



دانشگاه علامه طباطبائی
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رضایت در انجام اعمال درمانی و تاثیر آن بر مسئولیت مدنی پزشک

نگارش: محمد جواد صادقی

استاد راهنما:

دکتر حبیب‌اله رحیمی

استاد مشاور:

دکتر علی تقی‌زاده

شهریور ماه ۱۳۹۱



تقدیم بہ:

ساحت مقدس حضرت ولی عصر (عج)

و

تقدیم بہ پدر و مادر عزیز

و

ہمسرمہ بانم

قدردانی:

در اینجا بر خود لازم می دانم کہ از زحمات ہمہ کسانی کہ در بہ ثمر نشستن این اثر مرایاری کردند شکر و قدردانی کنم. مخصوصاً از راہنمایی ہای ارزندہ و تلاش ہای بی شائبہ استاد کرامتقدرو بزرگوارم جناب آقای دکتر حبیب الہ رحیمی کمال شکر را دارم. از زحمات و مساعدت ہای اساتید محترم جناب آقای دکتر تقی زاوہ و سرکار خانم دکتر جوانمردی نیز بسیار سپاسگزارم.

چکیده

جهت انجام اعمال طبی و جراحی اشخاص، باید از خود فرد یا ولی او رضایت (اذن و براءت) گرفت چرا که در صورتی که عمل مذکور بدون اذن ایشان باشد جرم محسوب می‌شود اما در صورتی که اذن باشد اما براءت اخذ نشود؛ در صورت تلف جان یا نقص عضو بیمار، پزشک تنها مسئولیت مدنی دارد مگر اینکه عدم تقصیر خود را ثابت کند. اما در صورت اخذ براءت، در فرض تلف جان و یا نقص عضو بیمار، پزشک ضامن نیست مگر اینکه تقصیر پزشک ثابت شود.

ماهیت رضایت اعم از اعمال و وقایع حقوقی است: در مورد اعمال حقوقی رضایت می‌تواند در قالب عقد و یا ایقاع محقق گردد اما در ارتباط با وقایع حقوقی، رضایت در قالب پذیرش خطر محقق می‌گردد.

جهت اخذ رضایت محجورین اعم از صغار، مجانین و سفهاء رضایت سرپرست ایشان لازم است اما در مورد افراد عاقل بالغ رشید اصل بر عدم نیاز به رضایت دیگری است. اما در ارتباط با بیمار بالغ عاقل رشید ناهوشیار، اخذ رضایت حاکم بر مبنای قاعده‌ی «الحاکم ولی من لا ولی له» لازم به نظر می‌رسد.

رضایت در قالب عمل حقوقی باید شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی را دارا باشد اما رضایت زیان‌دیده در قالب واقعه‌ی حقوقی (پذیرش خطر) باید حداقل سه شرط قوه‌ی تمیز زیان‌دیده، علم و آگاهی زیان‌دیده به خطری که می‌پذیرد و اینکه زیان‌دیده چاره و راه علاج دیگری نیز داشته باشد را دارا باشد.

فهرست مطالب

۳	فهرست علائم اختصاری
۴	مقدمه
۹	بخش اول) مفهوم و ماهیت رضایت
۹	گفتار اول) مفهوم و ماهیت رضایت
۱۰	الف) اذن
۱۲	ب) ابراء(براءت)
۱۵	ج) شرط عدم مسئولیت
۱۷	د) پذیرش خطر
۱۹	گفتار دوم) انواع رضایت
۱۹	الف) رضایت صریح و ضمنی
۲۱	ب) رضایت کتبی و شفاهی
۲۳	بخش دوم) مبانی رضایت
۲۵	گفتار اول) مبانی رضایت محجورین
۲۵	الف) رضایت صغار
۲۷	ب) رضایت مجنون
۲۷	ج) رضایت سفیه
۲۹	گفتار دوم) مبانی رضایت افراد دارای اهلیت
۲۹	الف) رضایت افراد ناهوشیار
۴۲	ب) رضایت افراد هوشیار
۴۶	ج) رضایت زوج
۵۶	گفتار سوم) استثنائات رضایت
۵۶	الف) موارد فوری(اورژانس)

۶۰	ب) استثنائات حکومتی
۶۳	بخش سوم) شرایط رضایت
۶۳	گفتار اول) شرایط رضایت به عنوان یک عمل حقوقی
۶۳	الف) قصد و رضا
۶۹	ب) اهلیت
۷۱	ج) موضوع رضایت
۷۵	د) مشروعیت جهت رضایت
۷۶	گفتار دوم) شرایط رضایت به عنوان یک واقعه حقوقی (پذیرش خطر)
۷۶	الف) اهلیت (قوه تمیز)
۸۱	ب) علم و آگاهی
۸۲	ج) چاره‌ی دیگری باشد
۸۴	بخش چهارم) آثار رضایت
۸۴	گفتار اول) دعوای مسئولیت مدنی علیه پزشک
۸۴	الف) اصحاب دعوی
۸۴	۱- خواهان
۸۶	۲- خوانده
۸۷	ب) دادگاه صالح
۸۸	گفتار دوم) آثار رضایت بر مسئولیت مدنی پزشک
۸۸	الف) تغییر مبنای مسئولیت
۹۳	ب) سقوط مسئولیت
۹۴	ج) کاهش مسئولیت
۹۵	نتایج تحقیق
۹۹	منابع و مآخذ

فهرست علائم اختصار

ج	جلد
ش	شماره
ص	صفحه
ره	رحمة الله عليه
ع	عليه السلام
ق.م.	قانون مدنی
ق.م.ا.	قانون مجازات اسلامی
م	میلادی
ه.ش.	هجری شمسی
ه.ق.	هجری قمری

مقدمه

الف) بیان مسأله و انگیزه‌ی انتخاب آن

خداوند به انسان کرامت ذاتی داده است (و لقد کرّمنا بنی آدم^۱) و این کرامت علاوه بر بعد روحانی انسان، شامل جسم او نیز می‌شود. به همین خاطر است که تقریباً در تمامی سیستم‌های حقوقی برای اینکه عمل جراحی یا طبی پزشکی، مشروع و قانونی باشد؛ وی باید قبل از شروع به کار، رضایت بیمار یا ولی او را به دست آورد. در سیستم حقوقی ما نیز همانند فقه امامیه، پزشک باید رضایت بیمار یا اولیاء او را اخذ نماید (مواد ۵۹(بند ۲)، ۶۰، ۳۱۹ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی). به علاوه وقتی بدون مجوز قانونی و اذن مالک، نمی‌توان در مال کسی تصرف نمود؛ به طریق اولی، اذن شخص، برای تصرف در تمامیت جسمانی وی ضروری است (جعفری تبار، ۱۳۷۷: ۶۳).

آنچه که لازم است بررسی شود این است که ماهیت رضایت چیست. آیا یک عمل حقوقی است یا یک واقعه حقوقی. اگر عمل حقوقی است؛ عمل حقوقی یک جانبه است یا دو جانبه. و بعد از آن مبانی فقهی حقوقی لزوم اخذ رضایت بیمار در مورد بیماران محجور و غیر محجور باید بررسی شود. در قسمت رضایت بیماران غیر محجور، رضایت بیماران هوشیار از بیماران ناهوشیار باید تفکیک شود و به صورت علی‌حده مورد بررسی قرار گیرد. در بخش بعدی شرایط یک رضایت صحیح باید مورد بررسی و مذاقه قرار گیرد که با توجه به ماهیت رضایت (عمل حقوقی و واقعه حقوقی)، این شرایط متفاوت خواهد بود. در آخر هم آثار رضایت بر مسئولیت مدنی پزشک است که باید مورد تامل واقع شود. آیا رضایت فرد، مسئولیت مدنی پزشک را به طور کلی منتفی می‌کند و یا اینکه لزوماً باعث زوال مسئولیت پزشک نمی‌شود.

آنچه که باعث و محرک نگارنده در انتخاب این موضوع بود؛ پرداخته نشدن به بسیاری از این مباحث و یا عدم عمق علمی لازم در مسائل مطرح شده حول این موضوع و همچنین علاقه‌ای بود که نگارنده شخصا به مباحث حقوق پزشکی دارد.

(ب) ضرورت و اهمیت بحث

اهمیت بحث، زمانی روشن می‌شود که با جهل به ماهیت، مبانی، شرایط و آثار رضایت، رضایت بیمار اخذ شود و در نتیجه رضایت مخدوش باشد و مورد قبول مراجع قانونی قرار نگیرد و یا در مواردی که اخذ رضایت لازم است؛ اخذ نشود و در موارد غیر ضرور، اخذ شود و یا رضایت شخص دیگری نیز لازم باشد و پزشک به آن جاهل باشد و مواردی دیگر، که همه این موارد می‌تواند حداقل سبب مسئولیت مدنی پزشک را فراهم کند. هر چند در برخی موارد ممکن است مسئولیت کیفری نیز برای پزشک داشته باشد.

(ج) سوالات تحقیق

(۱) سوال اصلی

ماهیت، مبانی، شرایط و آثار رضایت در انجام اعمال درمانی چیست؟

(۲) سوالات فرعی

۲-۱) ماهیت حقوقی رضایت چیست؟

۲-۲) مبانی و شرایط یک رضایت صحیح و قانونی چه خواهد بود؟

۲-۳) تاثیر رضایت بر مسوولیت مدنی پزشک به چه شکل است؟

(د) فرضیات تحقیق

(۱) فرضیه اصلی

به نظر می‌رسد که رضایت می‌تواند هم در قالب یک عمل حقوقی یک جانبه باشد و هم می‌تواند در قالب یک عمل حقوقی دو جانبه باشد که در هر دو صورت شرایط اساسی آن همان شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق.مدنی خواهد بود. اخذ رضایت نیز لزوماً مسئولیت مدنی پزشک را زایل نمی‌کند و یا حتی ممکن است کاهش هم ندهد.

۲) فرضیات فرعی

- ۲-۱) ماهیت حقوقی رضایت می‌تواند یک عمل حقوقی یک جانبه و یا دو جانبه باشد.
- ۲-۲) در صورتی که رضایت را یک عمل حقوقی بدانیم شرایط اساسی آن همان شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی خواهد بود.
- ۲-۳) اخذ رضایت نیز لزوماً مسئولیت مدنی پزشک را زایل نخواهد کرد و حتی ممکن است کاهش هم ندهد.

۵) پیشنهادی تحقیق و نقایص کارهای سابق

در مورد موضوعات مختلف حقوق پزشکی مطالعات و تحقیقات بسیاری شده است که بعضاً به طور مستقیم یا غیر مستقیم به بررسی این موضوع نیز پرداخته‌اند. علاوه بر منابع فقهی که فقهای عظام در طول قرن‌های متمادی به بررسی این موضوع پرداخته‌اند و همان تالیفات راهنمای قانون‌گذار در این باره بوده است [از قبیل: الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه تالیف شهید ثانی، جواهر الکلام تالیف شیخ محمد حسن نجفی، تحریر الوسيله تالیف امام خمینی (ره)] کتب و مقالاتی نیز توسط حقوقدانان به رشته تحریر در آمده است، از قبیل:

۱) کتب: رضایت به درمان، نقش رضایت در پژوهش‌های علوم پزشکی، تحولات حقوقی در مسئولیت پزشکی، مسئولیت پزشکی، حقوق و مسئولیت پزشکی در آیین اسلام تالیف دکتر محمود عباسی؛ حقوق پزشکی تالیف شیرین عبادی.

۲) مقالات: اعمال پزشکی از دیدگاه قانون تالیف منصور خلعتبری، آیا پزشک ضامن است تالیف حجت الاسلام دکتر حبیب ... طاهری، ضمان پزشک در فقه و حقوق اسلامی تالیف سرور میر هاشمی، رضایت و گذشت در قانون مجازات اسلامی تالیف مجتبی فرح بخش، رضایت به جنایت تالیف دکتر محمد هادی صادقی، بررسی نحوه اخذ رضایت نامه و برائت نامه از بیماران بستری در بخش های جراحی تالیف فخرالدین تقدسی نژاد، کیفیت اخذ رضایت آگاهانه از بیماران بستری تحت عمل جراحی تالیف عباس شیخ طاهری.

۳) پایان نامه: بررسی فقهی و حقوقی رفتار و اعمال پزشکی تالیف عبدالرضا جان بزرگی، مسئولیت مدنی و کیفری پزشک تالیف وجیهه اسماعیلی.

با این وجود باید گفت هر چند در این آثار (کتب، مقالات و پایان‌نامه‌ها) برخی از موضوعات مطروحه در این رساله مطرح شده است اما بررسی و تحلیل دقیقی از بسیاری از این مسائل و موضوعات ارائه نشده است افزون بر اینکه در برخی موارد اصلا [حداقل در حقوق داخلی] تا به حال بحثی نشده است و لذا کماکان نیازمند بررسی دقیق و موشکافانه است.

باید گفت که عیب تقریباً تمامی کارهای صورت گرفته این است که مبنای فقهی حقوقی قوی ندارند و به مسائل به صورت بسیار خلاصه و گذرا پرداخته شده است در عین حال که به صورت جامع و کامل به این موضوع پرداخته نشده است و مخصوصاً جزئیات آن اصلا محل بحث نبوده است.

و) ابعاد کاربردی تحقیق

این تحقیق نیز بی‌تردید سنگی است بر بنایی که دیگران تا بدینجا رسانده‌اند و بی‌گمان عاری از عیب و نقص نخواهد بود. از این رو از پیشنهادات و انتقادات علمی و سازنده استقبال می‌کنیم اما با این وجود امیدواریم که این نوشتار بتواند به اما و اگرهایی که در این زمینه وجود دارد پاسخ داده و مورد استفاده اعضای جامعه حقوقی قرار بگیرد و حتی ممکن است بتواند مقدمه تدوین لایحه‌ای در این رابطه باشد.

ز) روش تحقیق

روش تحقیق این نوشتار به صورت *تحلیلی-توصیفی* و روش گردآوری اطلاعات نیز به صورت کتابخانه‌ای بوده است.

ح) ساختار تحقیق

سیر تحقیق علمی و استاندارد موضوعات حقوقی در مباحثی از قبیل «رضایت» این است که پس از بررسی مفهوم و ماهیت آن، مبانی، شرایط و آثار آن مطالعه شود و این شیوه‌ای است منطقی و منظم که برای بررسی جامع و مانع موضوعات، در میان نویسندگان حقوقی متعارف است که ما نیز به تبع اساتید بزرگ حقوق از آن پیروی می‌کنیم. از این رو این نوشتار نیز بر اساس همین منطق در ۴ بخش تدوین شده است:

بخش اول) مفهوم، ماهیت و انواع رضایت

بخش دوم) مبانی رضایت

بخش سوم) شرایط رضایت

بخش چهارم) آثار رضایت

بخش اول) مفهوم، ماهیت و انواع رضایت

این بخش را در دو گفتار بررسی می‌کنیم. گفتار اول به مفهوم و ماهیت رضایت می‌پردازد و گفتار دوم نیز انواع رضایت را مورد بررسی قرار می‌دهد:

گفتار اول) مفهوم و ماهیت رضایت

رضایت در لغت به معنای قبول، خشنودی و رخصت آمده است و با اینکه از ریشه «رضو» می‌باشد و ظاهراً عربی است اما گفته شده که از مصادر مجعول است که به جای رضا و رضوان استعمال می‌شود و اگر هم در زبان عربی موجود می‌بود می‌بایست «رضاوت» باشد زیرا ماده‌ی کلمه، واوی است و قلب «ا» به «ی» صحیح نیست (دهخدا، ۱۳۳۹: ۴۹۳ و ۴۹۴).

در تعریف رضایت زیان دیده در مسئولیت مدنی گفته شده: «رضایت زیان دیده به معنای قبول و تحمل ضرر و یا قبول خطر وقوع آن از ناحیه زیان دیده می‌باشد» (کاظمی، ۱۳۷۷: ۱۱). در فرهنگ لغت حقوقی BLACK در تعریف اصطلاح consent که معادل رضایت می‌باشد گفته شده: «توافق، موافقت یا اجازه، درباره‌ی عمل یا مقصودی است که به طور ارادی به وسیله شخص دارای اهلیت داده می‌شود» (Graner, 2004: 323).

در حقوق موضوعه، رضایت در معنای عام خود اعم از اذن، براءت و قرارداد (شرط) عدم مسئولیت است (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۸۱؛ کاظمی، ۱۳۷۷: ۱۱ به بعد). به عبارت دیگر، رضایت ممکن است به وسیله عمل حقوقی یک جانبه (اذن و براءت) و یا عمل حقوقی دو جانبه (قرارداد عدم مسئولیت) ابراز شود. البته این مصادیق، تفاوت‌های جزئی و ظریفی نیز با هم دارند که حسب مورد به آنها اشاره خواهد شد.

الف) اذن

اذن در لغت به معنای اعلام، اجازه و رخصت، امر و فرمان، اطاعت و اراده آمده است (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۶: ۱۹۹ و ۲۰۰؛ قرشی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۵۶). در فرهنگ لغت حقوقی Black در توضیح واژه permission که تقریباً معادل اذن می‌باشد گفته شده «عمل اجازه دادن؛ اجازه یا اختیار، برای انجام چیزی» (Graner, 2004: 1176) و در اصطلاح حقوقی، «انشای رضایت مقنن یا مالک (یا نماینده‌ی قانونی او) یا کسی که قانون برای رضایت او اثری قائل شده است، به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین، برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی» می‌باشد (فصیحی زاده، ۱۳۷۷: ۲۶).

در مورد اینکه اذن عمل حقوقی است یا واقعه‌ی حقوقی، اختلاف نظر است^۱. اما به نظر می‌رسد با توجه به اینکه فرد اذن دهنده (آذن) به هنگام دادن اذن، مفهومی حقوقی را انشاء می‌کند؛ اذن عمل حقوقی باشد. و روشن است که چون تنها اراده آذن در آن موثر است از این رو ایقاع است.

ماهیت حقوقی رضایت نامه‌هایی که در حال حاضر در بیمارستان‌ها و سایر مراکز درمانی به صورت انفرادی توسط بیمار یا ولی او تکمیل می‌شود، اذن است؛ چرا که اثر حقوقی آن تنها اباحه و جواز تصرف است و این مطلب به روشنی از متون فقهی و قانونی قابل استنباط است چرا که فقها در کتب و فتاوی فقهی، هر وقت که به این موضوع وارد شده اند از اصطلاح «اذن» استفاده کرده اند. به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

۱- برای دیدن نظر کسانی که اذن را عمل حقوقی می‌دانند رجوع کنید: کاتوزیان، ۱۳۷۷: ش ۳۲؛ مراغی ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۸؛ و برای دیدن نظر کسانی که اذن را واقعه حقوقی می‌دانند رجوع کنید: کمپانی اصفهانی؛ ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۴۷.

«پزشک از مال خود، ضامن تلف جان و یا عضو است که به سبب معالجه‌اش تلف می‌کند؛ چرا که تلف، مستند به فعل اوست ... هر چند که احتیاط کند و تلاش نماید و بیمار نیز اذن داده باشد»^۱ (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۴۱۸).

«پزشک ضامن آن چیزی است که به سبب معالجه‌اش تلف می‌کند اگر که از لحاظ علمی یا عملی قاصر باشد هر چند ماذون باشد یا اینکه شخص محجوری را بدون اذن ولی‌اش یا بالغی را بدون اذن خود وی معالجه کند هر چند که در کارش عالم و مورد اعتماد باشد»^۲ (امام خمینی (ره)، بی تا، ج ۲: ۵۶۰).

«پزشک ضامن آن چیزی است که به سبب معالجه‌اش تلف می‌کند اگر که قاصر باشد یا اینکه صغیر یا مجنونی را بدون اذن ولی‌اش یا بالغی را بدون اذن خودش معالجه کند...»^۳ (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۲۳۱).

در مورد اینکه اذن، لازم است یا جایز؛ با توجه به اینکه اصله اللزوم همان گونه که در عقود جاری است در ایقاعات نیز جریان دارد. بنابراین اصل در ایقاعات نیز لزوم است مگر اینکه دلیلی بر جایز بودن ایقاعی ارائه شود (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۶).^۴ استقراء در مواد قانونی ما را به این نتیجه می‌رساند که ایقاعات لازم سه دسته اند: یا فرد تعهدی برای خود به نفع دیگری ایجاد می‌کند یا عملی حقوقی

۱- «الطبيب يضمن في ماله ما يتلف بعلاجه نفسا و طرفا، لحصول التلف المستند الى فعله ... و ان احتاط و اجتهد و اذن المريض»

۲- «الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه إن كان قاصرا في العلم أو العمل و لو كان مأذونا، أو عالج قاصرا بدون إذن وليه أو بالغاً بلا إذن و إن كان عالماً متقناً في العمل»

۳- «الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه إن كان قاصرا أو عالج طفلاً أو مجنوناً لا بإذن الولي أو بالغاً لم يأذن...»

۴- «والحق ان الاصل في كل عقد و ايقاع عدم جواز رفع آثاره و فسخه الا بدليل و ذلك لوجوه: والاول، ان العقد او الايقاع اذا تحقق توجب اثر شرعي عليه... و بالجمله لا ريب ان الاسباب الشرعيه بعد تحققها يترتب عليها آثارها، فاذا شك في اللزوم و الجواز، فلازمه الشك في انه لو فسخ هذا السبب هل يبطل ذلك المسبب الثابت ام لا بل هو باق على حاله...» (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۶).

را منحل می کند (مانند رد معامله فضولی) و یا اینکه حقی را اسقاط می کند (مانند ابراء و یا اسقاط اختیار شرط) که همه ی این موارد لازم اند. اما اذن جزء هیچ یک از این موارد نیست چرا که هدف از آن ایجاد تعهد، اسقاط حق و یا انحلال عمل حقوقی نیست بلکه فرد صرفاً می خواهد که بدین وسیله به دیگری اذن دهد یا کاری را بر او مباح سازد. مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی نیز که رجوع از اذن را ممکن دانسته است در واقع نمونه هایی از جواز^۱ ایقاع مبتنی بر اذن است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ش ۲۷). بنابراین اذن یک ایقاع جایز است.

(ب) ابراء (برائت)

ابراء در اصطلاح حقوقی به این معناست که داین به اراده ی خود و به صورت یک طرفه از حق خود بگذرد هر چند مدیون راضی نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱: ش ۲۵۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ش ۲۱۰). بنابراین همان طور که روشن است ابراء یک ایقاع و بلکه از روشن ترین مصادیق آن است (مشکینی، بی تا: ۳۲). اما با بررسی عبارات فقها می توان به این نتیجه رسید که منظور ایشان از «ابراء پزشک»، ابراء به معنای مصطلح که در بالا تعریف شد نیست. بلکه عبارات فقها حاکی از آن است که منظورشان از «اخذ برائت» در واقع همان «اذن به اتلاف» یا «رضایت به خسارت» است. برای تایید این نظر می توان به دلایل زیر تمسک جست:

۱) مشهور فقها در رد دلایل طرفداران نظریه غیر مشهور که به استناد اذن بیمار به معالجه، مدعی عدم مسئولیت پزشک اند، پاسخ می دهند که بیمار اذن به معالجه داده است نه اتلاف. از مفهوم این عبارت که در کتب بسیاری از فقها نقل شده است می توان استنباط کرد که از دیدگاه مشهور، چنانچه ثابت شود که بیمار به زیان و تلف ناشی از معالجه اذن داده است (رضایت داشته است)؛ پزشک مسئول

۱- جواز در مقابل لزوم.

نیست. اخذ براءت موضوعیتی ندارد بلکه راهی است برای احراز رضایت بیمار به زیان ناشی از معالجه (کاظمی، ۱۳۸۹: ۳۰۱ به بعد).

۲) به علاوه بسیاری از فقها در پاسخ به این ایراد طرفداران نظریه غیر مشهور که معتقدند ابراء پزشک قبل از انجام عمل، ابراء ما لم یجب است؛ «اخذ براءت» را به «اذن» و «رضایت» تحلیل نموده و در واقع آن را نوعی رضایت به خسارت دانسته‌اند. به عنوان نمونه به عبارات برخی از ایشان اشاره می‌شود:

صاحب جواهر در پاسخ ایراد ابن ادریس که ابراء پزشک قبل از انجام عمل را ابراء ما لم یجب می‌داند؛ صریحا و ضمنا، ابراء پزشک را «اذن به اتلاف» و «رضایت به خسارت» می‌داند؛ نه ابراء به معنای مصطلح فقهی:

«... به علاوه در مورد اموال می‌توان گفت؛ جواز اخذ براءت قطعی است؛ که مورد دامپزشکی از جمله‌ی اموال است زیرا براءت نوعی اذن در اتلاف است؛ همانند سایر موارد اتلاف، در مواردی که جنبه عقلایی دارد. از این تحلیل، جواز براءت در مورد غیر اموال را که شخص مجاز و ماذون است و جنبه‌ی عقلایی دارد می‌توان استنباط کرد چنانکه در مورد معالجه چنین است. این امر از مصادیق ابراء قبل از ثبوت حق (دین) نیست بلکه اذن در امری است که مقتضی عدم ثبوت حق است همانند اذن در خوردن مال. و ظاهرا اذن بیمار در فرض بلوغ و عقل معتبر است...»^۱ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۴۸).

۱- «...کل ذلك مضافا إلى إمكان القطع به فی مثل الأموال التي منها ما هو محل البيطرة ضرورة أنه إذن فی الإتلاف علی وجه یجری مجری أفعال العقلاء نحو غیره من الإتلافات. و منه یعلم الوجه فی غیر المال مما له الإذن فيه إذا كان جاریا مجری أفعال العقلاء كما فی العلاج. و لیس هذا من الإبراء قبل ثبوت الحق، بل من الإذن فی الشيء المقتضی لعدم ثبوته، نحو الإذن فی أكل المال مثلا، و الظاهر اعتبار إذن المريض فی ذلك مع فرض كونه كامل العقل...»

برخی از فقهای معاصر نیز «اخذ براءت» را در واقع «اذن به اتلاف» می‌دانند نه براءت اصطلاحی و در توجیه آن می‌نویسند:

«اخذ براءت در اینجا به معنای اذن در مجانیت و رفع ضمان است که موضوع ضمان را از بین می‌برد زیرا از مصادیق اقدام بر مجانیت است. پس موضوع ضمان، هم از لحاظ عقلی و هم بر مبنای روایاتی که از آن قاعده اتلاف استنباط می‌شود منتفی است. این امر (سقوط ضمان)، در اثر اذن در اتلاف، در امور مالی روشن است. اما در مورد ضمان دیه، اگر دلیل ضمان، قاعده اتلاف باشد همین حکم است و چنانچه دلیل آن ادله دیه خطا باشد نیز بنابر قول مشهور که با رضایت و اذن مجنی‌علیه، دیه ساقط می‌گردد چنین خواهد بود» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۳).

یکی دیگر از معاصرین نیز صراحتاً اظهار داشته است که «می‌توان گفت مراد از اخذ براءت از ولی، براءت از ضمان نیست بلکه مراد از آن اذن در درمان مریض است به نحوی که همراه با ضمان نباشد» (مرعشی شوشتری، ۱۳۶۵: ۱۲۹).

همان گونه که در بحث لزوم و جواز اذن بحث کردیم، در ایقاعات نیز مانند قراردادهای اصل بر لزوم است و ابراء در واقع نمونه‌ای از ایقاعی است که در آن، ذی حق، حق خود را اسقاط می‌کند و آنچه از بین می‌رود و ساقط می‌شود به معدوم می‌ماند و باز نمی‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ش ۲۴۱). بنابراین ابراء ایقاعی لازم است و امکان بازگشت در آن وجود ندارد. اما با تحلیلی که از ابراء مذکور در مواد

۱- «بان اخذ البرائة هنا بمعنى الاذن بالمجانية و رفع الضمان الذي يدفع موضوع الضمان لانه من الاقدام على المجانية، فلا موضوع للضمان، لا عند العقلاء و لا بحسب الروایات المستفاد منها قاعدة الاتلاف، و هذا في باب الاذن في اتلاف المال واضح، و اما في ضمان الدية فاذا كان مدرکه قاعدة الاتلاف فايضا كذلك لوحدة المناط و ان كان مدرکه ادلة الدية في الخطاء فايضا كذلك بناء على ما هو المشهور من سقوط ضمان الدية اذا كان بامر». البته جهت رفع سوء تفاهم باید متذکر شد که از نظر ما، اخذ براءت (رضایت)، به نحو مطلق، سبب رفع ضمان بزشک نمی‌شود؛ بلکه صرفاً مبنای مسئولیت او را از مسئولیت مطلق به مسئولیت همراه با تقصیر تغییر می‌دهد و هدف از نقل این عبارت، صرفاً استفاده از آن جهت تعیین ماهیت براءت در اعمال طبی و جراحی است.

۶۰ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی داده شد؛ روشن شد که این عمل در واقع ابراء اصطلاحی نیست که ایقاعی لازم باشد بلکه ماهیتاً «اذن به اتلاف» و «رضایت به خسارت» است بنابراین همانچه که در ماهیت حقوقی اذن گفته شد در اینجا نیز صادق است یعنی این عمل حقوقی نیز عملی جایز است نه لازم.

ج) قرارداد (شرط) عدم مسئولیت

قرارداد عدم مسئولیت توافقی است که بر مبنای آن، زیان دیده، فرد مسئول را از تعهد جبران خسارت معاف می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱: ش ۳۱۶).

در قراردادها اصل بر لزوم است و جواز قرارداد نیازمند دلیل خاص می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ش ۶۰۹-۶۱۰)، بنابراین قرارداد عدم مسئولیت نیز یک عقد لازم است که هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را ندارند مگر اینکه طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ کنند.

هر چند زیان دیده می‌تواند در مورد اموال خود، رضایت به خسارت عمدی نیز بدهد و باعث معافیت عامل زیان از خسارت ناشی از فعل عمدی او شود مانند موردی که مالکی به دیگری اذن به اتلاف مال خود را بدهد. اما رضایت زیان دیده، چه در قالب عقد و چه در قالب ایقاع، موجب نادیده گرفتن مسئولیت عامل زیان به جبران خسارت مربوط به صدمه‌های بدنی و زیان‌های مربوط به شخصیت که ناشی از تقصیر (عمد و در حکم عمد) عامل فعل زیان‌بار باشد نمی‌شود. (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ش ۱۰۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲: ش ۴۴۹). به دیگر سخن در این موارد رضایت زیان دیده موثر است: به این صورت که باعث تغییر مبنای مسئولیت پزشک از مسئولیت بدون تقصیر به مسئولیت مبتنی بر تقصیر می‌شود. (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ش ۱۰۹).

قرارداد درمان نیز به نظر می‌رسد که عقدی غیرمعین (بی نام) باشد که بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۳۱-۱۳۷)؛ بنابراین بر اساس اصله‌اللزوم باید لازم باشد. اما مفاد ماده ۱۸ آیین‌نامه‌ی انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته، مصوب ۱۳۷۸/۴/۳۰ هیات وزیران حاکی از آن است که قرارداد درمان، عقدی است که از طرف پزشک لازم و از طرف بیمار جایز است (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۲۹-۱۳۰). به موجب این ماده «پزشک مسئول ادامه درمان بیمار خود در حد توانایی و تخصص خود به استثنای موارد ضروری است، مگر اینکه بیمار یا بستگان او مایل نباشند.» نکته‌ی حایز اهمیت این است که اگر قرارداد عدم مسئولیت به صورت شرط ضمن قرارداد درمان باشد؛ در این صورت بیمار می‌تواند هر وقت بخواهد عقد را به هم بزند در نتیجه شرط عدم مسئولیت نیز به تبع عقد از بین می‌رود. اما شرط ضمن عقد مادامی که خود عقد فسخ نشده است باقی است و بر روابط طرفین حاکم است. بنابراین مثلاً اگر پزشک بعد از فسخ قرارداد درمان، عملی انجام دهد که سبب ورود خسارت شود ضامن است اما تا زمانی که عقد فسخ نشده است مسئولیتی ندارد.

(د) پذیرش خطر

نکته‌ی دیگری که تذکر آن لازم می‌نماید، «پذیرش خطر»^۱ از جانب زیان‌دیده است. به این معنا که خود زیان‌دیده، بدون اینکه قراردادی بین او و عامل فعل زیانبار باشد؛ عملی انجام دهد که حاکی از آن باشد که خطری که او را تهدید می‌کند و سبب ورود خسارت به او می‌شود را پذیرفته است. مثل موردی که شخص می‌پذیرد که با راننده‌ای که مست است مسافرت کند. یا مثالی که برای رابطه بیمار و پزشک می‌توان زد موردی است که پزشک، بیمار را از بی‌تخصصی خود آگاه می‌سازد و یا خود

1 - assumption of risk