

# مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی

سید حسین صفایی<sup>1</sup>

(تاریخ دریافت: 1391/01/30 - تاریخ تصویب: 1391/04/14)

## چکیده:

یکی از مسائل مهم مورد بحث در حقوق امروز، مسئولیت مدنی پزشک است که قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی 1339 نسبت به آن ساکت است؛ ولی در قانون مجازات اسلامی مقرراتی به آن اختصاص یافته است. در حقوق تطبیقی مسئولیت مدنی پزشک اصولاً مبتنی بر نظریه تقصیر است؛ یعنی پزشک هنگامی مسئول و مکلف به جبران خسارت وارده به بیمار شناخته می شود که تقصیر او به اثبات رسیده باشد. این راه حل علاوه بر هماهنگی با قواعد عمومی مسئولیت مدنی، با مصلحت بیمار و جامعه قابل توجیه است. با وجود این، در قانون مجازات اسلامی 1375 ظاهراً مسئولیت محض یا بدون تقصیر پزشک، به پیروی از قول گروهی از فقهای امامیه پذیرفته شده که قابل انتقاد می نماید، هر چند که قاعده یاد شده با پذیرش شرط براءت از ضمان (شرط عدم مسئولیت) تعدیل شده است. البته تحصیل براءت از ضمان، پزشک را از مسئولیت به طور کامل معاف نمی کند؛ زیرا در این فرض نیز با اثبات تقصیر، وی مسئول و مکلف به جبران خسارت خواهد بود.

خوشبختانه قانون جدید مجازات اسلامی مصوب 1390 که هنوز لازم الاجرا نشده است از قاعده پیشین عدول کرده و مبنای تقصیر را در مسئولیت پزشک پذیرفته است؛ لیکن به نظر می رسد که مبنای مسئولیت در این قانون تقصیر مفروض است، نه تقصیر اثبات شده؛ بدین معنی که قانون پزشک را مسئول فرض می کند، مگر این که عدم تقصیر او به اثبات برسد. تحصیل براءت از ضمان نیز در قانون جدید پیش بینی شده است که فایده آن جابه جایی بار دلیل است.

**واژگان کلیدی:** مسئولیت مدنی، پزشک، تقصیر، مسئولیت محض، براءت از ضمان، فرض تقصیر.

**مقدمه:**

مسئولیت مدنی پزشکان یکی از مباحث مهم حقوق مسئولیت مدنی است که در کشورهای مختلف مورد بحث واقع و آراء مهمی راجع به آن صادر شده است. در کشور ما، قبل از تصویب قانون دیات به سال 1361، مسئولیت مدنی پزشکان تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی بود و از لحاظ مبنای مسئولیت اصولاً مبنای تقصیر که در قانون مسئولیت مدنی 1339 مقرر شده بود در این مورد هم قابل اعمال بود. لیکن در قانون دیات 1361 و به دنبال آن در قانون مجازات اسلامی 1370 چند ماده به این موضوع اختصاص یافت که با مبنای تقصیر سازگار نیست وانگهی این مواد از لحاظ مبنای مسئولیت هماهنگی کافی ندارند و در تفسیر آنها نیز اختلاف نظر دیده می‌شود.

خوشبختانه لایحه قانونی مجازات اسلامی جدید (1390) که هنوز لازم‌الاجرا نشده است مقررات پیشین را اصلاح کرده و به مبنای تقصیر باز گشته است.

پذیرش نظریه تقصیر در زمینه مسئولیت پزشکان مبتنی بر این فکر است که اصولاً تعهد پزشک تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه؛ یعنی پزشک به موجب قرارداد یا قانون متعهد است بیمار را با رعایت موازین پزشکی مداوا کند و کوشش و مهارت خود را برای درمان او بکار بندد؛ لیکن درمان قطعی (شفا دادن) بیمار در اختیار او و مورد تعهد او نیست؛ بنابراین پزشک را فقط هنگامی می‌توان مسئول شناخت که تقصیر او به اثبات برسد. وانگهی اگر مسئولیت پزشک، مسئولیت محض و بدون تقصیر باشد، پزشک جرأت نمی‌کند به معالجه‌ها و جراحی‌های خطرناک دست بزند و این امر مانع پیشرفت علم پزشکی و به زیان بیماران و جامعه خواهد بود.

به هر حال، در زمینه مبنای مسئولیت مدنی پزشک مسائلی مطرح می‌شود که قابل بحث است: آیا مسئولیت پزشک یک مسئولیت محض و بدون تقصیر و مبتنی بر نظریه خطر یا نظریه‌های دیگر مسئولیت بدون تقصیر است؟ آیا می‌توان مسئولیت پزشک را مبتنی بر اماره تقصیر دانست؟ آیا در صورت شرط عدم مسئولیت یا براءت از ضمان، پزشک به طور کلی

از مسئولیت معاف است یا با اثبات تقصیر، می‌توان او را مسئول شناخت؟ آیا با توجه به قانون مجازات اسلامی از لحاظ مبنا، تفاوتی بین مسئولیت پزشک و ختنه‌کننده وجود دارد؟ آیا در فقه امامیه مسئولیت پزشک یک مسئولیت محض و بدون تقصیر است؟ برای پاسخگویی به سؤالات فوق، نخست مبنای مسئولیت مدنی پزشک در قانون مجازات اسلامی و فقه امامیه و سپس شرط برائت از ضمان را مورد بحث قرار می‌دهیم.

**بخش نخست - مبنای مسئولیت مدنی پزشک در قانون مجازات اسلامی و فقه امامیه:**  
 مواد 319 تا 321 قانون مجازات اسلامی مصوب 1375 مربوط به مسئولیت پزشک و ختنه‌کننده و دامپزشک است که نخست به تحلیل و سپس به نقد آنها می‌پردازیم. آنگاه به مقررات قانون جدید مجازات اسلامی اشاره می‌کنیم.

### الف - تحلیل مواد 319، 320 و 321 قانون مجازات اسلامی 1375:

ماده 319 ق.م.ا. درباره مسئولیت مدنی و به تعبیر فقهی ضمان پزشک چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه طبیعی، گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان، نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است».

قابل ذکر است که این ماده دارای قلمروی گسترده است؛ زیرا هم اتلاف و هم تسبیب را شامل می‌شود. عبارت «شخصاً انجام می‌دهد» ناظر به اتلاف و عبارت «دستور آن را صادر می‌کند» ناظر به تسبیب است. بعلاوه ماده هم تلف جان و نقص عضو و هم زیان مالی را در برمی‌گیرد. وانگهی در این ماده سخنی از تقصیر به میان نیامده و ظاهراً قانونگذار مسئولیت محض یا بدون تقصیر را پذیرفته است، اعم از آنکه نظریه خطر یا نظریه تضمین حق را، با الهام گیری از نظریه‌های غربی، مبنای آن بدانیم، یا با بهره‌گیری از گفته‌ها و تعبیرهای فقهای اسلامی، نظریه «استناد» (ضرر به پزشک)، یا نظریه نفی ضرر را مبنای آن تلقی نماییم.

به هر حال، ماده 319 ق.م.ا. مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است که پزشک را در هر حال

ضامن می‌دانند چه در علم و عمل قاصر باشد یا حاذق، چه مأذون از سوی مریض یا ولی او باشد یا نه (امام خمینی، بی تا، ص 505). در تأیید این نظر به اطلاق ادله ضمان استناد شده است (المطهری، 1401، ص 62). البته قول دیگری در فقه هست که از آن پذیرش مبنای تقصیر در مسئولیت پزشک استنباط می‌گردد و بعداً از آن سخن خواهیم گفت.

ماده 321 قانون مجازات اسلامی که راجع به دامپزشک است مشابه ماده 319 است و ظاهراً مسئولیت محض دامپزشک را پذیرفته و چنین مقرر داشته است: «هرگاه بیطار و دامپزشک، گرچه متخصص باشد، در معالجه حیوانی، هر چند با اذن صاحب او باشد، موجب خسارت شود ضامن است». این ماده از لحاظ مبنای مسئولیت هماهنگ با ماده 319 است و مانند آن ماده ریشه فقهی دارد؛ زیرا فقها بیطار را از لحاظ ضمان به طیب تشبیه کرده‌اند (ر.ک. همان منبع). گفتنی است که در ماده 321 دو کلمه «بیطار و دامپزشک» بکار رفته که ظاهراً مترادفند، در حالی که در شیوه قانون نویسی، شایسته است که از کاربرد کلمات مترادف پرهیز شود. بنابراین کلمه «بیطار» در ماده یاد شده زائد به نظر می‌رسد.

بنابراین آنچه گفته شد، مسئولیت پزشک و دامپزشک در قانون مجازات اسلامی مسئولیت محض است و مبتنی بر تقصیر نیست؛ به دیگر سخن، برای الزام پزشک و دامپزشک به جبران خسارت، کافی است که زیان دیده تحقق ضرر و رابطه سببیت بین ضرر و عمل خواننده دعوی را ثابت کند؛ در حالی که مسئولیت ختنه کننده که در ماده 320 آمده ظاهراً مبتنی بر تقصیر است. ماده مزبور چنین مقرر می‌دارد:

«هرگاه ختنه کننده، در اثر بردن بیش از مقدار لازم، موجب جنایت یا خسارت شود ضامن است، اگرچه ماهر بوده باشد». به نظر می‌رسد «بریدن بیش از مقدار لازم» نوعی تقصیر است؛ زیرا تقصیر به مفهوم نوعی آن که مورد قبول اغلب حقوقدانان واقع شده و با قانون مدنی و فقه اسلامی هم سازگار است «تجاوز از رفتار متعارف» است. البته در مورد ختنه کننده که فردی متخصص است باید رفتار او را با رفتار یک متخصص مشابه مقایسه کرد و روشن است که ختنه کننده متخصص بیش از مقدر لازم نمی‌برد و «بریدن بیش از

مقدار لازم» تجاوز از عرف پزشکی یا ختنه‌گری است. بنابراین، ختنه‌کننده‌ای که از رفتار متعارف تخصصی تجاوز کرده، مرتکب تقصیر شده و بدین سبب باید ضامن باشد. به هر حال، ماده 320 نیز مبتنی بر نظر برخی از فقهای امامیه است که ختان را فقط در صورت «تجاوز از حد» ضامن دانسته و در فرض عدم تجاوز از حد به عدم ضمان فتوا داده‌اند (امام خمینی، بی تا، ص 561).

### ب - نقد قانون مجازات اسلامی 1375:

یکی از اشکالات وارد بر مواد 319 تا 321 قانون مجازات اسلامی ناهماهنگی این مواد از لحاظ مبناي مسئولیت است: در حالی که در مواد 319 و 321 ظاهراً مسئولیت محض و بدون تقصیر پذیرفته شده، در ماده 320، چنانکه گفتیم، مسئولیت مبتنی بر تقصیر است. اشکال دیگری که دیده می‌شود این است که مسئولیت پزشک بنا بر آنچه از ظاهر قانون برمی‌آید، مسئولیت محض و بدون تقصیر است، در حالی که مصلحت اجتماعی اقتضا می‌کند که پزشک فقط در صورت ارتکاب تقصیر مسئول شناخته شود، تا پزشکان بدون نگرانی از مسئولیت بتوانند با رعایت موازین پزشکی به تحقیقات علمی و معالجه بیماران بپردازند. اگر به صرف ایراد خسارت به بیمار که ظاهراً مستند به عمل پزشک است و بدون اثبات تقصیر، وی مسئول باشد، چه بسا جرأت کارهای بزرگ از پزشک سلب می‌شود و این مانعی در راه پیشرفت علم پزشکی و به زیان بیماران و جامعه است.

در فقه امامیه نیز، بنا بر یک نظر، مسئولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است. حتی فقهای که قائل به مسئولیت محض پزشک هستند، بیشتر به مصادیق تقصیر پزشک اشاره کرده و بر مسئولیت وی در این گونه موارد تأکید نموده‌اند. در کتاب معروف جواهرالکلام در این خصوص چنین آمده است: «پزشک ضامن تلف ناشی از معالجه است، اگر کوتاهی کند یا طفل یا مجنونی را بدون اذن ولی یا بالغی را بدون اذن او معالجه کند. در هیچ یک از این امور اختلافی نیافته‌ام؛ بلکه در تنقیح آمده است که پزشک کم دانش، بر حسب اجماع،

ضامن چیزی است که بر اثر معالجه تلف می‌کند. و در مجمع البرهان (شرح ارشاد اردبیلی) آمده است: «پزشک ضامن تلف ناشی از علاج خود است، اگر کوتاهی کند، اعم از اینکه حاذق باشد یا نه، ماذون از سوی بیمار یا ولی او باشد یا نه؛ و ظاهراً اختلافی در این باره نیست؛ همچنین پزشک، هر گاه طفل یا مجنونی را بدون اذن ولی معالجه کند ضامن است» (نجفی، 1398ه.ق، صص 44 و 45).

از عبارات فوق مبنای تقصیر در مسئولیت پزشک قابل استنباط است چه عبارات «اگر کوتاهی کند» (ان کان قاصراً)، معالجه طفل یا مجنون بدون اذن ولی، معالجه بالغ بدون اذن او از مصادیق تقصیر به مفهوم پذیرفته شده در حقوق امروز است. به دیگر سخن، پزشکی که در معالجه بیمار کوتاهی می‌کند یا کودک یا دیوانه‌ای را بدون اذن ولی او معالجه می‌نماید یا به معالجه شخص کبیری بدون اذن او (در مواردی که کسب اذن امکان‌پذیر است) می‌پردازد برخلاف عرف پزشکی عمل کرده و مقصر به شمار می‌آید، هر چند گروهی از فقها گفته‌اند که پزشک در فرض مآذون بودن و عدم تقصیر هم مسئول است (خویی، 1976، ص 221).

مسئولیت مبتنی بر تقصیر راه حلی است که در حقوق تطبیقی پذیرفته شده است. مثلاً در حقوق فرانسه، تعهد پزشک را تعهد به وسیله به شمار آورده و اصولاً تقصیر را مبنای مسئولیت او دانسته‌اند. دیوان تمیز فرانسه به صراحت اعلام کرده است که پزشک تعهد به درمان قطعی (شفا دادن) بیمار ندارد، بلکه تعهد کرده است او را مداوا کند، نه هرگونه مداوا، بلکه مداوایی که مطابق داده‌های مسلم علمی باشد. این بدان معنی است که پزشک باید مواظب و مراقب و دقیق باشد، راههای درمانی را که در موارد مشابه به کار می‌رود بشناسد و به کار برد. رویه قضائی فرانسه تعهد اطلاع رسانی به بیمار درباره خطرهای عمل جراحی یا درمان را از تعهدات پزشک دانسته و عدم اجرای این تعهد را که نوعی تقصیر و اثبات آن بر عهده بیمار است موجب مسئولیت تلقی کرده است. البته در مورد آزمایشهای پزشکی و معالجات و اعمال جراحی ساده، رویه قضائی فرانسه تعهد پزشک را تعهد به

نتیجه تلقی کرده و اثبات تقصیر را لازم ندانسته و صرف عدم حصول نتیجه و تحقق ضرر را کافی برای مسئولیت شناخته است (Tere, 1999, no 564, p.463).

به هر حال به نظر می رسد که نظریه تقصیر بهترین مبنا برای مسئولیت پزشک است که هم در فقه و هم در حقوق تطبیقی مورد توجه واقع شده است، هر چند که قانون مجازات اسلامی 1375، به پیروی از نظر گروهی از فقها، به ظاهر آن را نپذیرفته است. برای تعدیل قاعده مندرج در ماده 319 ق.م.ا.دو راه حل پیشنهاد شده است:

یک راه حل که برخی از استادان حقوق پیشنهاد کرده اند آن است که بین اتلاف و تسبیب تفکیک قائل شده، بگوئیم در اتلاف، طبق قاعده، مسئولیت عینی و بدون تقصیر است اما در تسبیب که معمولاً مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، در مورد پزشک فرض تقصیر شده و به عبارت دقیق تر اماره تقصیر وجود دارد؛ یعنی تقصیر پزشک با توجه به ماده 319 مفروض است ولی اثبات عدم تقصیر امکان دارد (کاتوزیان، 1368، صص 189 - 191) چنانکه پزشک می تواند با اثبات اینکه کلیه احتیاط ها و مراقبت های لازم را به کار برده یا وضع جسمی بیمار یا نقص علم پزشکی سبب خسارت شده عدم تقصیر خود را ثابت و از خود رفع مسئولیت کند.

اشکال این نظر آن است که با عبارت ماده 319 سازگار نیست؛ زیرا این ماده تفاوتی بین اتلاف و تسبیب قائل نشده، بلکه به صراحت هم اتلاف و هم تسبیب را مشمول حکم واحدی قرار داده است.

راه حل بهتر آن است که به طور کلی مسئولیت پزشک را مبتنی بر تقصیر مفروض بدانیم، یعنی پزشک را در صورت ایراد خسارت ناشی از معالجه مستقیم یا صدور دستور معالجه مسئول بشناسیم مگر اینکه عدم تقصیر او به اثبات برسد. این نظریه که تفسیری معقول از ماده 319 و راهی برای تعدیل حکمی است که از ظاهر آن استنباط می شود هم با قواعد عمومی مسئولیت مدنی و هم با مصلحت جامعه سازگار است و تعارضی هم با فقه امامیه ندارد؛ زیرا در فقه مبنای تقصیر در زمینه مسئولیت پزشک مطرح شده است و فتاوی

معتبری در این خصوص دیده می شود. البته جا دارد رویه قضائی این تفسیر را - که نظری میانه و واسطه بین نظریه تقصیر (اثبات شده) و نظریه مسئولیت محض است - بپذیرد، تا بتوان در دعاوی مطروحه با اطمینان بیشتری به آن استناد کرد. نظریه ای که در مورد شرط برائت از ضمان پذیرفته شده مبنی بر اینکه این شرط بار دلیل را جابه جا می کند و با اثبات تقصیر پزشک شرط مزبور نمی تواند موجب معافیت از مسئولیت باشد می تواند مؤید نظر دوم در تفسیر ماده 319 ق.م.ا. باشد.

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

خوشبختانه قانون جدید مجازات اسلامی که هنوز به موقع اجرا گذارده نشده است مسئولیت محض یا مسئولیت بدون تقصیر پزشک را با توجه به گفته های برخی از فقهای امامیه و انتقادهای حقوقدانان نپذیرفته و به مبنای تقصیر باز گشته است. ماده 489 قانون جدید در این باره مقرر می دارد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است، مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد، یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می شود.

**تبصره 1-** در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد، هر چند برائت اخذ نکرده باشد».

از این ماده چنین بر می آید که پزشک اصولاً مسئول زیانهای وارده به بیمار است، مگر این که عدم تقصیر او اثبات شود یا برائت اخذ کرده باشد. در این فرض نیز در صورتی پزشک معاف از مسئولیت است که مرتکب تقصیر نشده باشد. به دیگر سخن، از سیاق ماده فوق مبنای فرض تقصیر یا به تعبیری اماره تقصیر قابل استنباط است؛ بدین معنی که برای مسئولیت اثبات تقصیر لازم نیست؛ ولی پزشک می تواند عدم تقصیر خود را ثابت

کند، چنانکه ثابت کند که مقررات پزشکی و موازین فنی را کاملاً رعایت کرده و مرتکب هیچ گونه بی احتیاطی نشده است. هرگاه پزشک از بیمار یا ولی او براءت اخذ کرده و به عبارت دیگر عدم مسئولیت خود را شرط نموده باشد، بار اثبات تقصیر بر عهده زیان دیده خواهد بود. بنابراین، شرط براءت از ضمان - که در بخش دوم مقاله به آن خواهیم پرداخت - پزشک را از مسئولیت در صورت اثبات تقصیر معاف نمی کند و فقط بار اثبات را جا به جا می نماید، بدین معنی که اگر براءت از ضمان اخذ نشده باشد، بار اثبات عدم تقصیر بر دوش پزشک و در صورت اخذ براءت بار اثبات تقصیر بر عهده زیان دیده است. کاربرد کلمه «تقصیر» در ماده 489 قانون دلیل بر آن است که مسئولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است؛ ولی نه تقصیر اثبات شده، بلکه تقصیر مفروض که خلاف آن قابل اثبات است. بدیهی است که در مسئولیت بدون تقصیر یا محض اثبات عدم تقصیر مؤثر نخواهد بود. تبصره ماده 489 قانون جدید نیز مؤید قبول مبنای تقصیر در این قانون است.

### بخش دوم - شرط براءت از ضمان:

#### الف - مفهوم و مستند قانونی و فقهی شرط:

با اینکه قانون مجازات اسلامی در ماده 319 به ظاهر مسئولیت محض و بدون تقصیر پزشک را پذیرفته، با قبول تحصیل براءت از ضمان که اغلب به صورت شرط ضمن عقد است آن را به نحوی تعدیل کرده است. در فقه بیشتر، عبارت «اخذ براءت از ضمان» به کار رفته است. منظور این است که پزشک با اطلاع رسانی به بیمار و آگاه کردن او از خطر و تبعات احتمالی معالجه یا عمل جراحی، رضایت او را برای عدم مسئولیت خود، در صورت وقوع حادثه یا ایراد ضرر، جلب کند. در دو ماده از قانون مجازات اسلامی 1375 به این قاعده تصریح شده است: ماده 60 قانون مزبور می گوید: «چنانچه طیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او براءت حاصل نموده باشد، ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد، طیب ضامن

نمی باشد». ماده 322 ق.م.ا. نیز همان قاعده را تکرار کرده مقرر می دارد: «هرگاه طیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان براثت حاصل نماید عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود». تفاوت این ماده با ماده 60 ق.م.ا. این است که در ماده 322 به عدم مسئولیت بیطار در صورت اخذ براثت نیز تصریح شده، حال آنکه در ماده 60 به این نکته اشاره نشده است. وانگهی عبارت «در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد، طیب ضامن نمی باشد» مندرج در ماده 60 ق.م.ا. در ماده 322 دیده نمی شود. ظاهراً مقصود از این عبارت آن است که هرگاه پزشک قصد اخذ براثت از ضامن داشته باشد ولی به علت فوریت عمل نتواند آن را تحصیل کند، چنانکه بیمار بیهوش بوده و نیاز به عمل جراحی فوری داشته باشد، پزشک ضامن خسارات وارده نخواهد بود. بنابراین، به نظر می رسد که مقصود از «اجازه گرفتن» در عبارت فوق اجازه ساده برای معالجه یا عمل جراحی نیست بلکه اجازه گرفتن همراه با اخذ براثت از ضامن است. به هر حال عبارت مزبور قابل ایراد و زائد است؛ زیرا اخذ براثت از ضامن - اعم از اینکه مبتنی بر اراده طرفین و یک نوع شرط ضمن عقد باشد، یا ناشی از اراده یک جانبه بیمار و یک نوع ایقاع، چنانکه از کلمه ابراء که در فقه به کار رفته ممکن است استنباط شود<sup>1</sup> - نیاز به

1- اکثر فقها عبارت «شرط براثت از ضامن» را به کار نبرده و از اخذ براثت از ضامن یا ابراء از ضامن سخن گفته اند. با وجود این برخی از فقهای معاصر به اخذ براثت در قالب شرط ضمن عقد اشاره کرده و نیز اخذ براثت با اراده یک جانبه بیمار یا ولی او و به صورت اسقاط حق رامطرح نموده و اشکال کرده اند به اینکه اخذ براثت در این فرض از قبیل اسقاط حق قبل از ثبوت آن (ابراء ما لم یجب) است؛ زیرا هنوز خسارتی رخ نداده که بیمار یا ولی او بخواهد از ذمه طیب اسقاط کند و در پاسخ گفته اند: «این اشکال را نیز از دو راه می توان پاسخ گفت: نخست اینکه برای اسقاط حق، ثبوت قطعی آن لازم نیست، بلکه همین اندازه که زمینه های ثبوت فراهم گردد، می توان آن را اسقاط کرد و در مورد مداوای بیمار نیز زمینه های ثبوت حق حاصل است، هر چند قبل از اقدام به مداوا باشد. دیگر آنکه اسقاط این حق می تواند به عنوان «شرط ضمن عقد» در مساله مداوای مریض در آید...» (آیت ... العظمی مکارم شیرازی، احکام پزشکی، تهیه و تدوین محمد روحانی و فاطمه نوغانی، ص 251). صاحب جواهر در پاسخ به ایراد اسقاط مالیم یجب گفته است: «احتیاج شدید هم می تواند مجوزی باشد که با وجود آن از قاعده، یعنی جایز نبودن اسقاط حق قبل از ثبوت آن عدول کنیم. به علاوه این ابراء می تواند نوعی شرط ضمن عقد به شمار آید، از قبیل شرط سقوط خیار

اراده بیمار یا ولی او دارد و بیماری که به علت بیهوشی یا حجر فاقد اراده حقوقی است نمی‌توان از او براءت حاصل کرد. چنین عبارتی در کتب معتبره فقهی هم دیده نمی‌شود. در تحریر الوسیله اعتبار ابراء مریض منوط به آن شده است که بالغ و عاقل باشد یا ولی بیمار ابراء کند (المطهری، 1401ه.ق، ص 560). آیت... العظمی خوبی بعد از ذکر این نکته که عدم ضمان پزشک در صورت اخذ براءت ضمان از مریض یا ولی او در مسالک به مشهور نسبت داده شده و در غنیه بر آن ادعای اجماع شده است، به حدیث معتبر سکونی از حضرت صادق (ع) که از حضرت علی علیه السلام نقل فرموده استدلال نموده که در آن اخذ براءت از «ولی» بیمار برای عدم ضمان لازم شناخته شده است و در توضیح آن گفته اند: اگر معالجه حیوان منظور باشد ولی مالک حیوان است و اگر معالجه انسان بالغ و عاقل مقصود باشد خود او ولی به شمار می‌آید و اگر بیمار کودک یا مجنون باشد ولی شرعی او ولی محسوب است (الخویی، 1976، ج 222/2).<sup>1</sup> در توجیه قاعده گفته اند: «... درمان و معالجه بیماران از اموری است که مورد نیاز است و اگر ابراء تشریح نشود، این کار متعذر خواهد شد» (محمدی، 1364، ص 13).

حیوان یا مجلس در ضمن عقد بیع که به موجب «المومنون عند شروطهم» می‌توان آن را موجب سقوط خیار دانست (گرچی، 1380، ص 84).

گفتنی است که در حقوق امروز، علاوه بر اینکه اخذ براءت می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد باشد، ممکن است در قالب قرارداد مستقلی تحقق یابد. این گونه قرارداد، برابر ماده 10 قانون مدنی صحیح و نافذ است. به هر حال اخذ براءت از ضمان هم به موجب قرارداد و توافق طرفین و هم به صورت عمل حقوقی یک جانبه (ایقاع) از سوی بیمار یا ولی او قابل حصول است.

1 - برخی از فقهای معاصر گفته اند:... اخذ براءت باید از ولی بیمار باشد و می‌دانیم منظور از ولی پدر یا جد است و اگر آنها وجود نداشته باشند، حاکم شرع در مورد آنها تصمیم می‌گیرد و اگر دسترسی به حاکم شرع نباشد، بستگان نزدیک او که دارای عقل و درایت کافی هستند و از نظر تقوی مورد وثوق و عدالتند (به تعبیر فقهی عدول المومنین) امرولایت او را بر عهده می‌گیرند (ر.ک. مقاله آیت العظمی مکارم شیرازی، احکام پزشکی، ص 251).

در تبصره 2 ماده 489 قانون جدید مجازات اسلامی کلمه ولی چنین تعریف شده است: «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 اعطای براءت به طیب اقدام می‌نماید».

از آنچه گفتیم به وضوح بر می آید که اخذ برائت از ضمان منوط به ابراز اراده از سوی بیمار یا ولی اوست و معالجه یا عمل جراحی بدون اراده بیمار یا ولی او موجب برائت از ضمان نخواهد بود. بنابراین عبارت آخر ماده 60 ق.م.ا. با فقه هم سازگار نیست و حذف آن لازم به نظر می رسد.

گفتنی است که در ماده 489 قانون جدید مجازات اسلامی فقط به تحصیل برائت از پزشک یا ولی او تصریح شده و عبارت قابل انتقاد مذکور در قسمت آخر ماده 60 قانون مجازات قدیم در آن دیده نمی شود.

### ب - اخذ برائت از ضمان و تقصیر پزشک:

مسئله مهمی که در زمینه اخذ برائت از ضمان مطرح می شود آن است که آیا اخذ برائت موجب عدم ضمان پزشک به طور مطلق است، یا حتی به رغم اخذ برائت، پزشک در صورت ارتکاب تقصیر و اثبات آن مسئول است. اگر مسئولیت پزشک مسئولیت محض و مبتنی بر یکی از نظریه های مسئولیت بدون تقصیر باشد در فرض اخذ برائت، هم نباید تقصیر موثر باشد. اما اگر مسئولیت پزشک را مبتنی بر فرض (اماره) تقصیر بدانیم، می توانیم در فرض اخذ برائت، با اثبات تقصیر پزشک او را مسئول بشناسیم. در واقع، اخذ برائت از ضمان، بار دلیل را جابجا می کند؛ یعنی در صورت عدم تحصیل برائت پزشک می تواند با اثبات عدم تقصیر، از خود رفع مسئولیت کند؛ لیکن در صورت اخذ برائت از ضمان بار دلیل برعهده بیمار است که می تواند با اثبات تقصیر پزشک، او را مسئول و ضامن خسارات وارده بشناسد. این نظر علاوه بر اینکه با مبنای فرض تقصیر سازگار است موافق مصلحت جامعه است؛ زیرا اگر پزشک، حتی در صورت ارتکاب تقصیر، مبری از مسئولیت باشد، چه بسا ممکن است دقت و مراقبت لازم را به کار نبرد و بر اثر بی احتیاطی و بی دقتی پزشک، سلامت یا جان بیمار به خطر بیفتد و بدیهی است که این وضع موجب گسترش بی احتیاطی و بی دقتی پزشکان و به زیان جامعه خواهد بود. وانگهی با تفسیر

شرط برائت از ضمان می توان گفت بیمار پزشک را از خسارات ناشی از معالجه بری کرده است نه از زیانهای ناشی از تقصیر.

برخی از فقهای معاصر به این قاعده تصریح کرده اند (فاضل لنکرانی، 1383، ص 606) و همین نظر مورد قبول بعضی از استادان حقوق واقع شده است (گلدوزیان، 1382، ص 165). رویه قضایی نیز با این نظر هماهنگ است. اما برخی از استادان حقوق بر آنند که شرط برائت فقط درباره اضرار عمدی یا آنچه در حکم عمد (تقصیر سنگین) باشد، مانند جا گذاردن چاقوی جراحی در شکم بیمار یا عمل جراحی در حال مستی، برخلاف نظم عمومی و بی اثر است (کاتوزیان، 1374، ص 324).

به هر حال از ماده 489 قانون جدید مجازات اسلامی بر می آید که تحصیل برائت از ضمان رافع مسئولیت در صورت ارتکاب تقصیر، چه عمدی باشد چه غیر عمدی، نیست. به نظر می رسد، در مورد زیانهای بدنی، همان طور که در حقوق فرانسه گفته اند (Mazeaud & Shabas, 1991, p.778)، اگر مقصود از شرط برائت از ضمان یا شرط عدم مسئولیت معافیت از مسئولیت حتی در فرض ارتکاب تقصیر باشد، این شرط برخلاف نظم عمومی و باطل است و نباید در این خصوص بین تقصیر سنگین و سبک تفاوت قائل شد.

### نتیجه گیری:

از آنچه گفتیم می توان نکات زیر را به عنوان نتیجه ذکر کرد:

1- در قانون مجازات اسلامی، ظاهراً مسئولیت مدنی پزشک مبتنی بر تقصیر نیست بلکه مسئولیت محض و بدون تقصیر پذیرفته شده است؛ یعنی پزشک ضامن هر گونه خسارتی است که به بیمار وارد شود و مستند به فعل مستقیم یا غیرمستقیم پزشک باشد. لیکن در قانون جدید مجازات اسلامی (1375) مبنای تقصیر پذیرفته شده است، هر چند که این تقصیر مفروض و خلاف آن قابل اثبات است.

2- قاعده مسئولیت محض پزشک مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است؛ ولی از اقوال و فتاوی برخی دیگر از فقها در مسئولیت پزشک، مبنای تقصیر استنباط می شود. البته تقصیر ممکن است ناشی از عدم مهارت یا بی احتیاطی یا عدم اذن بیمار یا ولی او باشد که در هر حال تجاوز از رفتار متعارف پزشکی است و تقصیر به شمار می آید. به هر حال، نظریه مسئولیت محض و بدون تقصیر پزشک با حقوق تطبیقی و مصلحت اجتماعی سازگار نیست زیرا جرات و شهامت معالجه و عملهای جراحی بزرگ را از پزشک می گیرد و مانع پیشرفت علم پزشکی و درمان بیماریهای سخت می شود. شاید به همین جهت قانون جدید مجازات اسلامی از قاعده پیشین عدول کرده است.

3- برای تعدیل ماده 319 قانون مدنی، می توان در تفسیر ماده مزبور اماره تقصیر را پذیرفت و به دیگر سخن تقصیر پزشک را مفروض دانست و در این صورت بیمار نیاز به اثبات تقصیر نخواهد داشت ولی پزشک می تواند عدم تقصیر خود را برای معاقبت از مسئولیت ثابت کند. بنابراین تفسیر که معقول و منطبق با مصلحت جامعه است مبنای مسئولیت پزشک تقصیر مفروض است نه تقصیر اثبات شده، چنانکه همین مبنا از قانون جدید مجازات اسلامی قابل استنباط است.

4- قانون کنونی مجازات اسلامی که ظاهراً نظام سختی را درباره مسئولیت پزشک پذیرفته، خود آن را با قاعده اخذ براءت از ضمان که اغلب به صورت شرط عدم مسئولیت است تعدیل کرده است. این قاعده در دو ماده 60 و 322 قانون مدنی منعکس شده که مبتنی بر فقه است. با وجود این، عبارت آخر ماده 60 مبنی بر اینکه در موارد فوری که اخذ براءت ممکن نباشد، طیب ضامن نمی باشد با فقه و منطق حقوقی سازگار نیست و شاید به همین جهت عبارت مذکور در قانون جدید نیامده است.

5- هرگاه پزشک از شرط برائت از ضمان برخوردار باشد، این شرط مجوز بی احتیاطی و بی مبالاتی وی نیست، یعنی در صورت ارتکاب تقصیر، پزشک نمی تواند به شرط عدم مسئولیت استناد کند و بیمار می تواند با اثبات تقصیر، جبران خسارت وارده را تقاضا نماید. فتوای بعضی از فقهای معاصر و نظر برخی از استادان حقوق و رویه قضائی این نظر را تأیید می کند که با مصلحت اجتماعی هم سازگار است، از قانون جدید مجازات اسلامی نیز هم معنی استنباط می شود.

### منابع و مأخذ:

#### الف - منابع فارسی و عربی:

- 1- امام خمینی، سید روح الله، (بی تا)، **تحریر الوسیله**، جلد 2، موسسه النشر الاسلامی، قم.
- 2- الخویی، سید ابوالقاسم، (1976)، **مبانی تکمله المنهاج**، جلد 2، چاپ نجف.
- 3- روحانی، محمد و نوغانی، فاطمه، (1376)، **احکام پزشکی**، چاپ اول، تهران.
- 4- فاضل لنکرانی، محمد، (1383)، **جامع المسائل، استفتائات**، جلد 2، چاپ یازدهم.
- 5- کاتوزیان، ناصر، (1374)، **حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد**، جلد 1، انتشارات دانشگاه تهران.
- 6- کاتوزیان، ناصر، (1368)، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها**، جلد 4، تهران، انتشارات بهنشر.
- 7- گرجی، ابوالقاسم و همکاران، (1380)، **دیات**، انتشارات دانشگاه تهران.
- 8- گلدوزیان، ایرج، (1382)، **محشای قانون مجازات اسلامی**، چاپ اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد.

9- محمدی، ابوالحسن، (1364)، **حقوق کیفری اسلام، دیات**، ترجمه از مسالك الأفهام، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.

10- المطهری، احمد، (1401 ه.ق)، **مستند تحریر الوسیله**، کتاب الدیات، قم.

11- النجفی، محمدحسن، (1398 ه.ق)، **جواهر الکلام**، جلد 43، تهران.

### ب - منابع خارجی:

1- TEREÉ, F. SIMLER, Ph. et LEQUETTE, Y., (1999), droit civil, les obligations, 7<sup>l</sup>ere ed. Dalloz.

2- MAZEAUD, H.L.J. et Chabas, F. Leçons de Droit civil, (1991), T.II, 1er vol, obligations, Paris.