

محمدرضا ایمانی
از دفتر حمایت حقوقی و قضایی ایثارگران

نقد ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ (عدم لزوم اخذ برائت توسط پزشك)

مقدمه

برائت، خالی بودن ذمه شخص معین از تعهد را گویند. خواه اساساً ذمه شخص در مقابل شخص معین دیگر از اول مشغول نشود یا مشغول شده و فارغ الذمه شود.^۱

ماده ۲۸۹ قانون مدنی ابراء را چنین تعریف می‌کند: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف‌نظر کند.» ابراء عمل حقوقی تبعی است و از این رو اگر بعد از سقوط دین یا پیش از تحقق دین واقع شود، بدون مرفوع و بی‌اثر است. مثلاً اگر وارثی پیش از مرگ مورث، مدیون او را ابراء کند این اقدام طلب را از بین نمی‌برد. اگر پزشك قبل از شروع به معالجه یا توضیح خطرات احتمالی معالجه از بیمار اخذ برائت نماید، یعنی خود را از مسؤولیت ناشی از معالجه مبرا نماید آیا این برائت موجب رفع مسؤولیت وی می‌گردد یا خیر؟

قانونگذار در ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی پزشك را به صورت مطلق ذكر کرده است و او را موظف به اخذ براءت از مريض يا ولى او قبل از شروع به درمان يا اعمال جراحى نموده است. با توجه به مفهوم مخالف ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی اگر طبيب (اعم از ماهر و خطاكار) قبل از شروع به درمان يا اعمال جراحى از مريض يا ولى او براءت حاصل ننموده باشد ضامن كليه خسارات وارده است. قانونگذار اين ماده را از كتب فقهى و نظر قول مشهور فقهاى اماميه اخذ نموده است. آنچه مسلم است پزشك خطاكار هر چند براءت اخذ نموده باشد براساس خطاى خود ضامن است ولى در ما نحن فيه بحث راجع به پزشك ماهرى است كه نهايت سعى و كوشش خود را در راه معالجه بيمار به كار برده است اما معالجه منجر به فايده نمى گردد و بيمار دچار نقص عضو مى شود يا فوت مى نمايد درحالى كه پزشك رعايت تمامى نكات علمى و قانونى را نموده است.

ما در اين تحقيق فقهى - حقوقى در پى در روشن نمودن اين مسائل هستيم:

- ادله مشهور فقهاى اماميه در لزوم اخذ براءت توسط پزشك چيست؟

- ادله مخالفين نظر مشهور فقهاى شيعه در رد قول آنان و اثبات نظر خود چيست؟

- آيا پزشك حاذق و ماهرى كه هيچ گونه جرم و خطايى در كار خود نداشته است و

تمام سعى خود را در معالجه بيمار خود داشته و منتهى به فوت يا نقص عضو

شده است ضامن است؟

- نتيجه تحقيق و راه حلهائى مفيد به قانونگذار اسلامى.

- مسؤليت پزشك حاذق:

فقهاى شيعه در ضمان يا عدم ضمان پزشك حاذق دو گروه اند كه ذيلاً به طور

مفصل نظريات آنها را مرور مى نماييم:

- دسته يكم: نظر مشهور:

مشهور فقهاى شيعه بر اين عقیده اند كه هرگاه نتيجه طبابت پزشك، فوت يا زيان

بدنی بیمار باشد پزشک ضامن است اگرچه در طبابت حاذق و متبحر بوده و معالجه نز با اذن بیمار یا ولی او باشد.^۲

– مشهور فقهای شیعه برای اثبات نظریه خود این گونه استدلال می کنند:

۱- تلف بیمار مستند به فعل طبیب است و او به طور مستقیم باعث فوت یا نقص عضو بیمار گردیده است و به موجب قاعده، پزشک در هر حال ضامن است و چون پزشک قصد فعل را داشته و نتیجه را اراده نکرده است موضوع از مصادیق قتل شبه عمد است و قصاص منتفی و پزشک مکلف به پرداخت دیه است.

۲- در روایت سکونی از امام صادق (ع) که از امیرالمؤمنین علی (ع) روایت می فرمایند آمده است: «کسی که طبابت یا بیطاری می کند باید از ولی بیمار و یا صاحب حیوان اخذ براءت نماید در غیر این صورت ضامن است.»^۳

۳- اجماع فقهای امامیه بر این است که پزشک ضامن است گرچه حاذق و معالجه نیز به اذن بیمار یا ولی او باشد.

– دسته دوم: نظریه غیر مشهور:

برخی از فقهای امامیه بر این عقیده اند که چنانچه پزشک حاذق و معالجه نیز با اجازه بیمار یا ولی او باشد، در صورتی که درمان به فوت یا نقص عضو بیمار منتهی گردد، پزشک ضامن نیست.

– استدلال مخالفین نظریه شهید به شرح ذیل است:

۱- چنانچه پزشک حاذق و معالجه با اذن بیمار باشد و در امر درمان نیز تلاش متعارف را به عمل آورد و موازین پزشکی را رعایت کند در صورت فوت و یا نقص عضو بیمار، ضامن نیست و در این مورد اصالة البرائة جاری است.^۴

۲- اذن بیمار در معالجه توسط پزشک، مسقط ضمان است (مشهور فقهاء در

جواب گفته‌اند که اذن در معالجه اذن در اتلاف نیست و بیمار صرفاً درمان را خواسته نه فوت یا نقص عضو احتمالی را.^۵

۳- مطابق قواعد فقهی، «احسان» مانع از ایجاد ضمان است. یعنی اگر کسی کاری را انجام دهد که در عرف پسندیده و به سود عموم است، هر چند که به اتفاق زیانی هم به بار آید از این راه مسؤولیتی پیدا نمی‌کند، آیات شریفه «ما علی المحسنین من سبیل»^۶ و «هل جزاء الاحسان الا الاحسان»^۷ بیانگر یکی از قواعد مهم فقهی به نام «قاعده احسان» است و از آنها نتیجه گرفته می‌شود که هیچ ضمان و غرامتی بر نیکوکار تحمیل نمی‌شود. پزشک نیز در امر درمان «محسن» است و در صورت فوت بیمار، احسان مانع از ایجاد ضمان است.^۸

۴- مبادرت به درمان از نظر شرع اسلام و دیدگاه عقل امری پسندیده و جایز و در مواردی نیز واجب است و هنگامی که نفس عمل (معالجه بیمار) جایز باشد، در صورت تلف بیمار، پزشک ضامن نیست. زیرا از نظر قواعد کلی ضمان در حقوق اسلامی، جواز شرعی با ضمان جمع نمی‌شود و فقهای مسلمین اجماعاً گفته‌اند عملی که با اجازه شرع انجام می‌شود اگر موجب ضمان باشد تناقض به وجود می‌آید. قاعده «جواز الشرع ینافی الضمان» از قواعد کلی فقهی است.^۹

(در رد این استدلال گفته شده میان «جواز» و «ضمان» منافاتی نیست و ممکن است عملی شرعاً جایز باشد اما برای فاعل آن ایجاد مسؤولیت نماید. مثلاً والدین علیرغم آنکه در تأدیب فرزندان مجازند با این همه چنانچه تأدیب منجر به فوت و یا صدمه جسمانی فرزندان گردد مسؤول می‌باشند.^{۱۰}

۵- روایات زیادی از ائمه اطهار (ع) درخصوص موضوع وارد شده، که حاکی از آن است که چنانچه پزشک ماهر و در فن خود متخصص باشد و در امر درمان نیز مرتکب تعدی و تفریط نشود در صورت فوت و ... بیمار ضامن نمی‌باشد. از جمله:

۱- «روایت اسماعیل بن حسن (که پزشك بود) می‌گوید به امام صادق (ع) عرض کردم: من مردی از عرب هستم که به علم پزشکی آشنا هستم و طبابت من عربی است و اجرت هم نمی‌گیرم، آن حضرت فرمودند: مانعی ندارد. عرض کردم: ما زخم را شکافته و با آتش می‌سوزانیم؟ فرمودند: باکی نیست. عرض کردم: ما برای بیماران داروهای سمی تجویز می‌کنیم؟ فرمودند: مانعی ندارد. عرض کردم: ممکن است بیمار هم بمیرد حضرت فرمودند: ولو بمیرد مانعی ندارد.»^{۱۱}

۲- «یونس بن یعقوب» می‌گوید: به حضرت صادق (ع) عرض کردم: مردی دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می‌کند و ممکن است که از آن دارو یا قطع رگ نتیجه بگیرد و یا دارو و قطع رگ، بیمار را بکشد؟ حضرت فرمودند: می‌تواند رگ را قطع کند و دارو را تجویز نماید.»^{۱۲} (در جواب این استدلال نیز گفته شده است که روایت ناظر به ضمان یا عدم آن نیست بلکه ناظر بر جواز اقدام بر معالجه ولو اینکه منجر به فوت بیمار شود.^{۱۳}

- نتیجه:

به نظر نگارنده قول غیرمشهور به صواب نزدیک و در برگزیده مقتضیات و مسالاح حرفه مقدس پزشکی است. و ادله‌ای که مشهور فقهاء شیعه ارائه داده‌اند، توانایی آن را ندارند که مسؤول بودن پزشك و لزوم جبران خسارت را به اثبات برسانند. برای روشنتر شدن بحث، ادله نظر مشهور را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم:

۱- در مورد روایت سکونی، باید گفت که روایتی که به نحوی «سکونی» در آن سلسله روایت باشد ضعیف است و بر ضعیف بودن خود فقهاء طرفدار قول مشهور تصریح نموده‌اند.^{۱۴}

۲- روایت «سکونی» از امام صادق (ع) که امیرالمؤمنین (ع) می‌فرمایند: «من تطلب او تبیطر فلیأخذ البرائه من ولیه فهو ضامن» در کتاب المستدرک به نحو دیگری آمده‌است و بعد از کلمه «فهو ضامن» عبارت «اذا لم یکن ماهراً»^{۱۵} آمده‌است و روایت فوق با این بیان هیچ‌گونه منافاتی با نظر مشهور ندارد و آنان نیز معتقدند که پزشک غیرحاذق ضامن خساراتی است که به بیمار وارد شده‌است.

۳- روایت دیگر سکونی از امام صادق (ع) که آن حضرت فرمودند: «امیر المؤمنین (ع) شخصی را که کودکی را ختنه کرد و بیش از مقدار لازم بریده‌بود ضامن گردانید» فایده‌ای در اثبات مدعای قول مشهور ندارد. زیرا سیاق روایت به گونه‌ای است که حاکی از تعدی و تفریط ختنه‌گر و بریدن بیش از مقدار لازم و متعارف است. در این صورت روایت فوق نیز با نظر غیرمشهور تعارضی ندارد و آنان نیز بر ضمان پزشک در صورت تعدی و تفریط تصریح نموده‌اند.

۴- در مورد دلیل اجماع باید گفت: برخی از اصولیین معاصر مانند مرحوم آیت‌الله خویی بر عدم حجیت اجماع تصریح نموده و معتقدند که هیچ‌گونه دلیل و مدرکی بر حجیت آن وجود ندارد. ۱۶

۵- بر فرص حجیت اجماع، اجماع آنجا مطرح می‌شود که روایت و دلیلی در دست نباشد.

۶- با بررسی آرای فقهاء مشهور این نکته به دست می‌آید که اجماع ادعایی مستند بر روایات «سکونی» است که ضعف آن از حیث سند و دلالت روشن است.

۷- اجماعی که ادعا شده‌است مفید فایده نیست و مورد نزاع را شامل نمی‌شود چون اجماع مطرح شده مطلق است و مقید «به اذن» نمی‌باشد محقق حلی می‌گوید: «الاصحاب متفقون علی انّ الطیب یضمن فی ما یتلف بعلاجه» ۱۷ و این اجتماع مقید به ماذون نیست و اساساً در عبارت کتب فقهای متقدم که بر ضمان طبیب نظر داده‌اند

قید اذن دیده نمی‌شود. مانند: المقنعة، العناية، المراسم، الوسيلة، الغنية، تبصرة

المتعلمين، تذكرة الفقهاء، التحرير، الاشارة، الكتاب جامع المقاصد و...^{۱۸}

پس با توجه به این برداشت هیچ‌گونه تفاوتی بین رأی ابن ادریس و فقهای متقدم وجود ندارد و نه تنها اجماعی بر ضمان طبیب ماذون اقامه نشده بلکه بر عدم ضمان پزشک حاذق ماذون نظر داده‌اند.^{۱۹}

تنها بعد از ابن ادریس است که فقهای چونی محقق حلی در «شراعی الاسلام»، شهید اول در «لمعه»، شهید ثانی در «مسالك الافهام و الروضه...»، محقق کرکی در «جامع المقاصد»، علامه حلی در «الارشاد» و فخر المحققین در «الایضاح» با تصریح بر «اذن» بر ضمان پزشک حاذق ماذون نظر داده و نوعاً در قالب الفاضلی چون «اقرب»، «اشهر»، «انه المشهور» بیان شده‌است، و به‌طور یقینی نظر نداده‌اند.^{۲۰}

۸- در مورد قاعده اتلاف باید گفت: درست است که قاعده اتلاف ناظر به حکم وضعی است و متلف در هر حال ضامن است گرچه قاصد یا بالغ یا... نباشد ولی آیا اگر متلف تعدی نکرده باشد و در حدود اذن و متعارف عمل نموده باشد نیز ضامن است؟ مرحوم کاشف الغطاء در این باره می‌فرماید: «تعدی یعنی عدم اذن شرعی و مالکی در تمام اسباب ضمان (اعم از اتلاف و تسبیب، اجتماع سبب و مباشر) شرط می‌باشد.^{۲۱} پس اگر پزشک با اذن بیمار یا ولی او به معالجه بپردازد و از حدود اذن بیمار و متعارف تجاوز نکند، در صورت تلف و نقص عضو بیمار ضامن نبوده و قاعده اتلاف شامل آن نمی‌شود.

صاحب مفتاح الکرامه نیز می‌نویسد: «گاهی معالجه بیمار به وجوب کفایی یا عینی بر پزشک واجب می‌شود و شرعاً نیز این نکته به اثبات نرسیده که هر نوع اتلافی موجب ضمان است خصوصاً اگر آن اتلاف متعاقب انجام فعلی که به وجود عینی یا کفایی واجب، و فاعل آن نیز ماذون است حاصل شده باشد...»^{۲۲}

۹- مسئولیت پزشک و اجرای قاعده اتلاف منوط به احراز رابطه سببیت و علیت

عرضی بین دو عامل ضرر و فعل زیانبار است حقیقت آن است که میان فعل پزشك حاذق مجرب و تلف بیمار نمی‌توان رابطه سببیت و علت و معلول عرضی را برقرار نمود و تلف بیمار پیش از آن که مستند به فعل پزشك باشد به واکنشهای شخصی بیمار و تواناییهای روحی و جسمی بیمار و نقص دانش پزشکی و ... مربوط است. تعهد پزشك صرفاً ناظر به «وسیله» بوده و پزشك هرگز تعهد به «نتیجه» نمی‌کند. شاید این عبارت امام حسن عسگری (ع) که فرمودند «تو خواستی مدارا کنی ولی اجلش در این عمل بود»^{۲۲} بیانگر همین نکته باشد، آیا واقعاً پزشك می‌تواند تعهد به شفا و بهبود هر نوع بیماری را بدهد؟ ما می‌دانیم که شفا در ید قدرت خداوند باری تعالی است و به نظر می‌رسد که بین وجوب معالجه در شرع (وجوب عینی و کفایی) و مسؤولیت پزشك حاذق و مجرب تناقض وجود دارد. از نظر اجتماعی، مسؤول دانستن پزشك حاذق و مجرب، قدرت ابتکار را از او گرفته و رغبت به این حرفه مفید و ضروری را کاهش می‌دهد. از نظر اخلاقی چگونه می‌توان جزای احسان را به بدی داد و از انسانی که همه تلاش و دانش خود را در راه درمان به‌کار برده است خسارت گرفت.^{۲۴}

بهرتر است قانونگذار اسلامی در تجدیدنظر قانون مجازات اسلامی، به عدم مسؤولیت پزشك حاذق تصریح نموده و اخذ برائت را از قانون حذف نماید و فقط اثبات تقصیر یا خطای پزشك را سبب مسؤولیت پزشك بداند.

منابع و مأخذ

- ۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، (تهران، چاپ ششم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲) ص ۱۰۸.
- ۲- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۲ (تهران، چاپ ششم، کتابخانه اسلامی، ۱۴۰۴ هـ) ص ۴۶.

- ۲- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، (بیروت، ۲۰ جلدی، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۳)، باب ۲۴ از ابواب موجبات ضمان، حدیث ش ۲.
- ۴- ابن ادریس، احمد، السرائر (قم، مرآة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ هـ.) ص ۴۲۹.
- ۵- نجفی، محمدحسن، همان منبع، ص ۴۶ و جبعی عاملی، زین الدین، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (تهران، چاپ هفتم، مکتبه الامام الاسلامی بهار ۱۳۷۲) ج ۱۰ ص ۱۰۹.
- ۶- سوره توبه آیه ۹۱.
- ۷- سوره الرحمن آیه ۶۰.
- ۸- حسینی شیرازی، محمدحسن، الفقه (قم، محمد حسینی شیرازی، ۱۴۰۵ هـ.) ج ۹۰ ص ۷۷.
- ۹- خمینی، امام روح اله، تحریر الوسیله (قم، دو جلدی، نشر اسلامی، ۱۳۶۳) ج ۲ ص ۵۶۴.
- ۱۰- جبعی عاملی، زین الدین، همان منبع، ج ۱۰، ص ۱۱۰، نجفی، محمدحسن، همان منبع ص ۴۶.
- ۱۱- حرعاملی، محمد بن حسن، همان منبع، ج ۱۷ ص ۱۶۷.
- ۱۲- همان منبع.
- ۱۳- مرتضی عاملی، جعفر، الآداب الطبیة فی الاسلام، (قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۲) ص ۹۹۶.
- ۱۴- جبعی عاملی، زین الدین، همان منبع، ج ۱۰، ص ۱۱۰ می فرمایند: «الاولی الاعتماد علی الاجماع... لا علی رواية لضعف سندها بالسكونی»
- ۱۵- نوری، حسین، مستدرک الوسائل، (بیروت، مؤسسه آل البيت، دار احیاء التراث، ۱۴۱۵ هـ.) ج ۱۸، ص ۳۲۵.
- ۱۶- خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة، ج ۲، (چاپ نجف، انتشارات حیدری، بی تا)، ص ۱۴۱.
- ۱۷- به نقل از نجفی، محمدحسن، همان منبع، ج ۴۳، ص ۴۶.
- ۱۸- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه (مصر، بی تا، ۱۳۲۶ هـ.)، ج ۱۰، ص ۲۷۰.
- ۱۹- همان منبع، ص ۲۷۱.
- ۲۰- همان.
- ۲۱- کاشف الغطاء، محمدحسین آل، تحریر المجلة، ج ۱ (نجف، چهارجلدی ۱۳۶۱ هـ.)

۲۲- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، همان.

۲۳- حرعاملی، محمد بن حسن، همان منبع، ج ۱۵ ص ۲۱۲.

۲۴- شجاعپوریان، سیاوش، مسؤولیت مدنی ناشی از خطای پزشك (تهران، چاپ اول، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۳) ص ۷۳.



ارزش احسان

شنیدم که پیری به راه حجاز	به هر گام کردی دو رکعت نماز
چنان گرم رو، در طریق خدای	که خار مغیلان نکندی ز پای
به آخر ز وسواس خاطر پریش	پسند آمدش در نظر، کار خویش
به تلبیس ابلیس در چاه رفت	که نتوان ازین خوبتر راه رفت
گرش رحمت حق نه دریافتی	غرورش سر از جاده، برتافتی
یکی هاتف از غییش آواز داد	که ای نیکبخت مبارک نهاد
مپندار اگر طاعتی کرده‌ای	که نُزلی بدین حضرت آورده‌ای

به احسانی آسوده کردن دلی

به از الف رکعت به هر منزلی

سعدی، باب دوم بوستان