

بررسی جایگاه فقهی - حقوقی رضایت و برائت بیمار و آثار مترتب بر آنها

بهزاد جودکی*، کیوان غنی**، محمد امرایی***

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
*** کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، شیراز، ایران

چکیده

اقدامات درمانی که به وسیله کادر درمانی صورت می‌گیرد، در واقع نوعی تصرف در نفس دیگری است که جواز مشروعیت این نحو از مداخله متوقف بر شرایطی است که قانون‌گذار در مواد مختلف قانونی از جمله ۱۵۸، ۴۹۵ ق.م.ا. آن‌ها را بیان نموده است. باتوجه به سابقه فقهی و قانونی این مواد، رضایت بیمار منحصر در مشروعیت «فعل پزشکی» یعنی «معالجه» موثر بوده و به صدمات اتفاقی حاصل از درمان مربوط نمی‌گردد و در همین راستا برای سلب مسولیت از پزشک برائت گرفته می‌شود. در بین فقهای امامیه درخصوص اخذ رضایت بیمار جزء در موارد ضروری، همگی معتقد به اخذ رضایت از بیمار یا ولی وی برای معالجه هستند، اما در باب اخذ برائت موضوع اختلافی بوده و مشهور فقها قائل به اخذ برائت از بیمار برای سلب مسولیت پزشک در قبال ایراد صدمات وارده به بیمار در نتیجه طبابت می‌باشند. این درحالی است که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نه تنها متذکر اقسام مختلف رضایت (صریح، ضمنی، آگاهانه) و ضمانت اجرای عدم اخذ هرکدام از آنها نشده، بلکه با تغییر مبانی، اخذ برائت از بیمار را امری بیهوده و منوط به عدم تقصیر پزشک دانسته است. در این مقاله ضمن بررسی اقسام مختلف رضایت، برائت و ضمانت اجرای عدم اخذ آن‌ها، بار اثبات دعوی، زمان اخذ رضایت و برائت و ... از منظر فقهی و حقوقی بحث می‌گردد.

کلید واژه: پزشک، بیمار، رضایت، برائت، ضمان.

تایید مقاله: ۹۵/۲/۲۸

وصول مقاله: ۹۴/۱۱/۳

نویسنده پاسخ‌گو: دانشکده حقوق دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

شماره تماس: ۰۲۱-۸۸۷۹۱۲۲۰

keyvan.ghani@gmail.com

مقدمه

مصلحت هم می‌تواند از آن رفع عنوان مجرمانه نماید. به‌رحال در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران مواردی پیش‌بینی شده که با وجود نص قانون، به افراد اجازه داده شده در موارد تعیین شده قانونی، رضایت خود را مبنی بر وقوع یک حالت مجرمانه علیه خود که توسط قانون مشروع تلقی گردیده است، اعلام نمایند (۲). که می‌توان به ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «... ج- هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست»؛ هم‌چنین منشور حقوق بیمار مصوب ۱۳۸۸: «انتخاب و تصمیم‌گیری بیمار باید آزادانه و آگاهانه، مبتنی بر دریافت اطلاعات کافی و جامع مذکور (در بند دوم) باشد. (بند ۱-۲-۳) و پس از ارائه اطلاعات، زمان لازم و کافی به بیمار جهت تصمیم‌گیری و انتخاب داده می‌شود. (بند ۲-۳-۳)». اما در کنار رضایت بیمار، گرفتن برائت نامه هم از وی مطابق ماده ۴۹۵ ق.م.ا. که مقرر می‌دارد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد،

بنابر قواعد کلی حاکم بر حقوق جزا، ارتکاب جرم به درخواست مجنی علیه و با اعلام رضایت قبلی وی، مانع اعمال قوانین کیفری نمی‌شود و مسئولیت مجرم را منتفی نمی‌سازد. با وجود این و به رغم آنکه اصل بر عدم سببیت رضایت بزه دیده در جواز جرم و عدم ضمان مرتکب است، گاه با توجه به طبیعت و ماهیت جرائم ارتكابی، موارد استثناء نیز پذیرفته و توجیه شده است. بدین نحو که رضایت معتبر و مؤثر مجنی علیه موجب زوال وصف مجرمانه از فعل ارتكابی شده، با رعایت شرایط مقرر به عنوان یک عامل توجیه کننده، در اباحه کنش جنایی مؤثر واقع می‌شود؛ چنان که بیمار با اظهار رضایت خویش، تصرف پزشک در نفس خود و اقدام به جرح و درمان را در حدود متعارف و مشروع تجویز کرده، آن را مباح می‌سازد (۱). بنابراین از آنجایی که قانون‌گذار اقدام به جرم انگاری عملی که بدون رضایت شخص بر روی وی انجام می‌گیرد را بنابر مصالح اجتماعی می‌پذیرد، در صورت

دادگاه عالی فدرال آمریکا که برای هر فرد قائل به حق تعیین سرنوشت و آینده باشد، منشاء گرفت. در سال ۱۹۴۱، بیماری از پزشک خود به دلیل انجام جراحی بدون کسب رضایت شکایت کرد و این مورد قضایی منجر به ایراد جمله‌ی زیر توسط قاضی کوردوزو گردید: «هر انسان بالغ و دارای سلامت عقلانی حق تعیین این که چه عملی بر روی بدن او انجام شود؛ را دارد» (۵). فرآیند گرفتن رضایت آگاهانه پیچیده‌تر از گرفتن امضای بیمار در انتهای فرم‌های پزشکی است. سیلوا رضایت آگاهانه را به عنوان «فرآیندی قانونی و اخلاقی که متمرکز بر مشارکت در تصمیم‌گیری بین ارائه دهنده و دریافت کننده مراقبت بهداشتی است» تعریف می‌کند که اهداف آن شامل ارتقاء سلامت فرد، احترام به استقلال و اختیار انسان است (۶).

۲- رضایت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

مقنن در ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اعمالی که جرم محسوب می‌شوند تحت شرایطی قابل مجازات ندانسته است. یکی از این موارد مطابق بند جاین ماده: «هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست»؛ فلسفه و علت پیش بینی شرط رضایت در این قانون نیز واضح و مبرهن است، زیرا از یک طرف با مراجعه بیمار به پزشک، نوعی قرارداد ضمنی یا صریح منعقد می‌شود و لذا این جا هم مانند سایر قراردادهای رضایت طرفین شرط تحقق قرارداد است؛ از طرف دیگر چنان چه پزشک مسئول باشد هیچ پزشکی به عمل جراحی یا طبی برای بهبود بیمار اقدام نمی‌کند و در نتیجه هیچ بیماری نه تنها بهبود نمی‌یابد بلکه ممکن است باعث سرایت بیماری به دیگران و وخامت اوضاع نیز گردد. در این ماده ۲ بار از رضایت شخص صحبت به میان آمده است، بدون آن که مشخص باشد کدام یک از اقسام رضایت‌های فوق الذکر مدنظر است. در چنین مواردی که معنای کلمه ای به کلی مبهم نبوده ولی مورد میان دو یا چند چیز باشد اصطلاحاً گفته می‌شود قانون اجمال دارد (۷). برای مرتفع نمودن تردید در چنین مواردی؛ استفاده از روش تفسیر منطقی یا توضیحی که در صدد کشف نظر، مقصود و نیت واقعی مقنن است، راه حلی منطقی به نظر می‌رسد (۸). در نتیجه با دقت در این ماده و مواد دیگر قانون مجازات شاید بتوان منظور مقنن را از رضایت مشخص نمود که کدام یک از انواع رضایت مورد توجه قانون گذار بوده است. آن چه که قدر متیقن این ماده می‌باشد رضایت صریح است. زیرا با دقت در صدر ماده که مقرر می‌دارد: «علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست: ... ج- هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص ... انجام شود...» مشخص می‌سازد که فرد به مرکز درمانی یا پزشکی مراجعه نموده و درخواست عمل جراحی یا طبابت به پزشک یا مرکز درمانی مذکور را داده است. از طرف دیگر قانون گذار در ادامه که مقرر

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 اخذ 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 می‌شود. تبصره ۱- در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هر چند برائت اخذ نکرده باشد»، لازم می‌باشد. بدین ترتیب سؤالاتی مطرح می‌گردد از جمله؛ منظور از رضایت در این ماده چیست؟ آیا تمام انواع رضایت از جمله رضایت صریح، ضمنی، آگاهانه و ... را شامل می‌شود؟ در صورتی که بدون رضایت اقدام به عمل جراحی و طبی مشروع بر روی شخص نمایند آیا بیمار یا مصدوم حق شکایت کیفری را دارد؟ و در صورتی که بیمار رضایت به درمان دهد ولی عمل طبی یا جراحی نامشروع باشد در صورت هرگونه آسیب به وی آیا باز هم علی رغم دادن رضایت می‌تواند شکایت نماید؟ مبنای عدم نیاز به گرفتن برائت نامه در بعضی موارد چیست؟ ضمانت اجرای عدم اخذ برائت نامه چیست؟ این سؤالات و موارد دیگری که در ضمن بحث، مطرح می‌شوند نیاز به بررسی و تبیین بیشتری دارند که در ذیل به بررسی و توضیح آن‌ها می‌پردازیم.

۱- مصادیق رضایت و شروط آن

در یک تقسیم بندی متعارف، رضایت به دو نوع «صریح» و «ضمنی» طبقه بندی می‌شود. در کنار آن‌ها رضایت آگاهانه نیز مطرح می‌گردد. منظور از رضایت صریح^۱ «وضعیتی است که بیمار به صورت روشن و واضح به پیشنهاد پزشک پاسخ داده و اراده‌ی موافق خویش را بر انجام عملیات پزشکی ابراز می‌دارد، در چنین حالتی با یک رضایت آشکار روبه رو هستیم». اعلام رضایت صریح ممکن است به شیوه رسمی^۲ یا غیر رسمی^۳ باشد. منظور از رسمی اعلام اراده به شکل کتبی است و غیر رسمی به سایر طرق هم چون اظهار شفاهی، ایما و اشاره و ... است. مقصود از رضایت ضمنی^۴ یا تلویحی «رضایتی است که بیمار آن را با عمل خود نشان می‌دهد». اعلام اراده و رضایت چنانچه غیر مستقیم باشد از مصادیق ضمنی خواهد بود. به طور مثال بیماری که به صورت تلفنی درخواست آمبولانس می‌کند، رضایت ضمنی خویش را به انجام عملیات پزشکی اعلام داشته است. درخواست دریافت مراقبت‌های پرستاری، مراجعه به دندان پزشک و درخواست کشیدن دندان، مصادیقی از این نوع رضایت هستند (۳).

رضایت آگاهانه^۵ از مهم‌ترین و بحث انگیزترین مفاهیم مطرح در اخلاق پزشکی دنیاست. در واقع رضایت آگاهانه، فرآیندی است که طی آن بیمار و یا قائم مقام قانونی وی، طرح درمانی را درک کرده، با آن موافقت می‌نماید (۴). ایده‌ی اخذ رضایت آگاهانه از سال ۱۸۹۱، با رأی

1 Expressed Consent

2 Formal

3 Informal

4 Implied Consent.

5 Informed Consent.

می‌دارد: «... در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست» بیانگر رضایت صریح می‌باشد؛ زیرا مفهوم مخالف این ماده نشان می‌دهد که در موارد غیرفوری اخذ رضایت ضروری خواهد بود. یعنی فرد بایستی با اراده آزاد و اختیار کامل اذن و رضایت انجام اعمال پزشکی را بر بدن خود داده باشد. اما از آن جایی که حفظ سلامتی و بهبود فرد در موارد اورژانسی در اولویت قرار دارد، قانون‌گذار اخذ رضایت را در این موارد ضروری ندانسته است. هم چنین نکته ظریفی که از این ماده و ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌توان نتیجه گرفت این است که اذن و رضایت بیمار متوجه نتایج حاصله نبوده و فقط اذن در معالجه است که مشروط و مقید به سلامت بیمار و عدم آسیب رساندن به وی می‌باشد. از این رو برای عدم مسئولیت پزشک علاوه بر وجود اذن در معالجه و عدم تعدی و تفریط، اخذ برائت نیز ضرورت دارد (۹). بنابراین بایستی بیمار با آزادی اراده و اختیار کامل، نسبت به درمان خود رضایت صریح داشته باشد تا پزشکی که برائت نامه را برای امضاء و تصدیق در اختیار وی می‌گذارد، پزشک را از عوارض احتمالی حاصله در آینده مبری نماید.

اما در خصوص رضایت ضمنی بایستی گفت که این نوع رضایت برای یک معاینه و درمان معمولی است که به طور عرفی صورت می‌پذیرد. برای مثال مراجعه به دندان پزشک و کشیدن دندان از جمله رضایت ضمنی بیمار به درمان می‌باشد (۳). در غیر این صورت مثلاً چنانچه پزشک مزبور مبادرت به جراحی لثه وی نماید این امر فراتر از رضایت ضمنی بیمار می‌باشد. مگر در موارد فوری که اخذ رضایت به طور کلی ممتنع باشد.

در مورد رضایت آگاهانه موضوع قدری پیچیده است. اگر به سابقه‌ی فقهی ماده قانونی مورد بحث بنگریم به نظر می‌رسد که حداقل آن چه که امروزه در اخلاق پزشکی مطرح می‌گردد، نمی‌باشد. زیرا چه به باور کسانی که علی‌الاطلاق معتقد به ضمان طبیب هستند و در صورتی که طبابت باعث تلف شدن عضو یا مرگ بیمار شود، پزشک را ضامن خسارات وارده به وی می‌دانند؛ هر چند که طبیب در امر طبابت حاذق و متبحر بوده و معالجه به اذن بیمار و یا ولی او باشد (تعهد به نتیجه) (۱۰) و (۱۱) و (۱۲) و (۱۳). و چه کسانی که قائل به عدم ضمان طبیب بوده و در صورت اذن و رضایت بیمار، پزشک را مسئول نمی‌دانند (تعهد به وسیله) (۱۴) و (۱۵) و (۱۶) دقت نماییم، فقط رضایت و اذن بیمار را مطرح کرده اند بدون این که تعریفی از آن داشته باشند. عده‌ای از فقهای معاصر در این مورد فتوی داده اند: «ضامن نبودن پزشک به وسیله نصب اطلاعیه در محل درمان یا اعلام در رسانه‌ها، ثابت نمی‌شود، بلکه خود بیمار یا ولی او پس از آگاهی از کیفیت درمان، شروط عدم ضمان را به صورت کتبی و شفاهی، قبول کند. چنان چه شرط از روی اضطرار و ناچاری باشد، اشکال ندارد ولی اگر از روی اجبار و اکراه باشد، پزشک ضامن است» (۱۷). بررسی سوابق تقنینی در این موضوع روشن می‌سازد که قانون‌گذار در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ مقرر ای در این مورد وضع و تصویب نکرده است. اما

در بندهای ۲ و ۳ ماده ۴۲ قانون اصلاحی مصوب ۱۳۵۲ مقرر شده بود که «اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شوند: ۱... ۲- هر نوع عمل جراحی یا طبی که ضرورت داشته و با رضایت شخصی یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آن‌ها و رعایت موازین فنی و علمی انجام شود. ۳- هر نوع عمل جراحی یا طبی که به شرط رضایت صاحبان حق و با رعایت نظاماتی که از طرف دولت تصویب و اعلام می‌شود انجام گیرد...». متعاقباً مقنن پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ماده ۳۲ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ مضامینی نظیر مقررات فوق‌الذکر با این عبارت مقرر داشت: «اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود: ۱... ۲- هر نوع عمل جراحی یا طبی که ضرورت داشته و با رضایت شخصی یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آن‌ها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات انجام شود. اخذ رضایت در موارد فوری ضروری نخواهد بود...». در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مقررات مشابهی به تصویب رسید. منحصراً کلمه‌ی «ضرورت» حذف و واژه «مشروع» را جایگزین آن ساخت. بنابراین ملاحظه می‌شود که در مورد رضایت آگاهانه، هیچ مقرر ای وجود نداشته است. پاسخی که در این مورد به نظر می‌رسد این‌که ملاک عمل در رضایت صریح، رضایت آگاهانه بیمار می‌باشد. این آگاهانه بودن به انتخاب نوع درمان و روش و خطرات و پیامدها برمی‌گردد. یعنی بیمار به طور کلی آگاه باشد که چه نوع عمل جراحی یا طبی بر روی وی انجام می‌شود و اخذ رضایت متکی به فریب و اکراه نباشد. با این وجود علی‌رغم این که رضایت آگاهانه به عنوان یک اصل پذیرفته شده است، اما در مورد میزان و نحوه ارائه اطلاعات اختلاف نظر وجود دارد. به گونه‌ای که عده‌ای در این زمینه معتقدند که پزشکان اطلاعات مربوط به بیماری شخص را به طور کامل در اختیار وی نمی‌گذارند و حتی بیماران نیز به طور کامل این اطلاعات را درک نمی‌کنند و ممکن است تصمیماتی که می‌گیرند به مصلحت آنان نبوده و در واقع این پزشکان هستند که تصمیم می‌گیرند نه بیماران (۱۸). به نظر می‌رسد دیدگاه‌های منفی ارائه شده در خصوص رضایت آگاهانه مبنای منطقی ندارند. چرا که اگر چه غالب بیماران اطلاعات زیادی از مسایل پزشکی ندارند و به طور اولیه قادر به تصمیم‌گیری نیستند اما این هنر و وظیفه پزشک است که مشکل و راه حل‌های ممکن را به زبان قابل درک بیان و وی را در تصمیم‌گیری مشارکت دهد. عدم تمایل بسیاری از بیماران جهت مشارکت در تصمیم‌گیری نتیجه عدم اطلاع ایشان از امکان این مشارکت است. از سوی دیگر پزشک موظف است با توضیحات خود و بیان منافی که این مشارکت در پی دارد زمینه آن را مهیا سازد. بنابراین اگر چه از دید پزشک، بیمار ممکن است تصمیمی را اتخاذ کند که به زبان اوست اما در واقع این تصمیم بر اساس معیارهای سود و زیان بیمار می‌تواند به نفع او باشد. از جنبه دیگر پزشک می‌تواند با بیان نقاط ضعف و قوت هر انتخاب از این امر پیشگیری نماید (۱۹).

در برخی از کشورها مانند فرانسه که تعهد پزشک به بیان اثرات جانبی درمان، تعهد به نتیجه دانسته شده است، پزشک در درمان‌های

چنین در رضایت ضمنی که عمل فرد گویای آن می‌باشد اخذ رضایت نگردد، و عدم اخذ رضایت در نهایت موجب مرگ یا آسیب دیدن بیمار گردد، بیمار یا اولیای دم وی می‌توانند، براساس این ماده تنها دیه را دریافت کنند. اما در مورد رضایت آگاهانه و عدم اخذ آن پاسخ به سؤال فوق قدری مشکل به نظر می‌رسد. برای مثال در تحقیقی که در یکی از بیمارستان‌های کاشان در مورد بیماران بستری تحت عمل جراحی به عمل آمده بود، رضایت دهندگان معتقد بودند اطلاعاتی در مورد منافع (۴۵٪)، عوارض (۵۵/۷)، سایر درمان‌ها (۶۷٪)، طول دوره بستری (۵۰/۷٪) و پیگیری بعد از ترخیص (۶۶/۳٪) دریافت نکرده‌اند. اکثر ایشان فرم رضایت نامه را قابل درک نمی‌دانستند (۶۹٪) و معتقد بودند محتویات فرم توضیح داده نمی‌شود (۸۲/۷٪) اکثر آن‌ها اعلام کردند از منابع (۷۰/۷٪) و عوارض (۶۹/۷٪) سایر درمان‌ها آگاه نشده و امکان انتخاب درمان دیگر را ندانسته‌اند (۶۷/۳٪) (۲۴). در نتیجه اگر آگاهانه بودن رضایت را ملاک رضایت صریح بدانیم در صورت عدم اخذ رضایت آگاهانه، بیماران این حق را دارند که در صورت ورود صدمات جسمانی دیه را براساس ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دریافت نمایند.

مسئله مهمی که در این جا وجود دارد این است که اگر پزشک در حین عمل جراحی به موردی برخورد کند که در صورت ترک آن جان بیمار به خطر می‌افتد و آن مورد خارج از حیطه رضایت بیمار است چه کاری باید انجام دهد؟ در این صورت شکی نیست که پزشک باید اقدام با درمان یا جراحی مریض نماید چون مورد از موارد فوری و اضطراری نیاز به اخذ رضایت بیمار نیست. در این گونه موارد هم نبایستی منتظر ماند و باید اقدام مقتضی که مصلحت بیمار اقتضاء می‌کند انجام گیرد (۲۵). نکته آخری که در این جا لازم است مورد بررسی قرار گیرد، این است که اگر بیمار روش خاص را برای درمان انتخاب کند و پزشک از آن روش خاص عدول کند و به روش دیگری روی آورد وضعیت چگونه خواهد بود؟ از منظر فقهی در ضمان پزشکی که بدون اذن بیمار یا ولی او اقدام به معالجه می‌کند، اختلافی نیست (۲۶) برخی فقها به عدم تاثیر برائت در چنین حالتی تصریح کرده‌اند (۱۴). بنابراین به نظر می‌رسد از آن جایی که عموماً بیماران از روش‌های درمانی زیاد اطلاع ندارند و درمان را با انگیزه خاصی مثل کمی درد و یا کم خطر بودن و .. اختیار می‌نمایند، پزشک نباید از آن عدول کند و در صورت عدول وی مسئول می‌باشد. ولی اگر نتیجه مدنظر جز با توسل به روش‌های دیگر امکان پذیر نباشد، در این صورت پزشک مسئول نخواهد بود (۲۷).

۴- ضمانت اجرای عدم اخذ برائت نامه

از قدیم بین فقها این نظریه شهرت داشته است که پزشک مسئول زبان ناشی از عمل پزشکی است که به بیمار وارد می‌شود، هر چند مرتکب تقصیری نشده باشد، مگر این که قبل از معالجه شرط برائت کرده باشد. این نظریه از شهرت به سزایی در بین فقهای امامیه برخوردار است. مشهور فقها معتقدند پزشک برای رفع مسئولیت خود، قبل از

خطرناک باید بیمار را بیشتر در روند درمان قرار دهد و آگاه سازد؛ ولی لازم نیست خطرات احتمالی که وقوع آن خیلی بعید است را بیان کند. از سوی دیگر در کشور اتریش در درمان‌ها و بیماری‌های خطرناک، پزشک می‌تواند اطلاعات کم‌تری به بیمار بدهد (۲۰).

۳- ضمانت اجرای عدم اخذ رضایت از بیمار

در صورتی که پزشک یا طبیب، رضایت بیمار را برای انجام اعمال جراحی یا طبی تحصیل نکند و در نتیجه، اعمال پزشکی موجب آسیب جسمانی (نقص عضو، قطع عضو یا مرگ) بیمار گردد آیا بیمار یا اولیای دم او استحقاق تعقیب کیفری دارند؟ و قانون در این زمینه از آن‌ها حمایت نموده است؟ مطابق مفهوم مخالف ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بیانگر این مطلب بود که اگر از شخص رضایت گرفته نمی‌شود، این امر از موجبات ضمان شخص می‌بود. در واقع قانون‌گذار «تعهد به مواظبت و اجرای صلاحیت» را تبدیل به «خودداری از اضرار» نموده، تا بدین وسیله پزشک ضامن تمام زبان‌هایی باشد که به طور مستقیم یا به وسیله دیگران به بار می‌آورد (۲۱). از آن جایی که این ماده در فصل «دیات» و باب «موجبات ضمان» آمده است؛ عده ای بر این باورند که تنها ضمانت اجرای عدم اخذ رضایت از بیمار دریافت دیه است (۲۲). بنابراین در صورتی که بیمار رضایت نداده است، عمل پزشک خاطی مشمول تبصره ۳ ماده ۲۹۵ آن قانون بوده که مقرر می‌داشت: «هرگاه بر اثر بی احتیاطی یا بی مبالایی یا عدم مهارت و عدم رعایت مقررات مربوط به امری قتل یا ضرب و جرح واقع شود به نحوی که اگر آن مقررات رعایت می‌شد حادثه ای اتفاق نمی‌افتاد، قتل و یا ضرب و جرح در حکم شبه عمد خواهد بود».

از آن جایی که مقررات این قانون با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تغییر یافته و مطابق بند ج ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بایستی از بیمار رضایت برای انجام اعمال جراحی یا طبی گرفته شود، حال ضمانت اجرای عدم گرفتن رضایت نامه از بیمار چیست؟ ضمانت اجرای این رفتار در کتاب چهارم «دیات» و فصل ششم «موجبات ضمان» آمده است. لازم به ذکر است ضمان در فقه شامل مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی می‌باشد (۲۳). مطابق ماده ۴۹۵: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است...» و پزشک نیز مطابق مفهوم مخالف همین ماده که مقرر می‌دارد: «مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد...» از آن جایی که مطابق قانون اقدام به اخذ رضایت نامه از بیمار نکرده، مجازات این عمل هم تنها پرداخت دیه از سوی خاطی می‌باشد. لازم به ذکر است که در صورتی که این اقدام عالماً و به قصد قتل بیمار باشد ممکن است با حصول شرایط قتل عمدی نیز قرار گیرد. اما در حالت عادی و عدم سوء نیت وی، به صرف نگرش رضایت نامه تنها مجازات پزشک خاطی پرداخت دیه است. بنابراین در صورتی که از بیمار در رضایت صریح، و هم

۳- به علاوه در فرضی که بیمار به انجام معالجه رضایت می‌دهد، این امر مباح و مشروع می‌گردد، و جواز شرعی با ضمان آور بودن آن منافات دارد (۱۵).

جای تعجب است که این قول نیز در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پذیرفته شده است! مطابق تبصره ۱ ماده ۴۹۵: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هر چند برائت اخذ نکرده باشد». بنابراین مطابق صدر ماده گرفتن برائت نامه الزامی است اما در تبصره آن این الزام دیده نمی‌شود. ممکن است تصور شود که این تبصره برای ایجاد قاعده ای است که اگر از بیمار برائت نامه گرفته نشود و در نتیجه تقصیر پزشک، آسیب به بیمار وارد گردد وی مسئول می‌باشد. اما در جواب باید گفت حتی اگر برائت نامه اخذ شود اما در صورت تقصیر پزشک وی هم چنان ضامن است. هم چنین ممکن است این گونه استدلال شود که این تبصره در موارد ضروری لازم الاجراست که نیاز به گرفتن برائت نامه نباشد؛ ماده ۴۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌تواند این استدلال را تقویت کند؛ این ماده مقرر می‌دارد: «در موارد ضروری که تحصیل برائت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست». این استدلال را نیز نمی‌توان پذیرفت زیرا در موارد ضروری حتی نیاز به گرفتن رضایت نامه نیست و به طریق اولی نیازی به اخذ برائت نامه در این موارد نیست به گونه ای که حتی نیازی به بیان این مطلب در قالب یک ماده قانونی نبود.

در قانون جدید ملاک ضمان، تقصیر یا عدم تقصیر پزشک می‌باشد؛ بدین صورت که اگر برائت نامه از بیمار اخذ شده باشد اما پزشک در درمان وی تقصیر نماید ضامن است و اگر برائت نامه اخذ نشده باشد، در صورت عدم تقصیر پزشک در درمان بیمار، علی رغم نگرفتن برائت نامه وی ضامن نخواهد بود. با توجه به موارد فوق به نظر می‌رسد قانون‌گذار دچار سردرگمی شده و هیچ توجیهی برای پذیرش هر دو نظر با توجه به مبانی فقهی آن‌ها وجود ندارد. بنابر مراتب فوق هیچ‌گونه ضمانت اجرایی برای نگرفتن برائت نامه در قانون فعلی وجود ندارد.

درواقع قانون‌گذار عدم ضمان را به فقدان خطای جزایی مشروط کرده است و ثبوت ضمان را به وجود خطای جزایی. بنابراین با توجه به تبصره ۱ ماده ۴۹۵ برائت در عدم ضمان بلااثر است زیرا نقش برائت در اسقاط ذمه به عدم تقصیر مشروط شده است که در این صورت با فقدان خطای جزایی ضمانی ثبوت نمی‌یابد که اخذ برائت بتواند مسقط آن باشد. به عبارت دیگر قانون مجازات اسلامی تأثیر برائت در اسقاط ضمان را به شرطی مقید کرده است که مانع ثبوت ضمان است و ثبوت ضمان به قیدی منوط شده است که مانع تأثیر برائت است. یعنی آنچه شرط تأثیر برائت است خود موجب عدم ضمان است لذا با وجود شرط مذکور و انتفاء موضوع برائت، اخذ آن مهمل به نظر می‌رسد زیرا اسقاط امر مفقود یا چیزی که موجب ثبوت آن فراهم نیست نامعقول به نظر می‌رسد (۳۵).

انجام معالجه از بیمار یا ولی او برائت اخذ نماید که در این صورت جز در فرض ارتکاب تقصیر مسئول نیست (۲۸) و (۲۹) و (۱۰) و (۱۳) و (۱۲). دلایلی که اینان برای اثبات ادعای خویش مطرح ساخته اند، به طور خلاصه به شرح زیر است: الف) قاعده اتلاف: از آن جا که پزشک در اتلاف بیمار یا جرح او مباشرت داشته، بنابراین باید به مقتضای قاعده‌ی اتلاف او را ضامن دانست. ب) تطبیق با قتل شبه عمد: در واقع عمل طبیب یک نوع جنایت شبهه عمد محسوب می‌شود که در آن شخص با وجود این که قصد تلف یا آسیب دیگری را ندارد، ولی چون قصد فعل را داشته، باید او را ضامن دانست. ج) جلوگیری از به هدر رفتن خون مسلمان: این قاعده اقتضا دارد که طبیب ضامن دانسته شود. د) معتبره سکونی از امام صادق (ع) از امام علی (ع) که مطابق آن «هر کس به امر طبابت یا بطاری بپردازد، باید از ولی امر بیمار یا مالک حیوان برائت حاصل نماید، در غیر این صورت ضامن است». ه) اجماع فقیهان شیعه: ابن زهره، از فقیهان متقدم، ادعای اجماع کرده است که طبیب ضامن است.

با این توضیح به رغم اخذ برائت، هرگاه پزشک در جریان معالجه مرتکب تقصیر شود، مسئول است. هر چند این امر به صراحت در کلام اکثر فقها نیامده است، اما این حکم از فحوای کلام آن‌ها قابل استنباط است (۳۰). به علاوه برخی فقها به صراحت گفته اند که اخذ برائت رافع مسئولیت پزشک مقصر نیست (۳۱) و (۱۶) و (۳۲). این قول نیز در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در ماده ۳۲۲ آمده بود که مقرر می‌داشت: «هرگاه طبیب یا بطار و مانند آن، قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا صاحب حیوان برائت حاصل نماید، عهده دار خسارت پدیدآمده نخواهد بود». هم چنین در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این حکم به نحو دیگری بیان شده که مؤید دیدگاه فقهایی فوق می‌باشد؛ این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آن که ... قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود...». مطابق این دیدگاه، بیمار اذن به معالجه داده است نه اتلاف. اما در فرضی که پزشک اخذ برائت می‌کند، رضایت بیمار نسبت به زیان، احراز شده و در نتیجه پزشک مسئول نیست (۳۳).

در مقابل این نظریه، عده ای از فقها معتقدند که نیاز به اخذ برائت نیست؛ مطابق این نظریه هرگاه پزشک با رضایت بیمار به معالجه او بپردازد و در راستای معالجه مرتکب هیچ تقصیری نشود، مسئول زیان ناشی از معالجه نیست، هر چند برائت اخذ نکرده باشد. این نظریه به اعتبار این که اولین بار توسط ابن ادریس حلی مطرح شده است، به نام ایشان مشهور است. ابن ادریس و طرفداران او برای اثبات نظریه خود به دلایل زیر استناد کرده اند:

۱- اصل بر برائت ذمه است؛ چنانچه در اصل ضمان پزشک تردید کنیم مطابق اصل برائت باید حکم به عدم ضمان کنیم. زیرا عدم ضمان موافق اصل است (۱۴).

۲- اذن بیمار مسقط ضمان پزشک است (۳۹).

هم چنین این نظر که گفته شود اذن به درمان، اذن به اتلاف است و نیازی به گرفتن برائت نامه نیست (۳۶) را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا رضایت نامه به منظور اذن به درمان و معالجه، و برائت نامه به منظور برائت از آسیب‌هایی که ممکن است در نتیجه درمان رخ دهد، می‌باشد. بنابراین تا زمانی که شخص بیمار اذن به معالجه و درمان بر روی بدن خود نداده است، پزشک نمی‌تواند هیچ اقدامی انجام دهد. اگر پزشک اقدامی انجام دهد چون رضایت بیمار در قبال انجام اعمال پزشکی بر روی بدن و جسم فرد از قبل گرفته نشده است، در صورت ورود هرگونه آسیب و علی‌رغم گرفتن برائت نامه مسئول است. زیرا برائت نامه، اسقاط ذمه ایجاد نشده می‌باشد که سبب آن معالجه و درمان بوده است که آن هم محقق نشده است. در نتیجه بیماران این حق را دارند که در صورت ورود هرگونه آسیب به مراجع قضایی شکایت نمایند. هرچند که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ این امر منوط به عدم تقصیر درمانگر شده است و عملاً اخذ یا عدم اخذ برائت تاثیری در مسئولیت درمانگر نخواهد داشت.

برخی از فقها معتقدند هرچند ظاهر ادله تاثیر برائت مطلق است و ممکن است که طبیب غیرماهر را نیز شامل گردد، لیکن می‌توان گفت عمل چنین طبیبی، تغیر به جسم و جان است و دفع ضرر محتمل واجب است. علاوه بر این انسان حق ندارد با فرض عدم مهارت به انجام کاری مبادرت نماید و موجب ضرر به غیر گردد (۱۶). از کلام برخی دیگر از فقها نیز می‌توان به طور ضمنی استنباط نمود که اخذ برائت، مسئولیت پزشک جاهل و فاقد مهارت را رفع نخواهد کرد و عدم تصریح به این مطلب به دلیل بدهاقت ضمان وی بوده است، زیرا در بسیاری از متون فقهی، اخذ برائت فرع بر مسئولیت پزشک حاذق، ماهر و عالم پیش بینی شده است و حاکی از آن است که پزشک جاهل و غیرحاذق همواره مسئول است (۳۴).

۵- اهلیت رضایت دهنده

اعلام رضایت بیمار شرط رفع تقصیر از جراح و طبیب و همه کسانی است که از طرف آنها به طبایب اشتغال دارند. درباره اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی اند، برای گرفتن رضایت نامه و برائت نامه از بیمار به ولی او مراجعه می‌شود. مطابق تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «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 به اعطای برائت به طبیب اقدام می‌نماید». تفاوتی که این تبصره با بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی سابق نموده در این است که برخلاف قانون قبلی دیگر نیازی به اعلام رضایت سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها نیست و نمی‌توان افرادی هم چون قیم و وکیل را ولی خاص بیمار دانست. از طرف دیگر مقام رهبری به عنوان ولی عام شناخته شده است که می‌تواند اقدام مطلوبی برای حمایت از بیماران به حساب آید.

برطبق یک نظر مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه «رضایت بیمار یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها باید اخذ شود؛ رضایت بیمار یا اشخاص قانونی دیگر به تنهایی موجب سلب مسئولیت نمی‌شود، بلکه پزشک باید رعایت موازین فنی را هم بنماید و عمل او نیز مشروع باشد. کسی که رضایت می‌دهد باید اهلیت داشته باشد و رضایت او قبل یا هم‌زمان با عمل جراحی باشد. بنابراین رضایت بعد از عمل تابع مقررات عمومی خواهد بود. نوع عملیات جراحی و اقداماتی که پزشک می‌خواهد انجام بدهد باید برای رضایت دهنده روشن باشد و رضایت نامه از روی طیب خاطر و بدون قید و شرط، امضاء شود و تشخیص شرایط فوری که نیازی به رضایت ندارد بر عهده پزشک متخصص است.»^۶ در صورتی که فرد بیمار از نیروی ادراک و بلوغ جسمی و عقلی کافی برخوردار است، ولی به جای وی، اولیاء او، اقدام به اعلام رضایت کنند در این جا چون خود شخص از قوه تمییز کافی برخوردار است؛ چنانچه اولیاء او رضایت بدهد رضایت آنها کفایت نمی‌کند؛ چون این شخص از نظر قانونی فرد مستقل و دارای اهلیت تلقی می‌شود و باید تمامی اقدامات خود را بر وفق امیال باطنی انجام دهند و عموماً برای انجام هرگونه اقدام طبیب باید خودش به عنوان اصیل اقدام کند نه دیگران.

در مواردی که بیمار فاقد هوشیاری است؛ بیماری که فاقد اهلیت قانونی است و یا مورد از موارد فوریت‌های پزشکی باشد با توجه به بند ج ماده ۱۵۸ که مقرر داشته: «...در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست» اقدام خواهد شد. فلذا لزومی به اخذ رضایت در این گونه موارد از بیمار یا اولیاء نخواهد بود و حتی اگر در چنین مواردی اولیاء چنین شخصی مخالفت با اعمال پزشکی کنند پزشک بدون توجه به مخالفت آنها می‌تواند به کار خود ادامه دهد و در صورت وقوع حادثه و عدم تقصیر، پزشک مسئولیتی نخواهد داشت (۳۷).

در سوئیس اساساً هیچ نوع معالجه ای راحتی در شرایطی که برای نجات جان بیمار لازم باشد نمی‌توان بدون رضایت بیمار انجام داد. در صورت فقدان چنین رضایتی مداخله پزشکی، نقض امنیت فیزیکی فرد محسوب می‌شود و پزشک نه تنها به تعدی به حقوق فردی بیمار، بلکه به آسیب رساندن متهم می‌شود (۳۸).

در فقه اسلامی هم عده ای معتقدند که: «اگر موقعیتی پیش آید که تسریع در معالجه لازم باشد و شرط عدم ضمان یا اجازه گرفتن از بیمار یا ولی او میسر نباشد، چنانچه پزشک با احتیاط لازم اقدام به معالجه کند، ضامن نیست.» (۱۷).

۶- مشروعیت عمل طبیب یا جراحی

آن چه که مهم است و باعث می‌گردد که رضایت بیمار در عدم تحقق جرم مؤثر باشد، مشروعیت عمل جراحی و طبیب است. این شرط که در بند ج ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر شده است، موجب می‌شود که هرگونه عمل جراحی یا طبیبی که نامشروع باشد نه

۶ نظریه شماره ۷/۱۸۳ - ۱۳۷۱/۳/۱۱ اداره حقوقی قوه قضائیه.

شده بود. این درحالی است که فرم برائت نامه در ۱۰۰٪ موارد درست در هنگام پذیرش و در حین تشکیل پرونده اولیه گرفته شده بود! (۴۱). به لحاظ حقوقی این عمل قابل توجیه نمی‌باشد؛ زیرا اخذ برائت قبل از معالجه و پیش از محقق شدن «موجبات ضمان»؛ به منزله اسقاط حق قبل از ثبوت آن و از مصادیق اسقاط «مالم یحب» بوده که به لحاظ حقوقی فاقد اثر بوده و ابراء ذمه پزشک قبل از درمان نمی‌تواند مؤثر در سقوط مسئولیت وی قلمداد گردد (۱۰) و (۱۳). به عبارت دیگر اسقاط هنگامی مفهوم دارد که شخص بالفعل مدیون کسی باشد، اما پیش از اقدام به درمان و تحقق خسارت، چیزی بر عهده پزشک نیامده است تا بتوان آن را اسقاط کرد (۴۲).

اما مسأله ای که طرح آن و پاسخش ضرورت دارد این است که چنانچه رضایت بعد از عمل جراحی صورت گیرد؛ (یعنی ابتدائاً رضایت داده نشده ولی بعد از عملیات جراحی و درمانی رضایت داده شود) چه پیامدی به دنبال خواهد داشت؟ به نظر می‌رسد چون در چنین مواردی عمدتاً حق الناس بوده (علیه اشخاص) و جز با شکایت شاکی خصوصی دنبال نمی‌شود و فلذا تا زمانی که شکایتی مطرح نشود پزشک قابل تعقیب نیست. ولی اگر پس از طرح شکایت؛ شاکی خصوصی از حق خود گذشت کند در این صورت طبق ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود.

۸- بار اثبات در صورت اختلاف در اخذ رضایت و برائت

در صورتی که رضایت به صورت ضمنی و یا شفاهی باشد و هیچ سندی هم در این زمینه موجود نباشد و بیمار مدعی عدم رضایت باشد و در مقابل پزشک، ادعای اخذ رضایت نماید. در این صورت چه کسی باید ادعای خود را به اثبات برساند؟ عده ای معتقدند که اثبات عدم رضایت بر عهده بیمار است، لیکن اغلب معتقدند که اثبات ادعا بر عهده طبیب است. زیرا رضایت فعل او را مشروع می‌سازد، در عین حال چنانچه چه بیمار ادعا نماید که رضایت او بر اساس تقلب و فریب از ناحیه پزشک بوده و یا این که بر اثر عدم آگاهی از طرف پزشک به خطرات ناشی از درمان بوده باشد بیمار باید آن را اثبات کند (۲۷).

می‌توان این گونه نیز استدلال کرد که با توجه به اصل عدم ادعای بیمار مبنی بر عدم رضایت، منطبق با اصل است در نتیجه بار اثبات ادعای خلاف اصل بر عهده پزشک قرار می‌گیرد. زیرا سخن بیمار ادعای عدمی است که قابل اثبات نیست و متقابلاً ادعای پزشک که حکایت از وجود دارد محتاج اثبات خواهد بود. از طرف دیگر اصل بر صحت است و چون بیمار ادعای تقلب و فریب را می‌نماید و سخن وی مخالف اصل می‌باشد در این مورد وی بایستی تقلب و فریب را در اخذ رضایت نامه به اثبات برساند.

در خصوص برائت نامه باتوجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ موضوع تاحدودی متفاوت است؛ بدین نحو که اگر برائت از بیمار اخذ شود، در صورت ایراد هرگونه آسیب به بیمار، بار اثبات خطای پزشک بر عهده بیمار خواهد بود. اما در صورتی که این برائت نامه اخذ نشده باشد، اماره

تنها از پزشک رفع مسئولیت نمی‌کند، بلکه جرم تلقی می‌شود. برای مثال زن حامله‌ای که از پزشک تقاضای سقط جنین ۷ ماهه خود که سالم می‌باشد را می‌نماید، یا فردی از یک پرستار تقاضا می‌کند که دست سالم او را بدون این که برای وی نفعی داشته باشد، قطع کند، هر کدام در صورت اقدام به این عمل مرتکب سقط جنین عمدی (موضوع ماده ۶۲۴ ق.م.ا) و قطع عضو (موضوع ماده ۳۸۶ ق.م.ا) خواهند شد. توافق و قرارداد خصوصی پزشک و بیمار نیز نمی‌تواند این ممنوعیت را نادیده بگیرد، از این رو رضایت بیمار به انجام معالجه و یا برائت وی چیزی از مسئولیت پزشک نمی‌کاهد (۳۹). با این حال با توجه به اصل طهارت و لزوم حفظ حیات مسلم، اعلام مشروعیت معالجه صورت گرفته از سوی پزشک شرط نیست، بلکه اعلام ممنوعیت آن شرط است. بنابراین در هنگام اختلاف، مدعی کسی است که قائل بر نامشروع بودن معالجه صورت گرفته باشد. از این رو در هنگام سکوت قانون و در صورت تایید عرف، اصل را باید بر مشروعیت معالجه صورت گرفته گذاشت (۴۰).

۷- زمان اخذ رضایت نامه و برائت نامه

یکی دیگر از مواردی که در اخذ رضایت نامه‌های پزشکی از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است مربوط به زمان اخذ رضایت نامه می‌باشد. این که آیا زمان خاصی برای اخذ رضایت نامه لازم است؟ یا این که مریض یا اولیای او هر زمان رضایت خود را اعلام کردند از پزشک رفع مسئولیت می‌گردد؟ زمان اخذ برائت نامه بایستی بعد یا قبل از گرفتن رضایت نامه باشد؟ در پاسخ باید گفت: اصولاً باید رضایت پیش از اقدام به اعمال جراحی و درمانی باشد تا از رفتار پزشک وصف مجرمانه زدوده شود زیرا شرط بعد از تصرف در نفس دیگران فقط به عنوان معالجه و درمان است و احراز آن زمانی صورت می‌گیرد که اذن و رضایت بیمار قبل از عمل جراحی صورت گرفته باشد و با ارائه آن رضایت، پزشک ثابت کند که جواز تصرف در نفس دیگری را داشته است. هم چنین این رضایت باید تا شروع عمل جراحی پایدار بماند. فلذا اگر بیمار یا ولی او هر لحظه قبل از اقدامات درمانی یا جراحی از رضایت خود منصرف شوند، در این صورت پزشک نباید اقدام به درمان بیمار کند. اگر پزشک توجهی به انصراف بیمار ننمود، در این صورت در مسئولیت او شکی نیست. زیرا اخذ رضایت صرفاً به معنای اذن در معالجه و درمان است و به معنای برائت از آسیب‌هایی که ممکن است در نتیجه‌ی معالجه یا عمل جراحی وارد آید، نیست؛ به همین منظور از بیمار برائت ذمه گرفته می‌شود تا در قبال آسیب‌هایی که ممکن است به بیمار وارد آید، مشروط به عدم تقصیر، ذمه‌ی پزشک بری باشد. بنابراین موعداخذ برائت نامه پس از اعلام رضایت می‌باشد. اما در تحقیقی که در یکی از بیمارستان‌ها صورت گرفته بود عکس این قضیه رخ داده بود. جامعه آزمودنی این تحقیق ۲۵۰ نفر بودند که از ۱۹۳ مورد (۷۷/۲٪) رضایت نامه در زمان بستری در بخش اخذ شده بود و از ۵۷ نفر (۲۲/۸٪) درست قبل از عمل جراحی یعنی صبح روز عمل، رضایت نامه گرفته

به این امر قانون‌گذار در بند ج ماده ۱۵۸ ق.م.ا و بند سوم منشور حقوق بیمار مصوب ۱۳۸۸ اخذ رضایت را به عنوان پایه و اساس آغاز اقدامات درمانی ضروری می‌داند. با توجه به تصریح قانون مجازات اسلامی و منابع فقهی بر لزوم تحصیل رضایت، چنانچه از بیمار رضایت (صریح، ضمنی و آگاهانه) اخذ نگردد تنها مجازات، پرداخت دیه از سوی پزشک خاطی خواهد بود. هم چنین قانون مجازات اسلامی جدید، ضمان یا عدم ضمان را منوط به عدم تقصیر درمانگر نموده و اخذ برائت را به تنهایی کافی ندانسته است و عملاً اخذ یا عدم اخذ برائت تأثیری در مسئولیت وی نخواهد داشت. این در حالی است که نقش برائت در سقوط ضمان فرع بر امکان ثبوت آن است زیرا در صورت عدم وجود یا عدم امکان ثبوت ضمان، اسقاط امر مفقود یا غیرمحمول الحصول بی معنی خواهد بود. این درحالی است که اخذ برائت برای عدم مسئولیت پزشک در قبال آسیب‌هایی است که بدون تقصیر وی بر بیمار وارد شده است.

بر تقصیر و مسئولیت پزشک است و بار اثبات این که آسیب به بیمار ناشی از خطای شغلی وی نبوده است برعهده پزشک خواهد بود (۴۲). این درحالی است که برائت فاقد چنین خصوصیتی است که چنین اعتباری موقوف به اخذ آن شود بلکه این هدف می‌توانست با اعتبار چنین اثری بر اظهار رضایت کتبی نیز محقق شود بدون آن که ایرادات مذکور را در پی داشته باشد (۳۵).

نتیجه

پزشکان از نظر اخلاقی، قانونی و شرعی متعهد به درمان بیماران می‌باشند. آگاهی از چگونگی ارائه خدمات و اطلاع از عوارض احتمالی ناشی از اقدامات درمانی که منجر به نقص عضو یا مرگ بیمار گردد، حق بیماران بوده و پزشکان معالج موظف خواهند بود با تبیین شرایط و عوارض احتمالی به تکمیل فرم رضایت و برائت اقدام نمایند. با عنایت

References

1. Sadeghi MH. Consent to felony. J Human Sciences Modares, 1382; 28: 57-72. [Persian]
2. Baheri M, Davar MA. View of General Criminal Law. 3th Ed. Tehran: Majd Publication. 1380; 351. [Persian]
3. Abasi M. The collection of articles medical law. Vol.1. Tehran: Taravat Publication. 1376; 43. [Persian]
4. Sheikhzadi A, Taghdosinezhad F, Yaghmai A, Rojarei M. A survey of obtaining informed consent from admitted patients in shariaty hospital. J Medical Council of Iran. 1387; 26(1): 42-49. [Persian]
5. whitstone BN. medical decision making: informed consent inpediatrics and pediatric research. [Cited 2015 March 10]. Available from URL: <http://tchin.org/resource.room/cart.18.htm>. [English]
6. silva MC. contemporary comprehension and the ethics of informed consent. J nursing connections. 2001; 6: 47-51. [English]
7. Ghiasi JD. The way of Interpretation of criminal code. Qom: Boostan Book Corporation. 1379; 24. [Persian]
8. Goldozian I. Principles of General Criminal Law. 9th Ed. Tehran: Mizan Publication. 1383; 79. [Persian]
9. Mirhashemi S. responsibility physician in Law and Jurisprudence Islam. J Family Law and Jurisprudence, 1383; 9(34). 68-84. [Persian]
10. Najafi MH. Javaher ol-Kalam, 3th Ed, Vol.41, 43. Tehran: Daralkotob al.islam. 1367; 44-46. [Arabic]
11. Khansari SA. Jame Olmdark. Vol.6. Qom: Esmaeilian Press. 1405; 188. [Arabic]
12. Khomeini R. Tahrir ul-Vassileh. Vol.2. Qom: Aladab Press. 1980; 505, 560. [Arabic]
13. khoei, AQ. Principles of Takmelat Almenhaj. Vol. 2. Qom: Imam Alkhoei. 1976; 221, 224, 227. [Arabic]
14. Ibn Idris Helli MIM. A-Saraer Al-Havi le-Tahrir-el-Fatawi. 2th Ed. Vol. 3. Qom: Jamea-tul-Modarresin Publication. 1411; 273, 373. [Arabic]
15. Hoseini ameli MH. Meftah ol-kerameh. Vol.10. Birot: Dar ol-ehia ol-teras ol-arabi Publication. 1410; 270. [Arabic]
16. Hoseini shirazi M. Alfegh. 2th Ed. Vol.90. Birot: Dar ol-olom Publication. 1409; 274- 370. [Arabic]
17. Motahari HA. Tozih al masael. Vol.1. Qom: Tafakor Publication. 1377; 422-423. [Persian]
18. Carnerie F. Crisis and Informed Consent: Analysis of a Law-Medicine Malocclusion, J American journal of law & medicine. 1986; 12 (1). 77- 83. [English]
19. Parsapoor AR, Parsapoor MB, Larijani MB. Informed Consent, concept, conditions and Practi-

- cal solutions. J Diabetes and Lipid Disorders. 1384; 5(1). 1-14. [Persian]
20. Linen, Kiores, Pint. Comparative Study of rights patients in European countries. Translate: Larijani B, Abasi M. Tehran: Alhora publication. 1381; 91-92. [Persian]
 21. Goldozian I. The Tot Islamic Penal Code. 8th Ed. Tehran: Majd publication. 1386; 90. [Persian]
 22. Goldozian I. Specific criminal law. 5th Ed. Tehran: University of Tehran Press. 1380; 138. [Persian]
 23. Fehresti Z. The review of Criminal Responsibility of Physicians. J Islamic Law & Jurisprudence Researches. 1386; 4(10). 176-195. [Persian]
 24. Sheikhtaheri A, Farzandipoor M. Quality of informed consent process in patients undergoing surgery. J Forensic Medicine. 1387; 14(3). 151-158. [Persian]
 25. Mohseni M, general criminal law (criminal responsibility). Vol. 3. Tehran: Ganje Danesh Press. 1376; 301. [Persian]
 26. Tabatabai AM. Riaz Olmasael. vol. 16. Qom: Islamic publishing firm. 1418; 374. [Arabic]
 27. Nejati M. A comparative study of criminal responsibility of physician in jurisprudence and criminal law Iranian [Dissertation]. Qom: Qom University. 1384; 112-115. [Persian]
 28. Allameh Helli HY. Ghavaed-ol-Ahkam. Vol. 2. Qom: The Institute of Imam Sadegh Publication. 1380. 313. [Arabic]
 29. Feiz kashani MM. Mafatih ol-sharih. Vol. 3. Qom: Marashi Publication. 1401; 116. [Arabic]
 30. Kazemi M, Research on physician liability process of thought in Jurisprudence Emamih. J Law. 1389; 40 (1). 275-295. [Persian]
 31. Tabatabaei Yazdi MK. Alorvat ol-vosgha. Vol. 2. Tehran: Daralkotob al.islam.1410; 603. [Arabic]
 32. Sistani A. menhaj ol-salehin. Qom: School Sistani Press. 1415; 121. [Arabic]
 33. Kazemi M. Critical Essay on the theory Shi'a jurists of responsibility physician. J Law. 1389; 40 (4). 287-312. [Persian]
 34. Moghadas Ardibil A. Majma ol-faedeh va alborhan. Vol.14. Qom: Islamic Publishing Firm. 1416; 229-300. [Arabic]
 35. Sadeghi MH. Specific criminal law. 20th Ed. Tehran: Mizan Press. 1393; 268. [Persian]
 36. Ameri P, Hemati Z. Review basics of juridical-legal necessity of obtaining Innocence from patient to elimination responsibility physician. J Legal Studies. 1394; 7(2). 61-98. [Persian]
 37. Norbaha R. Context of General Criminal Law. 10th Ed. Tehran: Ganje Danesh Press. 1383; 315. [Persian]
 38. Abbasi M. Consent to the treatment. Tehran: Hoghoghi publications. 1383; 53. [Persian]
 39. Darabpoor M. Responsibility out-of-contract. Tehran: Majd. 1387; 193. [Persian]
 40. Khadem sarbakhsh M. The Elimination Civil Liability Physician by Obtaining Innocence from the Patient. J Islamic Law & Jurisprudence Researches. 1389; 3(6). 57-74. [Persian]
 41. Taghadosinejhad F, Akhlaghi M, Yaghmai A, Hojjati AR. A survey of obtaining informed consent and acquit from admitted patients in EMAM KHOMEINI hospital. J Forensic Medicine. 1387; 14(1). 12-17. [Persian]
 42. Mohaghegh Damad SM. Medical Jurisprudence-Civil Section. Tehran: Hoghoghi Publication. 1389; 159. [Persian]
 43. Saffaee H. Doctor civil liability's basis. J Judicial Law Views. 1391; 58. 141-156. [Persian]

A Review of Legal and Jurisprudential stance on Patient's Consent and Physician's Disclaimer and their Consequences

Behzad Joudaki* - Keyvan Ghani*† - Mohammad Amraei**

*PhD Candidate in Criminal Law & Criminology, Shiraz University, Shiraz, Iran

** MA in Criminal Law & Criminology, Shiraz, Iran

Abstract

Medical measures performed by the medical staff, are in fact a kind of intervention, subject to legal provisions mentioned in various laws (e.g. Articles 158 and 495 of the Iranian Civil Law).

Given the legal and jurisprudential background of these articles, patient's consent relates only to legitimacy of the "physician's deed" (i.e. treatment) and not to its consequences (either incidental or intentional), and that is the reason for having the patient to sign a disclaimer (to relieve the physician from legal liabilities). All shia'a Faqihs (jurisprudence experts) believe in the necessity of obtaining patient's consent, except in cases of emergency, for initiating treatment, while there is disagreement regarding the issue of disclaimer; and a majority of Faqihs recommend obtaining disclaimer from the patient in case treatment-induced harms occur.

However, the Islamic Penal Code of 2013, does not mention various kinds of consent (i.e. explicit, implicit, informed) and sanctions of not obtaining it, and considers it, by altering the bases, a vain deed, since it depends on non-guiltiness of the physician. The present article discusses various kinds of consent, disclaimer and sanctions of not obtaining it, load of proof, timing of obtaining consent, from legal as well as jurisprudential viewpoints.

Key words: Patient, Physician, Consent, Disclaimer, Responsibility.

Received: 23 Jan 2016

Accepted: 17 May 2016

†Correspondence: Shiraz University Law School, Shiraz, Iran

Tel: 021- 88791220

Email: keyvan.ghani@gmail.com