

ضمان پزشک در قانون مجازات اسلامی

یحیی میرعلی

دکترای فقه و حقوق جزا و جرم شناسی

نام نویسنده مسئول:

یحیی میرعلی

چکیده

یکی از مباحث مورد بحث در فقه و حقوق امروز، ضمان یا مسئولیت مدنی پزشک است که بعضی از فقها پزشک را در قبال خسارات ناشی از درمان ضامن نمی‌دانند به دلیل اینکه پزشک امین جامعه است و فعلی را که بر روی مریض انجام می‌دهد، از روی احسان است؛ و «ما علی المحسنین من سبیل» و همچنین شمردن او باعث امتناع پزشکان از درمان می‌شود و این خلاف مصلحت جامعه است. در مقابل مشهور فقها قائل به مسئولیت محض پزشک هستند و به قواعدی همچون اتلاف، تسبیب، لاضرر، قاعده لا یبطل امری مسلم و روایت سکونی تمسک می‌کنند.

در قانون مدنی و مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ نسبت به مسئولیت پزشک ساکت است؛ ولی قانون مجازات ۱۳۷۵ مسئولیت پزشک را به تبع از مشهور مسئولیت محض قرار داده که با تحصیل براءت که در ماده ۶۰ آمده از مسئولیت مبرا می‌شود، البته نه به طور کامل، بلکه در این فرض با اثبات تقصیر، وی مکلف به جبران خسارت خواهد بود. البته قانون جدید مجازات اسلامی مسئولیت پزشک را بر مبنای تقصیر پذیرفته یعنی طبیب ضامن است مگر عدم تقصیر او به اثبات برسد و تحصیل براءت این فایده را برای طبیب دارد که بار اثبات را جابجا می‌کند.

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

مقدمه

یکی از کارهایی که در طول تاریخ از تقدس و منزلت بالایی بین مردم برخوردار بوده پزشکی است و انسانها وظیفه دارند در صورت ابتلا به امراض جهت معالجه به پزشک مراجعه کنند دلیل این امر وجود آیاتی در قرآن از جمله ولا تلقوا بایدیکم الی التهلکه و یا حدیث لا ضرر... می باشد و از طرفی هم پزشک وظیفه شرعی دارد در صورت مراجعه بیمار او را تحت مداوا و درمان قرار دهد و امتناع او حرام است چنانچه ابان از امام صادق نقل کرده که حضرت عیسی فرموده: اگر طبیبی مجروحی را ترک کند (یعنی امتناع از معالجه نماید) وارد کننده جرح شریک است چرا که شخص وارد کننده ی جرح قصد فساد مجری داشته و ترک کننده معالجه مثل او طالب ان است. (کلینی، 1362، 245)

سوالی که مطرح می شود این است که آیا این اهمیت و تقدس باعث می شود که ما دست پزشکان را باز بگذاریم تا هر چه خود صلاح می دانند انجام دهند یا باید برای آنها حد و مرزی قائل شویم به عبارتی دیگر آیا باید آنها را مسئول بدانیم یا نه؟ در صورت مسئولیت، مبنا و محدودیت مسئولیت پزشک چیست؟

مسئولیت مدنی پزشک از مباحث مهم حقوق هم میباشد که در کشور قبل از تصویب قانون دیات به سال 1361، مسئولیت مدنی پزشک بر مبنای تقصیر در قانون مسئولیت مدنی 1339 مقرر شده بود. لکن در قانون دیات 1361 و به دنبال آن در قانون مجازات 1370 چند ماده به این موضوع اختصاص یافت که با مبنای تقصیر سازگاری نداشت. نظریه تقصیر مبتنی بر این فکر است که تعهد پزشک اصولاً تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه؛ یعنی پزشک به موجب قانون یا قرار داد متعهد است بیمار را با رعایت موازین پزشکی مداوا کند؛ لیکن شفا دادن بیمار در اختیار او نیست؛ بنابراین پزشک را فقط هنگامی می توان مسؤول شناخت که تقصیر او به اثبات برسد. از طرفی دیگر اگر مسئولیت پزشک، مسئولیت محض و بدون تقصیر باشد، پزشک جرأت نمی کند به معالجه ها و جراحی های خطرناک دست بزند و این مانع پیشرفت علم پزشکی است، آیا در صورت شرط برائت از ضمان، پزشک به طور کلی از مسئولیت معاف است یا با اثبات تقصیر، می توان او را مسئول شناخت؟ برای وضوح بحث ابتدا مبنای این مسئولیت را در فقه و سپس در حقوق بویژه قانون مجازات و لایحه بررسی می کنیم.

بخش نخست-ضمان طبیب در فقه اهل سنت و شیعه

فقه های عظام شیعه در کتب خود راجع به ضمان پزشک به مباحثی پرداخته اند که در ابتدا ضمان طبیب در فقه اهل سنت را بحث می کنیم و در ادامه ضمان طبیب در فقه امامیه را بررسی می کنیم. الف-مبنای ضمان طبیب در فقه اهل سنت فقه های اهل تسنن در ضمان طبیب میان پزشک متخصص و غیر متخصص تفاوت گذارده اند.

پزشک جاهل

چنانچه فردی، خود را پزشک معرفی کند و به درمان بیماران بپردازد، بدون اینکه از طبابت چیزی بداند مسئول تلقی می گردد؛ زیرا خلایقیت و دانایی رکن اول طبابت قلمداد شده است و تصدی به آن بدون آگاهی امکان ندارد. لذا به صرف تصدی عمل او تقصیر به شمار می آید و ضمانت او را به دنبال دارد و حدیثی از پیامبر است که موید این ادعا است که فرمودند: «من تطیب و لم یعلم منه طب قبل ذلک فهو ضامن»

بنابراین مسئولیت طبیب جاهل، مسئولیت مطلق است و صرف طبابت کردن ضمانت می آورد. چه طبابت او منجر به ورود خسارت بشود و چه خسارت ببار نیاورد. (سراج، 1414، ص 11)

چنین فردی از اشتغال به طبابت ممنوع است و نباید بیماران را مداوا کند حتی به دلیل حفظ مصالح عمومی چنین فردی محجور دانسته شده است و حاکم باید از اشتغال این گونه افراد به طبابت جلوگیری کند تا مبادا جان و مال مردم به خطر بیفتد. (وهبه الرحیلی، 1405، صص 449-450)

پزشک متخصص

چنانچه پزشک متخصص به مداوای بیمار بپردازد ولی بیمار بر اثر فعل پزشک، جان سپارد و یا اقدام پزشک، نتایج زیان باری برای بیمار در پی داشته باشد پزشک مسئول شناخته نمی شود از کلمات آنها استفاده می شود که مبنای مسئولیت پزشک را تقصیر می دانند، با این وجود، فقه های اهل تسنن در علت عدم مسئولیت پزشک اختلاف دارند: حنفیان: علت عدم مسئولیت پزشک را به دو دلیل ساقط می دانند:

۱- ضرورت اجتماعی

۲- اذن بیمار یا ولی او

زیرا بیمار با دادن اذن به پزشک او را از مسئولیت بری می گرداند، بنابراین چنانچه پزشکی با رعایت اصول علمی وبا پای بندی به مقررات، بیماری را مداوا کند ودر نتیجه یالان بیمار بیمار بمیرد، پزشک مسئول نیست. (عوده، ۱۴۰۵، ص ۵۲۱)

شافعیان: علت رفع مسئولیت از طبیب به نظر شافعیان آن است که او فعلش را با اذن مجنی علیه انجام می دهد و قصد وی اصلاح و بهبود مریض است و قصد اضرار به وی را ندارد وقتی این دو شرط اجتماع داشته باشند عمل بر طبیب مباح می شود و مسئولیتش از عمل منتفی می گردد، این در صورتی است که آنچه پزشک به عنوان مداوا انجام داده موافق با نظر و قول کسانی که در علم طبابت مشغولند؛ باشد. (شافعی، ۱۳۹۳ هـ، ص ۶۳)

حنبلیان: آنها هم عقیده ای موافق نظر فقهای شافعی دارند و معتقدند پزشک اگر دارای تخصص و مهارت لازم باشد و عمل او منجر به تلف یا نقص عضو گردد، مسئول نیست؛ زیرا فعل مباحی را انجام داده که به تلف یا نقص عضو انجامیده است و همان گونه که اگر خود محکوم بر اثر اجرای حد بمیرد، ضارب یا مامور اجرای حکم ضامن نیست. در این جا نیز پزشک ضامن و مسئول به شمار نمی آید. (ابو محمد، ۱۴۰۵ هـ، ص ۵۲۱)

مالکیان: سبب عدم مسئولیت پزشک را در دو چیز می دانند اولی وجود اذن از طرف شارع و حاکم اسلامی و دومی وجود اذن از طرف بیمار یا ولی او؛ زیرا اذن شرع موجب اباحه و مشروعیت اشتغال به حرفه ی پزشکی است و اذن بیمار به پزشک موجب می گردد که پزشک هر چه مصلحت و صلاح مریض است برای او انجام دهد پس هنگامی که آن دو اذن جمع شوند مسئولیتی بر پزشک نخواهد بود مادامی که طبیب با اصول فن طبابت مخالفت ننماید ودر فعلش خطا نکند. (شیخ حسین، [بی تا]، ص ۱۲۹)

به نظر می رسد در میان اهل سنت، مبنای عدم مسئولیت پزشک حاذق منوط به حصول شرایط ذیل است:

الف) اذن شارع

ب) اذن بیمار یا ولی او

ج) پزشک متخصص و ماهر باشد.

بنابراین اگر یکی از این موارد نباشد پزشک مسئول است.

ب- ضمان طبیب در فقه امامیه

فقهای شیعه در کتب فقهی به این مبحث پرداخته اند و البته در مورد پزشک جاهل این نکته را باید گفت که فقهای شیعه مانند اهل سنت پزشک جاهل را مسئول می دانند و به احادیثی به نقل از پیامبر می پردازند که ایشان فرمودند مثل کسی که به پزشکی بپردازد و از پیش، دانش آن را نیاموخته باشد، ضامن است.

همچنین حضرت علی ع حاکم اسلامی را موظف می کند که علما فاسق و پزشکان جاهل را زندانی کند. همچنین خداوند در سوره یونس آیه ۳۶ می فرماید: إِنَّ الظَّنَّ لَا یَغْنِیْ مِنَ الْحَقِّ شَیْئًا ویا در سوره اسرا آیه ۳۸ می فرماید وَلَا تَقْفُ مَا لَیْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ.... لذا با توجه به آیات و روایات و بنا عقلا پزشک جاهل مسئول است.

اما در مورد پزشک حاذق و متخصص اختلاف است، عده ای با مسئول دانستن پزشک جاهل قائل به ضمان او شده اند و ادله ای را برای خود ابراز نموده اند در مقابل عده ای با انتقاد از ادله آنها، پزشک را ضامن نمی دانند، اکنون ادله و مستندات هر دو گروه را می آوریم.

الف - دیدگاه غیر مشهور و نقد نظریات آنها

از این گروه می توان به ابن ادریس اشاره کرد که معتقدند که: در صورتی که پزشک پس از طی ادوار مختلف آموزشی و کسب گواهی نامه تخصصی با اجازه ی قانون و مقامات رسمی به شغل پزشکی بپردازد وبا رعایت اصول ومقررات فنی و اخلاقی؛ بیماران خود را درمان کند، ولی بیمار در اثر معالجه پزشک صدمه ای ببیند، پزشک مسئول خسارت نیست، زیرا:

اولاً: اصل بر براءت است؛ یعنی در صورت وجود شایستگی ومهارت لازم در پزشک واخذ اذن و اجازه طبیب از بیمار یا ولی او و به کار گرفتن تمام موازین فنی شک پدید می آید که آیا او ضامن است یا خیر؟ دراین صورت اصل براءت را جاری می کنیم یعنی پزشک ضامن نیست.

ثانیاً: اذن بیمار یا ولی او: با کسب اجازه و اذن پزشک از طرف بیمار یا بستگان او اجازه دخالت در نفس بیمار به پزشک، اعلام می شود که در صورت عمل او ممکن است بیمار بمیرد یا شفا پیدا کند پس اگر بمیرد او مسئول نیست چون با اجازه بیمار اقدام نموده است. (مامقانی، [بی تا]، ص ۵۲۰)

ثالثاً: اذن شرع وعقل شارع به درمان اذن داده و کار مباح شرعی و مجاز ناپستی ضمان آور باشد چنانچه گفته شده «کل ما هو ماذون شرعاً لیس فیه ضمان ما تلف لاجله وکل ما هو غیر ماذون فیه، ففیه ضمان» (خمینی، ۱۴۱۷ ه ق، ص ۵۶۵) رابعاً: وجود روایاتی از ائمه که دلالت بر عدم مسئولیت پزشک دارد. مثل روایات احمد بن اسحاق که فرزند خود را که به سنگ کلیه مبتلا بوده معالجه کرد و به نظر خود راهی جز جراحی وجود نداشته بنا به تشخیص خودش جراحی کرده بود و او مرده بود و عده ای او را شریک خون فرزندش قلمداد کردند که ایشان ناچاراً به امام حسن عسکری نامه نوشته و ما وقع را به او شرح داد که حضرت در پاسخ نوشتند: که بر شما چیزی نیست زیرا هدف تو معالجه بوده است و اجل او در همان بود که تو انجام داده ای. (کلینی، پیشین، صص ۱۹۴-۱۹۳) یا روایت اسماعیل بن حسن که از اطباء بوده می گوید: به امام صادق عرض کردم من مردعربم که به علم پزشکی آشنا هستم و طبابت من عربی است و پول معاينه هم نمی گیرم، حضرت فرمودند مانعی ندارد، عرض کردم: ما زخم را شکافته و با آتش می سوزانیم؟ فرمود: بآبی نیست، عرض کردم: ما برای بیماران داروهای سمی تجویز می کنیم؟ فرمود: مانعی ندارد. عرض کردم: ممکن است بمیرد، فرمودند: ولو بمیرد. (کلینی، پیشین، صص ۱۹۳-۱۹۴)

از این روایاتی که که بعضی از فقهای شیعه آورده اند معلوم می شود که مبنای مسئولیت پزشک را تقصیر می دانند. روایات دیگری نیز وجود دارد که موید عدم ضمانت طبیب است، اما گروهی که معتقد به مسئولیت پزشک هستند ایراداتی بیان نموده اند که به برخی از آنها اشاره می کنیم: مثلاً در خصوص اصل برائت می گویند تا جایی که یقین به وجود دلایل داریم مثل تقصیر پزشک جایگاهی برای اصل برائت نیست؛ یعنی با وجود ادله لفظیه نوبت به اصول عملیه مثل برائت نمی رسد، یا در خصوص اذن بیمار باید گفت که اذن در معالجه، اذن در اتلاف نیست؛ بنابراین با دادن اذن صرفاً معالجه را اجازه داده نه اتلاف را. یا در خصوص اذن شرعی باید گفت اگر چه در خیلی از موارد کاری که شرعاً مجاز باشد ضمان آور نیست، ولی این حرف اطلاق ندارد؛ زیرا مواردی وجود دارد که مجاز هست ولی ضمان آور نیست، ولی این حرف اطلاق ندارد؛ زیرا مواردی وجود دارد که مجاز هست، ولی ضمان آور است مثل زدن فرزند توسط پدر و معلم که زدن شرعاً جایز است ولی اگر منجر به تلف یا نقص عضو گردد ضمان دارد، یا روایاتی در خصوص مسئولیت پزشک وجود دارد.

ب- دیدگاه مشهور و نقد نظریاتشان

مشهور فقها قائلند هر گاه طبابت پزشک، فوت یا زیان بدنی بیمار را در پی داشته باشد پزشک ضامن است، اگر چه در امر طبابت حاذق و معالجه نیز با اذن بیمار یا ولی او باشد. (خمینی، پیشین، ج ۴، ص ۳۶۳، حسینی، ۱۴۱۸ ه ق، ص ۱۲، نجفی، آبی تا، ج ۴۳، ص ۴۵) برخی از مهمترین دلایل مشهور به این شرح است:

۱- استناد به روایاتی که از ائمه نقل گردیده است مثل روایت سکونی از امام صادق که فرمودند: «من تطبب أو تبیطر فلیأخذ البرائة من ولیه و الا فهو له ضامن». (شیخ حر عاملی، آبی تا، ج ۱۹، ص ۱۹۵)

یعنی هر کسی به پزشکی یا دامپزشکی میپردازد باید پیش از درمان، از ولی او بیمار یا صاحب حیوان برائت جوید وگرنه ضامن است. یا در روایت دیگری توسط سکونی به نقل از امام صادق وارد شده که فرمودند: «إِنَّ عَلِيّاً ضَمَنَ خَتَاناً قَطَعَ حَشْفَهُ غُلَاماً» یعنی حضرت پزشک ختنه‌گری را که حشفه پسری را بریده بود ضامن دانستند.

از این روایات مسئولیت مطلق پزشک استفاده می شود و تنها راه رهایی از مسئولیت اخذ برائت است.

۲- قواعد فقهی که دلالت بر مسئولیت پزشک دارد و او در قبال اعمال خود مسئول است همچون اتلاف، تسبیب، لا ضرر، و قاعده لایبطل دم امرئ مسلم یعنی خون هیچ مسلمانی نباید به هدر رود؛ زیرا عدم مسئولیت پزشک در جایی که از عمل او، فردی جان خود را از دست می‌دهد باعث هدر رفتن خون مسلمانی میگردد برای جلوگیری از آن لازم است که پزشک در قبال اعمال خود مسئول باشد.

۳- بعضی از فقها به اجماع تمسک کرده اند و معتقدند که فقها اجماع دارند که پزشک مسئول است. (نجفی، پیشین، ص ۴۵)

۴- مشهور فقها علاوه بر دلایل فوق عمده دلایل خود را همان گونه که ذکر شد در رد نظریات غیر مشهور جستجو میکنند و از این طریق نظریات خود را تقویت میکنند، مثلاً ایراد میکنند تا جایی که اشتغال به ذمه وجود داشته باشد جایی برای اعمال اصل برائت نیست یا در خصوص اذن بیمار می نویسند اذن در درمان اذن در اتلاف نیست و بیمار به مداوای خود اذن می دهد نه به اتلاف خویش و اذن به خودی خود مسقط ضمان نیست همچنین ایراد می کنند که منافاتی میان قانونی و شرعی بودن یک عمل و مسئولیت آور بودن آن وجود ندارد. نتیجه اینکه این گروه معتقدند پزشک در هر صورت مسئول اعمال خود می باشد مگر برائت بگیرد، البته انتقاداتی هم به نظر مشهور وارد است مثل اینکه سکونی سنی مذهب است و بعضی او را تضعیف کرده اند، همچنین رجوع بیمار به پزشک برای معالجه یا مستحب است یا واجب چگونه امری که مطلوب شارع است می تواند موجب ضمان گردد. (شیرازی، پیشین، صص ۷۴-۷۶)

یا جواز شرعی با ضمان اور بودن منافات دارد؛ زیرا طبابت مثل فقاہت و قضاوت است همان گونه که خطای قاضیان و فقیهان ضمانی به دنبال ندارد طبیبان هم بایستی ضامن عمل خود نباشند و زیان متضررحتی در صورت تحقق آن از بیت المال پرداخت گردد. (شیرازی، پیشین، ص 76)

یا اجماع مورد ادعا از طرف افراد کمی بیان گردیده است علاوه بر اینکه خدا می فرماید: ما علی المحسنین من سبیل وطیب محسن است حتی اگر از عمل او ضرری به جامعه یا فردی بخورد او ضامن نیست.

نتیجه

البته شاید بشود میان دو نظر مشهور و غیرمشهور جمع کرد، به این صورت که دیدگاه مشهور که پزشک را ضامن می دانند به صورتی حمل می کنند که پزشک ماذون نیست و دیدگاه غیر مشهور که پزشک را ضامن نمی دانند در صورتی است پزشک ماذون نیست یعنی نزاع بین آنها نزاع لفظی است نه واقعی.

البته ممکن است گفته شود درست است که فقها از اذن سخن نگفته اند اما ظاهراً پزشک ماذون را مسئول می دانند؛ چون در غالب موارد پزشکان با اذن بیمار به معالجه اقدام می کنند.

به نظر می رسد اینکه فقها برای پزشک مسئولیت مطلق قائل شده اند صحیح نمی باشد مخصوصاً در این زمان که نظام پزشکی وجود دارد و هیات کارشناسی بررسی می کند، اگر تشخیص داد پزشک مقصر بوده و این تقصیر او موثر در اتلاف بوده ضامن است و اگر هیچ تقصیری نداشته باشد ضامن نیست، اما اگر تشخیص داده نشد در تقصیر و عدم تقصیر اگر قائل شدیم که روایت سکونی درست است بار اثبات را بر عهده طبیب گذاشته به خاطر حمایت از ضعیف؛ یعنی پزشک برای رهایی از مسئولیت باید برائت بگیرد.

بخش دوم- مسئولیت مدنی پزشک در حقوق

الف) مبنای مسئولیت مدنی پزشک در حقوق

الف) مبنای مسئولیت مدنی پزشک در قانون مجازات اسلامی

مواد 319 تا 321 قانون مجازات اسلامی مصوب 1375 مربوط به مسئولیت پزشک و ختنه کننده و دامپزشک است. ماده 319 پزشک را مسئول زینهای ناشی از درمان دانسته و به این ترتیب از نظر مشهور پیروی کرده است.

ماده 319 مقرر می دارد: «هر گاه طبیبی گر چه 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، نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است».

مفاد این مواد تعهد به مواظبت پزشک را تبدیل به خودداری از اضرار (نتیجه) کرده است تا پزشک ضامن زیان هایی باشد که به طور مستقیم یا به وسیله دیگران به بار می آورد. (رک قواعد عمومی قراردادها، ج 4، ش 780)

البته این ماده شامل پزشکی که احتیاطهای لازم را انجام داده است و اجرای قواعد فنی رابطه ی علیت بین فعل طبیب و ورود ضرر را قطع می سازد و آن را به طبیعت یا نقص علم منسوب می کند از قلمرو این ضمان خارج است. (همان، ش 781)

بنابراین برای تحقق جرم رابطه ی سببیت بین فعل پزشک و صدمه لازم است. البته در جایی که سبب واحد باشد اشکالی به وجود نمی آید مشکل زمانی است که اسباب متعدد باشند در آن صورت احراز رابطه ی علیت میان اقدام پزشک و خسارت بیمار کاری بس مشکل است.

این نکته هم نباید مورد غفلت قرار بگیرد که ملاک اصلی در تشخیص رابطه ی علیت، داوری عرف می باشد. آن چه عرفاً قابل انتساب به متهم است موجب مسئولیت است، البته در خصوص مسائل تخصصی از جمله پزشکی باید به عرف خاص یعنی نظری متخصصان این حرفه مراجعه کرد.

در جایی که چند عامل دخالت داشته باشند و مسئولیت هر کدام به طور دقیق احراز نشود طبق ماده 365 قانون مجازات اسلامی همه به طور مساوی عهده دار پرداخت خسارت خواهند بود.

ماده 319 ناظر به تلف جان و نقص عضو و خسارت مالی است؛ یعنی آنچه ارکان دیه را تشکیل می دهد. پس، خسارات معنوی ناشی از درمان در صورتی بر عهده ی پزشک است که تقصیر او مطابق قاعده اثبات شود رویه قضایی می تواند با این تفسیر تا اندازه ای از شدت ماده 319 بکاهد و آن را به عدالت نزدیک کند. الزامات خارج

قدر متیقن از ضمان ماده 319 ق.م.ا فرضی است که پزشک مباشر درمان است (مانند جراحی) یا دستور آن را صادر می کند. ولی، در موردی که پزشک با ظن به مفید بودن دارویی آن را توصیه می کند و بیمار خود به انتخاب دست می زند و به دلیل اعتماد پزشک راه حل توصیه شده را به کار می بندد پذیرفتن آن دشوار و خلاف اصل است.

این نکته را باید افزود که در عهد قدیم سختگیری با طبیبان با این منطق همراه بود که حرفه ای به این اهمیت را هر کسی می توانست پیشینه ی خود سازد و ضمان مطلق پزشک هشداری برای لزوم کسب معلومات و رعایت احتیاط بود.

ولی امروز که پزشکان باید دانشکده ی ویژه‌ای را بگذرانند و نظام خاص این حرفه را رعایت کنند، آن منطق از بین رفته است و سختگیری باعث از دست رفتن قدرت ابتکار و جلوگیری از شکوفا شدن استعدادهاست لذا ماده 319 را باید تفسیر محدود کرد.

ماده 59 ق.م.ا هم ماده 319 ق.م.ا را تایید می کند بند 2 ماده 59 ق.م.ا مقرر می دارد: اعمال زیر جرم نیست: هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود. معنی جرم نبودن این است که دیه هم ندارد ولی دیه تنها مجازات نیست اماره ی وجود خسارت هم هست لذا به نظر می رسد ماده 59 ناظر به عمل جراح است نه نقص عضو ناشی از آن: یعنی از ماده 59 بیش از این بر نمی آید که قانون عمل جراحی جرم نمی داند، ولی اگر خسارتی به بار آمد ماده 319 حاکم است؛ یعنی منافاتی ندارد که این اتلاف جرم نباشد و سبب ضمان هم باشد.

در ماده 319 سخنی از تقصیر نیامده و ظاهراً قانونگذار مسئولیت محض یا بدون تقصیر را پذیرفته است. این ماده هم شامل اتلاف می شود و هم تسبیب را در بر می گیرد عبارت «شخصاً انجام می دهد» ناظر به اتلاف است و عبارت «دستور آن را صادر می کند» ناظر به تسبیب است.

ماده 319 ق.م.ا مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است که پزشک را در هر حال ضامن می دانند چه در علم و عمل قاصر باشد یا حاذق چه ماذون از سوی مریض یا ولی او باشد یا نه. (خمینی، ابی تا، ص 505)

البته همان طور که گذشت بعضی از فقها قول دیگری دارند که از آن مبنای تقصیر در مسئولیت استفاده می شود. ماده 321 ق.م.ا راجع به پزشک است که مقرر می دارد: «هر گاه بیطار و دامپزشک، گرچه متخصص باشد، در معالجه حیوانی، هر چند با اذن صاحب او باشد، موجب خسارت شود ضامن است».

از این ماده هم مسئولیت محض دامپزشک استفاده می شود.

بنا بر آن چه گذشت، مسئولیت پزشک و دامپزشک در قانون مجازات اسلامی مسئولیت محض است و مبتنی بر تقصیر نیست؛ یعنی کافی است که زیان دیده رابطه سببیت بین ضرر و عامل زیان را ثابت کند؛ البته مسئولیت ختنه کننده در ماده 320 ق.م.ا مبتنی بر تقصیر است.

ماده مزبور چنین مقرر می دارد: «هر گاه ختنه کننده، در اثر بریدن بیش از مقدار لازم، موجب جنایت شود ضامن است، اگر چه ماهر بوده باشد». یعنی بریدن بیش از مقدار لازم تجاوز از عرف پزشکی است. بنابراین، ختنه کننده ای که از رفتار متعارف تجاوز کرده، مرتکب تقصیر شده و بدین علت ضامن است.

با توجه به مواد 319 تا 321 ق.م.ا قانونگذار مسئولیت محض را پذیرفته در حالی که مصلحت اجتماعی اقتضا می کند که پزشک فقط در صورت ارتکاب تقصیر مسئول باشد، تا پزشکان بدون نگرانی از مسئولیت بتوانند به معالجه بیماران بپردازند. اگر صرف ایراد خسارت به بیمار بدون اثبات تقصیر، باعث مسئولیت پزشک شود جرات کارهای بزرگ از پزشک سلب می شود و این به زیان بیماران و جامعه است.

مسئولیت مبتنی بر تقصیر راه حلی برای رهایی از این مشکل است. مثلاً در حقوق فرانسه تعهد پزشک را تعهد به وسیله به شمار آورده و اصولاً تقصیر را مبنای مسئولیت او دانسته اند. دیوان 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 هر گونه مداوا بلکه مداوایی مطابق داده های مسلم علمی باشد. این بدان معنی است پزشک باید مواظب باشد، راههای درمانی را که در موارد مشابه به کار می رود بشناسد و به کار برد. رویه قضایی فرانسه تعهد اطلاع رسانی به بیمار درباره خطرهای عمل جراحی یا درمان را از تعهدات پزشک دانسته و عدم اجرای 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 قضایی 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. (tree)

با توجه به توضیحات روشن شد که در قانون مجازات اسلامی 1375، نظر تقصیر پذیرفته نشده است؛ اگر چه در حقوق تطبیقی و در فقه مورد توجه واقع شده است که معلوم می شود نظریه ی تقصیر می تواند به عنوان بهترین مبنا برای مسئولیت پزشک باشد.

برای تعدیل ماده 319 ق.م.ا دو راه حل پیشنهاد شده است:

یک راه حل که برخی حقوقدانان پیشنهاد کرده اند این است که بین اتلاف و تسبیب تفکیک قائل شویم و بگوییم در اتلاف، طبق قانون، مسئولیت بدون تقصیر است. اما در تسبیب که معمولاً مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، در مورد پزشک اماره تقصیر شده شده به عبارت

دقیق تر اماره تقصیر وجود دارد؛ یعنی تقصیر پزشک با توجه به ماده ۳۱۹ مفروض است ولی اثبات عدم تقصیر امکان دارد. (کاتوزیان، ۱۳۶۸ ش، صص ۱۸۹-۱۹۱).

چنان چه پزشک می تواند با اثبات اینکه کلیه احتیاطات 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 اطلاق ماده ۳۱۹ سازگاری ندارد 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 دیگر آن است که 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 عدم تقصیر او به اثبات برسد. که این تقصیر هم با قواعد عمومی مسئولیت مدنی و هم با مصلحت جامعه سازگار است.

ب) مبنای مسئولیت پزشک در قانون جدید مجازات اسلامی

در قانون جدید مجازات اسلامی مسئولیت محض مورد پذیرش واقع نشده و مبنای تقصیر مورد قبول واقع شده است. ماده ۴۸۹ قانون جدید مقرر می دارد: «هر گاه پزشک در معالجاتی که انجام می دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است، مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد، یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنان چه 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 ۱- در صورت عدم قصور و یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد، هر چند برائت اخذ نکرده باشد». از این ماده فرض تقصیر یا اماره تقصیر قابل استنباط است؛ یعنی برای مسئولیت اثبات تقصیر لازم نیست؛ ولی پزشک می تواند عدم تقصیر خود را ثابت کند، چنان که ثابت کند که مقررات پزشکی و موازین فنی را کاملاً رعایت کرده ضامن نیست. کاربرد کلمه تقصیر در ماده ۴۸۹ دلیل بر این است که مسئولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است؛ ولی نه تقصیر اثبات شده بلکه تقصیر مفروض که خلاف آن را می توان ثابت کرد. بدیهی است که در مسئولیت بدون تقصیر یا محض اثبات عدم تقصیر موثر نخواهد بود. تبصره ماده ۴۸۹ قانون جدید نیز موید قبول مبنای تقصیر در این قانون است. البته گذشت که قانونگذار برای رهایی از مسئولیت ماده ۳۲۲ را پیش بینی کرده که مقرر می دارد: «هر گاه طبیب یا بیطار 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».

مشاهده می شود حکم افراطی ماده ۳۱۹ با ماده ۳۲۲ تفریطی خنثی شده است. بنابراین به گونه ای باید تفسیر شود که مانع از این شود که پزشک در بی مبالائی خود را آزاد ببیند؛ چرا که اگر تحمیل مسئولیت مطلق بر پزشک به دلیل گرفتن قدرت ابتکار زیانبار باشد، آزاد گذاردن او در ارتکاب هر بی احتیاطی نیز ناروا و ناپسند است. برای برقراری اعتدال میان منافع پزشک و بیمار باید تفسیر محدود شود، به این ترتیب که :

- ۱) رضای بیمار در پذیرش شرط برائت در صورتی نافذ است که آگاهی لازم درباره ی پیامدهای درمان یا جراحی به بیمار داده باشد و او بتواند با آگاهی و اختیار خطر را بپذیرد. موضوع برائت باید روشن و معین باشد.
- ۲) شرط برائت در این زمینه نوعی شرط عدم مسئولیت است. پس، درباره اضرار عمدی یا آنچه که در حکم عمد است، (مانند جا گذاردن چاقوی جراحی در شکم بیمار یا عمل جراحی در حال مستی) بر خلاف نظم عمومی و بی اثر است. هیچ کس و از جمله پزشک نمی تواند در قرارداد خود با دیگران جواز اضرار به عمد یا ارتکاب هر گونه بی مبالائی را به دست آورد و آسوده خیال از تحمل مسئولیت به دلخواه رفتار کند. اخلاق و نظم عمومی چنین رفتاری را تحمل نمی کند. (ماده ۹۷۵ ق.م).
- ۳) تحصیل برائت تنها برای اعمالی موثر است که برای بیمار مفید است و به همین انجام می شود. پزشک نمی تواند برای اعمال غیر مفید یا خطرناک از بیمار رضایت بگیرد، هر چند که به منظور پیشرفت تحقیقات علمی باشد. الزامات اخذ برائت پزشک از بیمار فقط بار اثبات بر عهده زیان دیده خواهد بود و شرط برائت بار اثبات را جابجا می کند؛ یعنی قانونگذار برای حمایت از افراد ضعیف بار اثبات را بر عهده ی طبیب گذاشته چنان که بعضی از فقها طبق روایت سکونی فتوا داده اند منتهی پزشک برای رهایی از مسئولیت می تواند برائت بگیرد که در این صورت بار اثبات عوض می شود. بنابراین در صورت عدم تحصیل برائت پزشک می تواند با اثبات عدم تقصیر، از خود رفع مسئولیت کند؛ لیکن در صورت اخذ برائت از ضامن بار دلیل بر عهده ی بیمار است که می تواند با اثبات تقصیر پزشک، او را مسئول و ضامن خسارت وارده بشناسد. این نظر با مبنای تقصیر هم خوانی دارد. البته شرط برائت از ضمان پزشک را از خسارات ناشی از معالجه بری کرده است نه از زیانهای ناشی از تقصیر.

برخی از فقههای معاصر به این قاعده تصریح کرده‌اند. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص ۶۰۶)

همچنین برخی حقوقدانان این نظر مورد قبول آنها واقع شده است. (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۶۵)

اما برخی حقوقدانان معتقدند شرط براءة 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، بر خلاف نظم عمومی و بی اثر است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۲۴)

ایشان همچنین معتقد است تحصیل براءة تنها برای اعمالی موثر است که برای بیمار مفید باشد و به همین هدف انجام می‌شود؛ علاوه بر این که ایشان رضای بیمار در پذیرش شرط براءة را در صورتی نافذ می‌دانند که آگاهی لازم درباره پیامدهای درمان یا جراحی به بیمار داده شود و او بتواند با آگاهی و اختیار بپذیرد. (همان)

به هر حال آنچه از ماده ۴۸۹ قانون جدید مجازات بر می‌آید این است که تحصیل براءة از ضمان رافع مسئولیت در صورت ارتکاب تقصیر، چه عمدی باشد چه غیر عمدی نیست.

نتیجه گیری

از آن چه گفته شد می توان نکات زیر را به عنوان نتیجه ذکر کرد:

- ۱- فقهای شیعه و سنی پزشک جاهل را مسئول می دانند اما در مورد پزشک متخصص فقهای اهل تسنن پزشک ماهر را مسئول نمی دانند و مبنای مسئولیت را تقصیر می دانند. اما فقهای شیعه در مورد پزشک متخصص اختلاف دارند، مشهور فقها قائلند اگر طبابت پزشک زبانی را در پی داشته باشد پزشک ضامن است و به ادله‌ی همچون روایات، اجماع فقها و قواعد فقهی تمسک می کنند اما برخی از فقهای شیعه طبابت پزشک متخصص را موجب ضمان نمی دانند البته شاید بشود گفت که نزاع بین آنها لفظی است و امکان جمع بین آنها وجود دارد.
- ۲- قاعده مسئولیت محض پزشک مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است؛ ولی از اقوال و فتاوی برخی از فقها در مسئولیت پزشک، مبنای تقصیر استنباط می شود و 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 جراحی های بزرگ را از پزشک سلب می کند و مانع پیشرفت علم پزشکی می شود. به همین جهت در قانون جدید نظر دیگری اتخاذ شده است.
- ۳- برای تعدیل ماده ۳۱۹ قانون مدنی، می توان در تفسیر ماده مزبور اماره‌ی تقصیر را پذیرفت، به عبارت دیگر 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 معافیت از مسئولیت ثابت کند. بنابراین تفسیر که معقول و منطبق با مصلحت جامعه است مبنای مسئولیت پزشک تقصیر مفروض است نه تقصیر اثبات شده، چنان که این مبنا از قانون جدید مجازات قابل برداشت است.
- ۴- هر گاه پزشک از شرط براءت 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. این نظر با مصلحت اجتماعی هم سازگار است.
- ۵- 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 غیر مستقیم پزشک باشد. لیکن در قانون جدید مجازات اسلامی مبنای تقصیر پذیرفته شده است، هر چند که این تقصیر مفروض و خلاف آن قابل اثبات است.

منابع و مراجع

- [۱] شیخ کلینی، یعقوب، (۱۳۶۲)، الروضه من الکافی، چاپ چهارم، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
- [۲] رحیلی، وهبه، (۱۴۰۵ ه ق)، الفقه الاسلامی و ادلته، دار الفکر، بیروت.
- [۳] عوده، عبد القادر، (۱۴۰۵ ه ق)، التشريع الجنایی، موسسه رساله، بیروت.
- [۴] ابن ادريس شافعی، محمد، (۱۳۹۳ ه ق)، الام، دار المعرفه، جلد ۱، بیروت.
- [۵] ابن شیخ حسین، شیخ محمد بن علی، [بی تا]، الفروع و القواعد السنیه فی الاسرار الفقهیه، ج ۴، دار المعرفه، بیروت.
- [۶] ابن ادريس حلی، محمد، (۱۴۱۱ ه ق)، سرائر، چاپ دوم، موسسه نشر اسلامی، قم.
- [۷] حسینی شیرازی، سید محمد، (۱۴۰۹ ه ق)، الفقه، دار العلم، بیروت.
- [۸] خمینی، روح الله، (۱۴۱۷ ه ق)، تحرير الوسيله، جلد ۱، موسسه نشر اسلامی، قم.
- [۹] نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهر الکلام، دار احیاء التراث العربی، ج ۴۳، بیروت.
- [۱۰] حسینی، سید محمد جواد، (۱۴۱۸ ه ق)، مفتاح الکرامه، دار التراث، بیروت.
- [۱۱] حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، (بی تا)، وسائل الشیعه، دار احیاء التراث العربی، ج ۱۹، بیروت.
- [۱۲] مرعشی، سید محمد حسین، (۱۳۷۹)، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، انتشارات میزان، ج ۲، تهران.
- [۱۳] فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۳)، جامع المسائل، استفتائات، جلد ۲، چاپ ۱۱.
- [۱۴] گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۲)، محشای قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- [۱۵] کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران.
- [۱۶] کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، تهران، انتشارات بهنشر.