

**The Place of Fault on the Civil Liability of Physicians and its
Comparison with the General Rule of Civil Liability in
Jurisprudence and Law of Iran**

Mohammad Salmani¹, Ibrahim Taghizadeh², Mohammad Hadi Saei³

Abstract

Whether all the actions of the physician in relation to the patient are considered to be the subject of a single person, or are it separable, in which case each one is subject to general rules or to some particular rule? In analyzing the functions of the physician during the course of cognitive therapy, applicants who discuss medical professional responsibilities examine medical practices of a subject and then examine the judgment of the case, and therefore may have contradictions to be. The study said that three types of legal liability can be considered for a doctor who deals with treatment: the first responsibility that follows the contract for patient treatment comes from, and it follows the rules and guarantees of contract law enforcement. Second, the responsibility that may arise for a physician is due to a breach or non-performance of the contract, and we call it the responsibility of breach of contract. The third type of legal responsibility that a physician is expected to do is to do the current remedial action that is not related to the treaty of treatment, that is, neither the contractual liability nor the liability arising from the breach of contract; we take this responsibility, outside the responsibility Doctor's contract. The first two types will be in accordance with the general rules, and only the recent type will follow the specific rules of civil liability in relation to the medical liability of the physician, in order to see the specific aspects of the civil liability of the physician, obtaining a general rule of civil liability in Iranian law based on "Absolute verb" is necessary, not just "fault".

1. Ph.D. Student of Private Law, Payam Noor University, Tehran, Iran.
(Corresponding author) Email: m.salmani2014@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Law, Payame Noor University, Birjand, Iran.

3. Associate Professor, Department of Law, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran.

Original Article Received: 8 August 2018 Accepted: 13 January 2019

This article is an excerpt from the Ph.D. thesis at the Payam-e-Noor University Graduate School, entitled "A New Analysis of Civic Engagement Forms with Certain Civil Responsibilities".

Keywords

Civil Liability, General Basis, Failure, Breach of Obligation, Absolute Action

Please cite this article as: Salmani M, Taghizadeh I, Saeed MH. The Place of Fault on the Civil Liability of Physicians and its Comparison with the General Rule of Civil Liability in Jurisprudence and Law of Iran. *Iran J Med Law* 2019; 13(48): 185-207.

جایگاه تقصیر در مسؤولیت مدنی پزشکان و مقایسه آن با

قاعده عام مسؤولیت مدنی در فقه و حقوق ایران

محمد سلمانی^۱

ابراهیم تقی‌زاده^۲

محمدهادی ساعی^۳

چکیده

آیا همه اعمال پزشک در رابطه با بیمار موضوع واحد تلقی می‌شود یا قابل تفکیک است و در این صورت هر قسم تابع قواعد عام است یا برای برخی قاعده خاص حاکم است؟ در تحلیل اعمال پزشک در جریان اقدام درمانی، حقوقدانان که در مورد مسؤولیت حرفه‌ای پزشک بحث می‌کنند، اعمال پزشک را یک موضوع واحد تلقی کرده، سپس حکم قضیه را بررسی می‌کنند و به این جهت ممکن است دچار تناقضاتی نیز بشوند. در این تحقیق گفته شده است که برای پزشک که در راستای درمان اقدام می‌کند، سه نوع مسؤولیت حقوقی می‌توان در نظر گرفت: اولی مسؤولیتی که به دنبال قرارداد درمان با بیمار منعقد می‌شود، به وجود می‌آید و این مسأله از احکام و ضمانت اجرای حقوق قراردادها پیروی می‌کند؛ دوم مسؤولیتی که ممکن است برای پزشک به وجود آید، ناشی از نقض یا عمل نکردن به همین قرارداد باشد و به آن مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد می‌گوییم؛ نوع سومی از مسؤولیت حقوقی که برای پزشک متصور است این است که در جریان اقدام درمانی فعلی را انجام دهد که ارتباطی با قرارداد درمان ندارد، یعنی نه مسؤولیت قراردادی است و نه مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد؛ ما این نوع مسؤولیت را، مسؤولیت خارج از قرارداد پزشک می‌دانیم. دو نوع اول مطابق قواعد عمومی خواهد بود و فقط نوع اخیر، از مقررات خاص حقوق مسؤولیت مدنی در ارتباط با مسؤولیت مدنی پزشک پیروی می‌کند. برای دیدن

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی مرکز تحصیلات تکمیلی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده مسؤول)
Email: m.salmani2014@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، بیرجند، ایران.

۳. دانشیار، گروه حقوق، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران.

جنبه‌های خاص مسؤولیتی مدنی پزشک، به دست آوردن قاعده عام در مسؤولیت مدنی در حقوق ایران که مبتنی بر «مطلق فعل» است نه صرف «تقصیر»، ضروری است. این مقاله مستخرج از رساله دکتری در مرکز تحصیلات تکمیلی دانشگاه پیام نور با عنوان «تحلیلی جدید از ارکان مسؤولیت مدنی با محوریت مسؤولیت‌های مدنی خاص» می‌باشد.

واژگان کلیدی

مسؤولیت مدنی، مبنای عام، تقصیر، نقض تعهد، مطلق فعل

مقدمه

در زمینه مباحث مسؤولیت مدنی که یک قسم از مسؤولیت حقوقی (اصطلاح مسؤولیت حقوقی را در برابر مسؤولیت کیفری به کار می‌گیریم و آن را اعم از مسؤولیت مدنی و مسؤولیت قراردادی می‌دانیم) است، از جمله مباحثی است که اختلاف زیادی بین حقوقدانان دیده می‌شود و علت آن از یک طرف ظرافت حاکم بر این مباحث و از طرف دیگر مقررات قابل تفسیر در این زمینه است. یکی از این مباحث اختلافی، قاعده و مبنای عام مسؤولیت مدنی است و همین امر باعث شده است که در مصادیق مسؤولیت‌های مدنی خاص نیز اختلاف به وجود آید، کما این که قانونگذار به رغم استفاده از آموزه‌های نظری و تجارب قضایی در وضع ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ راجع به مبنای مسؤولیت مدنی پزشک (که به لحاظ مرتبط بودن با خسارت‌های جانی حائز اهمیت مضاعف است و اقتضا دارد تا قانونگذار به سمتی حرکت کند که از هر گونه اهمال و سهل‌انگاری جلوگیری نماید) دچار تناقضاتی شده و به نظر می‌رسد از مبانی فقهی که موضع سخت‌گیرانه‌تری دارد، فاصله گرفته است که در مباحث آتی اشاره خواهیم کرد.

وجه خاص بودن مسؤولیت‌های مدنی ممکن است راجع به رکن فاعلی و به جهت شخصیت یا شغل افراد به عنوان مسؤولیت‌های خاص مطرح شده و مقررات ویژه‌ای را برای آن‌ها در نظر گرفته باشند. وقتی از مسؤولیت‌های مدنی حرف خاص مثل پزشکان یا قضات و امثال آن صحبت می‌شود، منظور همه رفتارهای صادر شده از این اشخاص نمی‌باشد، بلکه رفتارهایی را مد نظر دارد که در ارتباط با حرفه یا شغل آن‌ها است و رفتارهای دیگری که بی‌ارتباط به شغل آن‌ها باشد، مطابق قاعده عام مسؤولیت مدنی عمل می‌شود.

در خصوص مبنای پذیرفته شده برای مسؤولیت مدنی پزشک علاوه بر این که نویسندگان حقوقی در کتاب‌هایی که با موضوع مسؤولیت مدنی تألیف نموده‌اند، اشاره کرده‌اند مقالاتی نیز در این موضوع به رشته تحریر درآمده است، از جمله مقاله دکتر سیدحسین صفایی با عنوان «مبنای مسؤولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی» که در آن مقاله مبنای پذیرفته شده در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را «تقصیر مفروض» عنوان می‌کنند.

وجه نوآورانه در این مقاله، علاوه بر نگاه متفاوت به مبنای عام که آن را با عبارت «مطلق فعل» بیان می‌نماید، این است که به تحلیل موضوعی مسؤولیت مدنی پزشک می‌پردازد و هر کدام از این موضوعات را تابع قاعده متناسب با خود می‌داند، این در حالی است که نویسندگان حقوقی آن را موضوع واحد تلقی نموده‌اند و به نظر ما علت نتیجه‌گیری‌های بعضاً متعارض ناشی از عدم تحلیل موضوع می‌باشد که هر کدام به وجهی از موضوع کلی نگاه کرده و منجر به برداشت و استنباط‌های متفاوت می‌شود.

برای این که بدانیم مسؤولیت مدنی پزشکان که فروضات مختلفی نیز خواهد داشت مطابق قاعده عام است یا مبنای پذیرفته‌شده در مسؤولیت مدنی پزشکان متفاوت است، لازم است در مورد مبنای عام مسؤولیت مدنی در حقوق ایران که بیشتر ناظر به ضرورت وجود تقصیر یا عدم آن است، در قالب مبحث اول اشاره کنیم و در مبحث دوم به تفکیک و تبیین انواع مسؤولیت حقوقی پزشک و قاعده حاکم بر آن‌ها بحث خواهیم کرد.

مبحث اول: مبنای عام مسؤولیت مدنی در حقوق ایران

در حقوق ایران در مورد مبنای عام مسؤولیت مدنی و همچنین مبنای مسؤولیت مدنی پزشک به طور خاص اختلاف نظر وجود دارد. «مقصود از مبنای مسؤولیت، عنصر یا متغیری است که با وجود آن، وجود مسؤولیت، قابل توجیه است و بدون وجود آن متغیر، دلیل مهم و قانع‌کننده‌ای برای مسؤولیت جبران خسارت وجود ندارد» (۱).

بحث مبانی مسؤولیت مدنی مرتبط با رکن فعلی است و در مسؤولیت مدنی پزشک نیز به طور خاص قابل بررسی است. در حقوق ایران با توجه به این که منشأ اتخاذ قوانین و مقررات راجع به حوزه مسؤولیت مدنی واحد نبوده و گاهی به منابع فقهی نظر شده و گاهی به منابع حقوق خارجی، استنباط واحدی از مبنای مسؤولیت مدنی وجود ندارد، کما این که این وضع در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره‌های آن، که بیانگر مبنای مسؤولیت مدنی پزشک است، به وضوح دیده می‌شود.

بدیهی است پذیرش هر یک از نظریات مطرح در حوزه مسؤولیت مدنی، تأثیر مستقیمی در ارکان مسؤولیت مدنی خواهد داشت؛ این مسأله علاوه بر این که در مرحله ثبوتی ارکان مسؤولیت مدنی مؤثر است، به طور غیر مستقیم در بار اثباتی قضیه نیز تأثیر خود را می‌گذارد.

از این رو اگر در مورد مسؤولیت مدنی پزشک قانونگذار نظریه «تقصیر» را مد نظر داشته باشد، محکوم نمودن خواننده بسیار دشوارتر از فرضی است که پیرو نظریه «مطلق فعل» باشد. در بحث مبانی مسؤولیت مدنی عموماً و در مسؤولیت مدنی پزشک خصوصاً به هر کدام از نظریات گرایش پیدا شود، در تفسیر مقررات مرتبط نیز تأثیر خود را خواهد گذاشت.

برخی از حقوقدانان مسؤولیت مبتنی بر تقصیر را قاعده دانسته و سایر نظریه‌ها را استثنایی بر آن می‌دانند: این نظریه بیان می‌کند «مبنای اصلی مسؤولیت مدنی در نظام حقوقی ایران، نظریه تقصیر است، بنابراین طبق قاعده، فعل زیان‌بار می‌بایست تقصیر محسوب گردد تا شخص مسؤول به شمار آید» (۲). همچنین گفته شده است: «در اکثر کشورها نظریه تقصیر مبنای اصلی مسؤولیت مدنی است، اگرچه در مواردی بر اساس نیازها و مصالح اجتماعی نظریه خطر یا مسؤولیت بدون تقصیر مورد قبول قانونگذار واقع شده است... برابر این نظریه مسؤولیت مدنی مبتنی بر تقصیر (اعم از عمدی یا غیر عمدی) است و فقط کسی را می‌توان مسؤول شناخت که مرتکب تقصیر شده باشد و اثبات آن اصولاً بر عهده زیان‌دیده است. طرفداران این نظریه که حتی امروز نظریه غالب و اصلی در غرب و شاید بیشتر کشورهای جهان است آن را با مفاهیم اخلاقی توجیه می‌کنند» (۲).

برخی از اساتید از نظر مبنا بین ائتلاف و تسبیب فرق گذاشته و معتقدند: در تسبیب برخلاف ائتلاف، مسؤولیت مدنی «مبنی بر نظریه تقصیر است» (۳).

نویسنده دیگری با اعتقاد به مبنابودن نظریه تقصیر می‌نویسد: «اصل طبیعی در زندگی، آن است که تنها کسی باید مسؤولیتی برای جبران را بپذیرد که در رفتار خود از معیارها و حالت متعارف، خارج شود و الا اگر کسی رفتاری معمولی و در چارچوب ضوابط دارد نمی‌توان مسؤولیتی را به عهده او قرارداد. به عبارت دیگر، همواره «تقصیر»، شرط اصلی مسؤولیت بوده است، البته این سخن بدان معنا نیست که در حال حاضر این قاعده، تنها قاعده مسؤولیت مدنی است، بلکه منظور، آن است که مبنای تقصیر، بنیان اصلی در شکل‌گیری مباحث مسؤولیت مدنی است که در کنار آن قواعد خاص دیگری ایجاد شده است» (۱). همچنین گفته شده است: «تقصیر صرفاً یک تصور ذهنی نیست، بلکه یک رفتار خارجی است که به طور غیر معقول، خطری را ایجاد می‌کند که منجر به ضرر غیر می‌گردد. بنابراین در صورتی که سبب، مرتکب تقصیر و بی‌احتیاطی نشده باشد، ضامن نیست» (۱).

با وجود این در مورد مبنای مورد قبول فقه و قانون مدنی برخلاف نظرات مذکور گفته شده است: «از قانون مدنی چنین مبنایی استفاده نمی‌شود، چنانکه در فقه نیز بنابر آنچه از نوشته‌ها و فتاویٰ فقها برمی‌آید، تقصیر را نباید مبنا و رکن مسؤلیت به شمار آورد. درست است که در برخی موارد راجع به تسبیب از تقصیر سخن به میان آمده است، ولی این از باب احراز رابطه سببیت است نه به عنوان این که در تسبیب تقصیر مبنا و رکن مسؤلیت باشد» (۲).

بنابراین و با وجود این که دکتر صفایی همانند برخی دیگر از نویسندگان حقوقی، مسؤلیت مدنی را در حقوق ایران مبتنی بر تقصیر دانسته است، ولی در بحث تعدد اسباب، ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی را که مقرر می‌داشت: «هرگاه بر اثر برخورد دو سوار، وسیله نقلیه آن‌ها مانند اتومبیل خسارت ببیند در صورتی که تصادم و برخورد به هر دو نسبت داده شود و هر دو مقصر باشند یا هیچ کدام مقصر نباشند، هر کدام نصف خسارت وسیله نقلیه دیگری را ضامن خواهد بود، خواه آن دو وسیله از یک نوع باشند یا نباشند و خواه میزان تقصیر آن‌ها مساوی یا متفاوت باشد و اگر یکی از آن‌ها مقصر باشد، فقط مقصر ضامن است.» به عنوان قاعده پذیرفته شده در فقه امامیه معرفی می‌کند و بیان می‌دارند: «درست است که این مواد ناظر به وسایل نقلیه است، ولی خصوصیتی در وسیله نقلیه نیست و می‌توان این قاعده را به موارد دیگر مداخله سبب‌ها گسترش داد و یک قاعده عمومی از آن‌ها به دست آورد، چنانکه همین معنی از فتاویٰ فقهای امامیه (۱۲) و ماده ۳۶۵ ق.م.ا. قابل استنباط است» (۲).

همانطور که ملاحظه می‌شود، نویسنده در بحث تعدد اسباب، صرف عدم تقصیر را موجب عدم مسؤلیت ندانسته است. بنابراین باید گفت اگر در تعدد اسباب تقصیر شرط نباشد، به طریق اولی در وحدت سبب نیز نباید تقصیر شرط مسؤلیت مدنی باشد و «مطلق فعل» می‌تواند رکن مسؤلیت مدنی را تشکیل بدهد. به علاوه همین نویسنده در مورد معیار تقسیم مسؤلیت نیز ضمن اصل دانستن معیار تساوی در تعیین میزان مسؤلیت، «میزان مداخله» (نه میزان تقصیر) را ملاک قرار داده و بیان می‌کنند «اصل، تقسیم مسؤلیت به طور مساوی است، مگر این که ثابت شود فعل یا تقصیر یکی از افراد مسؤول بیشتر یا کم‌تر از دیگری مؤثر بوده است» (۲).

مفهوم تقصیر در مسائل دیگری نیز خودش را نشان می‌دهد که اگر آن مسائل نیز درست تحلیل بشوند، نشان خواهند داد که ضرورتی به تقصیرآمیزبودن فعل زیان‌بار نمی‌باشد، مثلاً در

بیان تفاوت مسؤولیت مدنی صرف و مسؤولیت ناشی از نقض تعهد، مفهوم تقصیر و بحث اثبات آن مطرح شده است: «بسیاری از مؤلفان فرانسوی در قرن نوزدهم و بیستم، بی‌آنکه وحدت مفهوم تقصیر را انکار کنند، از نظر اثبات تقصیر و به تعبیری بارِ دلیل بین دو نوع مسؤولیت فرق گذارده‌اند: (منظور از «بارِ دلیل» این است که تکلیف ارائه دلیل اثبات به عهده کدام یک از طرفین دعوا است.) در مسؤولیت قراردادی اثبات تقصیر لازم نیست و به تعبیری تقصیر مفروض است، در حالی که در مسؤولیت خارج از قرارداد اصولاً تقصیر واردکننده زیان باید اثبات شود» (۲). دکتر صفایی بعد از نقل این مطلب، این تفاوت را ناشی از ماهیت تعهد، یعنی به وسیله یا به نتیجه‌بودن آن می‌داند نه ناشی از قراردادی یا غیر قراردادی بودن آن‌ها و به عنوان نتیجه بحث بیان می‌دارند: «در تعهد به وسیله اثبات تقصیر لازم است، ولی در تعهد به نتیجه لازم نیست و هر دو نوع تعهد هم در زمینه قراردادهای و هم در باب مسؤولیت خارج از قرارداد قابل تصور است» (۲).

به نظر ما، هرچند استدلال به نحو تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله درست است، لکن در اینجا هم، مسأله اثبات، ناظر به اثبات فعل زیان‌بار است، نه اثبات تقصیر. در تعهد به نتیجه همین که نتیجه حاصل نشده باشد، معلوم می‌شود فعل انجام نشده است و رکن فعلی از نوع فعل منفی به دلالت اصل عدم محقق است، ولی در تعهد به وسیله به جهت وجود اماره ظهور مبنی بر این‌که، چون طرفین به اعتماد همدیگر تعهد نموده‌اند اصل عدم جریان نمی‌یابد و مدعی باید فعل زیان‌بار را که همان عدم انجام تعهد است، ثابت نماید. بنابراین بار اثبات فعل زیان‌بار است که ممکن است حسب مورد به عهده خواهان یا خوانده قرار گیرد نه این‌که در تعهد به وسیله اثبات تقصیر لازم باشد، ولی در تعهد به نتیجه لازم نباشد.

این بحث نشان می‌دهد قائلین به نظریه تقصیر حداقل در مورد مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد، خلاف نظریه خود را بیان نموده و می‌گویند لزومی به وجود تقصیر در این مورد نیست. با توجه به این‌که امروزه نظریه وحدت دو نوع مسؤولیت بیشتر مورد قبول است، این خود نشان می‌دهد که وجود تقصیر به عنوان رکن جدا از رکن فعلی یا به عنوان وصف فعل زیان‌بار ضرورت ندارد، زیرا اگر این امر ضرورت داشت، به راحتی در مورد مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد قائل به عدم آن نمی‌شدند.

در رد نظریه قائلین به مینابودن نظریه تقصیر نقد دیگری می‌توان وارد کرد و آن این‌که، این صاحب‌نظران، نظر خود را بر مبنای استناد عرفی خسارت به فعل زیان‌بار نیز توجیه کرده و معتقدند معیار رابطه سببیت، استناد عرفی است، کما این‌که گفته شده است: «ضابطه سببیت، یک ضابطه عقلی - عرفی است که می‌تواند ملاک و مبنای قرار گیرد» (۶) و در بحث تعدد اسباب مسؤولیت را متوجه سببی می‌دانند که خسارت عرفاً مستند به آن باشد. حال اگر در موردی، تقصیری وجود نداشته باشد، ولی استناد عرفی خسارت به فعل خوانده وجود داشته باشد، مثل پرتاب سنگ ریزه از زیر چرخ ماشین یا وضعیت اضطراری؛ در این صورت اگر قائل به نظریه تقصیر باشیم و از طرفی معیار را استناد عرفی بدانیم، دچار تناقض گویی خواهیم شد.

همچنین اگر این نظر را داشته باشیم که «ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی که مبنای تقصیر را پذیرفته قاعده عام است که بیشتر موارد مسؤولیت مدنی را دربر می‌گیرد، ولی در مواردی، مسؤولیت نوعی یا بدون تقصیر در قوانین ما پذیرفته شده که استثنایی بر قاعده عام مذکور و در واقع مخصص آن به شمار می‌آید، از جمله این موارد مسؤولیت ناشی از اتلاف موضوع مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰ ق.م. و مسؤولیت ناشی از وسایل نقلیه زمینی موتوری...» (۲) می‌باشد. در این صورت باید قائل به نسخ شدن تخصیص، زیرا هم ماده ۱ ق.م. و هم مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰ ق.م. مقرراتی عام هستند و هیچ کدام در خصوص موضوع خاص صحبت نمی‌کند تا بگوییم نسبت به دیگری خاص است، چون اعتقاد به تخصیص در فرض وجود دو حکم که یکی عام و دیگری خاص باشد، مطرح می‌شود. اگر گفته شود که ماده ۱ ق.م. از این جهت عام است که هم ناظر فرض تسبیب و هم ناظر فرض اتلاف است. از این رو صرف اتلاف، نسبت به موضوع این ماده خاص می‌باشد و خاص نیز مقدم بر عام می‌شود و بحث تخصیص پیش می‌آید نه بحث نسخ؛ در جواب می‌توان گفت که اتلاف و تسبیب تفاوت ماهوی با هم ندارند و حتی تشخیص بسیاری از مصادیق مسؤولیت مدنی که از نوع اتلاف است یا از نوع تسبیب با معیارهایی که گفته‌اند ممکن نیست. با توجه به این‌که به نظر ما معیار تمییز اتلاف از تسبیب صرفاً در «فاصله زمانی» تحقق رکن نتیجه‌ای از رکن فعلی است، صرف وجود این فاصله، چندان اهمیتی ندارد تا بتواند قاعده مسؤولیت مدنی را تغییر دهد.

بنابراین نه‌تنها اعتقاد به تخصیص در این موضوع درست به نظر نمی‌آید، اعتقاد به نسخ هم درست نیست، هرچند برخی از حقوقدانان (۴) اعتقاد به نسخ مقررات قانون مدنی در این زمینه

را دارند (و البته برخی دیگر نظر مخالف دارند (۶)). اگر از عبارت قانون مسؤولیت مدنی مفهوم بگیریم و آن را ناسخ مقررات قانون مدنی در بحث ائتلاف و تسبیب بدانیم، در این صورت مسؤولیت مدنی محجورین را نیز باید به کناری گذاشت و آن را نیز منسوخ دانست که در بین حقوقدانان کسی چنین اعتقادی ندارد. از این رو در حقوق ایران بنا به دلایل مذکور مبنای مسؤولیت مدنی عام «مطلق فعل» است نه «نظریه تقصیر».

بنابراین به دلایل مذکور در حقوق کنونی ایران که منبعث از فقه امامیه نیز می‌باشد، مبنای عام مسؤولیت مدنی «مطلق فعل» است و نباید «نظریه تقصیر» را مبنای عام مسؤولیت مدنی در حقوق ایران دانست. با به دست آمدن مبنای عام، تحلیل مسؤولیت‌های حقوقی پزشک را در فروض مختلف پی می‌گیریم تا معلوم شود مبنای پذیرفته شده در حقوق ایران در هر کدام از فروض، چه مبنایی می‌باشد.

مبحث دوم: انواع مسؤولیت حقوقی پزشک

در مورد تمییز مسؤولیت مدنی از مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد، آثاری برای تفکیک این دو نوع مسؤولیت گفته شده است، از جمله «در تعیین حدود و دامنه مسؤولیت، میزان خسارت قابل جبران، اثبات تقصیر فاعل زیان، ادله اثبات، تشریفات مطالبه خسارت، قانون حاکم، دادگاه صالح، مرور زمان و...» که در تحلیل مسؤولیت حقوقی پزشک نیز باید به طور خاص مورد لحاظ قرار گیرد (۶). انواع مسؤولیتی که متوجه پزشک می‌شود، باید از هم تشخیص داده شود در غیر این صورت در توجیه برخی از مقررات قانونی ممکن است به تفسیرهایی متوسل شویم که ابداً مد نظر قانونگذار نبوده است. به عنوان مثال مطلبی را از یکی از نویسندگان مشهور حقوقی نقل می‌کنیم که بیشتر مثال ذکر شده در آن مدنظر ماست: «یافتن نظریات و قواعد حاکم بر فعل زیان‌بار در هر مورد، اهمیت زیادی در درک راه حل مسائل آن مورد دارد. در مسؤولیت قراردادی نیز همین‌گونه است، لذا همان‌گونه که تشخیص نظریه تقصیر، خطر یا مطلق مهم است، شناخت تعهدات به وسیله، نتیجه و ایمنی نیز اهمیت دارد. به همین دلیل با تعیین مبنای مناسب در مصادیقی مانند مسؤولیت پزشک می‌توان احکام مسؤولیت را تبیین نمود. به طور مثال، در بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا. (مصوب ۱۳۷۵ ش.) عمل پزشک با اذن بیمار (و در موارد اضطراری بدون اذن) فعل مباح تلقی می‌شد، اما در مواد دیگر مانند ماده ۳۱۹ همان قانون،

پزشک (هرچند متخصص) مسؤول خسارات وارد بر بیمار شناخته شده بود. علت این امر، آن بود که تعهد پزشک در مورد خسارات احتمالی بر اساس آن قانون، از نوع تعهدات به نتیجه تلقی می‌شد. در واقع، پزشک در ضمن درمان، تعهد می‌کرد خسارتِ بیشتر وارد نمی‌کند. بنابراین اگر چنین نتیجه‌ای حاصل نمی‌شد وی ضامن بود... بدیهی است با پذیرش مبنای مسؤولیت عینی یا تعهد به نتیجه در خصوص خسارات احتمالی، پزشک برای معافیت از مسؤولیت نمی‌تواند به عدم تقصیر خود استناد نماید. با توجه به مقررات جدید در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تغییراتی در مبنای مسؤولیت پزشک ایجاد شده است» (۱).

مثالی که در مطلب فوق گفته شده است و آن را به عنوان تعهد به نتیجه تفسیر کرده است ناشی از این است که در مورد مسؤولیت پزشک قائل به تفکیک انواع مسؤولیت نشده و همه را از نوع مسؤولیت قراردادی در نظر گرفته‌اند و به این جهت تصور شده است مبنای قانون قبلی در این موضوع متفاوت از مبنای قانون جدید است، در حالی که با تفکیک انواع مختلف مسؤولیت به همان مبنایی می‌رسیم که از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قابل استنباط است. در واقع در این مسأله مبنا یکی است، ولی قانونگذار در قانون فعلی مقصود خود را بیشتر تبیین نموده است.

البته به طور کلی می‌توان گفت قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مورد مسؤولیت پزشک از مبنای «مطلق فعل» فاصله گرفته و با مبنای «فرض تقصیر» (۱)، وضع مقررات نموده است، لکن در مسأله گفته شده اشکال در این است که به توجیه «تعهد به نتیجه»، متوسل شده است که از مباحث اختصاصی حقوق قراردادهای می‌باشد.

از این رو تفکیک موضوع به حل مسأله و یافتن مبنای مناسب احکام آن‌ها کمک زیادی می‌کند، لذا هر کدام از انواع مسؤولیت مدنی پزشکان در بند جداگانه‌ای بررسی می‌کنیم.

۱- مسؤولیت قراردادی پزشک

مسؤولیت قراردادی که خیلی از حقوقدانان به جای این عبارت از تعهد قراردادی استفاده می‌کنند، ناشی از اراده انشایی طرفین است و در اختلاف ناشی از این مسائل مرجع تفسیر باید اراده مشترک طرفین باشد، در حالی که مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد و مسؤولیت مدنی صرف، یک واقعه حقوقی است و اراده انشایی در آن تأثیری ندارد (۶). منظور از مسؤولیت قراردادی پزشک که آن را از مسؤولیت تخلف از قرارداد و مسؤولیت مدنی صرف جدا کردیم، آن

تعهداتی است که به موجب قرارداد پزشک با بیمار، به عهده پزشک قرار گرفته است و این معنا مربوط به حقوق قراردادهاست و علت طرح آن در این قسمت متمایز کردن مسؤولیت‌های مدنی پزشک است و نباید این سه نوع مسؤولیت با هم خلط شوند، چون هر کدام اقتضای خاص خود را دارند و موضوعاتی هستند که احکام خود را می‌طلبند.

بنابراین اگر در پرونده‌ای، موضوع منطبق با رابطه قراردادی باشد، لازم است از ضمانت اجراهای حقوق قراردادهای مثل «الزام به ایفای تعهد» استفاده شود، چون قانون مدنی که مباحث حقوق قراردادهای را در خود جای داده است، مقررات خاصی برای قرارداد پزشک با بیمار ندارد و از این رو این قرارداد نیز تابع عمومات خواهد شد.

اگر موضوع مصداق «الزامات خارج از قرارداد» باشد در این صورت ضمانت اجرای آن، «جبران خسارت» که یگانه ضمانت اجرای حقوق مسؤولیت مدنی است به کار خواهد آمد؛ برای این نوع از مسؤولیت پزشک، هر چند در قانون مسؤولیت مدنی مقررات خاصی برای پزشک پیش بینی نشده است، ولی در قانون مجازات اسلامی مقرراتی به آن اختصاص پیدا کرده است که در بند سوم از این مبحث بیشتر در این مورد صحبت خواهیم کرد.

۲- مسؤولیت تخلف از قرارداد برای پزشک

در بحث تمایز یا وحدت مسؤولیت مدنی و مسؤولیت تخلف از قرارداد، گفته شده است که «در حقوق اسلامی این دو مسؤولیت واحد محسوب می‌شوند، زیرا مسؤولیت پزشک و مسؤولیت متصدی حمل و نقل که مسؤولیت {تخلف} قراردادی است، در کنار عناوین موجب مسؤولیت مدنی، مانند غصب و اتلاف، مورد بحث قرار گرفته است که هدف از آن جبران خسارت زیان‌دیده و احقاق حق او می‌باشد» (۵).

واقعیت این است که در فقه ما بحث مسؤولیت ناشی از تخلف از قرارداد، مطرح نشده است و آنچه در فقه مورد بحث گسترده بوده است، ضمانت اجراهای قراردادی مثل حق فسخ و... بوده است.

در فقه امامیه نیز که منشأ اتخاذ قوانین ماهوی در حقوق ایران می‌باشد وقتی از مسؤولیت پزشک یا متصدی حمل و نقل صحبت شده است بر مبنای تخلف از قرارداد نبوده است. به عبارت دیگر قرارداد بین پزشک و بیمار و یا قرارداد بین صاحب کالا و باربر در این بحث مطرح نبوده است تا «تخلف از قرارداد» مد نظر فقها در این بحث باشد و چه بسا فقهایی که بحث

مسئولیت طبیب را مطرح نموده‌اند اساساً به عقود غیرمعین اعتقاد نداشته‌اند. بنابراین فقها در همه این موارد با دید ضمان قهری نگاه می‌کرده‌اند نه با این دید که از قراردادی تخلف شده است و به این جهت باید جبران خسارت شود.

همانطوری که گفته شده است «در حقوق اسلام بین مسئولیت مدنی و قراردادی تفکیک و تمایزی وجود ندارد» (۵). به این جهت در این مباحث حداکثر از تأثیر اذن بیمار و یا صاحب کالا صحبت می‌شود که این اذن چه تأثیری در خسارت‌های به وجود آمده که در نتیجه عملکرد پزشک یا متصدی حمل و نقل بوده است، دارند.

بنابراین مباحثی که در متون فقهی ما در مورد مسئولیت پزشک وجود دارد، مناسب عنوان ذیل بند سوم از این گفتار می‌باشد، یعنی مسئولیت خارج از قرارداد پزشک.

محور دعوایی مسئولیت مدنی «خسارت» است؛ وقتی خسارتی به بیمار وارد می‌شود و او علیه پزشک مدعی می‌شود از سه حالت خارج نیست: ۱- خسارت ناشی از عدم دستیابی بیمار به آنچه که به موجب قرارداد، قرار بود پزشک در اختیار بیمار بگذارد، بوده است (عدم دستیابی بیمار به مطلوب خود از قرارداد با پزشک)؛ ۲- خسارتی که سبب آن اقدامی از پزشک بوده که مقصود طرفین نبوده است و به آن توجه نداشته‌اند؛ ۳- ترکیبی از این دو نوع خسارت.

در حالت اول، خسارت، ناشی از تخلف پزشک از قراردادی است که بین او و بیمار بوده است و مقصود ما از عنوان این بند، این نوع خسارت است. در این فرض تخلف پزشک دو اثر مجزا خواهد داشت، یکی این که چون به قرارداد عمل نشده است پزشک حقی به عوض قراردادی نخواهد داشت و این بحث مربوط به حوزه حقوق قراردادهاست. خسارت دیگری ممکن است از عدم دستیابی به موضوع قرارداد، به وجود آمده باشد که عنوان این را می‌گذاریم خسارت ناشی از تخلف از قرارداد؛ در حالت دوم خسارت ناشی از فعل یا ترک فعلی است که موضوع قرارداد نبوده است و این خسارت به قرارداد ارتباطی ندارد و مسئولیت عام پزشک حکم این قضیه را مشخص خواهد کرد؛ در حالت ترکیب خسارت‌ها نیز ما باید در مقام رسیدگی، خسارت را تجزیه کرده و هر قسمت را به فعل خودش منتسب کنیم.

زیان دیده زمانی می‌تواند سبب دعوای مطالبه خسارت خود را، مسئولیت ناشی از نقض قرارداد عنوان نماید که صرف تخلف از قرارداد آن خسارت را ایجاد کرده باشد. به عبارت دیگر خسارت نتیجه عدم دسترسی به موضوع قرارداد باشد. بنابراین در فرضی که ناشی از صرف

تخلف و عدم دسترسی به موضوع قرارداد نیست، بلکه اگر این خسارت نتیجه اقدام اضافی پزشک که قرارداد در مورد آن ساکت است یا آن را ممنوع کرده است، بوده باشد، این اقدام همان فعل زیان‌بار قاعده عام ضمان قهری است، نه تخلف از قرارداد که مهم‌ترین مباحث مربوط به مسؤولیت مدنی پزشک به این نوع مسؤولیت مربوط می‌شود و به شرح بند ذیل بررسی می‌کنیم.

۲- مسؤولیت خارج از قرارداد پزشک

این که «فقها صریحاً گفته‌اند مسؤولیت پزشک از باب اتلاف است» (۶)، ناظر به این نوع از مسؤولیت پزشک است که خارج از قرارداد محسوب می‌شود و محل بحث ما در این بند می‌باشد که از مسؤولیت قراردادی پزشک متمایز است.

ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره‌های آن مربوط به این نوع از مسؤولیت حقوقی پزشک می‌باشد که مقرر می‌دارد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد، موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است، مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجات براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود. تبصره ۱: در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد، هر چند براءت اخذ نکرده باشد.

تبصره ۲: ولی بیمار اعم از ولی خاص است، مانند پدر و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رییس قوه قضاییه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه به اعطای براءت به طبیب اقدام می‌نماید.»

گفته شده است «بر اساس ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ظاهراً مسؤولیت پزشک نسبت به خسارات وارد به بیمار از طریق نظریه فرض تقصیر، توجیه شده است» (۱). این در حالی است که «در حقوق اسلام مسؤولیت پزشک بر اساس تقصیر نیست... صاحب جواهر طبیب را، در صورت ایراد صدمه فوت، هر چند عملش با اذن بیمار یا ولی او باشد، ضامن دانسته و موضوع را در مقوله شبه‌عمد بررسی کرده است (۲). ایشان برای نظر خود به قاعده اتلاف استناد کرده است... در مجموع از کلام فقها برمی‌آید که برای وجود ضمان طبیب، صرف

استناد به فعل طبیب کافی است» (۶)، البته در مقررات فقهی نیز با قبول صحت اخذ براءت از بیمار (که به جهت وجود مصلحت خاص، «ضمان ما لم یجب» در این مورد صحیح دانسته شده است) همان نتیجه‌ای به دست می‌آید که از نظریه تقصیر انتظار می‌رود، زیرا محل اجرای شرط براءت در خسارت‌های غیر تقصیری است و شامل مواردی که پزشک مقصر می‌باشد، نمی‌شود. از این رو در جایی که شرط براءت پزشک درج شده باشد، هرچند با نظریه مطرح در فقه قضاوت صورت گیرد، فقط در صورت تقصیر یا قصور، پزشک مسؤول شناخته خواهد شد.

طبق یک نظر به استناد ماده ۳۱۹ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵ که معادل این حکم در مواد ۴۹۶ و ۴۹۵ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ و البته با تفصیل بیشتر پیش‌بینی شده است، تعهدات پزشک از نوع تعهد به نتیجه دانسته شده است: «نظر به این‌که این ماده فقط مربوط به معالجه‌هایی نیست که مستقیماً به وسیله پزشک انجام می‌شود (تا تلف جان یا نقص عضو تحت شمول اتلاف قرار گیرد)، بلکه شامل معالجه‌هایی هم می‌شود که به دستور پزشک صورت می‌گیرد و در هر حال پزشک ضامن شمرده شده است، بنابراین ظاهراً تعهد پزشک، تعهد به نتیجه به شمار آمده و نقض آن تقصیر محسوب گردیده است... إذن تنها در معالجه داده شده است، نه إذن در تلف و مأذون بودن عمل با ضمان منافات ندارد» (۲). ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نیز مقرر می‌داشت: «هرگاه طبیبی، گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجاتی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هرچند با إذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است.»

به نظر ما این مواد راجع به اتلاف است و اساساً راجع به این موضوعات، طرفین (پزشک و بیمار) در تعهدات قراردادی خود صحبتی به میان نمی‌آورند، مثلاً در یک عمل جراحی رضایتی که بیمار می‌دهد برای شکافتن آن قسمت از بدن است که نیاز وجود دارد و با این رضایت دیه شکافتن و بخیه‌زدن قابل مطالبه نیست (اگر این رضایت نبود اصولاً غیر از موارد خاص و اضطراری، دیه آن قابل مطالبه می‌شود) و لکن وقتی عارضه‌ای از این عمل جراحی ایجاد می‌شود، خارج از موضوع قرارداد است، مصداق اتلاف می‌باشد. این اتلاف طبق ماده ۳۱۹ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵ در هر صورت موجب ضمان تلقی شده بود، لکن نه از این جهت که پزشک تعهد به نتیجه کرده بود، بلکه از این لحاظ که در اتلاف و به طور کلی در مسؤولیت مدنی، صرف وجود فعل زیان‌بار کافی بود و لازم نبود آن فعل، تقصیر یا قصور تلقی شود. این حکم در مواد

۴۹۵ و ۴۹۶ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ به این شکل تغییر کرده است که رفتار پزشک بایستی به تصریح تبصره ۱ ماده ۴۹۵ ق.م.ا. قصور یا تقصیر تلقی شود، لذا صرف صدق اتلاف کفایت نمی‌کند، حکمی که ظاهراً خلاف مبانی شناخته‌شده در فقه می‌باشد.

قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ گفته می‌شد که در فرض اخذ براءت از بیمار توسط پزشک، باید موضوع براءت را «منصرف از بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی و یا عدم رعایت موازین فنی و عملی تلقی کنیم. به علاوه شرط براءت {در رابطه بین بیمار و} پزشک، یک عمل حقوقی است و در تفسیر آن به اراده مریض یا ولی او باید توجه شود: هیچ کس به پزشک اجازه نمی‌دهد که در معالجه احتیاط و مراقبت لازم را نکند و هر اقدامی که می‌خواهد انجام دهد، بلکه براءت ناظر بر ضررهای ناخواسته ناشی از معالجه یا اشتباهاتی است که هر پزشک متعارف و بااحتیاطی ممکن است در تشخیص بیماری و درمان مرتکب شود. همین راه حل در دادگاه‌ها نیز پذیرفته شده و قضات تحصیل براءت را توجیه‌کننده عدم دقت در معالجه نمی‌دانند» (۹). بعضی از فتاوی‌های فقهی نیز مؤید این نظر است (۱۱)، همین نتیجه با تصریحی که در ماده ۴۹۵ ق.م.ا. شده، شکل قانونی به خود گرفته است. صرف نظر از اشکالات نگارشی و عبارتی که در ماده ۴۹۵ وجود دارد، با توجه به این‌که قصور در کنار تقصیر مطرح شده است و تفسیری که از واژه قصور ارائه می‌دهند، همان کوتاهی‌های غیر عمدی منجر به اضرار است و منظور از تقصیر موارد عمدی اضرار است. از این رو قصور می‌تواند موضوع براءت پزشک باشد، ولی تقصیر نه. با وجود این در حکومت قانون فعلی، این‌که دقیقاً چه چیزی باید موضوع براءت باشد و چه چیزی مورد رضایت، می‌تواند مورد بحث قرار گیرد.

برخی از حقوقدانان علت حکمی که اجازه اخذ براءت از بیمار را برای پزشک می‌دهد، این طور بیان می‌کنند: «همان‌گونه که برای ضمانت یا توثیق از یک دین، لزومی نیست تا دین فعلیت داشته باشد، بلکه وجود سبب دین نیز کفایت می‌کند (۸)، در اسقاط دین هم تحقق سبب و مقدمات نزدیک دین، کافی می‌باشد. قدرت حاکمیت اراده در حدی است که می‌تواند در چنین مواردی، اعتبار و آثار عقلایی را ایجاد یا منحل نماید.

در مواردی مانند رجوع بیمار به پزشک و قطعی شدن اقدامات درمانی مانند عمل جراحی، چون مقدمات نزدیک و سبب خسارات احتمالی ایجاد شده است، زیان‌دیده آینده می‌تواند ذمه پزشک را نسبت به دین آینده ابرا نماید. از آنجا که ابرا، یک عمل حقوقی است، لذا تنها در

چارچوب نظم عمومی و اخلاق حسنه نفوذ دارد. بنابراین اگر پزشک در اقدامات خود، مرتکب تقصیر سنگین یا اضرار عمدی شود، نمی‌تواند به براءت استناد نماید» (۱).

از این مطلبی که نقل قول شد استنباط می‌شود که مسأله امکان اخذ براءت توسط پزشک مطابق قاعده است و اختصاص به پزشک ندارد. لکن به نظر می‌رسد امکان اخذ براءت توسط پزشک، استثنایی بر این قاعده است که هیچ کس نمی‌تواند اجازه ایراد صدمه بدنی را به دیگری بدهد. با وجود قاعده اخیر، اخذ براءت توسط پزشک فقط با جریان قاعده اتلاف در مورد اعمال پزشک می‌توانست معنا پیدا کند و با تصویب تبصره ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که مبنای مسئولیت پزشک را از «مطلق فعل» به «تقصیر» (یا فرض تقصیر) تغییر داده است، جایگاهی برای اخذ براءت وجود ندارد. در حکومت قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ می‌توانستیم بگوییم که، موضوع «رضایت» بیمار صدمات اجتناب‌ناپذیری است که برای درمان ضرورت دارد و موضوع «براءت» صدماتی بود که برای درمان ضرورت نداشت و بدون تقصیر پزشک بود؛ صدماتی که ناشی از تقصیر (اعم از عمد و غیر عمد) بود و برای درمان ضرورت نداشت، نه می‌توانست مورد رضایت باشد و نه مورد براءت؛ به این جهت با وجود اخذ براءت، پزشک مسؤول صدمات ناشی از تقصیر بود (مواد ۳۱۹ به بعد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ ش.۰). این حکم با این قاعده که هیچ کس نمی‌تواند به دیگری اذن صدمه بدنی بدهد، هماهنگ بود. اقتضای مقررات فعلی این است که پزشک مطلقاً مسؤول صدمات بدنی غیر تقصیری نیست، اعم از این که براءت گرفته باشد یا نگرفته باشد و اگر براءت گرفته باشد در صورت تقصیر هم مسؤول نخواهد بود و برای تعدیل این نتیجه است که در مطلب نقل قول شده نویسنده به تقسیم تقصیر، به تقصیر سنگین و سبک، متوسل شده است که اولاً این تقسیم مبنای محکمی ندارد و یک امر نسبی است؛ ثانیاً قانون، چنین تفکیکی را در فرض اخذ براءت پزشک به عمل نیاورده است.

برخی از حقوقدانان تأثیر «اخذ براءت» را در تغییر بار اثبات تقصیر می‌دانند (۶).

با این تحلیل و با در نظر گرفتن تبصره ماده ۴۹۵ ق.م.ا. می‌توان یکی از تغییراتی که در مورد مسئولیت پزشک در حکومت قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲ ش.۰) به وجود آمده است، تغییر در موضوع براءتی است که پزشک از بیمار اخذ می‌کند. «ماده ۴۹۵ ق.م.ا. در بیان یکی از موارد معافیت پزشک از مسئولیت می‌گوید: «... یا این که قبل از معالجه براءت

گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود...» با توجه به تبصره همین ماده که به قصور و تقصیر در کنار هم اشاره می‌کند، به نظر می‌رسد قید عدم تقصیر در براءت در ماده فوق، به معنای عدم تقصیر عمدی است، زیرا در تقصیرهای متعارف براءت نافذ می‌باشد» (۱)، البته این این عبارت به اصطلاح ادبی پارادوکس دارد، زیرا اگر متعارف باشد دیگر تقصیر نخواهد بود و اگر تقصیر باشد، متعارف نیست.

نتیجه‌گیری فوق که در عبارت نقل قول شده دیده می‌شود و تناقضاتی که در ماده ۴۹۵ ق.م.ا. و تبصره آن مشاهده می‌شود ناشی از دست‌کاری مبنای اصلی حقوق اسلامی (قاعده اتلاف و تسبیب) و تغییر آن به مبنای وارداتی، یعنی نظریه تقصیر، می‌باشد و نشان می‌دهد قانونگذار مضطرب است، یعنی نه می‌تواند از قاعده نظام حقوقی خود دست بکشد و نه این که در اثر افکار وارداتی می‌تواند کاملاً به آن پایبند باشد. این مسأله با دقت در متن ماده ۴۹۷ ق.م.ا. نیز آشکار می‌شود.

به عقیده برخی از حقوقدانان تشدید مسؤولیت مدنی پزشک در مقررات قانونی ضرورت دارد (۶).

ماده ۴۹۷ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «در موارد ضروری که تحصیل براءت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.» این حکم زمانی معنا پیدا می‌کرد که مبنای مسؤولیت پزشک «مطلق فعل باشد»، یعنی قاعده اتلاف و تسبیب، در حالی که با وجود حکم مقرر در تبصره ۱ ماده ۴۹۵ که مبنای تقصیر را برای مسؤولیت پزشک در نظر گرفته است، چنانچه پزشک طبق مقررات عمل نموده باشد، اساساً مسؤولیتی متوجه او نمی‌شود تا نیازمند اخذ براءت باشد. بنابراین ماده ۴۹۷ با وجود تبصره ۱ ماده ۴۹۵ اضافه است و تصویب این مواد در کنار هم حاکی از این است که قانونگذار در عین حال که می‌خواهد مبنا را در مورد مسؤولیت پزشک عوض کند، ولی مبنای عمومی و سابق در مورد مسؤولیت پزشک، همچنان در ذهن وی وجود دارد و در بیان احکام تأثیر می‌گذارد.

تناقض به وجود آمده در جریان تصویب این قانون و در رفت و آمد لایحه بین مجلس و شورای نگهبان به وجود آمده است و محصول فکر اولیه تنظیم‌کنندگان لایحه نبوده است.

نتیجه‌گیری

مبنای عام مسؤولیت مدنی در حقوق ایران با توجه به مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی «مطلق فعل» می‌باشد نه صرف «تقصیر» (اختلاف نظر هم وجود دارد). از این رو با توجه به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره‌های آن، که مبنای تقصیر را برای مسؤولیت مدنی پزشک مقرر نموده است، مسؤولیت مدنی پزشکان مبتنی بر تقصیر و استثنا بر قاعده عام مذکور می‌باشد و این از جمله نوآوری‌های منفی در قانون مجازات اسلامی جدید می‌باشد (منفی به این جهت که به جای تشدید مسؤولیت مدنی پزشکان به جهت اهمیت جان انسان‌ها، نسبت به قاعده عام آن را تخفیف داده است، در حالی که عموماً وقتی قانونگذار در مقررات راجع به مسؤولیت مدنی قاعده استثنایی وضع می‌کند، در جهت تشدید مسؤولیت است تا از این طریق به رعایت احتیاط حداکثری ترغیب نموده باشد). وضع تبصره یک ماده ۴۹۵، یعنی تغییردادن مبنای مسؤولیت مدنی پزشک از «مطلق فعل» به «تقصیر» در حالی است که اقدامات پزشکان در ایراد صدمات بدنی غالباً مصداق قاعده اتلاف می‌باشد و هیچ حقوقدان و فقیهی به مبنای بودن تقصیر در مورد قاعده «اتلاف» قائل نیست و تنها در قاعده «تسبیب» در مورد لزوم یا عدم لزوم تقصیر برای توجه مسؤولیت اختلاف نظر وجود دارد. به هر حال با وجود مقررات کنونی توجه به چند نکته در خصوص مبنای مسؤولیت مدنی پزشکان حایز اهمیت است: اولاً در مسؤولیت مدنی پزشک رکن فعلی مسؤولیت، معالجه نیست، بلکه رفتاری فراتر از معالجه است و این رفتار است که موجب مسؤولیت مدنی و به عبارتی رکن فعلی مسؤولیت او را تشکیل می‌دهد، مثلاً اگر پزشک برای عمل جراحی، قسمتی از بدن بیمار را می‌شکافد، صرف این شکافتن معالجه است و چون مأذون است، مسؤولیت هم ندارد و اگر فعل دیگری انجام دهد یا فعلی را که باید انجام می‌داد، انجام ندهد و این رفتار خسارتی را به بار آورد که مورد انتظار و رضایت بیمار نبوده، این خسارت مضمون است، لذا در بررسی مسؤولیت پزشک، در مورد فعل وی باید قائل به تفکیک شد. برخی از افعال پزشک مأذون هستند و برخی غیر مأذون و همینطور برخی از افعال پزشک ممکن است در راستای قرارداد وی با بیمار باشد و برخی خارج از موضوع قرارداد. مقررات پیش‌بینی‌شده در قانون مجازات اسلامی راجع به مسؤولیت پزشک نیز ناظر به موضوعات غیر قراردادی می‌باشد، لذا در جایی که موضوع را منطبق با قرارداد یا نقض قرارداد دانستیم از ضمانت اجرای مربوط به آن موضوعات استفاده می‌شود؛ ثانیاً یکی از موضوعات بحث

برانگیز در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی و تبصره آن مسأله اخذ برائت و تأثیر آن بر مسؤولیت مدنی پزشک می‌باشد. در قانون مجازات اسلامی سابق اخذ برائت از بیمار نیز ناظر به موارد غیر قراردادی و غیر تقصیری بود و اساساً اخذ برائت برای موارد تقصیری بی‌تأثیر است. از این رو است که مسأله رضایت و مسأله برائت پزشک، دو مقوله متفاوت از هم هستند. موضوع رضایت، اعمالی است که پزشک در راستای قرارداد درمان انجام می‌دهد و چون این امور مأذون و برای درمان هستند، طبیعتاً مسؤولیت مدنی در مورد آنها نیز مطرح نمی‌باشد. موضوع برائت اعمالی است که پزشک خارج از درمان انجام می‌دهد، هرچند این اعمال نیز ممکن است در جریان اقدامات درمانی واقع شود، ولی وقتی تفکیک بشوند، این اعمال مأذون به حساب نمی‌آیند و حتی نمی‌توانند مأذون باشند، چون شارع به خود بیمار اجازه چنین اقدامی را نداده است تا به پزشک هم اجازه بدهد آن اعمال زیان‌بار را انجام دهد و از این روست که رضایت بیمار برای این‌گونه اعمال شامل نیست و فقط مسأله اخذ برائت پیش می‌آید، یعنی در مسأله برائت، بیمار قبول می‌کند بعد از این که حکم پرداخت خسارت به عمل پزشک تعلق گرفت آن را مطالبه نکند یا حق مطالبه نداشته باشد و این امر نشان می‌دهد که موضوع برائت نمی‌تواند اعمال مأذون باشد که برای درمان انجام می‌گیرد، چون آنها اساساً موجب مسؤولیت مدنی پزشک نمی‌شوند، لذا حکم پرداخت خسارت برای آنها موضوعاً منتفی است، در حالی که در مسأله برائت، موضوع محقق است و دخالت اراده طرفین برای جنبه حکمی قضیه است که آیا خسارتی پرداخت شود یا نشود یا به عبارتی حق مطالبه خسارت وجود داشته باشد یا چنین حقی وجود نداشته باشد.

با توجه این مطلب اکنون کارکرد «اخذ برائت» توسط پزشک مبهم است، زیرا اخذ برائت برای موارد غیر تقصیری است که مطابق تبصره یک ماده ۴۹۵ قانون مذکور اساساً پزشک برای آن موارد مسؤول شناخته نمی‌شود تا لزومی برای اخذ برائت وجود داشته باشد و در موردی که پزشک مقصر باشد، اخذ برائت بی‌تأثیر است. به وجود آمدن این ابهام نتیجه بازگشت قانونگذار از مبنای عام (مطلق فعل) به مبنای خاص (تقصیر) و آن هم بعد از نگارش اولیه لایحه قانون مجازات اسلامی بوده است.

به هر حال می‌توان گفت مسؤولیت حقوقی پزشک در فرضی که موضوع مشمول حقوق قراردادها باشد. همچنین در فرضی که موضوع عبارت از «نقض قرارداد» باشد، مطابق قاعده عام

خواهد بود. اگر موضوع مشمول نوع سوم، یعنی موضوعات «خارج از قرارداد» باشد، مشمول تبصره ۱ ماده ۴۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که قاعده‌ای استثنایی نسبت به قاعده عام مسؤولیت مدنی در حقوق ایران است، خواهد شد.

References

1. Rahpeyk H. Tort Law and compensations. Tehran: Khorsandi Publisher; 1393. p.14, 31, 172, 54, 93, 44, 95. [Persian]
2. Safai H, Rahimi H. Tort Law. Tehran: Samt Publisher; 1391. p.152, 67. p.91, 223, 226, 90, 91, 84, 165, 167. [Persian]
3. Emami SH. Civil law. Tehran: Eslamiyeh Publisher; 1388. Vol.1 p.386; Vol.4 p.114. [Persian]
4. Amiri qaemmaqami AM. Salary Obligations - Legal Event. Tehran: Publishing; 1378. p.215. [Persian]
5. Bariklu AR. Tort Law. Tehran: Nashr Publisher; 1389. p.31, 35. [Persian]
6. Taqizade E, Hashemi SA. Tort Law. Tehran: Payamnoor Publisher; 1389. p.7-8, 30-31, 40, 101, 137. [Persian]
7. Najafi MH, Jawaheir al-Kalam. Qom: Dar Ihya Torath Arabi; No Date. Vol.43 p.45. [Arabic]
8. Tabatabaiy SMK. Orvatolvosqa. Qom: Alvejdani Publisher; 1400 HQ. p.649. [Arabic]
9. Keyhan Legal Archive, Proceedings, Opinions of the General Assembly of the Supreme Court from 1328 to 1342, Civil Censuses. Tehran: Publishing; 1389. Vol.2 p.111. [Persian]
10. Muhaqqiq Damad M. The rules of jurisprudence. Tehran: Islamic Science Publishing Center; 1986. Vol.1 p.118; Vol.2 p.114; Vol.4 p.130, 133. [Persian]
11. Fazel Movahhedi Lankarani M. Jame Al-Masael. Qom: Islamic Science Publishing Center; 1986. Vol.2 p.485. [Persian]
12. Mousavi Khoei SAQ. The Basics of Al-Menhaj. Najaf: Najaf Printing; 1976. Vol.2 p.26. [Arabic]