود. (۱۳۸۲). مجموعه مقالات حقوق پزشکی، ج ۶، تهران: انتشارات حقوقی.
- العسبلی، سعد سالم عبدالکریم. (۱۹۹۴). المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي فی القانون الليبي، بنغازی: منشورات جامعه قاریونس.
- عمید، حسن. (۱۳۵۵). فرهنگ عمید، تهران: انتشارات جاویدان، چاپ سیزدهم.
- قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۳۷۸). مبانی مسؤولیت مدنی، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰.
- _____ (۱۳۷۰). ایقاع، نظریه عمومی، ایقاع معین، تهران: نشر یلدا.
- _____ (۱۳۶۸). قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران: انتشارات بهنشر.
- _____ (۱۳۷۸). مسؤولیت مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- گلدوزیان، ایرج. (۱۳۷۲). حقوق جزای اختصاصی، ج ۱، تهران: انتشارات ماجد، چاپ چهارم.
- مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده جامع فقه اهل البیت (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۵). آیا طبیب ضامن است، مجله درسهای از مکتب اسلام، ش ۱۰.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۳هـ). ضمان الطیب لما یتلف بطباطه، کتاب قراءات الفقهیه معاصره فی معطیات الطب الحدیث، بیروت: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (بی تا). «مسؤولیت کیفری و مدنی پزشک»، پژوهشنامه متین، ش ۱۴.
- _____ (۱۳۷۲). مسؤولیت (مدنی و کیفری) پزشک، مجله قضائی و حقوق دادگستری، ش ۹.

- نجفی، شیخ محمد حسن. (۱۴۰۴هـ). *جواهر الکلام*، ج ۴۲، تهران: کتابخانه اسلامی، چاپ ششم.
- نوبخت، یوسف. (۱۳۷۳). *نظریه‌های حقوقی در قلمرو پزشکی*، تهران: انتشارات کیهان.
- نوریها، رضا. (۱۳۸۲). *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم.
- والتر، تی جامپیون جونیور. (۱۳۸۳). *مسئولیت مدنی در ورزش*، (ترجمه حسین آقائی نیا)، تهران: نشر دادگستر، چاپ سوم.
- وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۸۱). *مسئولیت حقوقی ناشی از تخلف از اجرای تعهد*، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی.

Archive of SID