

دکتر حسن جعفری تبار\*

## از آستین طبیبان، قوی در مسؤولیت مدنی پزشکان

چکیده: درباره مسؤولیت مدنی پزشکان در حقوق کنونی ایران، دو متن قانونی مهم وجود دارد: مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی. در حالی که متن نخست، مسؤولیت طبیب را در برابر بیمار مسؤولیتی محض معرفی می‌کند، متن دوم به پزشک اجازه می‌دهد تا با اخذ براءت از بیمار از هرگونه ضمانتی مبرا شود. در این مقاله با توجه به سابقه فقهی این دو ماده، اغراق در مسؤولیت مطلق و بی مسؤولیتی طبیبان تعدیل شده است.

### مقدمه

#### ۱. سنت‌گریز از درمان مادی

پزشکان، این جغرافی دانان عالم صغیر انسان<sup>(۱)</sup>، بوالفضولان نظام جاری طبیعت‌اند که با گریزی و جسوری، اسراری پنهانی را به عالم سمر کرده‌اند که قرن‌هاست نزد عامه مردم در پیله‌هایی از تقدسی مبهم، منطوی و در هاله‌ای از حرمتی مرموز مندمج است. مؤمنان همواره چنین «استقصای در اسباب» را دخالت در سیر طبیعی جهان به سوی مقصد خود می‌دانستند و عارفان، آن را مغایر با اصل «توکل» می‌دیدند؛ پروردگار برای هر وکالت و توکلی کافی است<sup>(۲)</sup> پس توکیل طبیب و درمان خواستن از او، چیزی جز عملی فضولی نیست. «طبیبان طبیعت»<sup>(۳)</sup> خود اسبابی هستند در بند سبب‌هایی دیگر

---

\* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

همچون سرکنگبین و روغن بادام:

آن طیبیان آنچنان بنده سبب گشته‌اند از مکر یزدان محتجب

(مثنوی شریف ۳۶۷۹/۶)

سبب را می‌بینند اما از دیدن «سبب گردان» عاجزند. به همین دلیل گاه تدبیرشان با تقدیر الهی سازگار نمی‌افتد و علاجشان بر صفرا و قبض می‌افزاید. بدین ترتیب همواره عارفان ترجیح می‌دادند که درد خود را از چنین طیبیان مدعی نهفته دارند، باشد که از خزانه غیب، دوایشان کنند. (۴) پس گروهی به حرمت استعمال از پزشک باور یافتند (۵) و دسته‌ای اگرچه در رجوع به حکیم، گناهی نمی‌دیدند اما مؤمن بیمار را نیز به تداوی خود از طریق طب مکلف نمی‌دانستند - یعنی «وجوبی» در درمان پزشکی مرض، احساس نمی‌کردند. (۶)

بدین‌گونه، دست‌کم در زمانهای گذشته و جاهت شرعی طبابت، امری مسلم نبوده است. مصلحان بزرگی چون غزالی و مولوی می‌کوشیدند تا با بیان حقیقت توکل و نیز تقسیم انواع داروها و درمان‌های دنیایی، استعمال برخی از آنها را چنان توجیه کنند که به مذاق مؤمنان تلخ نیاید؛ چنانکه مولانا اگر چه توکل را رهبر می‌داند اما توسل به سبب را نیز سنت پیامبر معرفی می‌کند و کاهلی در آن را گناهی بزرگ می‌شمارد (۷)، و غزالی نیز می‌گوید: «بدان که پنهان داشتن بیماری، شرط توکل است بلکه اظهار کردن و گله کردن مکروه است الا به عذری، چنانکه به طیب گوید.» (۸) و «بدان که علاج بر سه درجه است: یکی قطعی، چون علاج گرسنگی به نان و علاج تشنگی به آب و علاج آتش که در جایی افتد بدانکه آب بر وی زنی؛ دست برداشتن این از توکل نیست بلکه حرام است. دوم آنکه نه قطعی بود و نه ظنی مگر آنکه محتمل باشد که اثر کند چون افسون و داغ و فال و شرط توکل دست به داشتن این است چنانکه در خبر است؛ چه کردن این، نشان استقصا بود در اسباب و اعتماد بر آن... درجه سوم میان این هر دو درجه است تا آنکه قطعی نبود لکن غالب ظن بود، چون فصد (رگ زدن) و حجامت و مسهل خوردن و علاج گرمی به سردی و سردی به گرمی و دست برداشتن این حرام نیست و لکن شرط توکل نیز نیست و بود که در بعضی احوال، کردن از ناکردن اولی‌تر و دلیل بر آنکه شرط توکل، ترک این نیست قول رسول (ص) (۹) و فعل وی است.» (۱۰)

## ۲. مواجعه حقوق و پزشکی

بدینسان پزشکی دارای چهره دوگانه‌ای است: هم محترم است و هم مغضوب، هم فعلی است الهی و مظهر شافی بودن پروردگار (۱۱) و هم دخالت فضولی مآبانه در کار خداوند. از سویی بیمار در آرزوی چشیدن نوش بهبود، رضایت‌مندانه به دامان پزشک جنگ می‌زند و از سوی دیگر، قانون و اخلاق به سختی می‌تواند نیش چاقوی طبیب را نادیده بگیرد و از خونی که از آستینش می‌چکد (۱۲) بگذرد و این تصرف در تن شریف آدمی را قانونمند نکند. به همین دلیل همواره قانونگذاران سهم خود را در امر طبابت بجد ایفا کرده‌اند اگر چه بیمار را نیز آزاد گذاشته‌اند تا با طبیب خاطر، خاطر طبیب را از هر مسؤولیتی آسوده بگذارد. پادافرها شش‌دیدی از دیرباز برای پزشکان مقرر شده است؛ قانون نامه حمورابی، قدیمی‌ترین قانون مدون بشری، جراحی را که با یک نیشتر مفرغی، جراحی مهمی را بر روی شخص انجام داده و باعث مرگ وی شده یا گودی چشم کس را باز کرده و چشم او را نابود نموده، به قطع دست محکوم می‌کند. (ماده ۲۱۸) ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) نیز با لحنی غلیظ می‌گوید: «هر گاه طبیبی، گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه‌ای که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.» به نظر می‌رسد که این ماده، یکی از نمونه‌های بارز اعمال نظریه مسؤولیت محض در حقوق ایران است؛ نظریه‌ای که مبنای جبران خسارت را نه تقصیر شخص که صرف بروز زیان در نتیجه فعل او می‌داند.

بند ب ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی تصریح می‌کند که حتی اگر پزشک رفتاری «متعارف» داشته باشد باز مسؤول خسارتهایی است که بر بیمار وارد آورده است و عمل او خطای شبیه عمد است: «در موارد زیر دیه پرداخت می‌شود: ... قتل یا جرح یا نقص عضو که بطور خطای شبیه به عمد واقع شود و آن در صورتی است که جانی قصد فعلی را که نوعاً سبب جنایت نمی‌شود، داشته باشد و قصد جنایت را نسبت به مجنی علیه نداشته باشد مانند آنکه... طبیبی مباشرتاً بیماری را «بطور متعارف» معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود.»

بدینسان این ماده دلیلی دیگر بر مسؤولیت محض پزشک در حقوق ایران است زیرا

رفتار متعارف و غیرمقصرانه او نیز ضمان آور دانسته شده.

## گفتار اول. مسؤولیت محض پزشک

### ۳. تعهد قراردادی و غیرقراردادی پزشک

در نظام حقوقی آلمان، سوئیس، استرالیا، یونان، فرانسه، بلژیک، ایتالیا، مسؤولیت مدنی پزشک بیشتر از بعد قرارداد بین او و بیمار بررسی شده است. اما در نظام حقوقی کشورهای تابع کامن‌لا، اسکاندیناوی و ژاپن، بطور معمول برای جبران خسارت بیمار به مسؤولیت غیرقراردادی پزشک، استناد می‌شود: نقضیر پزشک در جریان معالجه بیمار، به قرارداد آن دو مربوط نیست مگر در موردی که پزشک، اساساً برای انجام دادن عملی که از پیش آن را تعهد کرده بوده است حاضر نگردد<sup>۱</sup> یا با عمل نکردن به تعهد قراردادی خویش، بیمار خود را در اختیار پزشکی دیگر قرار دهد.<sup>۲</sup>

رویه قضایی فرانسه نیز مدتها مسؤولیت پزشکان را غیرقراردادی می‌دانست هرچند میان بیمار و پزشک قراردادی نیز منعقد شده باشد؛ زیرا مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی آن کشور، همه را به رعایت احتیاط در رفتار خود مکلف می‌کند و پزشک نیز از این قاعده مستثنی نیست. نتیجه غیرقراردادی بودن تعهد پزشک آن است که بیمار برای تدارک زیان خویش از اثبات تقصیر طیب ناگزیر است.

نخستین بار در رأی ۲۰ مه ۱۹۳۶ (۱۳)، رویه قضایی فرانسه تعهد قراردادی پزشک را پذیرفت. این رأی از لحاظ نظری، تحولی عظیم در دکتترین حقوق فرانسه ایجاد کرد (۱۴) اما از حیث عملی، تأثیر مهمی نداشت؛ زیرا تعهد پزشک، تعهدی به وسیله است نه به نتیجه. بنابراین بیمار همچنان باید قصور پزشک را برای رسیدن به جبران خسارت خویش مدلل نماید؛ پزشک تعهد نمی‌کند که بیمار را حتماً بهبود بخشد (یعنی تعهد به نتیجه ندارد)، بلکه فقط «تلاش» می‌کند که وسائل رسیدن به این بهبود را فراهم آورد (= تعهد به وسیله). تعهدهای قراردادی به طور معمول به نتیجه‌اند. به عنوان مثال، تعهد به پرداخت مبلغی پول، تعهدی به نتیجه است؛ نقض این تعهد (= نپرداختن پول =

1. Stewart V. Runder (1957).

2. Howell V. Carpenter (1969).

نرسیدن به نتیجه) خود، تقصیر است و متعهدله به اثبات تقصیر متعهد، نیازی ندارد. متعهد برای گریز از جبران خسارت نمی‌تواند بی‌تقصیری خود را ثابت کند؛ چه، نقض تعهد کرده و نقض تعهد نیز چیزی جز تقصیر نیست. اما می‌تواند پیمان‌شکنی خود را به سببی خارج از اراده خود منسوب دارد تا به جبران خسارت محکوم نشود. (۱۵) آن دسته از تعهدهای قراردادی که به نتیجه‌اند از لحاظ اثبات تقصیر، در برابر تعهد غیرقراردادی قرار می‌گیرند ولی تعهد به وسیله با تعهد غیرقراردادی فرقی ندارد و در هر دو، مدعی است که به اثبات تقصیر خوانده مجبور می‌شود.

#### ۴. تعهد به نتیجه پزشکی

چنانکه گذشت اصل در تعهدهای قراردادی، به نتیجه بودن آنهاست اما در برخی موارد، تعهد قراردادی به وسیله است. یکی از این موارد، قرارداد پزشک با بیمار<sup>۱</sup> برای درمان اوست. دانش پزشکی، دانشی کامل نیست و بسیاری از امور آن برحسب احتمال است. عواملی گونه‌گون نیز در آن مؤثراند که هیچ یک زیر سلطه پزشکی قرار نمی‌گیرد. (۱۶) بنابراین پزشک بیش از این تعهد نمی‌کند که برای سلامت بیمار، «تلاش» کند. اما به وسیله بودن تعهد پزشکی، مانعی سخت عظیم در راه جبران خسارت بیمار زیان‌دیده قرار می‌دهد و آن اثبات تقصیر طبیب است. به همین دلیل دادگاههای فرانسه، از نظریه «تقصیر مفروض»<sup>۲</sup> بهره گرفتند و برای پزشک، فرض تقصیر کردند تا کار زیان‌دیده را سهل نمایند و پزشک به اثبات بی‌تقصیری خود مجبور شود. (۱۷) بیمار کاملاً در زیر سیطره پزشک است (= امپریالیسم پزشکی) و از هیچ کار طبیب مطلع نیست پس نباید از او انتظار داشت که تقصیر پزشک را ثابت نماید. (۱۸) به علاوه چنانکه در حقوق ایالات متحده گفته شده، غالب پزشکان به «دسیسه سکوت»<sup>۳</sup> متهم‌اند؛ زیرا همواره در پاسخ نظرخواهی‌های دادگاه، جانب همکاران خود را مراعات می‌کنند و از دادن

1. Contrat médical

2. La Faute Virtuell = Faute hypothétique

3. The Conspiracy of Silence

گواهی‌هایی امتناع می‌ورزند که پزشک را در برابر بیمار، مقصر و مسؤول قرار دهد. (۱۹)

بنابراین در حقوق فرانسه، پزشک به انجام دادن نهایت تلاش خویش متعهد می‌شود (تعهد به وسیله) چه در مرحله تشخیص بیماری<sup>۱</sup> و چه در مرحله درمان آن<sup>۲</sup> و چه در مرتبه جراحی.<sup>۳</sup> اما البته همواره چنین نیست؛ تعهد پزشک برای برخی کارها که معمولاً باید به نتیجه‌ای مطلوب منتهی شود، تعهد به نتیجه خواهد بود؛ پزشک مسؤول است مگر آنکه حادثه را به سببی خارج از اراده خود منسوب دارد؛ مثلاً:

۱. ابزارها و وسایلی که پزشک برای درمان به کار می‌گیرد باید سالم و ایمن باشند. در صورتی که حادثه‌ای، در نتیجه غیرسالم بودن این وسایل، اتفاق افتد پزشک، بدون نیاز به اثبات تقصیر او، مسؤول است. مثل اینکه وسیله الکتریکی جراحی باعث سوختن بیمار شود (۲۰)، یا آنکه بیمار در نتیجه اشتعال و انفجار وسایل مربوط به بیهوشی بسوزد و فوت کند (۲۱)، یا خرابی دستگاه پرتو، سبب انعکاس بیش از حد اشعه و سوختن بیمار گردد (۲۲)، یا آنکه آلت جراحی بشکند و تکه‌ای از آن به گونه‌ای درون زخم بیمار جای گیرد که دیگر نتوان آن را خارج کرد. (۲۳) البته در رویه قضایی فرانسه، آرائی نیز یافت می‌شود که در این قبیل موارد، تعهد را به وسیله دانسته‌اند از جمله رأی مربوط به شکستن سوزن جراحی و باقی ماندن آن در زخم بیمار. (۲۴)

۲. تعهد پزشک در مورد سالم بودن دارو، سرم و خون نیز تعهد به نتیجه است مثل آنکه خون آلوده به میکرب سیفیلیس به بیمار تزریق گردد. (۲۵) اگر چه بیمار انتظار ندارد که کاملاً شفا یابد اما متوقع است که خونی سالم به او تزریق شود. دادگاههای ایالات متحده نیز در این مورد، پزشک را «مسؤول محض» می‌دانند. (۲۶)

۳. آزمایش‌های پزشکی مثل آزمایش خون، بطور معمول به نتیجه‌ای روشن و دقیق منجر می‌شوند، بنابراین تعهد پزشکان آزمایشگاه، تعهدی به نتیجه است. (۲۷)

۴. تعهد جراحان پلاستیک نیز تعهد به نتیجه است. (۲۸) البته گاه میان دو نوع جراحی

1. Le diagnostic

2. Le traitement

3. La Chirurgie

زیبایی فرق گذاشته شده است:

الف. جراحی زیبایی فانتزی: <sup>۱</sup> کاری است تفننی و از سر بوالهوسی و تعهد پزشک در آن تعهد به نتیجه است.

ب. جراحی زیبایی برای ترمیم: <sup>۲</sup> عملی است ضروری برای اصلاح شکستگی ها و پارگی های ناشی از حوادث؛ تعهد پزشک برای این نوع جراحی پلاستیک، به وسیله است.

نظریه هایی نیز هست که این تفکیک را غیر منطقی دانسته و تعهد پزشک را در هر دو مورد به وسیله معرفی کرده اند. (۲۹)

۵. ساختن اعضای مصنوعی <sup>۳</sup> مثل دندان و دست و پا، اصولاً به نتیجه ای مطلوب منتهی می شود؛ پس تعهد پزشک برای ساختن آنها نیز، تعهد به نتیجه است. (۳۰) در واقع رویه قضایی فرانسه بین «فعل پزشکی طبیبان» <sup>۴</sup> و «فعل فنی ایشان» <sup>۵</sup> فرق گذاشته است و در مورد اول به تعهد به وسیله و در مورد دوم به تعهد به نتیجه پزشکان معتقد شده است. معالجه و معاینه دهان و دندان و قرار دادن دندان، فعلی پزشکی است اما ساختن دندان و به کار بردن مواد خوب در ساخت آن، کاری فنی.

## ۵. قرارداد با بیمارستان

قراردادی که بیمار با بیمارستان منعقد می کند <sup>۶</sup>، غیر از پیمانی است که با پزشک می بندد. <sup>۷</sup> موضوع قرارداد با بیمارستان، عرضه خدمات معمول <sup>۸</sup> به بیمار است: مثل آنکه پزشک به موقع بر بالین بیمار حاضر شود، بیمار بطور مناسب تغذیه شود، تخت مناسبی برای او آماده گردد و داروها سر وقت به او داده شود. اما موضوع قرارداد با

- 
- |                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| 1. Chirurgie esthétique de fantaisie | 2. Chirurgie esthétique de restauration |
| 3. Prothèses                         | 4. Act médical                          |
| 5. Act technique                     | 6. Contrat d'hospitalisation            |
| 7. Contrat médical                   | 8. Les soins ordinaires                 |

طیب، انجام دادن عملیات پزشکی<sup>۱</sup> بر روی بیمار است مثل تشخیص بیماری، درمان آن و عمل جراحی.

بر طبق قرارداد با بیمارستان، مدیر بیمارستان مسؤول تقصیر کارکنان خود است؛ چنانکه مثلاً پرستار بدون رعایت دستور پزشک، آمپولی را در رگ تزریق کند (۳۱) یا دارویی را به اشتباه به بیمار بدهد (۳۲) (ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی ایران درباره مسؤولیت کارفرما در برابر عمل کارگر خود). در موردی که بیمار نمی تواند رابطه سببیت روشنی را بین ضرر و فعل یکی از کارکنان بیمارستان برقرار سازد، گاه در حقوق انگلیس مدیریت بیمارستان مسؤول شناخته شده است.<sup>۲</sup>

در گذشته، رویه قضایی فرانسه، بیمارستان را در نگهداری بیمار، متعهد به وسیله می دانست. مثلاً در پرونده ای مدیر بیمارستان، پس از اثبات تقصیر او، مسؤول خودکشی بیماری دانسته شد که خود را پیش از عمل جراحی از پنجره به بیرون انداخته بود. (۳۳) اما اکنون رویه قضایی، مدیر بیمارستان را در حفظ سلامت بیمار، متعهد به نتیجه قلمداد کرده است و در نتیجه، برای جبران خسارت، نیازی به اثبات تقصیر نیست؛ چنانکه مدیر بیمارستان، مسؤول خساراتی است که در نتیجه حریق در بیمارستان به بیمار وارد آمده (۳۴) و حتی مسؤول بیماری جدیدی است که بر مریض بستری شده اش عارض گشته. (۳۵)

## ۶. بیمارستهای روانی

در حقوق فرانسه، کلینیکهای روانپزشکی، دو تعهد بر عهده دارند:

۱. تعهد برای معالجه بیمار<sup>۳</sup>

۲. تعهد برای نگهداری وی<sup>۴</sup>

نقض هر کدام، مسؤولیت قراردادی را به دنبال خواهد آورد؛ (۳۶) منتها تعهد اول،

1. Les actes médicaux

2. Cassidy V. Ministry of Health (1951).

3. Obligation de Soins

4. Obligation de Surveillance



به وسیله است و تعهد دوم به نتیجه. بنابراین اگر بیمار روانی، به خود آسیب برساند (۳۷) و یا پس از ساعتها تنهایی در یک اتاق، خودکشی کند (۳۸)، مدیر کلینیک بی‌گمان مسؤول است مگر آنکه بروز حادثه را به علتی خارج از اراده خود منسوب سازد. (۳۹)

## گفتار دوم. رضایت و برائت بیمار

### ۷. حریت بیمار

پزشک بر تمامیت جسمانی بیمار، دست اندازی می‌کند. اگر بدون مجوز قانونی و اذن مالک نمی‌توان در مال کسی تصرف کرد (ماده ۳۰۸ قانون مدنی) به طریق اولی، اذن شخص برای آنکه بدنش دستخوش پسودن دست پزشک شود نیز ضروری است. آنچه بحث‌انگیز است حدود این اذن است: آیا شخص می‌تواند پزشک را برای هر نوع آزمایش و تصرفی در بدن خویش آزاد گذارد؟ به نظر می‌رسد در برخی موارد، این اذن‌های بی‌حدومرز، که بیمار را مملوک پزشک می‌سازد با اصل حریت انسان (ماده ۹۶۰ قانون مدنی) مغایر باشد.

### ۸. جایگاه نامعلوم اذن در فقه

در میان فقیهان مشهور است که تنها ابن ادریس پزشک را ضامن نمی‌داند؛ زیرا اصل، عدم برائت است و اصولاً کار مجاز شرعی ضامن آور نیست.<sup>۱</sup> محقق حلی نزاع بین ابن ادریس و سایر دانشمندان را، نزاعی واقعی نمی‌داند؛ زیرا هنگامی که فقیهان بر سر ضامن یا عدم ضامن طبیب بحث می‌کنند، به درستی روشن نمی‌سازد که آیا صورت اذن را در نظر دارند یا وجه فقدان اذن را. به نظر محقق حلی، ابن ادریس، پزشک را هنگامی ضامن نمی‌داند که مأذون باشد و دیگران که وی را ضامن می‌دانند به وجه فقدان اذن نظر داشته‌اند. بدین‌گونه، نزاعی در بین نیست. ولی برخی نیز معتقدند که اگر چه فقیهان، هنگام ضامن دانستن پزشک از اذن سخن نگفته‌اند اما ظاهر آن است که پزشک مأذون را مسؤول می‌دانند چه در غالب موارد، پزشکان با اذن بیمار به معالجه او اقدام می‌کنند. (۴۰)

۱. جواز الشرع ینافی الضمان.

بدینسان مسأله در غایت ابهام است؛ آیا مشهور فقیهان - که پزشک را ضامن می دانند - به اذن بیمار توجه داشته اند یا نه؟ و اگر پزشک مأذون را هم مسؤول می دانند، پس فایده این اذن در چیست؟ همه ابهامها به ماهیت دوگانه پزشکی باز می گردد. طبابت امری است ضروری که بی گمان همه انسانها به آن نیازمندند اما از آن سو، بدن بیمار نیز ارجمند است و شریف، در جمع این دو برخی مصلحت اجتماع را در نظر گرفته اند و پزشک را از مسؤولیت رها کرده اند و بعضی دیگر، با عنایت به کرامت فرد (۴۱) و تقویم نیکوی او (۴۲) پزشک را ضامن یافته اند.

ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی در هر حال، پزشک را از لحاظ مسؤولیت مدنی ضامن می داند، چه پزشک مأذون باشد چه نباشد. تنها فایده اذن، آن است که اگر درمان منجر به تلف یا نقص شود پزشک را از انتساب جرم و مسؤولیت کیفری به او، بری می سازد هر چند عمل او از دیدگاه حقوق کیفری، شبیه به عمد است. (بند ۲ ماده ۵۹ و بند ب ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی)

### ۹. چگونگی اذن

اذن بیمار در حقوق فرانسه (۴۳) به منزله گردن نهادن به خطر است<sup>۱</sup> و پزشک را از مسؤولیت مبرا می سازد. (۴۴) منظور از رضایت، رضایتی است که دخالت پزشک را برای درمان بیماری مشروع می سازد نه رضایی که یکی از شرایط اساسی صحت قرارداد میان طبیب و مریض است. بی گمان پزشکی که بدون اذن، به درمان بیمار اقدام کرده، مسؤول است و این مسؤولیت ممکن است به عنوان هایی کیفری چون ایراد جرح نیز متصف گردد (۴۵) حتی اگر عمل جراحی به خوبی انجام شده باشد؛ چنانکه دندان پزشک، دندان بیمار را بدون اجازه او بکشد.<sup>۲</sup> البته اگر اذنی کلی موجود باشد نمی توان پزشک را مسؤول دانست؛ چنانکه دندانپزشک، دندان فاسد دیگری را، غیر از دندانی که مورد

1. L'idee d'acceptation des risque

۲. دعوی Moscicki V. Shor در ایالات متحده

نظر بیمار بوده، بکشد به این علت که آن دندان خطرناکتر بوده<sup>۱</sup>، در اینجا دندانپزشک مسؤول نیست؛ زیرا اذنی کلی برای کشیدن دندان وجود داشته است. در وضع اضطراری که جان یا سلامت بیمار در خطر است و فرصتی برای گرفتن اذن نیست، پزشک می‌تواند به معالجه اقدام کند و اذن بیمار، مفروض است. (بند ۲ ماده ۵۹ و ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی) چنین است موردی که در حین کشیدن دندان عقل، فک بیمار از جای خود در رود و پزشک در حالتی که بیمار بیهوش است بدون اذن او، به جا انداختن فک وی اقدام کند.<sup>۲</sup>

اذن بیمار ممکن است صریح باشد یا بطور ضمنی از اوضاع و احوال فهمیده شود؛ چنانکه بیمار خود را به دست پزشک بسپارد و بر روی تخت معاینه او قرار گیرد. ورود به بیمارستان نیز به معنی دادن اذن به همه پزشکان و پرستاران است.

#### ۱۰. مرز مبهم «اذن» و «برائت» در فقه و قانون مجازات

از نظر قانون مجازات اسلامی، فرقی است میان «اذن» و «برائت». اذن، اجازه‌ای است که بیمار به پزشک می‌دهد تا وی به درمان او اقدام کند. این اذن با مسؤولیت مدنی پزشک منافاتی ندارد اگرچه مسؤولیت کیفری او را بی‌گمان از بین می‌برد. اما برائت، ایقاعی است که بر طبق آن، بیمار، ذمه پزشک را، در صورتی که خسارتی رخ دهد، ابراء می‌کند.

به نظر می‌رسد که واژه‌های «اذن» در ماده ۳۱۹، «رضایت» در بند ۲ ماده ۵۹ و «اجازه» در ماده ۶۰ در یک معنی به کار رفته است. در واقع قسمت اخیر ماده ۶۰، تکرار بی‌موردی است از آنچه در بند ۲ ماده ۵۹ ذکر شده است. سیاق ماده ۶۰ نباید باعث گردد که «اجازه» به معنی «برائت» پنداشته شود. برائت، ماهیتی برتر از اذن است. به عبارت دیگر هر برائتی در بردارنده اذن به درمان هست اما هر اذنی شامل برائت نیست. در موارد فوری و اضطراری، می‌توان «اذن» ضمنی بیمار را استنباط کرد ولی انتساب

۱. دعوای Donigeri V. Berger در ایالات متحده.

۲. دعوای Perston V. Hubbell

«برائت» پزشک به او البته بدون دلیل خواهد بود.

اینها توجیه‌هایی است که برای نظم دادن به آشفتگی درونی این مواد به نظر آمده است ولی حقیقت آن است که مفهوم دقیق «اذن» و «برائت» در منابع فقهی نیز به درستی معلوم نیست؛ گاه فقیهان فقط از برائت سخن گفته‌اند، نه اذن (۴۶)، و گاه در حین بحث از صحت برائت، به صحت اذن مجنی علیه استناد شده است (۴۷) و چنانکه پیش از این نیز ذکر شد اساساً به درستی معلوم نیست که اختلاف آراء فقیهان در ضمان یا عدم ضمان پزشک به صورت اذن ناظر است یا به وجه فقدان اذن.

### ۱۱. برائت

در فقه اسلامی، اعتبار برائت پزشک در وهله نخست، به دلیل خبر مشهور سکونی است از امیرالمؤمنین (ع). (۴۸). برخی از فقیهان، چون ابن ادریس، به بطلان چنین برائتهایی باور دارند؛ چه، این اسقاط حق، قبل از استحقاق بیمار صورت گرفته است (= ابراء مالم یجب). برخی دیگر به دلیل نیازهای عمومی جامعه، استصلاحاً به صحت آن قائل شده‌اند؛ به این بیان که مسؤلیت قطعی طبیبان، ایشان را وامی‌دارد که از معالجه بیماران پرهیز کنند. پس باید پزشکان را در گرفتن برائت آزاد گذاشت تا بی‌دغدغه خاطر به درمان بیماران پردازند. عده‌ای دیگر نیز با روشن‌بینی اساساً چنین استدلالی را بر بطلان این‌گونه برائتها پذیرفته‌اند؛ زیرا منظور از ابراء پزشک آن است که در صورت حصول موجب ضمان، حقی برای بیمار ایجاد نگردد و چنین عهده‌ی نیز لازم‌الوفاء است. (۴۹)

ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی به صراحت می‌گوید: «هرگاه طبیب یا بیطاز و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان (۵۰) برائت حاصل نماید، عهده‌دار خسارت پدید آمده نخواهد بود.» تفاعل ماده‌های ۳۱۹ و ۳۲۲ در یکدیگر، باعث خنثی شدن اثر ماده نخست گردیده است. ماده ۳۱۹ با عنوان کردن مسؤلیت محض پزشکان، ایشان را در برابر بیماران متعهد به نتیجه می‌گرداند اما ماده ۳۲۱ اجازه داده است تا همه چیز با گرفتن یک برائت از بیمار به سود طبیب تغییر کند. چنین است که دفتر حقوقی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی درباره «چگونگی مسؤلیت یا

عدم مسؤولیت پزشکان در خصوص پرداخت دیه» با خلط مسؤولیت کیفری و مدنی با ابهام تمام نظر می دهد که: «با التفات به ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی... و همچنین ماده ۳۲۲ همان قانون... به نظر می رسد چنانچه اقدام پزشکان در چهارچوب و با رعایت مقررات مذکور انجام شود، مسؤولیتی متوجه آنها نخواهد بود و موضوع پرداخت دیه، منتفی است.» (۵۱)

## ۱۲. جمع بین ماده ۳۱۹ و ۳۲۲ قانون مجازات

رویه قضایی باید برای جمع آن افراط و این تفریط، راههایی پیشنهاد دهد یا خود قانونگذار با تدوین قانونی خاص، روابط جزئی پزشک و بیمار را قانونمند کند. اما تا این هر دو، راه بس دراز است و مقصد ناپدید و نظریه‌های حقوقی همچنان پیشتاز اصلاح این رابطه‌اند. به نظر استاد دکتر کاتوزیان بر طبق ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی، پزشکان مسؤول هر خسارتی هستند که به بیمار وارد می آید. در واقع تا وقتی که پزشک، برائت نگرفته است بیمار از آوردن دلیل بر تقصیر او معاف است و پزشک است که باید بروز حادثه را به علتی خارجی نسبت دهد. اما پس از گرفتن برائت و جریان ماده ۳۲۲ وضع مدعی و مدعی علیه تغییر می کند. ماده ۳۲۲ به کلی پزشک را از مسؤولیت بری نمی کند بلکه بیمار می تواند با اثبات تقصیر او، به جبران خسارت خود برسد. (۵۲)

باید گفت این ماده از نظر شیوه قانونگذاری بی اشکال نیست؛ زیرا فقط پزشک نیست که می تواند با قید شرط عدم مسؤولیت، خود را از زیر بار مسؤولیت در برابر زیاننده برهاند. پس به چه دلیل قانونگذار چنین راه گریزی را به پزشکان نشان داده است؟ شاید علت انشای این ماده همان دغدغه خاطر فقیهان پیشین ما باشد؛ اگر پزشک نتواند برائت بگیرد، به درمان بیماران اقدام نمی کند و نظام اجتماع مختل می گردد. نیز می توان چنین استدلال کرد که چون شرط عدم مسؤولیت نسبت به ضررهایی که به جان و بدن وارد می شود به دلیل تخالف با نظم عمومی باطل است، قانونگذار با وضع ماده ۳۲۲ شرط عدم مسؤولیت پزشک را استثنا کرده است.

قانونگذار خود به خوبی می دانسته است که به زودی در ماده ۳۲۲ به آتش ماده ۳۱۹، آب سرد خواهد زد؛ به همین دلیل تا آنجا که توانسته است کوره آتش ماده ۳۱۹ را تیزتر

کرده تا دلجویی بیماران را کرده باشد. آنگاه با انشای ماده ۳۲۲ از شدت آن کاسته و جانب طیبیان را نگاه داشته است. بدین سان بیمار مضطر و نزار از ماده ۳۱۹ هیچ طرفی نمی‌بندد؛ زیرا به طور معمول بیماران در برابر پزشکان سخاوتمندانه از حق خود (در ماده ۳۱۹) در می‌گذرند و هیچ گزارشی نشده است که پزشکی با صرف نظر کردن از حق خویش در ماده ۳۲۲، ملتزمانه از بیمار خواسته باشد تا به او اذن درمان بدهد.

اگر چه پزشکان از دیرباز می‌توانسته‌اند از بیمار خود برائت بگیرند اما امروزه این برائتها غالباً به صورت قراردادهای اکراهی درآمده‌اند. بیمار در وضع اضطراری خود، به امضای سند برائت اکراه می‌شود. بنابراین اماره غلبه، دادگاه می‌تواند به نافذ نبودن اینگونه برائتها حکم دهد و همان قاعده مندرج در ماده ۳۱۹ را اعمال نماید.

از لحاظ منطقی چهار حالت برای خسارتهایی که در ضمن درمان پزشک پدید می‌آیند، متصور است:

۱. پزشک تقصیر کرده است و رابطه سببیت نیز میان تقصیر او و زیان بیمار وجود دارد. چنانکه در نتیجه بی‌احتیاطی پزشک، چاقوی جراحی در شکم بیمار باقی بماند و سبب مرگ او شود. در این فرض پزشک بی‌گمان مسؤول است هم بر طبق نظریه تقصیر و هم بر وفق نظریه مسؤولیت محض.
۲. پزشک تقصیری مرتکب نشده است و رابطه سببیتی نیز بین فعل پزشک و زیان مریض نیست. چنانکه پزشک علیرغم تمام مساعی خود به درمان سرطان موفق نشود به این دلیل که دانش پزشکی راهی قطعی برای آن نیافته است. در این حالت نه نظریه تقصیر پزشک را ضامن می‌داند و نه تئوری مسؤولیت محض.
۳. پزشک تقصیر کرده است اما بین تقصیر و زیان، رابطه سببیت وجود ندارد؛ چنانکه پزشک بی‌مبالاتی کرده است اما مرگ بیمار در نتیجه خودکشی است، پزشک در اینجا بنابر هر دو نظریه مسؤول نیست؛ زیرا خسارت به او منسوب نمی‌گردد.
۴. پزشک تقصیر نکرده است اما بین فعل او و زیان، رابطه سببیت است. تنها فرضی که محل نزاع تقصیرگرایان و پیروان مسؤولیت محض است، فرض چهارم است. گروه نخست پزشک را مسؤول نمی‌دانند اما به عقیده گروه دوم وی ضامن است. لیکن دستکم در خسارتهای پزشکی نمی‌توان برای این حالت، مثالی دست و پا کرد. بطور

معمول خسارت‌هایی که در طول معالجه پزشکی حاصل می‌گردد در فرضهای اول تا سوم جای می‌گیرند و تمامی مثالهایی که از قبیل فرض چهارم پنداشته می‌شوند در واقع مشمول حالت دوم‌اند؛ حالتی که در آن رابطه سببیت ثابت نیست.

به عبارت دیگر، پزشکان در صورتی فارغ از مسؤولیت‌اند که ضرر یا به نقص علم پزشکی منسوب باشد یا به پیش‌بینی ناپذیر بودن زیان یا به قوه قاهره و یا فعل زیان‌دیده؛ در این هر چهار مورد رابطه سببیت مفقود است. باری، در عالم عمل نمی‌توان برای فرض چهارم مثالی از خسارت‌های پزشکی یافت.

بدینسان پزشک فقط در یک حالت دارای مسؤولیت مدنی است: هنگامی که هم تقصیر روا داشته است و هم میان خطای او و ضرر، ریسمان سببیت متصل است. اگر پزشک از بیمار برائت می‌خواهد برای رهایی از همین یک فرض است. برائت بیمار، پزشک را از جبران زیان‌هایی مبرا می‌سازد که در نتیجه تقصیر طبیب ایجاد شده‌اند؛ پس نمی‌توان حتی با اثبات تقصیر، پزشکی را که از بیمار برائت خواسته است، مسؤول دانست.

تنها راهی که برای جبران خسارت ناروای چنین بیماری وجود دارد آن است که دادرس، اخذ برائت یا شیوه رفتار پزشک را پس از اخذ برائت، گونه‌ای سوءاستفاده از حق بداند، یا آن را قراردادی اکراهی و غیرنافذ بشناسد، یا تقصیر پزشک را در حکم عمد تلقی کند و در نتیجه ارزشی برای این شرط عدم مسؤولیت قائل نشود یا چنین برائتی را به دلیل نقض حریت بیمار (ماده ۹۶۰ قانون مدنی) بی‌تأثیر سازد.

### ۱۳. آگاه‌سازی بیمار پیش از برائت

برائتی معتبر است که مسبق به آگاهی بیمار باشد. بیمار باید بداند که آیا بیماریش علاج‌پذیر است یا نه و اگر هست، پزشک با آن چه خواهد کرد و عواقب درمان و یا جراحی او چیست. بنابراین اگر پزشکی، بیمار را از علاج‌ناپذیری بیماریش آگاه نساخته باشد علاوه بر آنکه مرتکب تقصیر شده است، برائتی نیز که اخذ کرده بی‌اثر خواهد بود. همچنین رضایت و برائت بیمار، پزشک را مجاز نمی‌دارد که هر تقصیری را مرتکب گردد. بنابراین اگر زنی اجازه داده باشد که یکی از سینه‌هایش را ببرند، این رضایت، مانع

مسئولیت جراحی نیست که بدون ضرورت به این کار اقدام کرده است.<sup>۱</sup> اینکه آیا اطلاعاتی که پزشک به بیمار داده کافی بوده است یا نه، باید با فهم یک انسان متعارف غیرپزشک سنجیده شود. (۵۳) کافی نیست که پزشک بر طبق عرف پزشکان، بیمار را آگاه کرده باشد؛ چه اقتناع یک بیمار خاص مورد نظر است و ممکن است چنین اقتناعی با آگاه‌سازی متداول پزشکان حاصل نگردد. به عبارت دیگر برای آگاه‌سازی بیمار، پزشک باید همچون انسانی متعارف رفتار کند نه پزشکی متعارف. در هر حال در میان اهل نظر هنوز در مورد معیار بسندگی این آگاه‌سازی اختلاف است. مثلاً در پرونده‌ای در حقوق انگلیس (۵۴)، بیماری که در نتیجه یک عمل جراحی فلج شده بود مدعی بود که رضایت او بی اعتبار بوده و اگر از عواقب این جراحی کاملاً مطلع می‌گشته هرگز به آن تن در نمی‌داده است. اما فقط یکی از دادرسان به پیروی از رویه قضایی ایالات متحده و کانادا اعتقاد داشت که بیمار بایستی از نتایج درمان «کاملاً آگاه»<sup>۲</sup> گردد ولی دادرسان دیگر این معیار را نپذیرفتند و در نتیجه به کفایت اطلاع‌رسانی پزشک معتقد شدند و دعوی خواهان را رد کردند. (۵۵) اما در دعوی در نیوزیلند، پزشک با دادن پاسخی کلی و مبهم خاطر بیمار را از خطر عمل جراحی آسوده کرده بود ولی بیمار پس از این عمل، پای خود را از دست داد. دادگاه طیب را مسؤول دانست؛ زیرا اگر مریض خود را از پیامدهای عمل به‌خوبی آگاه می‌کرد، به جلب رضایت او موفق نمی‌گردید. (۵۶)

#### ۱۴. اقدام بیمار

اثبات رابطه سببیت میان فعل پزشک و وقوع زیان بر عهده بیمار زیان‌دیده است. (۵۷) اقدام بیمار گاه این رابطه سببیت را از بین می‌برد و یا ضعیف می‌کند. بنابراین اگر خود بیمار به معالجه تن ندهد، خود مسؤول است. در حقوق فرانسه، هنگامی که بیمار از انجام گرفتن عمل جراحی به روی خود امتناع ورزد، همواره مسؤول نیست بلکه گاه میان

۱. پرونده Kirschner V. Keller در ایالات متحده.



عمل جراحی ساده و عملی که پیچیده و دردناک است فرق گذاشته شده؛ در حالت اول، بیمار، مقصر است اما در حالت دوم، بر او حرجی نیست. (۵۸)

بیماری هم که درد خود را از طبیب نهان می‌دارد، زیانهایش را نیز باید تحمل کند:

دردمندی که کند درد نهان پیش طبیب

درد او بی سببی قابل درمان نشود (حافظ)

هر آنکس که پوشید درد از پزشک

ز مژگان فرو ریخت خونین سرشک (فردوسی)

البته همواره چنین نیست و در برخی موارد اگر بیمار خود علت بیماریش را بداند،

پزشک از کشف درست علت معاف نمی‌شود. پس اگر بیمار بداند که علت ناشنوایی او،

جرم گوش اوست، پزشک را از تشخیص صحیح باز نمی‌دارد.<sup>۱</sup>

همچنین اگر علی‌رغم توصیه پزشک درباره بی‌نیازی به عمل جراحی، بیمار مصرانه

خواهان جراحی باشد، پزشک، مسؤول خسارت وارد شده نیست. نیز اگر بیمار در اثنای

درمان از ادامه معالجه سرباز زند یا به راهنمایی‌ها و دستوره‌های طبیب بی‌توجهی نماید

یا با بی‌مبالاتی خود، خسارت ناشی از تقصیر طبیب را تشدید کرده باشد یا حتی در

موارد بسیار ضروری از مراجعه به سایر پزشکان کوتاهی کرده باشد (۵۹) یا به دلیل

اعتقادات مذهبی از انتقال خون به خود امتناع ورزد (۶۰) همه از مواردی است که اقدام

بیمار، سبب قطع رابطه سببیت یا اشتراکی شدن سبب حادثه می‌گردد. همچنین است

هنگامی که پزشک با سعه صدر، بیمار را از بی‌تخصصی خود آگاه ساخته یا خود بیمار از

آن مطلع باشد اما همچنان درمان را از همان طبیب بخواهد، در این صورت نباید متوقع

جبران خسارتی نیز باشد؛ (۶۱) همچون آن حکایت سعدی در گلستان است که: «مردکی

را چشم درد خواست، پیش بیطار رفت تا دوا کند. بیطار از آنچه در چشم چارپایان

می‌کند در چشم وی کشید و کور شد. حکومت پیش داور بردند، گفت: بر او، هیچ تاوان

نیست؛ اگر این خر نبودی پیش بیطار نرفتی.» (۶۲)

## گفتار سوم. پزشک و عرف پزشکی

### ۱۵. طیب و متطبب

بحثهایی که بر سر مسؤول بودن یا نبودن پزشک در میان فقهیان شده است، همه درباره طیب حاذق است اما بی تردید، متطبب (۶۳) غیرحاذق همواره مسؤول است. (۶۴) حدیثی نیز از پیامبر اکرم نقل شده که: «متطببی که سابقه پزشکی ندارد ضامن است.» (۶۵) عنوان «طیب» و صفت «حذاقت» لازم و ملزوم یکدیگرند و هر دو یکباره به ذهن متبادر می شوند. بنابراین تنها کسی می تواند حامل لقب «پزشک» گردد که هم از لحاظ علمی و هم عملی، شایسته آن باشد. در نصایح عنصرالمعالی کیکاووس بن اسکندر هم می خوانیم که: «... و معالج باید که تجربه بسیار کند... و باید که خدمت بیمارستانها کرده باشد و بیماران بسیار دیده و معالجت بسیار کرده باشد تا علت های غریب بر وی مشکل نشود و اعلال اعضاء و احشا بر وی نپوشد و آنچه اندر کتب خوانده باشد به رأی العین همی بیند و به معالجت اندر نماند.» (۶۶)

البته فرض بر آن است که طیب، ماهر و حاذق است (۶۷)؛ علی الخصوص در زمان حاضر که پزشکان مراتب علمی و عملی خاصی را پشت سر می گذارند تا به این عنوان نائل آیند. ولی این فرض هرگز فرضی خلاف ناپذیر نیست. دادرسی می تواند از تمام اوضاع و احوال موجود در جامعه برای استنتاج فرض مغایر بهره برد؛ چنانکه فزونی غیرروشمند پزشکان در یک جامعه می تواند ظاهری خلاف «فرض حذاقت» ایجاد نماید هر چند همه این پزشکان از مرجع ذیصلاح، گواهی نیز داشته باشند. در این صورت، ضمان این طبیبان دغلی پیشه (۶۸) امری است مسلم و برائت ایشان بی گمان نامعتبر خواهد بود؛ چه حوزه ماده ۳۲۲ قانون مجازات شامل برائت پزشک حاذق است نه هر طیب متطببی. همچنین باید مسؤولیت «طبیبان راه نشین» (۶۹) را نیز محرز دانست؛ آنان که از طریق جادو و رمل و جفر و اسطرلاب و شیوه های غیر علمی به درمان بیماران می پردازند. مثلاً در رویه قضایی فرانسه، یک «هومئوپات» (۷۰) به دلیل راهنمایی نادرست بیمار، مسؤول شناخته شده است؛ چه بیمار را بر حذر داشته بود که به توصیه یک پزشک عمل کند و خود را با اشعه X مداوا نماید. (۷۱) در حقوق ایالات متحده نیز «هیلر»ها (۷۲) مکلف شده اند بیماران خود را نزد پزشکان متخصص بفرستند در صورتی

که به غیر مفید بودن شیوه خود آگاهند و می‌دانند که بیماری آن بیمار، از نظر پزشکی، راه قطعی برای درمان دارد. (۷۳)

بی‌گمان تقصیر خود بیمار در این‌گونه موارد نباید فراموش شود. دادرس باید میزان اقدام خود بیمار در مراجعه به این معالجه‌گران و نیز درجه تأثیر غرور درمان‌کننده را در نظر گرفته و به جبران خسارت حکم دهد. ممکن است متطببان علاوه بر مسؤولیت مدنی به مسؤولیت کیفری نیز دچار شوند؛ زیرا چنانکه گفته شد اذن و رضایت بیمار، بنا بر مصالحی اجتماعی، طبیب را از مجازات می‌رهاند (بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات) ولی نباید ادنی که بیمار به متطببان می‌دهد توجیه‌کننده اعمال ناهنجار ایشان دانسته شود.

همچنین طبیب و متطبب در شیوه رهایی از مسؤولیت مدنی نیز متفاوتند. طبیب می‌تواند با استناد زیان به عدم پیشرفت دانش پزشکی و نیز پیش‌بینی ناپذیر بودن ضرر از زیر بار مسؤولیت مدنی برهد اما چنین امکانی را نمی‌توان برای متطببی شناخت که با تمسک به امور متافیزیکی، که به اعتقاد او بر همه چیز قاهر و فائق است، به درمان می‌پردازد.

## ۱۶. احتیاطهای معمول پزشکی

هر عملی که برخلاف عرف پزشکی است و باعث ورود خسارت شود، مسؤولیت‌آور است؛ مقصود کاری است که یک پزشک متعارف انجام نمی‌دهد. بنابراین تفسیر نادرست یک رادیوگرافی (۷۴)، تقصیر در گچ گرفتن عضو و ایجاد غانقاریا (۷۵)، بی‌احتیاطی در تغییر جای بیمار در حین عمل جراحی (۷۶)، خطای پزشک بیهوشی در قرارداد دست بیمار در یک حالت غیر صحیح (۷۷)، ادامه درمان بدون توجه به استعداد عصبی بیمار (۷۸)، بی‌دقتی در تشخیص بیماری<sup>۱</sup>، باقی‌گذاشتن شیئی خارجی در بدن بیمار پس از بستن زخم (۷۹) و استفاده غیر ضروری از مواد مخدر<sup>۲</sup>، همه مصداق‌هایی است از اعمالی که یک پزشک متعارف انجام نمی‌دهد.

۱. پرونده Kahn V. Shaw در ایالات متحده. ۲. پرونده King V. Solomon در ایالات متحده.

هیچ پزشکی اصولاً مکلف نیست که در مورد بیماری یک بیمار، با سایر متخصصان و پزشکان مشورت کند (۸۰). مگر در موارد استثنائی. به عنوان مثال یک جراح کم تجربه باید برای دست زدن به یک عمل جراحی مهم از متخصص باتجربه آن مدد بگیرد. (۸۱) پزشک، مسؤول خطای زبردستان و دستیاران خود نیز هست. این مسأله که در امریکا به نظریه «ناخدای کشتی»<sup>۱</sup> مشهور است در رویه قضایی فرانسه نیز پذیرفته شده است. (۸۲) اما پاسخگوی تقصیر سایر پزشکان، انترن‌ها و پرستارانی که کارگر او محسوب نمی شوند نیست. (۸۳) همکاران پزشک جراح، مانند پزشک بیهوشی، مسؤول اعمال خود هستند (۸۴) اگر چه در برخی آراء فرانسوی، جراح، مسؤول خطای پزشک بیهوشی نیز دانسته شده است به این استدلال که بیمار فقط جراح را می شناسد نه پزشک بیهوشی را (۸۵) مگر آنکه بیمار با هر یک از آنها، قراردادی جداگانه منعقد کرده باشد. در حقوق ایالات متحده پزشکانی که به دستور بیمار، به صورت دسته جمعی به معالجه وی می پردازند، متضامناً در برابر بیمار مسؤول اند. (۸۶) گاه نیز در صورتی که گروهی از پزشکان، عمل جراحی را بر روی بیمار انجام داده اند و بیمار نتوانسته است پزشک تقصیر کار را مشخص کند پزشک سرپرست مسؤول شناخته شده است.<sup>۲</sup>

پزشک باید پس از شروع به درمان، آن را تا پایان ادامه دهد. لزوم رعایت توالی ملاقات پزشک با بیمار بر همین اساس است. اما پس از ترخیص بیمار از بیمارستان، پزشک مسؤولیتی نسبت به او ندارد. به همین ترتیب، جراح نیز باید تا پایان جراحی در کنار بیمار باقی بماند؛ اگر در اثنای یک عمل جراحی دندان، پزشک مطب خود را ترک گوید و بیمار، خونریزی کند، مسؤول خواهد بود.<sup>۳</sup> یا پزشکی که دارویی را تجویز کرده و می داند پس از استعمال آن، بیمار دچار حالت شدید عصبی می شود، نباید بیمار را ترک کند و او را به پرستاران بسپارد.<sup>۴</sup> نیز پزشک مکلف است که احتیاطهای پس از عمل<sup>۵</sup> را

1. Captain of the ship doctrine

2. Mahon V. Osborn (1939)

۳. پرونده Donathan V. Mc Connell در ایالات متحده.

۴. دعوی Howell V. Biggart در ایالات متحده.

5. Soins Post - opératoire.

رعایت کند. بنابراین اگر بیمار پس از یک عمل ساده چشم، ترخیص شود تا به خانه رود و به هنگام صعود از پله‌ها آسیب ببیند، بی‌گمان پزشک معالج، مسؤول خواهد بود.

### ۱۷. شیوه‌ها و مکتبهای پزشکی

درمان بیمار باید بر طبق شیوه‌هایی درمانی باشد که علم جدید آن را می‌پذیرد.<sup>۱</sup> اگر پزشکی برای درمان یک بیماری، شیوه‌های قدیمی را به کار می‌برد که هنوز نزد عرف پزشکان، شناخته شده و رد نگردیده است، نمی‌توان بر او خرده گرفت (۸۷)، اما بر عکس، به کار گرفتن یک شیوه انتقادپذیر، دلیلی بر تقصیر طبیب است. (۸۸) رویه قضایی فرانسه و امریکا گاه برای حمایت از نیروی ابتکار پزشکان، به کار بردن شیوه‌های جدید در درمان را تقصیر ندانسته است اگرچه عقاید پزشکان درباره آن متفاوت باشد؛ چنانکه پزشکی برای بیهوش کردن بیمار از یک روش کاملاً بدیع استفاده کند. (۸۹)

همچنین دادگاه باید به مکتب پزشکی ای<sup>۲</sup> که پزشک، پیرو آن است توجه نماید. در حقوق ایالات متحده هیچ مکتب پزشکی بر مکتب دیگر ترجیح ندارد؛ چنانکه ممکن است یک مکتب، همه دردها را به یک منشأ بازگرداند و مکتبی دیگر برای هر یک، سبب‌هایی گونه‌گون قائل شود. آنچه مهم است مقبول بودن این نظریات در دیدگاه متعارف طبیبان است. برای سنجش میزان رعایت احتیاطهای پزشکی باید به عرف همان مکتب خاص مراجعه کرد. (۹۰) همچنین اگر اقلیتی قابل احترام از پزشکان، شیوه خاصی از درمان را اعمال کنند، نباید روش ایشان را تقصیر دانست.<sup>۳</sup>

پزشک، مسؤول منقصت‌های علم پزشکی نیست. اگر دردی از دید دانش طبابت درمانی قطعی ندارد، پیامدهای آن را باید صرف حادثه دانست نه تقصیر پزشک. از لحاظ مسؤولیت مدنی، ضرر وقتی قابل جبران است که پیش‌بینی‌پذیر باشد. بر طبق قاعده‌ای در حقوق سوئیس، زیانهای پیش‌بینی نشده را باید خود بیمار تحمل کند نه

1. State of medical Science

2. School of medicine

۳. دعوی Gruginiski V. Lane در ایالات متحده.

طیب (۹۱) در واقع مراجعه بیمار به پزشک در اینگونه موارد، اقدامی<sup>۱</sup> است که مریض بر خود روا داشته است. در اینجا نوعی قرارداد ضمنی اخلاقی میان پزشک و بیمار هست که بر طبق آن بیمار، خطرهای احتمالی را پذیرا می‌شود.

### ۱۸. اخلاق پزشکان و خسارت‌های معنوی

«... و معالج باید که وصایای بقراط خوانده باشد تا اندر معالجت بیماران، شرط امانت و راستی به‌جای تواند آورد و پیوسته خویشتن پاک و جامه پاک و مطیب دارد و چون بر سر بیمار شود، تازه روی و خوش‌سخن باشد و بیمار را دلگرمی دهد که تقویت طیب، بیمار را قوت حرارت غریزی بیفزاید.» (۹۲)

پزشک از نظر اخلاقی نیز وظایفی دارد: پاکدامنی و پرهیزکاری و رعایت عفت و تحمیل نکردن مخارج غیرضروری بر بیمار و خودداری از ایجاد هراس در بیمار از راه نشان دادن وخامت بیماری به منظور استفاده مادی (مواد ۱ تا ۷ آئین‌نامه انتظامی پزشکی، مصوب ۱۳۴۸). نیز پزشک مکلف به حفظ اسرار بیماران خود است وگرنه هیچ بیماری نمی‌تواند حال درد پنهانی خود را با طیب نامحرم بگوید. (۹۳) به این وظیفه، هم در آئین‌نامه انتظامی پزشکان (ماده ۴) و هم قانون مجازات اسلامی (ماده ۶۴۸) اشاره رفته است. همچنین طیبان نباید با حواله کردن دغل‌کارانه بیماران به دیگر همکاران خود به تقسیم حق‌العلاج میان خود پردازند و به شیوه‌ای ناعادلانه دارا شوند. (۹۴) نقض اینگونه تعهدها، علاوه بر آنکه گاه موجب مسئولیت کیفری است، پزشک را مسئول جبران خسارت معنوی‌ای نیز می‌کند که بر حیثیت و شخصیت و روان بیمار وارد می‌آید (ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی). در دعوایی در نیوزیلند، پزشکی با دادن گواهی به شوهر بیمار، وی را از بیماری روانی همسرش آگاه ساخته بود. یک سال بعد، وکیل شوهر برای اثبات بیماری زن، این گواهی را در جریان دعوایی بین زوج و زوجه، مورد استناد قرار می‌دهد. دادگاه مقرر داشت که زن می‌تواند جبران خسارت

خود را از پزشک به دلیل افشای سر بخواهد.<sup>۱</sup> در حقوق آلمان و فرانسه، پزشک اصولاً در مورد پذیرش و درمان بیماران تکلیفی ندارد، مگر در موارد اضطراری که وظیفه انسانی، او را به معالجه و ادا سازد. در حقوق ایالات متحده نیز به دلیل مسؤلیت شدید پزشکان، چنین تکلیفی حتی در مواقع اضطراری هم بر عهده طبیب قرار نگرفته است. اما بر طبق قاعده «انسان نو عهدوست» (۹۵) که امروز در قوانین برخی ایالات امریکا تثبیت شده، پزشکی که برای پاسخ به ندای وجدان خویش و از سر انسان دوستی، بیماری را درمان کرده است، در برابر او مسؤلیت ندارد؛ چنانکه اگر بیمارستان در حین انجام دادن عملی خیرخواهانه، به دیگری خسارتی وارد آورد، مسؤلیتی ندارد مانند آنکه بطور رایگان به درمان وی اقدام کرده باشد. (۹۶) در حقوق ایران از سوی قانون خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی (۱۳۵۴) پزشکی را که در موارد فوری از کمک خود دریغ ورزد، مجرم می داند و از سوی دیگر ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی، مسؤلیتی شدید را بر کرده پزشکی نهاده است که به معالجه مریض اقدام کرده، ماده ۶ با در نظر گرفتن این هر دو، طبیب را در موارد فوری، که گرفتن اذن مقدور نیست، ضامن ندانسته است. قاعده احسان نیز اقتضاء می کند که دادرس در این گونه موارد، مسؤلیت پزشک را با اغماض بیشتر بنگرد.

اگر در نتیجه قضاوت و تشخیص غلط پزشک، خسارتهای دیگری، غیر از ضرر جانی و بدنی، بر بیمار تحمیل شود، پزشک باید آن را نیز جبران کند. چنانکه در کامن لا اگر در نتیجه گواهی نادرست طبیب درباره جنون خواهان، وی مدتی در بیمارستان نگاه داشته شود، پزشک، مسؤل حبس غیرقانونی او دانسته شده است. (۹۷)

## موخره

۱. از لحن شدید ماده ۳۱۹ قانون مجازات چنین به نظر می رسد که همواره پزشکان به نوعی تعهد به نتیجه (= مسؤلیت محض) ملتزم اند خواه رابطه قراردادی میان بیمار و پزشک برقرار باشد و خواه هیچ رابطه قراردادی بین آن دو احراز نشود. بنابراین هر

خسارتی که به فعل پزشک منتسب گردد، وی را در برابر بیمار، مسؤول می‌گرداند. بند ب ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی نیز تصریح می‌کند که پزشک مسؤول فعلی هم هست که متعارف است و نوعاً سبب جنایت نمی‌شود. این حکم، آشکارا حکومت مسؤولیت محض را بر رفتار پزشکان اعلام می‌دارد.

۲. نظریه‌های تقصیر و مسؤولیت محض دو منظرند که بر روی یک منظره گشوده شده‌اند. دغدغه جبران خسارت هر دو نظریه‌پرداز را در کانونی مشترک به هم آشتی می‌دهد. اگر روح عدالتجوی ایشان، خسارتی معین را جبران شدنی بدانند، یکی به بهانه وجود تقصیر و دیگری به تعبیه رابطه سببیت به تدارک زیان حکم می‌دهد. و اگر ضرری ناروا نباشد و ترمیم آن ضرور جلوه نکند، این یک به نبود رفتاری خلاف عرف متوسل می‌شود و آن یک به گسست ریسمان علیت. برای مثال خسارتهایی که پیش‌بینی‌پذیر نیستند به هر حال جبران نمی‌شوند چه به این علت که هنجارهای جامعه مخدوش نشده است و چه به این حکمت که نحوه پیوند زیان به فعل فاعل مغشوش گردیده.

۳. فقط ممکن است تفاوت جدی میان این دو نظر در مرحله دادرسی و اثبات تقصیر آشکار شود: بر طبق تئوری تقصیر، اثبات رفتار ناهنجار بر عهده زیان‌دیده است اما در نظریه مسؤولیت محض زیان‌دیده چنین تکلیفی ندارد. این مشکل نیز در مسؤولیت مدنی طیبیان حل شدنی است؛ زیرا بیش از چهار حالت برای مسؤولیت مدنی طیب نمی‌توان تصور کرد: وجود تقصیر و وجود رابطه سببیت، فقدان تقصیر و فقدان رابطه سببیت، وجود تقصیر و فقدان رابطه سببیت، فقدان تقصیر و وجود رابطه سببیت. در صورت دوم و سوم طیب، بنابر هر دو نظریه، ضامن نیست و برای مورد چهارم نمونه‌ای عملی وجود ندارد؛ هر فرضی که مشمول حالت چهارم پنداشته شود (همچون منقصت صنعت طبابت یا پیش‌بینی‌ناپذیر بودن زیان) با اندکی روشن‌بینی در دسته دوم قرار خواهد گرفت. پس پزشک فقط در یک حالت ضامن است: هنگامی که هم تقصیر دارد و هم رابطه سببیت میان تقصیر و زیان برقرار است. هر دو نظریه بر ضمان طیب در حالت نخست متفق‌اند و بر طبق هر دو نظر، اثبات رابطه سببیت به عهده زیان‌دیده است.

زیان‌دیده اگر بتواند این رابطه را برقرار کند بی‌گمان در دعوا حاکم خواهد بود (زیرا حالت نخست پدید آمده است) و اگر از عهده اثبات آن برنیاید، محکوم خواهد شد



(زیرا حالت دوم و سوم ایجاد شده است). زیان‌دیده‌ای که بین زیان و فعل پزشک رابطه سببیتی برقرار کرده است لزوماً تقصیر او را نیز ثابت نموده. به عبارت دیگر در زیانهای پزشکی، اثبات رابطه سببیت به گونه‌ای ضمنی و التزامی دربردارنده اثبات تقصیر نیز هست؛ زیرا از میان سه حالت ذکر شده فقط در یک حالت رابطه سببیت وجود دارد و در این فرض، تقصیر پزشک نیز موجود است.

۴. پیش از آنکه دعوا در برابر دادرسی طرح شود، تمیز دقیق تعهدهای به نتیجه از تعهدهای به وسیله ممکن نیست. اگر برای تئوری تعهد به نتیجه و به وسیله، کارآیی مهمی قائل شویم، بی‌گمان این کارآیی برای مرحله اثبات است. دکترین به هیچ وجه نمی‌تواند از پیش، با تدوین فهرستی از تعهدهای به نتیجه و به وسیله، دادرسی را مکلف کند که هنگام دادرسی از ملاک‌های او پیروی نماید. اساساً منظور از به وسیله بودن تعهد پزشک چیست؟ اگر تعهد پزشک برای درمان بیماری سرطان به وسیله است، بی‌گمان تعهد او برای درمان انفولانزا و سینه‌درد و نیز تعهد کثیری از پزشکان متخصص، چون پزشکان آزمایشگاه و دندانپزشکان به نتیجه است. در این صورت، حقوقدان چگونه می‌تواند با یک حکم کلی، مسؤلیت پزشک را علی‌الاطلاق به وسیله بداند و بدون هیچ دلیل منطقی و انسانی، طبیب را در برج و بارویی بلند قرار دهد که تیر هیچ بیمار خسته‌ای به آن کارگر نیفتد؟ در حقوق فرانسه نیز اگرچه اصل بر به وسیله بودن تعهد پزشک است اما رویه قضایی با به نتیجه دانستن بسیاری از تعهدهای پزشکان، این اصل را از اصالت خود تهی کرده است.

۵. محل نزاع فقیهان درباره ضمان یا عدم ضمان پزشک به درستی معلوم نیست. در نظر محقق حلی، کسانی که پزشک را ضامن نمی‌دانند (چون ابن ادریس) طبیب مأذون را در نظر داشته‌اند و آنان که برای پزشک، مسؤلیتی قائل‌اند (چون مشهور فقیهان) در واقع طبیب غیرمأذون را مسؤول دانسته‌اند.

۶. بدین سان، مرز میان «اذن» و «برائت» نیز در نظریه فقیهان به دقت مشخص نشده است. دانشمندان گاه فقط از «برائت» سخن گفته‌اند نه از «اذن» و گاه در استدلال برای صحت «برائت» به صحت «اذن» مجنی علیه استناد کرده‌اند یعنی فرق دقیقی میان این دو گذاشته نشده. این آشفتگی به قانون مجازات نیز انتقال یافته است؛ چنانکه هنگام بیان

حکم «برائت» در ماده ۶۰ ناگهان از «اجازه» سخن به میان آورده شده؛ گویی در مواقع فوری و اضطراری، از نظر قانونگذار، «اذن» ضمنی بیمار، موجود است و این «اذن» به منزله «برائت» است، در حالی که در ماده ۳۱۹، اذن به هیچ وجه کارآیی برائت را ندارد.

۷. افراط قانونگذار در ماده ۳۱۹ و تفریط وی در ماده ۳۲۲ کاملاً توجیه‌پذیر است: سرشت امر طبابت، عجین با تضادهاست؛ جمع میان حاجت حتمی جامعه به پزشکی و احترام جان و بدن، سبب نوسان قانون بین مسؤولیت و عدم مسؤولیت گشته است. باید به پزشک حق داد که از بیمار برائت بگیرد تا از زیر بار مسؤولیت قسری طیبیان بگریزد. این برائت، بی‌تردید، سبب عدم مسؤولیت پزشک است در برابر هر ضرری که به او منتسب است حتی اگر این زیان ناشی از بی‌مبالاتی طیب باشد.

زیرا چنانکه گذشت، طیب فقط در یک حالت ضامن است و آن وقتی است که هم تقصیر کرده و هم رابطه سببیت موجود است. برائتی که طیب از مریض می‌خواهد ناظر به همین فرض است. پس نمی‌توان با اثبات تقصیر پزشک برائت او را بی‌تأثیر کرد زیرا این برائت دقیقاً برای مورد تقصیر اخذ شده است.

اما باید توجه داشت که امروزه این برائتها غالباً به صورت قراردادهای اکراهی درآمده‌اند؛ بیمار در وضع اضطراری خود به امضای سند برائت اکراه می‌شود. بنابراین اماره غلبه دادگاه می‌تواند به نافع بودن این‌گونه برائتها حکم دهد. از سوی دیگر پزشکان همواره خود را در برابر بیماران نیازمند، بی‌نیاز وانمود می‌کنند و به محض احساس کوچکترین مسؤولیتی، به حق خود در ماده ۳۲۲ قانون مجازات متوسل می‌شوند. این‌گونه استیفای متفرعانه حق، همان سوءاستفاده از حق است (اصل ۴۰ قانون اساسی). همچنین دادرس می‌تواند تقصیر پزشک را در حکم عمد تلقی کند و یا چنین برائتی را نقض ضمنی حریت بیمار بداند. مجموع این اوضاع و احوال اماره‌هایی قضایی برای دادرس است تا برائت پزشکان را به سختی رافع مسؤولیت ایشان بداند.

### یادداشتها

۱. جان دان، شاعر و روحانی انگلیس، در شعری که هشت روز پیش از مرگ خود در سال ۱۶۳۱ م. سروده این تعبیر را در مورد طیبیان به کار برده است؛ پزشکان، تشریح‌کنندگان نقشه جُلهان بدن آدم اند؛ آن‌ها، آن‌ها که انسان، خلاصه دناست:

See: *John Donne's poetry*, Selected and edited by Arthur L. Clements, (Norton and Company, 1992), p.128.

۲. وکفی بالله وکیلاً (قرآن کریم ۸۱/۴).
۳. آن طبیبان طبیعت دیگرند که به دل از راه نبضی بنگرند (مثنوی ۲۷۰/۳)
۴. در دم نهفته به ز طبیبان مدعی باشد که از خزانه غییم دوا کنند (حافظ)
۵. چنانکه در مورد حضرت موسی آمده است که هنگام بیماری از خوردن دارویی که بنی اسرائیل حاضر کرده بودند، خودداری کرد. ندا در رسید که اگر آن را نخورد، پروردگار هرگز شفایش نخواهد داد. رک. سید محمد جواد حسینی عاملی: مفتاح الکرامة ۲۷۰/۱۰ و امام محمد غزالی: کیمیای سعادت، ۵۶۲/۲.
۶. چنانکه سید محمد جواد حسینی عاملی می‌گوید: نصی ندیده‌ام که مراجعه به پزشک را واجب کرده باشد بل از جانب مخالف، اخباری هست که آیه‌ای از قرآن کریم یا تراب ضریح حضرت سیدالشهداء (ع) را شفای هر بیماری می‌داند. بنابراین شاید فقط بتوانیم بگوئیم که مراجعه به طبیب، واجبی تخییری است (مفتاح الکرامة، ۲۷۰/۱۰).
۷. گفت آری گر توکل رهبر است این سبب هم سنت پیغمبر است  
گفت پیغمبر به آواز بلند با توکل زانوی اشتر بسند  
رمز الکاسب حبیب‌الله شنو از توکل در سبب کاهل مشو  
(مثنوی ۹۱۳/۱)
۸. امام محمد غزالی: کیمیای سعادت ۵۶۷/۲.
۹. اشاره است به فرموده ایشان که: تداوا فانّ الذی أنزل الداء أنزل الدواء (خود را مداوا کنید؛ زیرا آنکه درد را فرستاده، درمان را نیز فرستاده است).
۱۰. امام محمد غزالی: همان، ۵۶۱.
۱۱. و اذا مرضت فهو یشفین. (قرآن کریم ۸۰/۲۶)
۱۲. از آستین طبیبان هزار خون بچکد گرم به تجربه دستی نهند بر دل ریش (حافظ)
۱۳. شعبه مدنی، ۲۰ مه ۱۹۳۶، سیری ۱۹۳۷-۱-۳۲۱.
۱۴. رک. لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ج ۱، ش ۷۷۷؛ مازو: دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۴۰۱؛ مارتی و رینو: حقوق مدنی، تعهدات، ج ۱، ش ۵۴۰.
۱۵. برای مطالعه بیشتر رک. دکتر کاتوزیان: الزامهای خارج از قرارداد، ش ۴۳.
۱۶. یادداشت اسمن بر رأی دیوان، ۳۰ اکتبر ۱۹۶۲، دالوز ۱۹۶۳، رویه قضایی، ص ۵۷؛ مازو و تنک: مسؤولیت مدنی، ش ۱۰۳-۲.
۱۷. رأی دیوان فرانسه، ۲۸ ژوئن ۱۹۶۰، مجله هفتگی حقوق ۱۹۶۰-۲-۱۱۷۸۷.

۱۸. ساواتیه: امپریالیسم پزشکان، دالوز، ۱۹۵۲، بخش نظریه‌ای حقوقی، ص ۱۵۷؛ مازو و تنک: ج ۱، ش ۵۱۰.
۱۹. رک. دایرةالمعارف حقوق تطبیقی، ۲۸/۶.
۲۰. رأی ۳ مارس ۱۹۵۹ دادگاه مارس، مجله هفتگی حقوق ۱۹۵۹-۱۱۱۱۸، و نیز رأی دادگاه ابتدایی Meaux، ۱۳ دسامبر ۱۹۶۱، گازیت دوپاله ۱۹۶۲-۲-۶۴.
۲۱. رأی ابتدایی Seine، ۳ مارس ۱۹۶۵، دالوز ۱۹۶۵، خلاصه، ص ۷۱.
۲۲. استیناف مون پولیه، ۱۰ مارس ۱۹۴۸، دالوز ۱۹۴۸، خلاصه، ص ۲۳.
۲۳. پژوهش پاریس، ۲۳ نوامبر ۱۹۵۹، مجله هفتگی حقوق، ۱۹۶۰-۲-۱۱۴۶۹.
۲۴. دیوان فرانسه، ۱۶ نوامبر ۱۹۶۵، دالوز ۱۹۶۶، رویه قضایی، ص ۶۱؛ نیز رک. مارتی و رینو، ج ۲، ش ۴۷۰.
۲۵. رأی ۱۷ دسامبر ۱۹۵۴، دالوز ۱۹۵۵، ص ۲۶۹؛ و در مورد تزریق سرم: رأی ۴ فوریه ۱۹۵۹، دالوز ۱۹۵۹، ص ۱۵۳.
۲۶. رک. حسن جعفری تبار: مسؤولیت مدنی سازندگان و فروشنندگان کالا، شماره‌های ۴۸ و ۵۵.
۲۷. پژوهش Toulouse، ۱۴ دسامبر ۱۹۵۹، دالوز ۱۹۶۰، ص ۱۸۱ و مجله هفتگی حقوق ۱۹۶۰-۲-۱۱۴۰۲.
۲۸. ژوئن ۱۹۶۲، دالوز ۱۹۶۲، خلاصه، ص ۱۰۰؛ ۱۳ ژانویه ۱۹۵۹، دالوز ۱۹۵۹، ص ۲۶.
۲۹. رک. مالر: پزشکی و حقوق جدید، ص ۸۸ و لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۴۷۸.
۳۰. لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۷۹۸.
۳۱. دادگاه مدنی بوردو Dordeaux، ۱۶ ژانویه ۱۹۵۰، دالوز ۱۹۵۰، رویه قضایی، ص ۱۲۲؛ و نیز رأی دیوان فرانسه، ۹ ژانویه ۱۹۷۳، گازیت دو پاله ۱۹۷۳-۱، خلاصه، ص ۱۰.
۳۲. پژوهش پاریس، ۲۱ ژوئیه ۱۹۵۳، دالوز ۱۹۵۳، رویه قضایی، ص ۶۳۷.
۳۳. رأی دیوان فرانسه، ۴ آگوست ۱۹۴۵، گازیت دو پاله ۱۹۴۷-۲-۹۹.
۳۴. پژوهش Aix، ۲۰ دسامبر ۱۹۶۲، گازیت دوپاله ۱۹۶۳-۱-۳۳۹.
۳۵. رک. لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۸۰۳، متها لالو و آزار، تعهد بیمارستان را در هر حال به وسیله می‌دانند؛ برای مطالعه بیشتر رک. مالر: پزشکی و حقوق جدید، ص ۱۰۱.
۳۶. دیوان فرانسه، ۴ ژانویه ۱۹۳۸؛ گازیت دوپاله ۱۹۳۸-۱-۴۷۵.
۳۷. پژوهش پاریس، ۹ فوریه ۱۹۶۲، دالوز ۱۹۶۲، خلاصه، ص ۷۵.
۳۸. پژوهش لیون، ۷ ژانویه ۱۹۵۲، دالوز ۱۹۵۲، رویه قضایی، ص ۹۷.
۳۹. برای مطالعه بیشتر رک. لالو، ش ۸۰۷.
۴۰. رک. سیدمحمد جواد عاملی: مفتاح الکرامة، ج ۱۰، ص ۲۷۰.

۴۱. ولقد کرمتنا بنی آدم (قرآن کریم ۷۱۱-۷۰).  
۴۲. لقد خلقنا الانسان فی احسن تقویم (قرآن کریم ۴/۹۵).  
۴۳. رک. لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۴۷۴.  
۴۴. دادگاه پاریس، ۷ مارس ۱۹۵۲، دالوز ۱۹۵۲، ۳۶۷؛ دادگاه لیون، ۱۷ نوامبر ۱۹۵۲، دالوز ۱۹۵۳، ۲۵۶؛ رأی ۲۷ اکتبر ۱۹۵۲، دالوز ۱۹۵۳، ۶۵۸؛ رأی دادگاه نیس، ۱۶ ژانویه ۱۹۵۴، دالوز ۱۹۵۴، ۱۷۸.

۴۵. چنانکه قاضی هومز در دعوی Ford V. Ford (1887) می‌گوید:

The absence of lawful consent is part of the definition of assault.

۴۶. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع ۵/۲۶۰. در حقوق اروپا و امریکا، سخن از اذن و رضایت است (Consent) نه برائت. این اذن است که طبیب را از مسؤولیت می‌رهاند.  
۴۷. محقق حلی می‌گوید: «و المجنی علیه اذا اذن فی الجنایة سقط ضمانها فکیف باذنه فی المباح»، به نقل از مفتاح الکرامه ۱۰/۲۷۲.  
۴۸. وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۹۴، باب ۲۴ از ابواب موجبات ضمان: من تطیب او تیطر فلیأخذ البرائة من ولیه و الا فهو ضامن.  
۴۹. رک. مفتاح الکرامه، ۱۰/۲۷۲ و ۲۷۳؛ و المراد بالابراء عدم المواخذة و عدم ثبوت حق لو حصل الموجب و لا استبعاد فی لزوم الوفاء به.  
۵۰. ادب قانون‌نویسی اقتضاء می‌کرد که دو ماده جداگانه به طبیب و بیطار اختصاص داده شود تا ولی بیمار و صاحب حیوان دوشادوش هم قرار نگیرد. حتی قانون‌نویسان حمورابی نیز به این ادب متأدب بوده‌اند؛ چه در ماده ۲۱۸ آن قانون از جراح سخن گفته‌اند و در ماده ۲۲۵ از بیطار (رک. قانون‌نامه حمورابی، ترجمه کامیار عبدی، سازمان میراث فرهنگی کشور، ۱۳۷۳).  
۵۱. یوسف نوبخت: نظریه‌های حقوقی در قلمرو پزشکی، انتشارات کیهان، ۱۳۷۳، ش ۱۱۴.  
۵۲. دکتر کاتوزیان: الزامهای خارج از قرارداد، ش ۱۶۴ و ۱۶۵.  
۵۳. رک. دکتر کاتوزیان: الزامهای خارج از قرارداد، ش ۱۶۲ (۴) و نیز لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۷۸۵.

54. Sidaway V. Bethlem Royal Hospital (1985).

۵۵. رک. کارل هارلو: مسؤولیت مدنی، ص ۴۹.

56. Smith V. Auckland Hospital Board (1965).

۵۷. این نکته نیز استطراداً ذکر می‌گردد که چون بیماران گاه از اثبات کامل رابطه سببیت در می‌مانند، رویه قضایی فرانسه با این استدلال که بیمار، «شانس زنده ماندن» (Les Chance de Survie) یا «شانس درمان یافتن» (Les Chance de guérison) و یا «شانس دور بودن از خسارت»

(Les Chance d'ériter le préjudice) را از دست داده است به جبران جزئی خسارت حکم داده است (رأی ۱۸ مارس ۱۹۶۹ مجله هفتگی حقوق ۱۹۷۰-۲-۱۶۴۲۲: رأی دیوان، ۱۴ دسامبر ۱۹۶۵، مجله هفتگی حقوق ۱۹۶۶-۲-۱۴۷۵۳: رأی ۲۵ می ۱۹۷۱، مجله هفتگی حقوق ۱۹۷۱-۲-۱۶۸۵۹: رأی ۲۷ ژانویه ۱۹۷۰؛ دالوز ۱۹۷۰، خلاصه، ص ۷۰). رک. لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۲۶۷ و برای نقد این نظریه در حقوق ایران رک. دکتر کاتوزیان: همان، ش ۱۶۷.

۵۸. رأی ۱۳ فوریه ۱۹۶۷، دالوز ۱۹۶۸، ۳۹، رک. لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۴۵۴.

۵۹. رک. کورپوس ژوریس، ش ۵۱.

۶۰. دایره جنایی دیوان فرانسه، ۳۰ اکتبر ۱۹۷۴، مجله هفتگی حقوق ۱۹۷۵-۲-۱۸۰۳۸.

۶۱. کورپوس ژوریس، ش ۵۰.

۶۲. گلستان سعدی، باب ۷، حکایت ۱۴.

۶۳. کسی که خود را طبیب وانمود می‌کند.

۶۴. رک. مفتاح الکرامه، ۲۶۹/۱۰: از قول مقدس اردبیلی می‌نویسد: هیچ تردیدی نیست که پزشک

غیرحاذق (= قاصرالمعرفة) ضامن است.

۶۵. من تطیب و لم یعلم منه طب من قبل فهو ضامن.

۶۶. قابوس‌نامه، به تصحیح غلامحسین یوسفی، ص ۱۸۱.

۶۷. مفتاح الکرامه، ۲۷۱/۱۰: و المفروض انه حاذق فعل مقتضی علمه و اجتهد و ما قصر مع انه

استاذن.

۶۸. چند روزی جهت تجربه بیماراش کن با طبیبی دغلی پیشه سروکارش ده (غزلیات شمس)

۶۹. طبیبی که به واقع طبیب نیست؛ کلاشی و دکانداری را بر سر راه نشیند:

طیب راه‌نشین درد عشق نشناسد برو به دست کن ای مرده دل مسیح دمی

(حافظ)

متاع من که خرد در دیار فضل و ادب؟ حکیم راه‌نشین را چه رفت در یونان؟

(سعدی)

۷۰. Homéopathe: کسی که بیماریها را با عواملی که قرابت و شباهتی با عضو مریض داشته باشد،

معالجه می‌کند. رک. لالو و آزار: مسؤولیت مدنی، ش ۷۸۱.

۷۱. رأی ۴ نوامبر ۱۹۶۴، گازیت دو پاله ۱۹۶۵-۱-۴۳ و نیز رأی دادگاه مون پولیه ۱۴ دسامبر ۱۹۵۴،

دالوز ۱۹۵۵، ۷۴۵.

۷۲. drugless healer: کسی که بیماری را از طریق روحی و مطابق اصول مسیحیان درمان می‌کند.

۷۳. کورپوس ژوریس، ج ۷۰، ش ۴۸ (m) و دعوی Kelly V. Karroll

۷۴. شعبه مدنی، ۳ آوریل ۱۹۳۹، دالوز هفتگی، ۱۹۳۹، ۳۳۷.
۷۵. رأی فرانسوی، ۱۹ فوریه ۱۹۵۹، دالوز ۱۹۵۹، خلاصه. ۶۲.
۷۶. دادگاه مون پولیه، ۲۱ دسامبر ۱۹۷۰، دالوز ۱۹۷۱، ۶۳۷.
۷۷. رأی فرانسوی ۲۷ مه ۱۹۷۰، دالوز ۱۹۷۰، خلاصه، ۱۸۶.
۷۸. دادگاه Aix، ۱۰ نوامبر ۱۹۵۳، دالوز ۱۹۵۴، ۱۱.
۷۹. کورپوس ژوریس، ج ۷۰، ش ۴۸ (i)؛ به این‌گونه دعوی *Sponge Cases* اطلاق می‌شود.
۸۰. رأی فرانسوی ۱۹ ژوئن ۱۹۵۱، دالوز ۱۹۵۲، خلاصه، ۳۱.
۸۱. دادگاه Amiens، ۱۵ فوریه ۱۹۶۲، گازیت دو پال- ۱۹۶۲-۱-۲۶۲.
۸۲. شعبه مدنی دیوان عالی فرانسه، ۱۸ اکتبر ۱۹۶۰، مجله هفتگی حقوق ۱۹۶۱-۲-۱۱۸۴۶.
۸۳. کورپوس ژوریس، ج ۷۰، ش ۵۴.
۸۴. لالو و آزار: مسئولیت مدنی، ش ۷۹۹ تا ۸۰۱.
۸۵. رأی فرانسوی ۲۷ می ۱۹۷۰، دالوز ۱۹۷۰، خ ۱۸۶.
۸۶. کورپوس ژوریس، ج ۷۰، ش ۵۴.
۸۷. رأی فرانسوی ۱۳ مه ۱۹۵۹، دالوز ۱۹۵۹، خلاصه، ۱۰۷ و در حقوق ایالات متحده پرونده *Dahl V. Wagner*
۸۸. رأی فرانسوی ۱ ژوئیه ۱۹۵۸، دالوز ۱۹۵۸، ۶۰۰ و در حقوق ایالات متحده، دعوی *Stone V. Goodman*.
۸۹. دادگاه Douai، ۱۶ مه ۱۹۳۶، دالوز هفتگی، ۱۹۳۶، ۴۳۵ و نیز دادگاه Aix، ۱۴ فوریه ۱۹۵۰، گازیت دوپاله ۱۹۵۰-۱-۲۸۲ و در حقوق امریکا دعوی *Mc Hugh V. Audet*
۹۰. کورپوس ژوریس، ج ۷۰، ش ۴۴.
91. *Le malade court le risque de voire le médecine ou le chirurgien se tromper.*
۹۲. عنصرالمعالی کیکاووس: قابوس‌نامه، به تصحیح غلامحسین یوسفی، ص ۱۸۱.
۹۳. پیش‌زاهد از رندی دم‌مزن که توان گفت با طبیب نامحرم حال درد پنهانی (حافظ) در حقوق ایالات متحده نیز، حفظ اسرار، حقی است که بیمار برگردن پزشک دارد. رک. فرهنگ بلک، ذیل
- Patient - Physician Privilege.*
۹۴. به این عمل در حقوق فرانسه *dichotomie* گفته می‌شود. رک. ریپر: قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، ش ۲۷، ص ۵۳.
۹۵. *good samaritan rule* (قاعده سامری نیکو): اصطلاحی است که از انجیل لوقا (باب ۱۰

- آیات ۳۰ تا ۳۷) برگرفته شده است. برای این اصطلاح حقوقی رک. فرهنگ بلک، ص ۶۹۴، دایرةالمعارف بین‌المللی حقوق تطبیقی ۳۶/۶.
۹۶. Doctrine of charitable immunity: البته این نظریه امروزه در مورد حقوق پزشکی تقریباً فراموش شده است: رک. دایرةالمعارف حقوق تطبیقی ۸۴/۶ و فرهنگ بلک، ص ۲۳۴.
۹۷. در حقوق انگلیس رک. استریت: مسؤولیت مدنی، ص ۲۵ (دعوی De Frevill V. Dill (1927) و در حقوق امریکا رک. کورپوس ژوریس، ج ۷۰، ش ۴۹).