

مسقطات ضمان قهری در پزشکی

نویسنده: مهران ابراهیمی^۱

استاد راهنما: محمد شیبانی^۲

پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۱۲/۰۷

دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۱۱/۲۹

چکیده

با اینکه علم پزشکی پیشرفتهای چشمگیری در زمینه‌های مختلف داشته و اقدامات زیادی در بهبود سلامتی و حفظ جان بیماران انجام می‌گیرد ولی با این وجود خطاهای پزشکی هم در آن کم نیستند که در موارد زیادی منجر به خسارت جسمی و مالی بیماران می‌شود و این ضررهای جسمی و مالی موجب ضمان است و هر چند برای رفع ضمان مخصوصا ضمان قهری در پزشکی تحقیقاتی انجام شده اما به خاطر اهمیت و ابتلای موضوع نیاز به تحقیق بیشتر و ویژه‌تری دارد که آیا پزشک نسبت به خطاهایی که منجر به ضرر بر بیمار می‌شود ضامن است؟ این مقاله متمرکز بر بررسی تحلیلی - توصیفی سه دلیل احسان، رضایت بیمار و اخذ براءت، از ادله رفع ضمان قهری در پزشکی بر اساس نظر فقهاست و یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد با توجه به این سه دلیل، در صورتی که یکی از این موارد حاصل شود، پزشک به خاطر خطاهای پزشکی، ضامن نیست.

واژگان کلیدی: مسئولیت، احسان، رضایت، براءت

۱. دانشجوی کارشناسی فقه اسلامی، گروه فقه اسلامی، دانشگاه مجازی المصطفی (ع)، قم، ایران.

۲. مدرس جامعه المصطفی، دانش آموخته سطح ۴ حوزه علمیه قم.

۱ - مقدمه

یکی از نیازهای طبیعی جامعه از ابتدا، نیاز به طبیب و طبابت است، با توجه به این که اصل طبابت واجب کفایی است و نیز پویایی جامعه به سلامت روح و جسم افراد آن وابسته است، از طرفی با وجود پیشرفت‌های علمی و عملی در امر درمان، گاهی اتفاق می‌افتد که پزشک در معالجه بیمار دچار خطا و لغزش ذهنی یا عملی گردیده و از آن‌جا که اسلام به هیچ کس اجازه نداده به دیگری زیان برساند و وارد کننده ضرر و زیان را در هر حال مسئول جبران خسارت وارد شده دانسته است، لذا این سؤال مطرح است که طبیب تا چه میزان مسئول است؟ در نتیجه پرداختن به این موضوع از نظر فقهی که اصل را بر مسئولیت طبیب قرار داده‌اند و معتقد به عدم مسئولیت در موارد ضروری درمان می‌باشند، از اهمیت و ضرورت زیادی برخوردار می‌باشد. در این مقاله بر آن هستیم تا ضمن بررسی متون فقهی نشان دهیم که چگونه می‌توان برای جلوگیری از ایجاد مسئولیت مدنی و سقوط ضمان قهری برای کسی که شرایط ضمان وی فراهم است، به قواعد و اصولی که از آن‌ها به مسقطات ضمان قهری یاد می‌شود، استناد کرد. روش تحقیق در این پژوهش به صورت تحلیلی توصیفی با تکیه بر نظرات فقهای امامیه می‌باشد و با مراجعه به منابع موجود و گردآوری اطلاعات، سعی شده است با تحلیل دیدگاه‌های مختلف و انطباق آن با هدف، موضوع پژوهش مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

۲- مبانی نظری پژوهش

۱-۲- مسئولیت (مفهوم لغوی)

واژه مسئولیت مصدر جعلی از «مسئول» به معنی ضمانت، ضمان، تعهد، مؤاخذه، موظف بودن به انجام کاری، متعهد بودن آمده (دهخدا، ۱۳۷۷ ش، ج ۴۴، ص ۴۴۸). فقها واژه ضمان را در برابر مسئولیت که هم شامل مسئولیت مدنی و هم مسئولیت کیفری است، به کار می‌برند. به این ترتیب، کلمه مسئولیت لفظ عامی است که بر هر کس که امکان سؤال از

او در زمینه علم پزشکی و دیگر علوم مختلف وجود داشته باشد، انصراف دارد. (آل شیخ مبارک، ۱۳۸۸ ش، ص ۲۳)

۲-۲- مسئولیت (مفهوم اصطلاحی)

مسئولیت در اصطلاح فقهای اسلامی به معنی تعهد شخص بر رفع ضرری که به دیگری وارد کرده آمده است؛ خواه این ضرر ناشی از تقصیر شخص باشد یا ناشی از فعالیت او و خواه بر نفس انسان باشد یا مال او. بر این مبنا مسئولیت معادل واژه ضمان است که فقها آن را در مفهوم مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری به کار برده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳ ش، ص ۶۴۲) از مسئولیت پزشکی در آثار فقها، به عنوان ضمان طبیب یاد می‌شود.

۲-۱- ضمان

ضمان در معنای ثبوت اعتباری چیزی در ذمه کسی به حکم شارع است. (گرجی، ۱۳۶۹ ش، ج ۲، ص ۲۵۷)

در فقه اسلامی از دو نوع ضمان بحث شده است: ضمان قراردادی و ضمان قهری: ضمان قراردادی، ضمانی است که به دلیل وجود یک قرارداد ایجاد می‌گردد و عواقب تخلف از آن بر عهده متخلف قرار می‌گیرد.

ضمان قهری، مسئولیتهایی است که به موجب الزام قانون‌گذار و نه اراده انسان بر عهده او گذاشته شده است. نظیر ضمانی که به سبب ایراد خسارت عمدی یا غیرعمدی بر دیگری بر عهده شخص وارد کننده خسارت قرار می‌گیرد.

۱-۳- اذن

اعلام رضای مالك يا رضای کسی است که قانون برای او اثری قائل شده است برای انجام دادن يك عمل حقوقی. اذن همیشه به فعلی تعلق می‌گیرد که هنوز واقع نشده است و رضایت بعد از صدور يك فعل را اجازه گویند. در اذن قصد انشاء وجود ندارد؛ یعنی اذن‌دهنده هیچ چیزی از نظر حقوقی به وجود اعتباری موجود نمی‌کند، بلکه فقط رفع مانع قانونی می‌کند؛ مثلاً اقدام جراح در باز کردن شکم جهت معالجه، بدون اذن بیمار مجاز نیست و در حکم حرج عمومی محسوب می‌شود و ممنوع است؛ ولی اذن بیمار موجب می‌شود پزشک بتواند اقدام به عمل نماید.

۱-۴- رضایت

رضایت در لغت به معنی اجازه، رخصت، خشنودی، تسلیم شدن موافقت و خرسندی آمده است. (معین، ۱۳۷۱ ش، ص ۱۶۵۹) و رضایت بیمار یا مجنی‌علیه یعنی تمایل قلبی و موافقت مجنی‌علیه به این که تعرضی بر خلاف قانون علیه حقوق و آزادی‌های او انجام گیرد. (اردبیلی، ۱۳۷۹ ش، ج ۱، ص ۱۸۸)

به طور کلی بدون رضایت بیمار یا نمایندگان قانونی او، هیچ پزشکی حق تصرف در جسم و روان بیمار را ندارد، مگر در موارد استثنایی فوری که امکان اخذ رضایت نباشد. بنابراین، مفهوم رضایت در بعد کلی آن در تاریخ حقوق باسابقه است و در تمامی نظام‌های حقوقی از قدیم-الایام، اصل ضرورت رضایت در اعمال پزشکی مطرح بوده است. (عباسی، ۱۳۸۲ ش، ج ۸)

۱-۵- براءت

در تعریف فقهی براءت آمده است: «ابراء عبارت است از اسقاط ذمه غیر، خواه ذمه مالی باشد یا غیرمالی؛ مانند حق قصاص». (ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۰ ش، ص ۳۵۳) بنابراین، می‌توان گفت که ابراء طبیب آن است که بیمار یا اولیای قانونی وی قبل از درمان، ذمه طبیب را نسبت به پیامدهای احتمالی عمل جراحی و طبی مبری سازند.

در متون فقهی یکی از مصادیق برای قاعده تبری، تبری پزشک بیان شده است که پزشک می-تواند پیش از آغاز اقدامات درمانی، از بیمار خود نسبت به نتیجه حاصل از آن براءت بگیرد. خالی بودن ذمه شخص معین را از تعهد، براءت گویند. خواه اصلاً ذمه شخص در مقابل شخص معین دیگری، از اول مشغول نبوده باشد، یا مشغول بوده و فارغ شده باشد؛ به عبارت دیگر، اذن مربوط به رضایت برای عمل است و براءت مربوط به نتیجه عمل می‌باشد.

۳- بررسی ادله عدم ضمان قهری پزشک (مسقطات ضمان قهری)

قواعد و اصولی که از آنها به مسقطات ضمان قهری یاد می‌شود سه مورد هستند که به بررسی آنها می‌پردازیم:

۱-۳- احسان

از جمله مسقطات ضمان قهری، احسان می‌باشد؛ یعنی هرگاه کسی به انگیزه خدمت و احسان به دیگران باعث ضرر دیدن او شود، عمل این شخص تعهدآور نیست.

۱-۱-۳- مستندات قاعده احسان

برای اثبات حجیت احسان در رفع مسئولیت احسان‌کننده به دو دلیل نقلی و عقلی استناد شده است.

۱-۱-۱-۳- دلیل نقلی

خداوند در آیه ۹۱ سوره توبه به عدم مسئولیت احسان‌کنندگان (محسنین) را چنین توضیح می‌دهد: «لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَحِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ»؛ یعنی: بر ناتوانان و بیماران و آنان که توان مالی برای انفاق ندارند، حرجی نیست آن‌گاه که برای خدا و رسول او نیکو بیندیشند. بر افراد نیکوکار هیچ سبیلی نیست و خداوند آمرزنده مهربان است.

بر اساس ظاهر آیه افرادی که به علت ناتوانی جسمی نمی‌توانند در جنگ شرکت کنند یا به دلیل ناتوانی مالی، قادر به کمک مالی به جنگجویان نیستند، در جهان آخرت مؤاخذه نمی‌شوند (طبرسی، ۱۴۰۸ ق، ج ۳، ص ۹۱). فقها بر این باورند که گرچه مراد از «سبیل» در این آیه کیفر اخروی است، (ابن منظور، ۱۴۰۵ ق، ج ۶، ص ۱۶۲) ولی عبارت «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» اطلاق داشته، (مراغه‌ای، ۱۴۱۸ ق، ج ۲، ص ۴۷۴) بیانگر این قاعده کلی است که هرگاه شخصی به انگیزه خدمت و احسان، باعث ضرر دیدن فرد دیگری شود، مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرد و مؤاخذه همچنان که می‌تواند ناظر به حکم تکلیفی باشد، می‌تواند ناظر به حکم وضعی نیز باشد و ضامن نبودن محسن همان عدم مؤاخذه وضعی و عدم ضمان (مسئولیت) اوست. (محقق داماد، ۱۳۸۶ ش، ج ۲، ص ۲۶۶).

۲-۱-۱-۳- دلیل عقلی

عقل، مؤاخذه شخص نیکوکار را نسبت به احسانی که انجام داده، ناروا (قبیح) می‌داند؛ زیرا کار خوب شخص نیکوکار مصداق نعمت است و احسان کننده (محسن)، نعمت‌دهنده (منعم) محسوب می‌شود و سپاس از منعم هم امری پسندیده نزد خردمندان است؛ همچنان‌که ناسپاسی از او (کفران نعمت) نزد آنان، کاری زشت و ناپسند (قبیح) است و تردیدی نیست که ضامن دانستن شخص نیکوکار، از آشکارترین نمونه‌های ناسپاسی از اوست.

۲-۱-۲- ارکان احسان

برای تحقق احسان حداقل وجود دو رکن ضروری است:

۱-۲-۱-۳- سود رساندن به دیگری

تردیدی نیست که سود رساندن به دیگران، شرط تحقق احسان است؛ اما آیا افزون بر این مفهوم ایجابی، با جلوگیری از آسیب دیدن دیگران نیز که مفهومی است سلبی، احسان تحقق می‌یابد؟ هر چند برخی با استناد به تبادل بر این باورند که احسان تنها با عنصر سود رسانی تحقق می‌-

یابد، (طوسی، ۱۴۳۱ ق، ج ۵، ص ۲۷۹؛ طبرسی، ۱۴۰۸ ق، ج ۵، ص ۹۲۰). اما عمومیت احسان، دفع ضرر را نیز دربر می‌گیرد؛ چه این که عدم ضمان در فرض احسان، حکمی است عقلی و استثنایذیر که تمام مصادیق عرفی احسان را فرا می‌گیرد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹ ق، ج ۴، ص ۱۳۰).

بر این اساس، پاره کردن لباس بیمار توسط پزشک در اقدامات درمانی اورژانسی، هر چند از مصادیق دفع ضرر هست، اما احسان به حساب آمده و هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه افراد نخواهد بود. ولی محسن نمی‌تواند به استناد قاعده احسان هزینه‌هایی را که برای جلب منفعت یا دفع ضرر از دیگران متحمل می‌شود از آنان مطالبه کند؛ زیرا این قاعده از مسقطات ضمان است، نه از موجبات ضمان.

۲-۱-۲-۳- داشتن انگیزه احسان

هر چند برخی بر این باورند که انگیزه تأثیری در رفع مسئولیت محسن ندارد؛ (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹ ق، ج ۴، ص ۱۲). اما به نظر می‌رسد تنها سود رساندن به دیگران یا دور کردن ضرر از آن‌ها در تحقق احسان کافی نبوده، می‌بایست فاعل این کارها را با انگیزه احسان انجام دهد. (مراغه‌ای، ۱۴۱۸ ق، ج ۲، ص ۴۷۸).

بنابراین، هرگاه کسی در مقابل گرفتن دستمزد کاری برای جلب منفعت و یا دفع ضرر از دیگری انجام دهد و عمل او موجب ضرر و زیان آن شخص شود، ضامن خواهد بود. به این ترتیب، اثبات عدم مسئولیت پزشکان به کمک قاعده احسان هنگامی ممکن است که پزشک اقدامات درمانی خود را بدون دستمزد و به قصد احسان انجام داده و بدون این که در وظیفه خود کوتاهی کرده باشد، سبب آسیب دیدن بیمار گردد؛ نظیر اقدامات درمانی پزشک، سرنشین هواپیما یا قطار برای نجات جان یکی از مسافران.

۲-۳- اذن (اجازه، رضایت)

۱-۲-۳- رضایت بیمار و ابراء طبیب

تئوری رضایت بر این نکته دلالت دارد که هر فرد عاقل و بالغی حق دارد در مورد درمان یا روش درمانی که برایش توصیه شده یا ضرورت دارد، تصمیم بگیرد. در واقع هر انسان بالغ و عاقل و واجد اهلیتی باید نسبت به هر گونه روش درمانی که برای او در نظر گرفته‌اند، از قبل آگاه و راضی باشد و بدیهی است که بدون کسب رضایت او چنین عملی ضرب و جرح و جرم محسوب می‌گردد. به علاوه، وقتی قرار باشد بدن بی‌حرکت و بی‌دفاع بیمار، ولو برای مدتی کوتاه در اختیار طبیب قرار گیرد، کاملاً ضروری است که شخص بیمار با این امر موافق بوده و به آن رضایت داشته باشد. به همین علت هم قانون‌گذار، تصریحاً به اخذ رضایت از بیمار یا اولیای قانونی وی در اعمال جراحی و طبی اشاره نموده و وجود چنین رضایتی را در کلیه اعمال جراحی و طبی، به جز در موارد ضروری و فوری لازم دانسته است.

بنابراین، رضایت بیمار یکی از موجبات اساسی سقوط مسئولیت پزشکی است، لیکن با توجه به این که در نظام حقوقی ما به تبعیت از فقه امامیه، تعهد به نتیجه در اعمال جراحی و طبی مبین ماهیت تعهد پزشک و مبنای نظری مسئولیت پزشکی است، اخذ رضایت از بیمار مشروعیت اعمال پزشکی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی پایان راه و از علل تامه سقوط مسئولیت پزشکی نیست؛ زیرا فقهای امامیه که نظرات و فتاوی آنان مبنای قانون‌گذاری ایران قرار گرفته با جمع بودن شرایط لازم در صورتی که به بیمار صدمه و آسیبی وارد شود، باز هم پزشک را مسئول جبران خسارات جانی و مالی وارده به بیمار می‌دانند و معتقدند که پزشک ضامن جبران خسارت وارده می‌باشد؛ حتی اگر مرتکب تقصیری هم نشده باشد، مگر این که قبل از شروع درمان از بیمار یا اولیای او برائت حاصل نموده باشد.

دلیل این امر را باید در این نکته جستجو کرد که وقتی پزشک دست به عمل جراحی می‌زند، در واقع فضای خطرآفرینی ایجاد می‌کند که ممکن است در نتیجه اقدامات او صدمه و آسیبی به

بیمار وارد گردد و از آن جهت که هیچ ضرری نمی‌بایست جبران ناشده باقی بماند، بنابراین تعهد پزشک معالج تعهد به نتیجه است. از این رو، برای عدم مسئولیت پزشک، علاوه بر وجود اذن در معالجه و عدم تعدی و و تقریط، اخذ برائت نیز ضرورت دارد.

۲-۲-۳- رضایت از دیدگاه فقها

فقهای اسلامی مأذون نبودن پزشک در انجام اعمال پزشکی را موجب مسئولیت وی شناخته و حسب مورد وی را مسئول جبران خسارت وارده یا پرداخت دیه می‌دانند. بهترین دلیل برای مشروع بودن عمل پزشک این است که او به علت داشتن درجه دکتری عمل کرده است. مأذون نبودن پزشک در انجام امور پزشکی از دیدگاه فقهای امامیه موجب مسئولیت پزشک می‌گردد و در این صورت پزشک معالج حسب مورد مکلف به پرداخت دیه یا جبران خسارت وارده است.

با توجه به آرای فقهای امامیه، می‌توان گفت که در فقه امامیه، قول مشهور بر این است که طبیب ضامن زیان‌هایی است که در نتیجه معالجه و درمان به بیمار وارد می‌شود؛ هر چند که احتیاط لازم را مبذول داشته و معالجه و درمان به اذن بیمار انجام شده باشد. (عاملی، ۱۴۲۳ ق، ج ۱۰، ص ۱۱۰؛ نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۴۲، ص ۴۶؛ خمینی، ۱۳۸۵ ش، ج ۲، ص ۵۰۳؛ خویی، ۱۴۲۸ ق، ج ۲، ص ۲۲۱)

۳-۲-۳- ماهیت حقوقی اذن

در توصیف ماهیت حقوقی اذن، دو دیدگاه مختلف وجود دارد:

الف) از آن‌جا که اذن‌دهنده با اذن خود چیزی را انشا نمی‌کند، اذن بیرون از چارچوب عقد و ایقاع قرار گرفته و همانند اقرار و شهادت، عملی ارادی برای ابراز رضایت خویش است که قانون‌گذار برای آن آثاری در نظر گرفته است. (محقق داماد، ۱۳۸۷ ش، ج ۷، ص ۳۹۱)

ب) برخی بر این باورند که چون اذن‌دهنده با اذن خود اباحه و جواز را انشا می‌کند، اذن از نظر حقوقی در گروه ایقاعات قرار می‌گیرد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۷۸۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ق، ج ۳، ص ۴۷۶)

۴-۲-۳- انواع رضایت

بر اساس آنچه در متون فقهی آمده است، اذن به لحاظ چگونگی ابراز، همچنین به اعتبار اذن-دهنده، اقسام گوناگونی پیدا می‌کند.

۱-۴-۲-۳- اذن به لحاظ چگونگی ابراز

اذن به این لحاظ به سه نوع تقسیم می‌شود:

اذن صریح (اذن قولی): اذنی است که اذن‌دهنده با گفتار صریح، رضایت خویش را اعلام می‌کند.

اذن فحوا: اذنی است که رضایت اذن‌دهنده به صورت ضمنی (اولویت) از اذن او به دست می‌آید؛ مانند، اذن به جراحی که به طور ضمنی اذن به بیهوشی هم هست.

شاهد حال: منظور اذنی است که از شواهد و قرائن، همچنین اوضاع و احوال به دست می‌آید. مانند آشامیدن از آب چشمه‌های اختصاصی که مانعی از دسترسی افراد به آن‌ها وجود ندارد و نیز تکیه دادن به دیوار دیگران. (حلی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۱۸).

۲-۴-۲-۳- اذن به اعتبار اذن‌دهنده

اذن به این اعتبار به دو نوع تقسیم می‌شود: «اذن مالکی» به اذنی گفته می‌شود که از سوی مالک یا قائم مقام قانونی او (ولی، قیم، وصی) صادر می‌شود. «اذن شرعی»، اذنی است که توسط قانون‌گذار (شارع) صادر شده است؛ مانند اذن پزشک برای انجام اقدامات پزشکی در شرایط اورژانسی.

۳-۴-۲-۳- اذن و رفع مسئولیت

بدون شک اثر اذن اگر واجد شرایط صحّت باشد، جواز (اباحه) تصرف در مورد اذن است، اعم از این که از اموال باشد یا از نفوس. اما آیا از اذن در تصرف، موجب رفع مسئولیت و سقوط ضمان نیز می‌شود؟ در مقام پاسخ باید میان اذن معوض و اذن بدون عوض تفاوت گذاشت.

۳-۴-۲-۳- اذن بدون عوض

هرگاه اذن‌دهنده در برابر ابراز رضایت خود چیزی از مأذون درخواست نکند، این اذن بدون عوض نامیده می‌شود. فقها اتفاق نظر دارند که در اذن بدون عوض چنان چه مأذون مرتکب کوتاهی نشده باشد، ضامن خسارتی که به اذن‌دهنده وارد می‌سازد، نیست. بر این اساس، اگر بیمار از پزشک درخواست درمان کند و پزشک هم بدون دستمزد، اقدام به درمان وی کند و در خلال درمان، بدون این که کوتاهی کرده باشد، بیمار آسیب یا خسارت ببیند، مسئولیتی متوجه او نبوده و ضامن نیست.

۳-۴-۲-۴- اذن با عوض

هرگاه اذن‌دهنده در برابر اذن خود به مأذون، از وی درخواست عوض کند، در این که اذن وی، افزون بر جواز تصرف، سبب سقوط ضمان مأذون نیز شود، میان فقهای شیعه و برخی از فقهای سنی اختلاف نظر است. فقهای شیعه معتقدند در اذن با عوض یا با انتظار عوض، مسئولیت مأذون به حال خود باقی است. به همین جهت هنگامی که فروشنده به خریدار اجازه می‌دهد برای خرید کالا آن را واریسی می‌کند (مقبوض بالسوم)، اگر آن کالا در دست وی خسارت ببیند، خریدار ضامن است.

۳-۳- اخذ برائت (ابراء طیب)

۱-۳-۳- مبانی برائت

مهم‌ترین پرسش در بررسی فقهی حقوقی قاعده تبری، این است که چرا با گرفتن برائت، مسئولیت ساقط می‌شود؟ حق بیمار در درخواست خسارت از پزشک معالج نیز متوقف بر انجام عملیات درمانی و عروض فوت یا نقص عضو در بیمار است. بنابراین چگونه می‌شود پیش از آن که حقی برای شخصی ثابت شود، بتواند آن حق را از خود سلب کند؟

در متون فقهی، قاعده تبری و این که اخذ برائت پیش از داد و ستد، موجب سقوط خیار عیب است، مسلم دانسته شده (طوسی، ۱۳۵۱ ق، ج ۲، ص ۳۸؛ حلی، ۱۴۲۷ ق، ج ۱، ص ۵۲۵) و مستند آن مفهوم روایاتی است که دلالت دارد بر این که حق خیار خریدار، منوط به عدم تبری فروشنده است؛ (حرّ عاملی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۲، صص ۳۶۲ و ۳۴۹-۳۵۰) افزون بر این که حق خیار عیب، مبتنی بر اصل سلامت در معامله است و با تبری فروشنده جایی برای جریان این اصل باقی نمی‌ماند. (انصاری، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۳۲۰)

اما در مورد اقدامات درمانی با استناد به قاعده شروط و اصل نیاز عمومی بشر، می‌توان مشروعیت قاعده تبری را پذیرفت.

قاعده تبری از مصادیق نظریه عمومی شروط است. در تمام مواردی که شخص برای خود پیش بینی مسئولیت می‌کند می‌تواند با استناد به شرط عقلایی عدم مسئولیت، خود را از مسئولیت برهاند. همچنین مشروطیت قاعده تبری از جمله نیازهای عمومی بشر است؛ زیرا در غیر این صورت، پزشکان از انجام اقدامات درمانی سرباز خواهند زد، با این که درمان بیماران از نظر قانون‌گذار، کاری پسندیده و ضروری است. (حسینی عاملی، ۱۴۳۰ ق، ج ۲۱، ص ۱۱)

فقه‌های امامیه طیب را در صورتی که قبل از معالجه و درمان بیمار ابراء شود، مبری از مسئولیت شناخته و او را به واسطه خسارتی که در نتیجه معالجه‌اش وارد شده، ضامن نمی‌دانند.

این موضوع که عمدتاً در مباحث مربوط به دیات که بخشی از حقوق جزای اسلامی است، مورد مطالعه قرار می‌گیرد، بر این مبنا استوار است که اگر طبیب یا ختان و یا حجام در جریان معالجه و مداوای بیمار سبب اتلاف یا خسارتی گردند، ضامن بوده و محکوم به پرداخت دیه می‌باشند. فقهای امامیه به منظور رفع مسئولیت طبیب و سقوط ضمان وی تمهیداتی اندیشیده‌اند که ابراء طبیب قبل از معالجه از جمله آن‌ها است. از میان فقهای امامیه درباره تأثیر برائت در سقوط ضمان طبیب دو نظریه مطرح شده است که می‌توان آن را تحت دو عنوان «نظریه اسقاط حق قبل از ثبوت» و «نظریه مشهور فقهای امامیه» مورد مطالعه قرار داد.

۲-۳-۳- نظریه مشهور فقهای امامیه

مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که ابراء طبیب موجب سقوط ضمان وی می‌گردد. آن‌ها به روایت سکونی استناد می‌کنند که امام صادق (ع) به نقل از امیرالمؤمنین علی (ع) فرموده‌اند: «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ، فَلْيَتَّخِذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ، وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ»؛ (حرّ عاملی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۹، باب ۲۴، حدیث ۱). یعنی کسی که طبابت یا بیطاری می‌نماید، باید از ولی بیمار برائت بگیرد و الا ضامن است. شهید اول در این باره معتقد است قول نزدیک‌تر به صواب عدم ضمان طبیب است، اگر ذمه او قبل از درمان ابراء شده باشد. (عاملی (شهید اول)، ۱۳۷۸ ش، ص ۲۹۷).

شیخ محمد حسن نجفی (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۴۲، ص ۴۶) آیت‌الله خویی (خویی، ۱۴۲۸ ق، ج ۲، ص ۲۲۲) و امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۳۸۵ ش، ج ۲، ص ۵۰۴) ابراء قبل از درمان طبیب را موجب صحت عمل وی و از موجبات سقوط ضمان دانسته‌اند، بنابراین، ابراء طبیب به عنوان عامل توجیه‌کننده سقوط ضمان:

اولاً، مبتنی است بر خبر سکونی از ابی عبدالله (ع) به نقل از امیر المومنین علی (ع) که مبنای قول مشهور فقها قرار گرفته است.

ثانیاً، ابراء طبیب شرطی است که ضمن قرارداد استفاده از خدمت طبیب مطرح می‌شود، به مقتضای قاعده «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» که طبیب در ضمن قرارداد ارائه خدمت خویش تبری

از مسئولیت را شرط می‌نماید و بیمار به موجب این شرط متعهد می‌شود که در صورت وقوع حادثه‌ای در حین عمل خسارتی از طبیب مطالبه ننماید. (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۴۳، ص ۴۷)

ثالثاً، نیاز و احتیاج مردم به طبیب و خودداری از اطبا از معالجه، در صورت مطالبه خسارت، ضرورتی است که توجیه‌کننده لزوم تشریح ابراء طبیب است؛ زیرا «اگر امکان ابراء طبیب وجود نداشته باشد، هیچ طبیبی از ترس ضمان و مسئولیت بعدی، کسی را معالجه نخواهد کرد». (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۴۳، ص ۴۷)

باید افزود که بعضی از متأخرین مسئولیت مطلق پزشک را محدود به موارد مباشرت او در اتلاف کرده‌اند و فرضی را که بیمار پیشنهاد پزشک را با اعتماد به حذاقت او از روی عقل و اختیار می‌پذیرد، در قلمرو این ضمان نمی‌دانند، بر تأیید نظر خود به اخباری که درمان را به احتمال سلامت مباح می‌داند، استناد کرده‌اند.

به هر حال به پیروی از نظر مشهور، چنانچه صاحبان مشاغل پزشکی با اطلاع و مهارت کافی و اخذ برائت اقدام به درمان بیمار نمایند، مشروط به عدم سهل‌انگاری و قصور در انجام وظیفه، در برابر خطرات احتمالی ضامن محسوب نمی‌شوند. (مرتضی عاملی، ۱۳۶۲ ش، ص ۹۴)

۳-۳-۳- ماهیت برائت

بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، ابراء طبیب مبنای سقوط ضمان است و منظور از ضمان، مطلق ضمان اعم از کیفری و مدنی نیست، بلکه منظور ضمان مالی و مدنی است؛ زیرا برائت مانع تحقق جرم یا مجازات مجرم نمی‌باشد. بیماری که طبیب معالج خود را از مسئولیت مبری می‌نماید، در حقیقت پزشک را از نتایج زیانبار عملش که ناشی از طبیعت اعمال و اقدامات پزشکی است، مبری می‌نماید.

بنابراین، در ماهیت حقوقی برائت باید گفت که در واقع برائت یکی از مصداق‌های شرط عدم مسئولیت است و تا زمانی نافذ خواهد بود که پزشک در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر نشده باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۰ ش، ص ۳۵۴)

شرط اساسی رفع مسئولیت کیفری پزشک مشروط و مقید است به:

- مشروعیت عمل جراحی یا طبی
- رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی
- رضایت بیمار

در صورتی که هر یک از شرایط فوق محقق نباشد، بدیهی است که نمی‌توان پزشک را از مسئولیت کیفری مبری دانست؛ زیرا این اصول کلی بر همه اعمال و اقدامات پزشکی حاکمیت دارد و شرط برائت نیز تا زمانی مؤثر و نافذ است که پزشک در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر و خطایی نشده باشد و تنها در این صورت است که برائت قبل از درمان رافع مسئولیت مدنی طبیب می‌باشد.

از آن‌چه درباره مفهوم شرط برائت در فقه گفته شده، این نتیجه بدست می‌آید که شرط برائت از نظر ماهیت و آثار یکی از مصادیق شرط عدم مسئولیت در حقوق است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹ ش، ص ۳۲۳)

شرط برائت به معنی معاف شدن از ضمان ناشی از احتمال خطر است و باعث می‌شود تا طبیب 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 و عمد پزشک را مطابق قواعد عمومی ثابت کنند و گرنه طرفی از دعوی خسارت نمی‌بندند. ولی اثر شرط برائت از این فراتر نمی‌رود و به ویژه در مورد تقصیرهای سنگین و عمد اثری ندارد.

۴-۳-۳- شرایط برائت

ابراء طبیب توسط بیمار همانند رضایت یکی از اعمال حقوقی است که باید دارای همان شرایط و اوصافی باشد که قانون‌گذار برای رضایت برشمرده است.

بنابراین برائت در صورتی از ارزش و اعتبار قانونی برخوردار است که واجد شرایط ذیل باشد:

- ابراء کننده دارای اهلیت قانونی باشد.
- برائت آگاهانه و آزادانه باشد.
- برائت قبل از عمل جراحی و طبی ابراز شود.

۱-۴-۳- اهلیت ابراء کننده

ابراء کننده باید همانند رضایت‌دهنده اهلیت قانونی داشته باشد؛ یعنی بالغ و عاقل و رشید باشد. سن بلوغ طبق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری می‌باشد. و عاقل به کسی گفته می‌شود که توانایی درک صحیح قضایا و قدرت تنظیم و تعدیل رفتار و کردار خود را داشته باشد.

رشد مکمل دو شرط یاد شده می‌باشد. رشید به کسی گفته می‌شود که دارای قدرت کافی برای اداره امور مالی خود باشد. به کسی که رشد نکرده، سفیه می‌گویند و محجور عنوانی است که به طور مطلق به هر یک از صغار مجانین و افراد غیر رشید گفته می‌شود.

۵-۳-۳- چگونگی برائت

برائت باید آگاهانه و آزادانه باشد. برائتی آگاهانه تلقی می‌شود که در پی ارائه یک رشته اطلاعات دقیق علمی راجع به معالجه و درمان و در نتیجه علم و آگاهی از کم و کیف معالجه و پیامدهای آن حاصل شده باشد. بنابراین برائتی که از روی ناآگاهی و توأم با اطلاعات ناقص یا اشتباهی اخذ شده باشد، فاقد اعتبار قانونی است.

همچنین برائت باید آزادانه باشد؛ یعنی بیمار با میل و اراده و طیب خاطر، داوطلبانه پزشک معالج را نسبت به پیامدهای ناگوار اعمال جراحی و طبی مخاطرات آن ابراء نماید. در نتیجه برائتی که تحت تأثیر اکراه و اجبار و فریب و نیرنگ و... حاصل شده باشد، هیچ گونه اثر قانونی بر آن مترتب نیست.

۶-۳-۳- زمان برائت

برائت از بیمار باید قبل از عمل جراحی و طبی حاصل شود. سؤالی که در این جا مطرح می شود، این است که چگونه ممکن است حتی که هنوز ایجاد نشده آن را ساقط کرد؟ مرحوم صاحب جواهر در توجیه نظر مشهور فقها، «برائت را مانعی در تحقق حق می داند، نه اسقاط حق قبل از ثبوت آن. بنابراین اشکالی در این فرض باقی نمی ماند. علاوه بر این که در تأیید سقوط ضمان می توان برائت را به عنوان یک شرط در عقد اجاره طیب در نظر گرفت؛ یعنی شرط ضمن عقد لازم که در این صورت برائت شرطی است از قبیل شرط سقوط خیار حیوان و مجلس و مانند این ها که تحت عنوان «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» قرار گرفته و لازم الوفا می باشد». (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۴۲، ص ۴۷)

۷-۳-۳- استثنائات رضایت و برائت

در اندیشه فقهای اسلامی بر پایه آیه شریفه ۱۱۵ سورة نحل «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» و روایت «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةُ أَشْيَاءَ الْخَطَا وَالنَّسْيَانُ وَ مَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ وَ مَا لَا يَعْلَمُونَ وَ مَا لَا يَطِيقُونَ وَ مَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ» و همچنین قاعده فقهی «الضرورات تبيح المحظورات» (شیخ صدوق، ۱۳۸۹ ش، ج ۲، ص ۴۱۷) ارتکاب جرم در حال ضرورت و عمل پزشک در نتیجه اضطرار موجه شناخته شده است.

بنابراین اضطرار و ضرورت از استثنائات وارده بر اصل رضایت و برائت بیمار در انجام اعمال جراحی و طبی محسوب می‌شود و پزشک معالج در صورت اقتضای قطعی حالت ضرورت و اضطرار مسئول عواقب متعارف اقدامات خود نیست.

نتیجه‌گیری

- ۱- هرگاه کسی در مقابل گرفتن دستمزد کاری برای جلب منفعت و یا دفع ضرر از دیگری انجام دهد و عمل او موجب ضرر و زیان آن شخص شود، ضامن خواهد بود.
- ۲- اثبات عدم مسئولیت پزشکان به کمک قاعده احسان هنگامی ممکن است که پزشک اقدامات درمانی خود را بدون دستمزد و به قصد احسان انجام داده و بدون این که در وظیفه خود کوتاهی کرده باشد، سبب آسیب دیدن بیمار گردد.
- ۳- در اذن بدون عوض چنان چه مأذون مرتکب کوتاهی نشده باشد، ضامن خسارتی که به اذن‌دهنده وارد می‌سازد، نیست.
- ۴- هرگاه اذن‌دهنده در برابر اذن خود به مأذون، از وی درخواست عوض کند، در این صورت فقهای شیعه معتقدند در اذن با عوض یا با انتظار عوض، مسئولیت مأذون به حال خود باقی است.
- ۵- شرط برائت به معنی معاف شدن از ضمان ناشی از احتمال خطر است و باعث می‌شود تا طبیب را از اثبات احتیاط به وسیله خود و انتساب خطر به عامل خارجی معاف کند در صورتی که ابراء‌کننده دارای اهلیت قانونی باشد و برائت آگاهانه و آزادانه باشد و نیز برائت قبل از عمل جراحی و طبی ابراز شود.

فهرست منابع و مآخذ

۱. قرآن کریم.
۲. آل‌شیخ مبارک، قیس بن محمد، حقوق و مسئولیت پزشکی در آیین اسلام، ترجمه محمود عباسی، تهران، انتشارات حقوقی، ۱۳۸۸ ه.ش.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان‌العرب، قم، ادب‌الحوزه، ۱۴۰۵ ه.ق.
۴. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۹ ه.ش.
۵. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب‌المکاسب، قم، مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ه.ق.
۶. جبلی‌عاملی، زین‌الدین بن علی (شهیدثانی)، مسالک‌الافهام فی شرح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه‌المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
۷. جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ه.ش.
۸. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳ ه.ش.
۹. حرّعاملی، محمد بن حسن. وسائل‌الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۶ ه.ق.
۱۰. حسینی‌عاملی، سید محمدجواد، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ ه.ق.
۱۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره‌الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۲۷ ه.ق.
۱۲. حلّی، محمد بن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۳. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع‌المدارک فی شرح مختصر النافع، تحقیق علی‌اکبر غفاری، تهران، مکتبه‌الصدوق، ۱۴۰۵ ه.ق.
۱۴. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه فارسی، تهران، دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ روزنه، ۱۳۷۷ ه.ش.
۱۵. صدوق‌قمی، محمد بن علی بن بابویه، الخصال، قم، نسیم کوثر، ۱۳۸۹ ه.ش.

۱۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروه الوثقی، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۷. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۸. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۳۱ ه.ق.
۱۹. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۱ ه.ق.
۲۰. عاملی، محمد بن جمال الدین مکی (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه، بی‌جا، دارالفکر، ۱۳۷۸ ه.ش.
۲۱. عباسی، محمود، نقش رضایت در پژوهش‌های علوم پزشکی، تهران: انتشارات حقوقی، ۱۳۸۲ ه.ش.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۰ ه.ش.
۲۳. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ه.ش.
۲۴. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، الفقهه، ۱۴۲۷ ق.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی، اذن در: دایره المعارف بزرگ اسلامی، ج ۷، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، تهران، مرکز دائره المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۸۷ ه.ش.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۶ ه.ش.
۲۷. مراغه‌ای، میر عبد الفتاح بن علی، العناوین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۸. مرتضی عاملی، جعفر، الآداب الطیبه فی الاسلام، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۲ ه.ش.
۲۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱ ه.ش.
۳۰. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ ه.ق.
۳۱. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵ ه.ش.
۳۲. موسوی خویی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، نجف، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۸ ه.ق.
۳۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ه.ق.