



دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی

## مبانی فقهی - حقوقی اخذ برائت از بیمار

به کوشش  
زینب همتی

استاد راهنما  
دکتر پرویز عامری

شهریور ۱۳۹۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

به نام خدا

اظہارنامہ

اینجانب زینب ہمتی دانشجوی رشتہی حقوق خصوصی دانشکدہ حقوق و علوم سیاسی اظہار می‌کنم کہ این پایان‌نامہ حاصل پژوهش خودم بودہ و در جاهایی کہ از منابع دیگران استفادہ کردہ‌ام، نشانی دقیق و مشخصات آن را نوشتہ‌ام. همچنین اظہار می‌کنم کہ پژوهش و موضوع پایان‌نامہ‌ام تکراری نیست و تعہد می‌نمایم کہ بدون مجوز دانشگاه دستاوردهای آن را منتشر ننمودہ و یا در اختیار غیر قرار ندهم. کلیہ حقوق این اثر مطابق آیین‌نامہ مالکیت فکری و معنوی از آن دانشگاه شیراز است.

نام و نام خانوادگی: زینب ہمتی

تاریخ و امضا:

A handwritten signature in black ink on a light blue background. The signature is stylized, starting with a large loop and ending with a horizontal stroke.

به نام خدا

مبانی فقهی - حقوقی اخذ برائت از بیمار

به کوشش  
زینب همتی

پایان نامه

ارائه شده به تحصیلات تکمیلی به عنوان بخشی از  
فعالیت های تحصیلی لازم برای اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته ی  
حقوق خصوصی

از

دانشگاه شیراز

شیراز

جمهوری اسلامی ایران

ارزیابی شده توسط کمیته پایان نامه با درجه : عالی

۹۴۲

دکتر پرویز عامری، استادیار بخش حقوق خصوصی (استاد راهنما).....

دکتر علیرضا فروغی، استادیار بخش حقوق خصوصی (استاد مشاور).....

دکتر محمد هادی صادقی، دانشیار بخش حقوق جزا و جرم شناسی (استاد مشاور).....

شهریور ۱۳۹۲

تقدیم به:

دستان پینه بسته پدرم

و

قلب سراسر مهربانم؛

همانان که در طی طریق روزگار، دعای خیرشان، همواره بدرقه راه من است

و

برادران و خواهران عزیزم، به پاس محبت ایشان.

## سپاسگزاری

خداوند منان را شاکرم که به من توفیق علم اندوزی در این مقطع تحصیلی را نیز عطا فرمود. اکنون که با توشه‌ای از دانش به سوی فردا گام برمی‌دارم، بر خود لازم می‌دانم از زحمات دلسوزانه استاد بسیار عزیز و بزرگووارم، جناب آقای **دکتر پرویز عامری** که مشوق و راهنمای من در تدوین و نگارش این پایان‌نامه بوده‌اند و همچنین از اساتید محترم، جناب آقای **دکتر علیرضا فروغی** و **دکتر محمد هادی صادقی** که در این راه از مشاوره و راهنمایی‌های ارزنده‌شان بهره‌مند بوده‌ام، کمال تشکر را داشته باشم.

از صمیم قلب به پدر و مادر عزیز و مهربانم که همیشه یار و غمخوارم بوده و بخاطر آرامش و پیشرفت من سختی‌های بی‌شماری را متحمل شده‌اند، سپاس خود را تقدیم می‌دارم و با بوسه بر دستان پرمهرشان، از خداوند بزرگ، توفیق جبران زحمات ایشان و خدمت به کشور عزیزم را خواهانم.

## چکیده

### مبانی فقهی - حقوقی اخذ برائت از بیمار

به کوشش

زینب همتی

یکی از مسائل مورد بحث در حوزه فقه و حقوق پزشکی، مسئولیت مدنی پزشک و اخذ برائت از بیمار جهت رفع آن است. فقهای امامیه در خصوص ضمان پزشک حادثی که با اذن و رضایت بیمار به معالجه وی اقدام می‌نماید و در این راه مرتکب تقصیر و خطایی نمی‌گردد، اختلاف نظر دارند. گروهی به عدم ضمان چنین پزشکی حکم کرده و معتقدند اگرچه برائت نهادی مشروع است، ولی اخذ آن بی‌فایده خواهد بود. دیدگاه مشهور پزشک را در این حال ضامن می‌داند و برای رهایی وی از چنین مسئولیت سنگینی است که لزوم اخذ برائت از بیمار را مطرح می‌نماید. این پایان نامه به بررسی و نقد مبانی فقهی و حقوقی دو دیدگاه می‌پردازد تا به طور مستدل و مستند نظری صواب را در خصوص لزوم یا عدم لزوم اخذ برائت از بیمار برگزیند. حاصل آنکه مفاد دیدگاه مشهور قابل تأمل و انتقاد به نظر می‌رسد، چرا که برائت را تنها راه معافیت پزشک حادثی و غیر مقصر معرفی می‌کند و در صورت عدم تحصیل آن، پزشک را در هر حال ضامن می‌داند. مسئولیت غیر تقصیری پزشک بر مبنایی محکم استوار نبوده و با مصلحت اجتماعی سازگار نیست. لذا همان ضرورت اجتماعی که به عنوان مهمترین دلیل توجیه لزوم اخذ برائت از بیمار مطرح شده است، ایجاب می‌کند که پزشک از همان ابتدا و بدون نیاز به تحصیل برائت، ضمانتی بر عهده نداشته باشد. در نتیجه چنانچه پزشک ماهر و محتاط بوده و با رعایت موازین فنی و علمی و اخذ رضایت آگاهانه بیمار به معالجه اقدام نماید، حتی در صورت عدم اخذ برائت از بیمار، ضمانتی بر عهده نخواهد داشت. قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نیز این راه را برگزیده است. بنابراین اخذ برائتی که در این قانون ذکر شده است، عملاً فایده و لزومی در رفع مسئولیت مدنی پزشک ندارد.

**کلید واژگان:** ضمان پزشک، اخذ برائت، مسئولیت مدنی، حقوق پزشکی

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
	فصل اول: مقدمه
۱۰.....	مبحث اول: جنبه های مسئولیت مدنی پزشک
۱۰.....	گفتار اول: مسئولیت مدنی پزشک نسبت به عدم بهبودی بیمار
۱۴.....	گفتار دوم: مسئولیت مدنی پزشک نسبت به خسارات ناشی از درمان
۱۶.....	مبحث دوم: تبیین برائت پزشک
۱۷.....	گفتار اول: مفهوم و ماهیت برائت پزشک
۱۷.....	بند اول: مفهوم برائت
۱۸.....	بند دوم: ماهیت برائت پزشک
۲۱.....	گفتار دوم: شرایط اخذ برائت از بیمار
۲۲.....	بند اول: برائت دهنده و اهلیت وی
۲۶.....	بند دوم: قصد و رضای برائت دهنده
۲۷.....	گفتار سوم: استثنائات اخذ برائت از بیمار
۲۸.....	بند اول: فوریت های پزشکی
۳۲.....	بند دوم: استثنائات حکومتی
۳۳.....	مبحث سوم: قلمرو و گستره تأثیر اخذ برائت از بیمار
۳۳.....	گفتار اول: تأثیر اخذ برائت نسبت پزشک و اشخاص ثالث
۳۴.....	بند اول: تأثیر اخذ برائت نسبت به پزشک
۳۴.....	الف: تأثیر اخذ برائت در معافیت پزشک
۳۵.....	ب: تأثیر اخذ برائت در مرحله اثباتی
۳۷.....	بند دوم: استناد به اخذ برائت از سوی دستیاران پزشک طرف قرارداد
۳۸.....	بند سوم: استناد به اخذ برائت در برابر وراث بیمار متوفی
۴۰.....	گفتار دوم: موانع تأثیر برائت
۴۰.....	بند اول: عمد پزشک در ایجاد خسارت
۴۲.....	بند دوم: عدم مهارت و تخصص پزشک
۴۴.....	بند سوم: تقصیر پزشک و خروج از حدود اذن



## فصل دوم: نقد ادله لزوم اخذ برائت از بیمار

- مبحث اول: نقد ادله ضمان پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر ..... ۵۱
- گفتار اول: قاعده اتلاف ..... ۵۱
- بند اول: تحلیل قاعده ..... ۵۲
- بند دوم: عدم انتساب تلف به پزشک ..... ۵۴
- بند سوم: عام نبودن قاعده اتلاف ..... ۵۸
- گفتار دوم: روایات ..... ۵۹
- بند اول: روایت مربوط به ضمان اجیر ..... ۵۹
- بند دوم: روایت مربوط به ضمان ختان ..... ۶۳
- بند سوم: روایت دال بر هدر نبودن خون مسلمان ..... ۶۷
- گفتار سوم: اجماع ..... ۶۸
- بند اول: نحوه تحقق و حجیت اجماع ..... ۶۹
- بند دوم: حمل اجماع بر فقدان اذن بیمار ..... ۷۱
- بند سوم: مدرکی بودن اجماع ..... ۷۲
- مبحث دوم: نقد ادله توجیه کننده لزوم اخذ برائت از بیمار ..... ۷۴
- گفتار اول: روایت سکونی ..... ۷۵
- بند اول: سند روایت ..... ۷۵
- بند دوم: دلالت روایت ..... ۷۷
- الف: حمل روایت در مورد بیمار صغیر و مجنون ..... ۷۷
- ب: حمل روایت بر برائت بعد از جنایت ..... ۷۸
- ج: حمل روایت در خصوص پزشک غیر ماهر ..... ۸۰
- د: استناد به روایت جهت صحت و جواز ابراء قبل از درمان ..... ۸۱
- گفتار دوم: مصلحت اجتماعی ..... ۸۲
- بند اول: نقش دلیل مصلحتی در تشریح برائت ..... ۸۳
- بند دوم: ارزیابی دلیل مصلحتی ..... ۸۵

## فصل سوم: بررسی نظریه عدم لزوم اخذ برائت از بیمار

- مبحث اول: حکم به عدم ضمان پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر ..... ۹۰
- گفتار اول: اذن بیمار ..... ۹۰

بند اول: مفهوم اذن و رضایت.....	۹۰
بند دوم: تأثیر اذن بیمار در رفع ضمان پزشک.....	۹۲
الف: تأثیر «اذن به اتلاف» در رفع ضمان.....	۹۲
ب: تحلیل اذن بیمار به «اذن در اتلاف».....	۹۵
ج: آگاهانه بودن رضایت بیمار.....	۹۸
د: قاعده اقدام و پذیرش خطر.....	۱۰۱
گفتار دوم: قاعده احسان.....	۱۰۲
بند اول: مفاد و قلمرو قاعده.....	۱۰۲
بند دوم: تأثیر قاعده احسان در مسئولیت مدنی پزشک.....	۱۰۴
گفتار سوم: دلالت اخبار و اذن شارع بر عدم ضمان.....	۱۰۷
بند اول: دلالت روایات بر عدم ضمان.....	۱۰۷
بند دوم: دلالت مشروعیت و وجوب عمل پزشک بر عدم ضمان.....	۱۰۹
مبحث دوم: عدم لزوم اخذ برائت در فقه عامه و قانون جدید مجازات اسلامی.....	۱۱۲
گفتار اول: ادله عدم لزوم اخذ برائت در فقه عامه.....	۱۱۳
بند اول: تعلیل عدم ضمان پزشک در مذاهب اربعه.....	۱۱۳
بند دوم: جمع بندی نظریات.....	۱۱۵
گفتار دوم: عدم لزوم اخذ برائت در قانون جدید مجازات اسلامی.....	۱۱۷
مبحث سوم: عدم لزوم اخذ برائت به جهت عدم صحت ابراء پزشک.....	۱۱۹
گفتار اول: بطلان اسقاط مالم یجب.....	۱۱۹
بند اول: رفع ایراد.....	۱۲۰
بند دوم: برائت، مانع ثبوت ضمان.....	۱۲۱
گفتار دوم: عدم جواز اسقاط حق غیر و مغایرت با نظم عمومی.....	۱۲۳
بند اول: عدم جواز اسقاط حق غیر.....	۱۲۴
بند دوم: مغایرت با نظم عمومی.....	۱۲۵
نتیجه گیری.....	۱۲۸
فهرست منابع و مأخذ.....	۱۳۲

# فصل اول

## مقدمه

### الف: طرح موضوع

یکی از عناصر اصلی انجام عمل جراحی و معالجات پزشکی که شکل بنیادین و مهمی به خود گرفته، اخذ رضایت از بیمار است. رضایت بیمار به لحاظ تبعات و پیامدهایی که به دنبال دارد، در قلمرو حقوق جایگاه مهمی یافته و در زمره یکی از مقولات مهم در حقوق پزشکی به حساب می‌آید. رضایت بیمار مبین این واقعیت است که بیمار از آنجا که به منظور معالجه و درمان، مدتی ولو اندک، جسم خویش را در اختیار پزشک قرار می‌دهد، در نتیجه باید به این امر به صورت آگاهانه و با اراده رضایت داشته باشد. به عبارت دیگر اقدامات درمانی که توسط پزشک صورت می‌گیرد، متوقف بر وجود شرایطی من جمله رضایت بیمار می‌باشد. همچنانکه ماده ۵۹ قانون سابق و ماده ۱۵۸ قانون جدید مجازات اسلامی، نیز به آن تصریح نموده است.

با این وجود، آنچه در فقه امامیه شهرت یافته، این است که رضایت بیمار برای رهایی پزشک از مسئولیت مدنی کافی نیست و پزشک ضامن زیان‌هایی است که در جریان معالجه به بیمار وارد می‌شود هرچند حادث بوده، با رضایت بیمار به معالجه او پرداخته و مرتکب تقصیر هم نشده باشد، مگر این که پیش از معالجه از بیمار یا ولی او اخذ براءت نماید. لذا رضایت بیمار تنها در رفع مسئولیت کیفری پزشک مؤثر است و مسئولیت جبران خسارات را از عهده وی ساقط نمی‌کند. به عبارت دیگر چون تصرف در جسم دیگری بدون رضایت وی جایز نیست، هنگامی که این شرط حاصل شود، تصرف مجاز و مباح شده و تعقیب کیفری شخص را به دنبال نخواهد داشت. در فقه به جای رضایت، از اصطلاح "اذن" استفاده شده است. اشاره به اذن به معالجه در کلام فقها، به معنای اعلان و اخبار رضای بیمار یا اولیاء وی به درمان توسط پزشک بوده و پزشک جز در موارد فوری و اضطراری حق مداخله و تصرف در بدن بیمار را

ندارد؛ زیرا درمان بدون رضا و اذن بیمار یا اولیاء وی حتی از سوی پزشک جرم محسوب می‌گردد.

در خصوص مسئولیت مدنی پزشک، قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹، ساکت است. قانون سابق مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، نیز در این زمینه مبهم است؛ بند ۲ ماده ۵۹ این قانون، با سه شرط - رضایت بیمار، مشروعیت عمل طبی، رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی- عمل پزشک را جرم نمی‌شمارد، این درحالی است که بر طبق بند ب ماده ۲۹۵، پزشک در قبال زیان ناشی از معالجه متعارف، ملزم به پرداخت دیه شده است! اگر عمل پزشک جرم محسوب نشود، الزام او به پرداخت دیه چه محملی می‌تواند داشته باشد؟ آیا تعارض ظاهری این احکام را می‌توان به این صورت رفع نمود که بگوییم دیه مجازات نیست، بلکه نوعی مسئولیت مدنی به شمار می‌آید که حتی در صورت جرم نبودن عمل، بر آن بار می‌گردد؟ بحث در مورد ماهیت دیه، از حوصله و موضوع نوشتار حاضر خارج است. آنچه از تتبع در نوشته‌های حقوقی و مواد قانونی به دست می‌آید، این است که دیه را نمی‌توان نوعی مسئولیت کیفری صرف به حساب آورد.

قانون جدید مجازات اسلامی به این مناقشات پایان داده است و به صراحت تمام در ماده ۴۵۲، دیه را از لحاظ احکام و آثار، نوعی "مسئولیت مدنی" محسوب می‌نماید. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «دیه، حسب مورد حق شخصی مجنی‌علیه یا ولی دم است و احکام و آثار مسؤلیت مدنی یا ضمان را دارد...». لذا، ضمان پزشک نسبت به پرداخت دیه، نوعی مسئولیت مدنی به حساب می‌آید و این توهم که بحث از مسئولیت پزشک صرفاً در حوزه حقوق جزا قابل طرح است، رد می‌گردد.

مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ قانون سابق مجازات اسلامی، از دیدگاه مشهور فقهی اقتباس شده است. ماده ۳۱۹ با لحنی غلیظ مقرر می‌دارد: «هر گاه طبیبی گر چه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی 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». بنابراین این ماده، مبنای جبران خسارت را نه تقصیر پزشک، بلکه صرف بروز زیان در نتیجه فعل او می‌داند. در ادامه در ماده ۳۲۲، اخذ براءت از بیمار پیش از درمان، برای معافیت پزشک، پیش بینی شده است. این ماده بیان می‌دارد: «هرگاه طبیب و بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض

یا ولی او براءت حاصل کند، عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود».

بر اساس مواد مذکور، مسئولیت مدنی پزشک از نوع مسئولیت بدون تقصیر بوده و در صورت ورود زیان به بیمار، بر عهده وی قرار می‌گیرد، حتی اگر با اذن رضایت بیمار به معالجه وی اقدام نموده و مرتکب تقصیر نشده باشد. در این میان، تنها اخذ براءت از بیمار است که وی را از مسئولیت می‌رهاند.

مفاد نظر مشهور و مواد قانونی فوق، قابل تأمل و انتقاد به نظر می‌رسد؛ اگر پزشک ماهر و متخصص بوده و با رعایت تمام ضوابط و همچنین رضایت بیمار به درمان وی بپردازد، چرا باید قائل به ضمان پزشک بوده و وی را برای معافیت از این مسئولیت، ناچار به اخذ براءت از بیمار دانست؟ به دلیل موج روبه رشد چنین ایراداتی که به حکم فوق و مبانی آن وارد شده است، قانونگذار در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، از حکم سابق خویش عدول نموده و در صورت عدم تقصیر پزشک، بدون اینکه اخذ براءت از بیمار را لازم بداند، حکم به عدم ضمان پزشک می‌کند. بنابراین اخذ براءتی که متذکر آن شده است، عملاً فایده و تأثیری در رفع مسئولیت مدنی پزشک ندارد.

ارائه نظری مستدل و مستند پیرامون مباحث فوق، بررسی عمیق متون فقهی را می‌طلبد. باید دید دلیل حکم ضمان مطلق پزشک، در نظر اکثر فقهای امامیه چه بوده است؛ زیرا تعیین چنین مسئولیت سنگینی، مهم‌ترین علت بود تا باعث شود مشهور برای معافیت پزشک از مسئولیت، تدبیری اندیشند و اخذ براءت قبل از درمان را به عنوان تنها راه رهایی پزشک از ضمان، وضع کنند. به تبع چنین تدبیری، براءت پزشک قبل از درمان، با ایراداتی مواجه می‌شود که هم صحت آن را زیر سؤال می‌برد و هم آن را مخالف ادله دال بر ضمان مطلق پزشک می‌داند. لذا واضعان این نهاد و پیروان آنها با استدلال و استناد، به توجیه لزوم و جواز اخذ براءت از بیمار اقدام می‌کنند.

بنابراین بررسی نهاد اخذ براءت و مبانی لزوم آن، نیاز به توجه ویژه به منبع اصلی آن یعنی فقه امامیه و بررسی و نقد نظرات موافقان و مخالفان لزوم اخذ براءت و ادله مورد استناد آنها، خواهد داشت. لذا در این پژوهش، پس از تبیین براءت پزشک و گستره تأثیر آن، لزوم یا عدم لزوم اخذ براءت به عنوان تنها راه معافیت پزشک از جبران خسارت و مسئولیت مدنی، مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد. همچنین توجهی ویژه به رضایت بیمار می‌شود تا مشخص گردد

چرا مشهور فقها این نهاد را رافع مسئولیت مدنی پزشک نمی‌دانند و اینکه آیا می‌توان با حصول شرایطی، چنین نقشی برای رضایت بیمار قائل شد تا نیازی به اخذ برائت وجود نداشته باشد؟

### ب: سؤالات تحقیق

آنچه در این پایان‌نامه مورد توجه ماست، بحث در مورد لزوم یا عدم لزوم اخذ برائت برای رفع مسئولیت مدنی از پزشک است. در واقع تلاش ما بر این است تا با مطالعه منابع در دسترس، دقت ویژه در منابع فقهی و تحلیل آنها، موضوع را بررسی نموده و به این سؤال اصلی پاسخ دهیم:

۱- مبانی نظر مشهور که اخذ برائت را برای رفع مسئولیت مدنی پزشک لازم می‌داند، تا چه حد محکم و قابل دفاع بوده و آیا می‌توان بر این مبانی خدشه وارد ساخت؟ به عبارت دیگر آیا اخذ برائت قبل از درمان، تنها راه رهایی پزشک از مسئولیت است؟

و به منظور دستیابی به پاسخ، لازم است به سؤالات فرعی ذیل نیز پاسخ داده شود:

۱- آیا در صورت عمد پزشک در ورود زیان، یا فقدان مهارت و تخصص پزشک در فن خویش، یا ارتکاب تقصیر و خطا از ناحیه پزشک، اخذ برائت خواهد توانست مسئولیت وی به جبران خسارت را منتفی سازد؟ به عبارت دیگر، محدوده اثرگذاری اخذ برائت تا کجاست؟

۲- آیا مسئولیت بدون تقصیر پزشک بر مبنایی محکم استوار بوده و لازم است وی همواره به دنبال راهی همچون اخذ برائت، برای معافیت از این مسئولیت باشد؟

۳- آیا رضایت بیمار می‌تواند با حصول شرایطی، بدون نیاز به اخذ برائت، موجب عدم مسئولیت پزشک شود؟

### ج: روش تحقیق

جهت تدوین پایان‌نامه حاضر، تعداد بسیار زیادی از کتب و مقالات فقهی مورد مطالعه قرار گرفته است. برخی از این منابع در کتابخانه دانشکده و برخی هم از نسخه دوم نرم افزار فقهی جامع فقه اهل بیت (ع)، جمع آوری شده است. همچنین به منابع فارسی اعم از کتب و مقالات، رجوع شده است. در مرحله اول تمام این منابع یک به یک مطالعه و نکات مربوط از آنها استخراج شد، سپس با توجه به مطالب جمع‌آوری شده و تبیین دقیق اهداف پژوهش، با راهنمایی اساتید محترم، به تنظیم پلان نهایی پایان‌نامه اقدام گردید. در آخر ضمن تحلیل

منابع و ارجاع دقیق به آنها، نظرات برگزیده به صورت مستدل ارائه و فصول پایان نامه به روش توصیفی و تحلیلی تدوین شد.

از آنجا که در زمان شروع به کار، قانون جدید مجازات اسلامی هنوز به تصویب نرسیده بود، با رویکردی نقادانه نسبت به نظریه مسئولیت مطلق پزشک و لزوم اخذ برائت که مورد اقتباس قانون سابق بود، به تدریج اقدام به جمع آوری و تدوین مطالب نمودیم و با تصویب و اجرایی شدن قانون جدید، از مواد مربوط به موضوع، در لابه‌لای مباحث یاد کردیم و بحثی را نیز به بررسی عدم لزوم اخذ برائت در قانون جدید اختصاص دادیم.

### د: سازمان تحقیق

پایان‌نامه حاضر در سه فصل به شرح ذیل، ارائه خواهد شد:

۱- کلیات: هدف این فصل تبیین برائت و محدوده تأثیر آن است که در سه مبحث ارائه خواهد شد. در وهله اول لازم است جنبه‌های مسئولیت مدنی پزشک بررسی شود تا معلوم گردد اخذ برائت کدام جنبه را شامل می‌شود. پس مبحث اول این فصل مسئولیت مدنی پزشک را نسبت به عدم بهبودی بیمار از یک سو و نسبت به خسارات ناشی از درمان را از سوی دیگر بررسی خواهد کرد.

مبحث دوم را به تبیین برائت پزشک اختصاص داده‌ایم. مفهوم و ماهیت برائت پزشک در گفتار اول بررسی می‌شود. در گفتار دوم شرایطی که برای اعتبار برائت لازم است بیان می‌گردد: مباحثی از قبیل اینکه چه کسی اهلیت ابراء پزشک را دارد و در چه شرایطی باید اخذ برائت از ولی بیمار به عمل آید، در بند اول بیان می‌گردد و وجود قصد و رضای برائت دهنده در اعطای برائت، موضوع بند دوم است. گفتار سوم به استثنائات اخذ برائت از بیمار اختصاص دارد؛ مواردی استثنائی که بخاطر مصالحی، حتی بدون اخذ برائت از بیمار، ضمانتی بر عهده پزشک نخواهد بود. این موارد در دو بند تحت عنوان فوریت‌های پزشکی و مصالح حکومتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث سوم در دو گفتار به تبیین قلمرو و گستره تأثیر اخذ برائت می‌پردازد. گفتار اول مربوط به تأثیر اخذ برائت نسبت به پزشک و اشخاص ثالث است؛ از آنجا که اخذ برائت در مرحله ثبوتی، رافع مسئولیت مدنی پزشک می‌گردد و در مرحله اثباتی، بار اثبات عدم انتساب



تلف به پزشک را از دوش وی بر می‌دارد، بند اول گفتار به این دو موضوع می‌پردازد. بند دوم و سوم نیز به تأثیر این نهاد نسبت به اشخاص ثالث اختصاص دارد: منظور از اشخاص ثالث، از یک سو همکاران و مباشران پزشک طرف قرارداد (که به سود خود اخذ براءت کرده است) می‌باشد، وقتی که سبب ورود زیان به بیمار می‌شوند؛ از سوی دیگر وراث بیمار است، زمانی که بخواهند بابت خسارات وارده، علیه پزشک یا مؤسسه درمانی اقامه دعوا کنند. گفتار دوم جهت تبیین هرچه بیشتر قلمرو اخذ براءت، موانع تأثیر آن را در سه بند تحت عنوانین "عمد پزشک در ایجاد خسارت"، "عدم مهارت و تخصص پزشک" و "تقصیر پزشک و خروج از حدود اذن"، مورد بررسی قرار می‌دهد تا مشخص گردد اخذ براءت، مسئولیت چه پزشکی را رفع می‌کند.

۲- نقد ادله لزوم اخذ براءت از بیمار: پس از آنکه در کلیات روشن شد قلمرو تأثیر اخذ براءت، صرفاً محدود به مسئولیت مدنی پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر است، لازم است مسئولیت چنین پزشکی مورد نقد و بررسی قرار گیرد؛ زیرا اگر حکم به عدم ضمان وی شود، دیگر مسئولیتی وجود نخواهد داشت تا با اخذ براءت برداشته شود، بنابراین اخذ براءت از بیمار فایده و لزومی نخواهد داشت. بدین ترتیب مبحث اول با رویکردی نقادانه به بررسی ادله ضمان پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر، می‌پردازد. ابتدا در گفتار اول طی سه بند، استناد مشهور به قاعده اتلاف و انتساب تلف به پزشک، نقد و رد می‌گردد. در بند اول قاعده اتلاف تبیین و تحلیل می‌گردد، دو بند دیگر با استدلال به عدم انتساب تلف به پزشک و عام نبودن قاعده اتلاف، استناد به این قاعده را برای اثبات ضمان پزشک نمی‌پذیرد. گفتار دوم در سه بند، روایات مورد استناد برای ضمان پزشک را از لحاظ سند و دلالت مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد. روایت اول مربوط به ضمان اجیر، دومی مربوط به ضمان ختان و سومی نیز روایت دال بر هدر نبودن خون مسلمان است. در گفتار سوم اجماعی که بر ضمان غیر تقصیری پزشک مورد استناد قرار گرفته است، در سه بند تحلیل و نقد می‌گردد. بند اول نحوه تحقق اجماع و حجیت آن را تبیین می‌کند، بند دوم حمل اجماع بر فقدان اذن بیمار و بند سوم مدرکی بودن اجماع مذکور را مطرح می‌کند تا بر استناد به اجماع خدشه وارد سازد.

از آنجا که رفع مسئولیت پزشک به وسیله اخذ براءت از بیمار با این شبهه مواجه می‌شود که مخالف ادله دال بر ضمان مطلق پزشک است، لذا قائلین به لزوم آن، با استناد و استدلال به دو دلیل عمده که یکی روایت و دیگری مصلحت اجتماعی است، به توجیه لزوم و جواز اخذ

برائت از بیمار اقدام می‌کنند. بررسی این ادله، موضوع مبحث دوم می‌باشد. بدین ترتیب در گفتار اول، روایت سکونی در دو بند بررسی می‌شود. بند اول در مورد سند خبر است و بند دوم تفاسیری که از دلالت آن از سوی فقها ارائه شده است را مورد بررسی قرار می‌دهد. دلیل دیگر که موضوع گفتار دوم است، استدلال به این مطلب است که اگر اخذ برائت تشریح نشود، هیچ پزشکی از ترس مسئولیت سنگینی که در صورت بروز حادثه برای وی مقرر خواهد شد، به طبابت نخواهد پرداخت. این دلیل با مفاهیم مختلف بیان شده است که می‌توان در یک کلام از آن به عنوان "مصلحت اجتماعی" یاد کرد. بدین ترتیب گفتار دوم در بند اول به نقش دلیل مصلحتی در تشریح برائت اختصاص دارد. در بند دوم نیز ارزیابی نویسنده در مورد این دلیل، به صورت مستدل و مستند ارائه خواهد شد.

۳- بررسی نظریه عدم لزوم اخذ برائت از بیمار: در مقابل نظر مشهور، گروهی از فقها و حقوقدانان برآنند که پزشک متخصص و ماهر زمانی که با اذن بیمار و رعایت موازین علمی، به درمان بیمار می‌پردازد و در این راه مرتکب تقصیر و خطایی نگردد، ضامن نیست. لذا زمانی که چنین پزشکی مسئول نباشد، نیازی به اخذ برائت از بیمار نخواهد داشت.

بررسی ادله این گروه، موضوع مبحث اول این فصل می‌باشد که طی سه گفتار مورد بررسی قرار می‌گیرد. مهم‌ترین و موجه‌ترین این ادله، اذن و رضایت بیمار است که در گفتار اول به آن می‌پردازیم. در بند اول گفتار، مفهوم اذن و رضایت تبیین می‌شود و بند دوم به تأثیر اذن بیمار در رفع ضمان پزشک می‌پردازد. این بند در ابتدا برای سامان دادن یک قضیه منطقی، تأثیر اذن به اتلاف در رفع ضمان و سپس تحلیل اذن بیمار به «اذن در اتلاف» را مطرح می‌کند تا بدین ترتیب اذن بیمار را اذن به اتلاف و رافع مسئولیت پزشک تلقی نماید. چون شرط اصلی رفع ضمان به وسیله رضایت، آگاهی بیمار نسبت به عواقب معالجه است، شق سوم این بند به آگاهانه بودن رضایت بیمار اختصاص دارد. شق آخر نیز از زوایه استناد به قاعده اقدام و پذیرش خطر، به بررسی نقش رضایت و اذن بیمار در عدم مسئولیت پزشک می‌پردازد. گفتار دوم در رابطه با قاعده احسان است که در دو بند بررسی می‌شود. بند اول مفاد و قلمرو قاعده را تبیین می‌کند و بند دوم به بررسی نقش این قاعده در مسئولیت مدنی پزشک اختصاص دارد. گفتار سوم در دو بند به بررسی دیگر ادله عدم ضمان پزشک می‌پردازد. بند اول مختص به بررسی روایات دال بر عدم ضمان پزشک است. بند دوم نیز دلالت مشروعیت و وجوب عمل پزشک را

بر عدم ضمان وی، مورد بررسی قرار می‌دهد، بدین معنا که اذن شارع به طبابت و حتی وجوب شرعی معالجه بر پزشک، موجب می‌شود وی در قبال رفتار متعارف خود مسئولیتی نداشته باشد.

مبحث دوم به بررسی تطبیقی عدم لزوم برائت در فقه عامه و نیز قانون جدید مجازات اسلامی اختصاص دارد. گفتار اول موضوع را در مذاهب اربعه بررسی کرده است. بند اول علل عدم مسئولیت پزشک - و در نتیجه عدم لزوم اخذ برائت - را در این مذاهب توضیح می‌دهد و بند دوم به جمع‌بندی نظرات این مذاهب می‌پردازد. گفتار دوم به تحلیل عدم لزوم اخذ برائت در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، می‌پردازد، چراکه در این قانون مسئولیت پزشک غیر مقصر پذیرفته نشده است، بنابراین برائتی هم که از آن سخن رفته است، عملاً در رفع مسئولیت از پزشک تأثیر و لزومی ندارد.

برخی از فقها که عموماً از قائلین به ضمان مطلق پزشک هستند، با ایراد به برائت پزشک قبل از درمان، صحت و جواز آن را زیر سؤال می‌برند و به همین دلیل معتقدند لازم نیست پزشک از بیمار اخذ برائت کند. بررسی ایرادات وارده بر صحت برائت، موضوع مبحث سوم است که در دو گفتار بررسی می‌گردد. گفتار اول ایراد اسقاط مالم یجب بودن برائت است با این توضیح که قبل از درمان هنوز حقی بر ذمه پزشک ثابت نشده که بیمار آن را اسقاط کند. پاسخ‌های ارائه شده به این ایراد در دو بند مطرح می‌شود. ایرادات دیگری که به صحت برائت وارد شده یکی عدم جواز اسقاط حق غیر است - زیرا حق مطالبه دیه نفس بیمار بعد از فوت وی متعلق به وراثت است و بیمار حق اسقاط آن را ندارد - و دیگر آنکه معاف کردن پزشکی که کار وی با سلامتی بیماران در ارتباط است، بی‌دقتی پزشکان را افزایش داده و با به خطر انداختن سلامتی و جان افراد، مخالف نظم عمومی است. بررسی این دو ایراد و پاسخ به آنها موضوع گفتار دوم است. در پایان نیز نتیجه پژوهش ارائه خواهد شد.

## مبحث اول: جنبه های مسئولیت مدنی پزشک

مسئولیت مدنی عبارت است از تعهد و الزامی که شخص به جبران زیان وارد شده به دیگری دارد؛ اعم از اینکه زیان در اثر عمل شخص مذکور یا عمل اشخاص وابسته به او و یا ناشی از اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف او باشد.<sup>۱</sup> بنابراین در هر موردی که شخص موظف به جبران خسارت دیگری باشد، در برابر او مسئولیت مدنی دارد.

خسارات ناشی از اقدامات پزشکی ممکن است مسئولیت‌هایی را برای پزشک ایجاد نماید: به موجب ماده ۴۹۵ قانون جدید مجازات اسلامی و قواعد عام مسئولیت مدنی، ملزم به پرداخت دیه و سایر خسارات قابل مطالبه به بیمار می‌گردد<sup>۲</sup> و بر اساس ماده ۲۸ قانون سازمان نظام پزشکی مصوب ۱۳۸۳، در صورت عدم رعایت موازین شرعی و قانونی و مقررات صنفی و حرفه-ای و شغلی و سهل انگاری در انجام وظایف قانونی، مسئولیت انتظامی نیز خواهد داشت.

پژوهش حاضر در حیطه مسئولیت مدنی پزشک، به بررسی نهاد قانونی اخذ براءت می-پردازد، لذا در شروع بحث تحلیل این نوع مسئولیت شایسته به نظر می‌رسد. توضیح آنکه عواقب درمان و معالجه بیمار ممکن است از دو جنبه، برای پزشک ایجاد مسئولیت نماید: گاهی درمان به بهبود بیمار منتهی نمی‌شود. گاهی نیز معالجه موجب ایراد خساراتی به وی می‌گردد. بنابراین مسئولیت مدنی پزشک را نسبت به هر کدام از این موارد، مورد بررسی قرار خواهیم داد:

### گفتار اول: مسئولیت مدنی پزشک نسبت به عدم بهبودی بیمار

به موجب قراردادی که میان پزشک و بیمار منعقد می‌گردد و نیز بنابر وظیفه شغلی، پزشک در قبال بیمار، درمان و معالجه وی را به عهده می‌گیرد. هرگاه به رغم انجام اقدامات پزشکی، بیماری شخص درمان نشود مسئولیت پزشک مطرح می‌شود و ممکن است با وجود شرایط خاص مسئول باشد. این جنبه از مسئولیت پزشکی کمتر مورد بحث و توجه قرار گرفته است. نویسندگان حقوقی و صاحب‌نظران، جهت تحلیل مسئولیت پزشک در این فرض، به بررسی

<sup>۱</sup> - حسین قلی حسینی نژاد، مسئولیت مدنی، چاپ اول، بخش فرهنگی جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، تهران، ۱۳۷۰، ص ۱۳.

<sup>۲</sup> - در مورد قابل مطالبه بودن خسارات مازاد بر دیه، اختلاف نظرهایی وجود دارد که بررسی آنها، از موضوع بحث حاضر خارج است.