



Liability of Physician in Biomedical Research from Viewpoint of Imamieh Jurisprudence

Hamid Rahmani Manshadi¹ 

1. Department of Law, Political Sciences and History, Yazd University, Yazd, Iran.

ABSTRACT

Background and Aim: One the most important issues in the field of medical sciences are the ethical, legal and religious framework of researches that is done on human subject for development of science. In this paper we review the reasons of liability and non-liability of physician in biomedical research to explain the view of Islamic law in this matter.

Method: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and internet sources and has been done by referring to documents, books and articles.

Ethical Considerations: In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Results: The theory of non- liability of the physician, which is accepted by contemporary jurists and the Islamic Penal Code, only includes Therapeutic researches and other standard medical measures, and its ruling cannot be extended to non-therapeutic researches.

Conclusion: Based on discussions made in this paper is clear that based on Islamic jurisprudence, the theory of non-liability of physician in Therapeutic research seems to be more accurate but given that the reasoning for lack of liability does not apply to the scientific and non-therapeutic researches, so according to Islamic rules, the liability theory in scientific research is closer to the truth.

Keywords: Biomedical Research; Liability; Physician; Imamieh Jurisprudence

Corresponding Author: Hamid Rahmani Manshadi; **Email:** rahmani@yazd.ac.ir

Received: July 09, 2021; **Accepted:** July 06, 2022; **Published Online:** September 13, 2022

Please cite this article as:

Rahmani Manshadi H. Liability of Physician in Biomedical Research from Viewpoint of Imamieh Jurisprudence. Medical Law Journal. 2022; 16(Special Issue on Legal Developments): e3.



مجله حقوق پزشکی

دوره شانزدهم، ویژه‌نامه تحولات حقوقی، ۱۴۰۱

Journal Homepage: <http://ijmedicalaw.ir>



ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی از منظر فقه امامیه

حمید رحمانی منشادی^۱

۱. دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه یزد، یزد، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: از مباحث مهم کنونی در عرصه علوم پزشکی، تعیین چارچوب اخلاقی، شرعی و حقوقی پژوهش‌هایی است که برای توسعه این علوم بر روی آزمودنی انسانی صورت می‌گیرد. در این مقاله با نقد و بررسی ادله ضمان و عدم ضمان پزشکان در پژوهش‌های زیست‌پزشکی سعی شده تا دیدگاه فقه اسلامی در این زمینه تبیین شود.

روش: این تحقیق از نوع نظری بوده، روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و اینترنتی است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

یافته‌ها: نظریه عدم ضمان پزشک که توسط فقهای معاصر و قانون جدید مجازات اسلامی پذیرفته شده است، تنها شامل تحقیقات درمانی و سایر اقدامات درمانی استاندارد می‌شود و نمی‌توان حکم آن را به تحقیقات غیر درمانی سرایت داد.

نتیجه‌گیری: بر اساس مباحث صورت‌گرفته روشن است که بر اساس مبانی فقهی حکم به عدم ضمان پزشک در تحقیقات درمانی صحیح‌تر به نظر می‌رسد. در عین حال با توجه به عدم کاربرد مبانی عدم ضمان در خصوص تحقیقات غیر درمانی و با استناد به قواعد اتلاف و تسبیب و لاضرر، حکم به ضمان پزشک در این‌گونه تحقیقات به حقیقت نزدیک‌تر است.

واژگان کلیدی: تحقیقات زیست‌پزشکی؛ ضمان؛ پزشک؛ فقه امامیه

نویسنده مسئول: حمید رحمانی منشادی؛ پست الکترونیک: rahmani@yazd.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۱۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۵؛ تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۰۶/۲۲

خواهشمند است این مقاله به روش زیر مورد استناد قرار گیرد:

Rahmani Manshadi H. Liability of Physician in Biomedical Research from Viewpoint of Imamieh Jurisprudence. Medical Law Journal. 2022; 16(Special Issue on Legal Developments): e3.

مقدمه

دین اسلام همواره انسان را به فراگیری دانش فراخوانده و حمایت معنوی ویژه‌ای را به توسعه و گسترش تمامی علوم اختصاص داده است. رویکرد فرهنگ اصیل اسلامی به خدمت گرفتن دانش برای ایجاد رفاه عمومی و بهداشت جامعه بوده و همواره خواهان دانشی بوده که انسان را در مسیر تکامل خویش یاری نماید. از دیدگاه دین مبین اسلام، جستجو و گسترش دانشی پسندیده است که مشوق پیشرفت مادی و معنوی زندگی انسان باشد. فقها و اندیشمندان اسلامی همواره حمایت معنوی خود را نسبت به تحقیقات علمی، از جمله پژوهش‌های زیست‌پزشکی ابراز کرده و توسعه درمان‌های پزشکی را برای درمان بیماران نیازمند می‌ستوند.

از نظر دین مبین اسلام و فقه اسلامی همه انسان‌ها دارای کرامت ذاتی بوده و بر آنان واجب است، کرامت و عزت نفس خویش را حفظ نمایند. به علاوه بر تمامی افراد حفظ کرامت انسانی دیگر افراد جامعه در تمامی روابط اجتماعی امری ضروری محسوب می‌شود، لذا از لحاظ فقه اسلامی بر پزشکان علوم زیستی واجب است شأن و کرامت تمامی افرادی که برای درمان یا پژوهش‌های پزشکی تحت نظر آنان هستند را رعایت کرده، جایگاه معنوی این افراد را بالاتر از سایر موضوعات غیر انسانی علوم زیستی بدانند.

از مباحث مهم کنونی در عرصه علوم پزشکی و علوم زیستی، تعیین چارچوب اخلاقی، شرعی و حقوقی پژوهش‌هایی است که برای توسعه این علوم بر روی آزمودنی انسانی صورت می‌گیرد. این مباحث در قرن اخیر از مناقشه‌آمیزترین مباحث علوم پزشکی محسوب شده و اندیشمندان علوم مختلف در خصوص آن به اظهار نظر و ارائه پیشنهاد پرداخته‌اند، لذا شایسته است ابعاد فقهی این مسأله مهم انسانی نیز توسط محققان حوزوی و دانشگاهی مورد نقد و بررسی قرار گیرد. در این پژوهش سعی می‌شود به یکی از مهم‌ترین این مسائل، یعنی ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی پرداخته شود و دیدگاه فقه اسلامی در این خصوص تبیین گردد.

تحقیقات زیست‌پزشکی دارای گستره وسیعی است، چنانچه این تحقیقات از جنبه‌های مختلف مورد تقسیم‌بندی قرار گرفته‌اند. مهم‌ترین تقسیم‌بندی که در اغلب کتب حقوق پزشکی مورد توجه قرار گرفته است، تقسیم تحقیقات زیست‌پزشکی به تحقیقات درمانی و تحقیقات غیر درمانی یا علمی است. تحقیقات زیست‌پزشکی درمانی به آن دسته از تحقیقاتی اطلاق می‌شود که هدف از آن‌ها تشخیص یا درمان بیماری است. در این تحقیقات آزمودنی خود بیمار بوده و از آنجا که تمام روش‌های درمانی استاندارد موجود درباره او بی‌اثر بوده، تلاش می‌شود با انجام روش‌ها و یا درمان‌های غیر رایج به طور آزمایشی به مداوای او پرداخته شود، چه بسا با تحقیق جدید احتمال درمان او وجود داشته باشد. این تحقیقات پزشکی را تحقیقات پزشکی همراه با مراقبت پزشکی و یا تحقیقات بالینی نیز می‌نامند. تحقیقات زیست‌پزشکی علمی به آن دسته از تحقیقاتی اطلاق می‌شود که هدف از آن‌ها تنها پیشرفت علوم پزشکی است و هدف تشخیص یا درمان بیماری در آن‌ها منظور نمی‌باشد. در این تحقیقات خود آزمودنی بیمار نیست و از این تحقیقات هیچ نفع مستقیمی به او نمی‌رسد و صرفاً برای کشف‌های علمی جدید و آزمایش آثار و عوارض در امر تحقیق شرکت می‌کند (۱). این دسته از تحقیقات زیست‌پزشکی را تحقیقات غیر درمانی نیز می‌نامند. به منظور تبیین دیدگاه فقه اسلامی در این خصوص، دلایل و مبانی ضمان و عدم ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی مورد تحلیل قرار خواهد گرفت و سعی خواهد شد تا با استنباط فقهی، حکم مسأله روشن شود، البته قبل از تبیین موضوع شایسته است دلایل جواز و مشروعیت انجام تحقیقات پزشکی بر روی آزمودنی انسانی بررسی گردد.

روش

این تحقیق از نوع نظری بوده، روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و اینترنتی است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

یافته‌ها

نظریه عدم ضمان پزشک که توسط فقهای معاصر و قانون مجازات اسلامی پذیرفته شده است، تنها شامل تحقیقات درمانی و سایر اقدامات درمانی استاندارد می‌شود و نمی‌توان حکم آن را به تحقیقات غیر درمانی سرایت داد.

بحث

۱. مبانی جواز انجام تحقیقات زیست‌پزشکی از منظر فقه اسلامی: در ارتباط با جواز انجام تحقیقات زیست‌پزشکی از منظر فقه اسلامی توسط عده قلیلی از فقها و مراجع تقلید فتاوا و استفتائاتی بیان شده است که در ادامه با بررسی نظریات مطرح و دلایل آن به تبیین ادله مشروعیت این تحقیقات از دیدگاه فقه اسلامی می‌پردازیم. اهمیت بحث از موارد جواز و عدم جواز انجام تحقیقات زیست‌پزشکی بر روی انسان از آن جهت است که در مواردی که از لحاظ شرعی انجام پژوهش بر روی انسان جایز نیست، در صورت انجام آن، پزشک مطلقاً مسئول صدمات وارده به آزمودنی می‌باشند، چراکه اعمال پزشک در این موارد عدوانی تلقی شده و انجام پژوهش خود نوعی تجاوز به جسم انسان تلقی می‌شود. در واقع بحث ضمان و عدم ضمان پزشک از دیدگاه فقهی فرع بر این مسأله است و در صورتی که انجام پژوهشی به دلایل شرعی ممنوع باشد، پزشک بدون تردید از لحاظ شرعی ضامن صدمات وارده به آزمودنی است و تنها در صورتی که جواز اصل انجام پژوهشی از لحاظ شرعی مسلم باشد و با انجام آن صدمه‌ای به آزمودنی وارد شود، بحث ضمان یا عدم ضمان او قابل طرح است.

در خصوص مشروعیت انجام پژوهش‌های زیست‌پزشکی بر روی آزمودنی انسانی در صورتی که مستلزم ضرر خفیف باشد یا اصلاً احتمال ضرر وجود نداشته باشد، تردیدی وجود ندارد. به عبارت دیگر از نظر فقهای شیعه «آزمایش‌های تحقیقاتی از هر نوعی که باشد تا اندازه‌ای که خطر جانی و ضرر مهم نداشته باشد و مستلزم عمل حرامی نباشد، با رضایت آزمایش شونده اشکال ندارد» (۲).

بحث اصلی از لحاظ فقهی در خصوص جواز انجام تحقیقات زیست‌پزشکی است که در آن‌ها احتمال ورود صدمات جسمی زیاد است یا حتی در فرض احتمال کم، احتمال ورود صدمه شدید مثل مرگ وجود دارد. به عبارتی آیا انجام چنین تحقیقاتی برای پیشرفت علوم پزشکی و فراهم کردن مقدمه نجات جان دیگران جایز است؟ به عبارت دیگر در صورتی که برای کسب اطلاعات بیشتر پزشکی در جهت تشخیص امراض و درمان آن، روی آزمودنی انسانی تحقیقات پزشکی خطرناکی صورت بگیرد، حکم شرعی آن چیست؟ برخی از فقها در پاسخ به این سؤال معتقدند در صورتی که بیمار یقین داشته باشد که چنانچه خود را در معرض چنین آزمایشاتی قرار دهد به استقبال خطرات جانی برای خود رفته است، ولی از طرفی هم به پیشرفت علم پزشکی و به معالجه و مداوای جامعه مسلمانان در آینده کمک نموده است، قرار گرفتن در معرض چنین آزمایشی جایز نیست (۲). واضح است که علت عدم جواز چنین پژوهشی علیرغم مفیدبودن آن برای جامعه، یقین بیمار به مضر بودن آن است، چراکه از لحاظ فقه اسلامی و به استناد آیه ۱۹۵ سوره بقره که می‌فرماید: «با دستان خویش، خودتان را به هلاکت و نابودی نیندازید» افراد حق ندارند به اعمالی دست بزنند که یقیناً به صدمات جسمی منجر می‌شود.

بر اساس آیه ۱۹۵ سوره بقره و قواعد فقهی اگر پژوهش‌های زیست‌پزشکی در بردارنده ضرر جانی محتمل باشد، ولی کمک به علم پزشکی فوق‌الذکر قطعی باشد، باز نیز انجام پژوهش جایز نمی‌باشد (۲)، چراکه ضرر جانی از دیدگاه فقه اسلامی ضرر شدید تلقی می‌شود و افراد مکلفند از آن پرهیز کنند. با وجود این حتی در صورتی که پژوهش‌های زیست‌پزشکی مورد بحث خواه برای اهداف درمانی یا پژوهشی هیچ‌گونه ضرری برای آزمودنی نداشته باشد، پزشک حق ندارد بدون اطلاع و کسب رضایت آگاهانه اقدام به انجام تحقیق کند (۲). به عبارت دیگر حتی در فرض عدم ورود ضرر، در صورت عدم اخذ رضایت بیمار یا آزمودنی، انجام پژوهش از نظر شرعی جایز نبوده و در صورت اقدام به انجام آن، پزشک مطلقاً ضامن کلیه صدمات وارده خواهند بود. به علاوه از لحاظ فقهی در

بیمار جایز است، هرچند که ضرر داشته باشد، اما این ضرر باید کمتر از ضرری باشد که در صورت عدم انجام آزمایش‌ها متوجه بیمار می‌شود» (۳).

۲. مبانی فقهی نظریه ضمان پزشک در تحقیقات زیست

پزشکی: از مباحث گذشته روشن شد که در صورتی که تحقیقات زیست‌پزشکی متضمن ضرر شدید باشد، از لحاظ شرعی انجام آن جایز نخواهد بود و پزشک در صورت اقدام مطلقاً ضامن کلیه صدمات وارده به آزمودنی است، به علاوه حتی در صورت عدم احتمال ورود ضرر، در صورتی که بدون اخذ رضایت از بیمار یا آزمودنی پژوهش صورت گرفته باشد، به لحاظ عدوانی و نامشروع بودن پژوهش انجام شده، پزشک مطلقاً ضامن است. حال سؤال این است که در صورتی که تحقیقات زیست‌پزشکی از لحاظ شرعی مجاز باشد و با اخذ رضایت از بیمار و آزمودنی انجام گیرد و اتفاقاً منجر به ورود صدمه گردد، آیا پزشک در قبال زیان وارده ضامن است یا خیر. به عبارت دیگر در صورتی که تحقیقات زیست‌پزشکی با رعایت تمامی ضوابط شرعی و قانونی انجام گیرد و پزشک مرتکب خطایی نگردد، آیا در صورت ورود زیان، ضمانی بر عهده آن‌ها وجود دارد. در ادامه سعی می‌شود مبانی فقهی ضمان پزشک در این موارد مورد تحلیل قرار گیرد. در نظام حقوقی اسلام ضمان بر قواعد فقهی از قبیل لاضرر، اتلاف و تسبیب استوار است که در ادامه این قواعد در خصوص تحقیقات زیست‌پزشکی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. قاعده لاضرر: از جمله قواعدی که در تعدیل یا تکمیل نصوص شرعی کاربرد فراوانی دارد و در فقه اسلامی برای استنباط احکام فرعی به طور گسترده‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد، قاعده لاضرر یا قاعده نفی ضرر است. با آنکه نصوص شرعی متعددی توسط فقها به عنوان دلیل قاعده مزبور مطرح شده است، قبح ضرر و حسن جلوگیری از آن و در نتیجه نهی از اضرار از احکامی است که عقل نیز صرف نظر از این نصوص شرعی به آن حکم می‌کند. در خصوص صحت اصل قاعده در میان فقهای شیعه اختلافی وجود ندارد و بیشتر مباحث صورت‌گرفته در خصوص این قاعده در مورد معنی قاعده

صورتی که در ضمن انجام تحقیقات پزشکی تشخیص داده شود که ادامه تحقیقات برای داوطلب، ضرر جانی دارد یا سلامت او را به خطر می‌افکند، باید بلافاصله آزمایش‌ها متوقف شود (۳).

به طور خلاصه می‌توان گفت از دیدگاه فقها انجام پژوهش‌های پزشکی بر روی آزمودنی انسانی در صورتی که متضمن ضرر خفیف باشد و یا اصلاً احتمال ضرری نداشته باشد، در مواردی که پژوهش جزء فرایند درمان بیمار باشد یا اینکه انجام آن منجر به نجات جان مسلمانان شود، در صورت کسب رضایت آزمودنی جایز می‌باشد (۳-۲). همچنین در صورتی که بیمار یقین به ورود صدمه جانی داشته باشد، ولی پزشک احتمال ورود صدمه را در نتیجه پژوهش پایین بداند، آیا انجام چنین پژوهش درمانی از لحاظ شرعی جایز است. در پاسخ باید گفت علیرغم اینکه شرکت بیمار به دلیل یقینی که به ورود صدمه دارد حرام می‌باشد، انجام پژوهش توسط پزشک با منع شرعی مواجه نیست، چراکه نظر پزشک در این خصوص نظر اهل خیره محسوب شده و از لحاظ شرعی حجت بوده و بر نظر بیمار و آزمودنی ارجحیت دارد.

حتی بر اساس فقه اسلامی و آموزه‌های دین اسلام انجام تحقیقات پزشکی و دارویی بر روی حیوانات تنها در صورتی از لحاظ شرعی جایز است که موجب اذیت و شکنجه آن‌ها نشود (۳)، در نتیجه انجام تحقیقات غیر درمانی از دیدگاه فقهی در صورتی جایز است که احتمال ضرر آن پایین بوده یا اصلاً چنین احتمالی وجود نداشته باشد. در عین حال در خصوص تحقیقات درمانی و جواز آن بر مبنای عدم وجود ضرر شدید ذکر یک نکته حیاتی است، در صورتی که تحقیق درمانی متضمن ضرر شدید باشد، اما عدم انجام آن ضرر شدیدتری را دربر داشته باشد، از باب قاعده ترجیح اهم بر مهم در فقه اسلامی انجام چنین پژوهشی از لحاظ شرعی جایز می‌باشد (۴). این نظر تلویحاً مورد تأیید برخی دیگر از فقها نیز قرار گرفته است، به نظر آن‌ها «در صورتی که حفظ جان یا معالجه بیمار مستلزم آن باشد که آزمایش‌هایی به لحاظ طبی و دارویی بر روی او انجام شود تا نوع بیماری دقیقاً شناخته شود و درمان آن معلوم گردد، انجام این آزمایش‌ها بر روی خود

لاضرر می‌باشد. در خصوص معنای «لاضرر» در قاعده فوق نظرات مختلفی از طرف فقها مطرح شده است که بر اساس مشهورترین این تفاسیر، به استنباط از قاعده لاضرر بر ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی می‌پردازیم.

برخی از فقها معتقدند که معنای «لاضرر» بر نفی هرگونه ضرری دلالت دارد، در نتیجه بر اساس این قاعده در اسلام، ضرر غیر متدارک و جبران‌نشده وجود ندارد. به عبارت دیگر با تقیید ضرر به ضرر غیر متدارک، بر مبنای قاعده، ضرری که جبران نشده باشد، در اسلام تجویز نشده است (۵). برخی دیگر از فقها معتقدند که مقصود از «لاضرر» در قاعده مزبور آن است که حقیقت ضرر در عالم تشریح نفی شده است بدین معنی که از طرف شارع حکمی که موجب ضرر مکلفان شود، جعل نشده است. به عبارت دیگر از نظر این فقها منظور از قاعده لاضرر این است که پس از هر حکم شرعی این جمله افزوده شود که مگر مواردی که مصلحت خلاف آن را ایجاب نماید، یعنی از حکم، ضرری حاصل شود، در نتیجه به عقیده طرفداران این نظر، قاعده لاضرر مانند عسر و حرج، از احکام ثانویه است، مثلاً حکم شرع به لزوم بیع متضمن غبن، منجر به ضرر مغبون می‌شود و یا وجوب وضو در حالی که آب برای وضو گیرنده مضر باشد، منجر به ضرر مکلف می‌شود. بنابراین به موجب حدیث لاضرر این احکام برداشته شده‌اند (۶). در میان فقهای معاصر بسیاری این معنا را برای قاعده لاضرر پذیرفته‌اند و حتی برخی معتقدند این نظر معنی اول، یعنی حرمت اضرار بر غیر را نیز دربر دارد، چراکه مباح بودن اضرار به غیر، حکمی ضرری است که توسط شارع نهی شده است (۸-۷).

بنابراین در خصوص ورود زیان به بیمار یا آزمودنی، در نتیجه تحقیقات زیست‌پزشکی باید بر مبنای این قاعده حکم به ضمان پزشک به پرداخت خسارت داد، چراکه بر مبنای این قاعده در شرع مقدس اسلام ضرر بدون جبران تجویز نشده است و حکم به عدم ضمان پزشک در این‌گونه تحقیقات باعث می‌شود تا ضررهای وارده به آزمودنی و بیمار بدون جبران باقی بماند که مورد نهی شارع است، در نتیجه بر مبنای قاعده

لاضرر، اصل بر ضمان پزشک در خصوص صدماتی است که در نتیجه پژوهش‌های زیست‌پزشکی به دیگران وارد می‌شود، مگر آنکه قبل از انجام پژوهش نسبت به خسارات وارده برائت اخذ کرده باشد. لازم به ذکر است که استدلال فوق‌الذکر مبتنی بر نظر مشهور فقها در مورد گستره اثباتی قاعده لاضرر است. این گروه از فقها معتقدند قاعده لاضرر توان و قدرت اثبات حکم ضمان را دارد. (۷-۶، ۹). از طرفی در مقابل نظر مشهور، عده‌ای معتقدند که قاعده لاضرر تنها نفی حکم می‌کند نه اثبات حکم، پس نمی‌توان به وسیله لاضرر، ضمان را ثابت کرد (۸).

۲-۲. قاعده اتلاف: قاعده اتلاف از مهم‌ترین قواعد فقهی است که اکثر فقها در مورد ضمان به آن استناد می‌کنند. بر مبنای این قاعده هر کس مال دیگری را بدون اجازه او مستقیماً تلف کند، در مقابل صاحب مال ضامن است. در عین حال دلایل و مستنداتی که قاعده بر مبنای آن شکل گرفته و ملاک موجود در آن گویای این است که هر کس به هر نحو موجب زیان دیگری شود، ضامن خسارت خواهد بود. مستند این قاعده، حکم عقل، بنای عقلا، آیات و روایات بسیاری است و بدین جهت در میان فقیهان بر این قاعده اتفاق نظر وجود دارد و نه تنها هیچ‌گونه اختلافی در مورد آن وجود ندارد، بلکه می‌توان گفت مورد اتفاق همه فرقه‌های اسلام است (۱۰).

به نظر مشهور فقها قاعده اتلاف دلالت بر این امر دارد که هرگاه کسی موجب تلف یا هر نوع زیان دیگر شود، در برابر زیان‌دیده ضامن است، خواه شخصاً و بدون واسطه موجب تلف یا زیان شده باشد یا سبب تلف را به گونه‌ای فراهم سازد که در نظر عرف، مستقیماً عامل زیان محسوب شود. به عبارت دیگر بر مبنای این قاعده هر کس مستقیماً موجب تلف مال یا جسم دیگری شود، مطلقاً در برابر صاحب آن ضامن است. مفاد این قاعده نه تنها مال، بلکه جان و صدمات وارده به بدن انسان را نیز شامل می‌شود. ضمان ناشی از اتلاف، مسئولیت نوعی تلقی می‌شود. به عبارت دیگر برای آنکه بر مبنای قاعده اتلاف حکم به ضمان شود، تنها کافی است خسارتی اعم از مالی یا جسمی به دیگری وارد شود تا ضمان به طور مطلق بر عهده او ثابت

شود، در نتیجه در اتلاف، خطا و تقصیر عامل زیان، عمد و غیر عمد و بلوغ و عدم آن در ضمان تلف‌کننده تأثیری ندارد و این نظر مورد پذیرش تمام فقهای شیعه و سنی است (۱۱)، در نتیجه در ضمان ناشی از اتلاف ضرورتی برای اثبات تقصیر عامل زیان وجود ندارد و همین که از عمل شخصی مستقیماً خسارتی به دیگری وارد شود، آن شخص، ضامن جبران خسارت تلقی می‌شود.

قاعده اتلاف یکی از مهم‌ترین مبانی ضمان پزشک در میان فقهای مشهور تلقی می‌شود. در نظر مشهور اگر پزشکی موجب تلف جان انسان یا نقص عضو گردد، به استناد قاعده اتلاف پزشک ضامن صدمات وارده است، چراکه مستقیماً منجر به تلف شده و صدمه وارده مستند به فعل او است. همین نظر مشهور فقها در ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی سابق مصوب ۱۳۷۰ نیز پذیرفته شده بود و بر مبنای آن پزشک در صدمات ناشی از درمان مسئولیت نوعی داشت در این ماده مقرر شده بود: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است»، در نتیجه در تحقیقات زیست‌پزشکی اعم از درمانی و غیر درمانی در مواردی که پزشک در فرایند انجام تحقیق مستقیماً منجر به تلف جان یا عضو آزمودنی گردد بر مبنای قاعده اتلاف ضامن جبران خسارات آزمودنی بوده و مسئولیت نوعی دارد. به عبارت دیگر در مواردی که در تحقیقات زیست‌پزشکی صدمه وارده مستقیماً مستند به فعل پزشک است، برای مطالبه خسارت بر مبنای قاعده اتلاف، اثبات تقصیر او لازم نیست. به عنوان مثال در صورتی که در یک تحقیق درمانی از قبیل روش‌های جدید جراحی، بیمار فوت کند، در صورتی که پزشک اقدام به اخذ براءت نکرده باشد، ضمان او نسبت به پرداخت دیه بدون نیاز به اثبات تقصیر او به استناد قاعده اتلاف، مسلم است، چراکه او مستقیماً در اثر جراحی منجر به تلف شده است.

البته گروهی از فقها معتقدند از آنجایی که اصولاً پزشکان به قصد احسان و نجات جان انسان‌ها و کاهش رنج آن‌ها اقدام به

درمان می‌کنند، تحت قاعده احسان در موارد ورود صدمه به بیمار ضامن نخواهند بود، چراکه قاعده احسان در این موارد حاکم بر قاعده اتلاف خواهد بود (۴). این افراد معتقدند به استناد قاعده احسان، پزشکان از حکم قاعده اتلاف تخصیص می‌خورند و تنها در صورت ارتکاب تقصیر ضامن صدمات وارده خواهند بود. در پاسخ به این گروه باید گفت که اولاً هیچ دلیلی بر حسن نیت و قصد احسان پزشکان وجود ندارد و عرفاً اکثر پزشکان به قصد کسب درآمد اقدام به فعالیت‌های پزشکی و تحقیقاتی می‌کنند، حتی اگر قصد احسان و حسن نیت را در خصوص تحقیقات درمانی با توجه به نیاز بیمار و ضرورت انجام آن برای نجات جان او یا کاهش رنجش بپذیریم، دلیلی بر پذیرش قاعده احسان در خصوص پژوهش‌های غیر درمانی وجود ندارد. انجام تحقیقات غیر درمانی توسط پزشکان در دنیای مادی کنونی عرفاً و عموماً به قصد ارتقای شغلی، کسب شهرت، دریافت کمک‌های نقدی دولتی و کسب انحصار از طریق نظام مالکیت فکری صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر آزمودنی در تحقیقات غیر درمانی بدون نیاز شخصی و برای پیشرفت علوم پزشکی و افزایش بهداشت عمومی در مراتب بالاتری از احسان نسبت به پزشکان قرار دارد.

۲-۳. قاعده تسبیب: در صورتی که شخصی مالی را به طور مستقیم تلف نکند، اما سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود، ولی برای تلف کردن آن زمینه‌سازی کند، کار او را تسبیب گویند و او ضامن زیان‌هایی است که از این راه به وجود آمده است. بنابراین هر جا که شخص دست به کاری می‌زند که به حکم عادت منجر به اتلاف مال می‌شود، کار او اتلاف است، ولی در موردی که زمینه‌ای را فراهم می‌کند که احتمال دارد به اتلاف مال منجر شود آن را تسبیب می‌گویند، مثلاً اگر کسی چاهی حفر کند و دیگری در آن سقوط کند و پایش بشکند، حفرکننده چاه از باب تسبیب ضامن است (۵). مستند قاعده تسبیب در فقه شیعه روایات و اجماع است (۱۲). با توجه به مستندات و مبانی قاعده تسبیب، شخص زمینه‌ساز ورود زیان چه با قصد اضرار یا عدم آن، ضامن خسارت خواهد بود، البته

می‌شود. به عبارت دیگر از لحاظ فقهی در صورتی که ضمان به اتلاف باشد، تقصیر متلف مسلم و مفروض تلقی می‌شود و دیگر مسأله اثبات تقصیر یا عدم آن در ضمان متلف نقشی نخواهد داشت، در حالی که در ضمان به تسبیب تنها در صورتی ضامن است که عمل او که سبب ورود خسارت شده عدوانی و خطایی تلقی شود (۱۵).

در جمع‌بندی مباحث صورت‌گرفته در خصوص مبانی ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی باید گفت که اولاً بر اساس مبانی ذکر شده توسط مشهور فقها، پزشک در مطلق اعمال درمانی و تحقیقاتی در تلف مستقیم نفس یا عضو بیمار از باب قاعده اتلاف ضامن است، زیرا تلف مستند به فعل اوست. در موارد کمی که پزشک مستقیماً سبب اتلاف نباشد و در اثر دستور پزشک یا عدم رعایت استانداردهای بهداشتی توسط او مقدمه ورود صدمه به بیمار و آزمودنی فراهم شود نیز بر مبنای قاعده تسبیب و در صورت اثبات بی‌احتیاطی او مسئول خواهد بود، در نتیجه از دیدگاه فقهی از آنجا که در اکثر صدمات ناشی از تحقیقات زیست‌پزشکی، پزشک عرفاً به طور مستقیم موجب تلف شده‌اند، بر مبنای قاعده اتلاف اصل بر ضمان پزشک در این‌گونه تحقیقات است و از جهت اعمال قاعده اتلاف و تسبیب تفاوتی بین تحقیقات درمانی و غیر درمانی نیز وجود ندارد.

در مقابل نظر مشهور فقها، بر مبنای نظر برخی فقها با تمسک به اصل براءت و اذن بیمار می‌توان اصل را بر عدم ضمان پزشک دانست. در عین حال مشهور فقها در برابر دلایل قائلان به عدم ضمان پزشک چنین استدلال کرده‌اند که تمسک به اصل براءت با وجود دلیل اشتغال ذمه بلاوجه است و در این موارد اصل جاری نمی‌شود، به علاوه اذن بیمار و آزمودنی به اصل انجام درمان آزمایشی یا تحقیق غیر درمانی تعلق داشته و اذن به ورود صدمه تلقی نمی‌شود، در نتیجه اخذ اذن و رضایت از آزمودنی و بیمار در سقوط ضمان مؤثر نبوده و اصولاً بین اذن و ضمان منافاتی وجود ندارد و فعلی ممکن است ماذون باشد و موجب ضمان گردد.

برای حکم به ضمان باید انتساب زیان به فعل و خطایی یا عدوانی بودن فعل او احراز شود. در خصوص تعریف تسبیب در میان فقها اختلافاتی وجود دارد، اما بر اساس تعریف مشهور «سبب چیزی است که اگر وجود نداشته باشد، تلف حاصل نخواهد شد، اما علت تلف چیز دیگری است» (۱۳).

در بحث ضمان پزشک در فرایند درمان در صورتی ضمان او از بابت تسبیب تلقی می‌شود که پزشک مستقیماً باعث اتلاف جان یا عضو بیمار نشده است، بلکه عمل او سبب تلف را فراهم کرده باشد، مثلاً در اثر جراحی صورت‌گرفته بر روی بیمار و عدم دقت پزشک در انجام عمل، محل آن عفونت کرده و به علت سرایت این عفونت به اعضای بدن، بیمار فوت کند یا عضوی از بدن او قطع گردد که در این موارد در صورت بی‌احتیاطی پزشک، او از باب تسبیب ضامن دیه خواهد بود (۱۴).

در تحقیقات زیست‌پزشکی نیز ضمان پزشک همیشه از باب اتلاف نبوده و در بعضی از موارد پزشک از باب تسبیب ضامن خواهد بود. در مواردی که در فرایند تحقیقات زیست‌پزشکی اعم از درمانی یا غیر درمانی پزشک در اثر بی‌احتیاطی سبب تلف جان یا عضو آزمودنی را فراهم کند از باب قاعده تسبیب ضامن خواهد بود. به عنوان مثال در یک تحقیق درمانی برای درمان تومور مغزی از طریق پرتودرمانی به علت قصور پزشک در تذکر حساسیت‌های دارویی به این درمان، بیمار به علت مصرف دارو متناقض با درمان، فوت می‌کند. در این خصوص علیرغم اینکه پزشک مستقیماً سبب فوت بیمار نشده، اما از آنجایی که تقصیر او سبب و زمینه ورود صدمه بوده است از باب تسبیب و با اثبات بی‌احتیاطی و قصور، ضامن دیه خواهد بود. در خصوص تحقیقات غیر درمانی نیز در صورتی که پزشک متصدی آن به علت عدم رعایت استانداردهای پزشکی در خصوص ضد عفونی‌کردن محیط آزمایشگاه منجر به مسمومیت آزمودنی و فوت او شود، از باب تسبیب و با اثبات بی‌احتیاطی او ضامن دیه خواهد بود.

ذکر این نکته ضروری است که تفاوت ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب در لزوم یا عدم لزوم اثبات بی‌احتیاطی خلاصه

البته اخذ برائت توسط پزشک نیز در صورتی موجب رفع ضمان خواهد شد که ضوابط و شرایط اخذ برائت از لحاظ فقهی و حقوقی رعایت شده باشد، از جمله این ضوابط دادن اطلاعات لازم به آزمودنی در مورد تحقیق و صدمات احتمالی آن است.

۳. مبانی فقهی نظریه عدم ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی: در مقابل نظر مشهور فقها و مبانی مطرح‌شده بر اصل ضمان پزشک در اقدامات درمانی و پژوهشی، برخی از فقهای شیعه و حقوقدانان اسلامی (۱۷-۱۸) معتقدند، چنانچه پزشک حاذق و ماهر باشد و موازین فنی و علمی و نظامات دولتی را رعایت نماید و معالجات وی با اذن بیمار یا ولی یا سرپرست قانونی بیمار باشد، دیگر نیازی به اخذ برائت نیست، در نتیجه، چنانچه صدمه‌ای به بیمار وارد شود یا معالجه‌ای باعث مرگ وی شود، ضمانی در کار نیست. به عبارت دیگر اصل اولی در فقه اسلامی به نظر این فقیهان عدم ضمان پزشک حاذق محتاط در خصوص صدمات ناشی از فعالیت درمانی می‌باشد.

طرفداران نظریه عدم ضمان پزشک در اقدامات درمانی معتقدند در صورت ورود صدمه به بیمار، اصل بر برائت ذمه و عدم اشتغال است، به علاوه پزشک به حکم شرع موظف به درمان بیمار بوده و تعهد او تنها ناظر به تلاش در حدود متعارف برای بهبودی بیمار است و پزشک تعهدی به حصول نتیجه و بهبودی ندارد. این فقها معتقدند که حکم به ضمان پزشک موجب سد باب طبابت و امتناع پزشکان از درمان می‌گردد. به علاوه پزشک در فرایند درمان محسن بوده و با اقدامات درمانی خود نسبت به بیمار احسان و نیکی می‌کند و از دیدگاه شرع اسلام کسی که قصد احسان دارد را نمی‌توان ضامن دانست. بنابراین ضمان پزشک به دلیل وجود اذن و مشروعیت اقدامات درمانی ساقط می‌گردد (۱۹). با توجه به این نظریه در ادامه سعی می‌شود مهم‌ترین دلایل و مبانی عدم ضمان پزشک را با توجه به موضوع مقاله در خصوص صدمات ناشی از تحقیقات زیست‌پزشکی تحلیل کنیم.

در میان فقهای شیعه حتی برخی فقها بر اصل ضمان پزشک بدون توجه به نظر مخالفان آن ادعای اجماع کرده‌اند (۱۶). ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز به پیروی از نظر مشهور فقهای شیعه جنایت واقع شده، در نتیجه عمل پزشک را از باب قاعده اتلاف موجب ضمان پزشک می‌داند، البته این در صورتی است که پزشک خود به مباشرت اقدام به درمان بیمار کرده باشد (۵)، در نتیجه بر مبنای نظر مشهور فقهای شیعه و قانون مجازات سابق که اصل را بر ضمان پزشک می‌دانسته‌اند؛ در تحقیقات زیست‌پزشکی اگر پزشک به تسبیب موجب جنایتی گردند، با وجود اذن و عدم خطای جزایی، هیچ‌گاه مسؤولیتی نخواهد داشت. به عبارت دیگر تنها در صورتی در تحقیقات زیست‌پزشکی، اصل بر ضمان پزشک خواهد بود که صدمه و جنایت وارده به آزمودنی مستقیماً مستند به فعل آن‌ها باشد. در عین حال در صورتی که پزشک تنها سبب تلف را فراهم کند، اصل عدم ضمان اوست، مگر آنکه بی‌احتیاطی او ثابت گردد، زیرا در تسبیب، تعدی و تفریط و به عبارتی تقصیر، علت ضمان می‌باشد. به عبارت دیگر در صورتی که در تحقیقات زیست‌پزشکی، پزشک مباشر نباشد و تنها دستورات مربوط به شیوه انجام پژوهش را صادر کرده باشد و در نتیجه دستورات گفته‌شده به آزمودنی صدمه‌ای وارد شود، تنها در صورت ارتکاب تقصیر مسؤولیت دارد.

از این مباحث می‌توان چنین نتیجه گرفت که بر اساس نظریات مشهور فقها، ضمان پزشک نسبت به صدمات حاصله از فرایند درمان، در خصوص تحقیقات علمی و درمانی از آنجایی که احتمال ضرر در این شیوه‌ها بیشتر و منفعت آن کمتر است، پزشک به طریق اولی ضامن صدمات است و تنها در صورتی از مسؤولیت مبری می‌شود که نسبت به خسارات ناشی از تحقیق از آزمودنی و بیمار برائت اخذ کرده باشد. همچنین اخذ رضایت برای شرکت در تحقیق تنها موجب رفع مسؤولیت کیفری پزشک و اباحه تصرف در جسم انسان می‌شود، در نتیجه حتی در صورت اخذ رضایت آگاهانه از آزمودنی توسط پزشک، در صورت ورود خسارت به آزمودنی ضمان وجود دارد، چراکه صدمات وارده بر آزمودنی در نتیجه تحقیقات پزشکی قطعاً از مصادیق اتلاف و مشمول روایات این بحث خواهد بود،

۳-۱. اصل برائت: یکی از قواعد مورد استناد برای عدم ضمان اصل برائت است. با این توضیح که در صورتی که در اثر پژوهش‌های زیست‌پزشکی به آزمودنی انسانی صدمه‌ای وارد شود و شک کنیم که آیا پزشک ضامن این صدمات است یا خیر، بر مبنای این قاعده، اصل برائت پزشک و عدم ضمان آن‌ها جاری می‌شود، چراکه درباره پزشک که مهارت کافی و تخصص لازم را برای انجام تحقیقات درمانی یا غیر درمانی دارد و اصول علمی را نیز در انجام این‌گونه پژوهش‌ها رعایت کرده است، در ضمان یا عدم ضمان او در خصوص صدمات ناشی از پژوهش بر آزمودنی شک به وجود می‌آید، اصل برائت ذمه پزشک جاری می‌شود.

در پاسخ به این استدلال اشکالات فراوانی از طرف فقها مطرح شده است که برخی از آن‌ها وارد می‌باشد. اصل برائت یک اصل عملی بوده و در مقام تعیین تکلیف مکلف در صورت عدم وجود دلیل دیگری، جاری می‌شود، در نتیجه تمسک به اصل برائت با وجود ادله فقهی زیادی که در خصوص ضمان پزشک وجود دارد و قاعده اتلاف و تسبیب، دیگر ممکن نیست. به علاوه بر اساس اصول و قواعد اسلامی اصل بر ضمانی بودن ید افراد بر جان و مال دیگری است و امانی بودن ید نیاز به دلیل دارد، در نتیجه نمی‌توان اصل برائت را در خصوص جان و مال دیگری اعمال کرد و اصل بر ضمان است.

۳-۲. قاعده احسان: از لحاظ فقهی دلیل دیگری که می‌توان بر عدم ضمان پزشک در تحقیقات پزشکی اقامه کرد، قاعده احسان است. با این بیان که از آنجا که پزشکان به قصد درمان بیماران، نجات جان مسلمان و پیشرفت روش‌های درمانی اقدام به انجام تحقیقات زیست‌پزشکی می‌نمایند، از لحاظ شرعی «محسن» تلقی می‌شوند و در صورت فوت آزمودنی یا ایراد صدمه بدنی به استناد قاعده احسان از ضمان معاف می‌باشند. مستند قاعده احسان در فقه شیعه، آیه ۹۱ سوره توبه و همچنین آیه ۶۰ از سوره الرحمن است.

در خصوص استناد به قاعده احسان برای عدم ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی باید گفت که مبنای این قاعده بیشتر اختصاص به مواردی دارد که پزشک به قصد درمان و

شفای بیماری و کاهش رنج یا نجات او اقدام به درمان می‌کند، چراکه به استناد تکلیف شرعی و اخلاقی پزشک به درمان، حکم به ضمان او با قاعده احسان تعارض خواهد داشت، اما در تحقیقات غیر درمانی که آزمودنی ذی‌نفع پژوهش نیست و پزشک اصولاً تکلیف شرعی به انجام آن ندارد، دیگر نمی‌توان به قاعده احسان استناد کرد، به علاوه در حال حاضر در عرف جامعه پزشکی اکثر پزشکان با هدف ارتقای شغلی، کسب شهرت و کسب درآمد اقدام به انجام پژوهش‌های علمی می‌کنند و اصلاً قصد احسان در آن مطرح نمی‌شود، چراکه در فرض تحقیقات غیر درمانی نفعی به آزمودنی نمی‌رسد تا از این باب احسان پزشک را ثابت کنیم. نفع اجتماعی این پژوهش‌ها نیز به جامعه رسیده و در رابطه پزشک و آزمودنی و ضمان ناشی از آن بی‌تأثیر است. در واقع به استناد منفعت اجتماعی تحقیقات علمی که در نهایت منجر به نجات جان مسلمانان می‌شود، نمی‌توان به وجود احسان در رابطه پزشک و آزمودنی استناد کرد، چراکه اصلاً نفعی از این پژوهش عاید او نمی‌شود و هدف پزشک نیز نیکی‌کردن و بهره‌مندکردن شخص آزمودنی نیست، در نتیجه در خصوص تحقیقات غیر درمانی و علمی نمی‌توان به استناد قاعده احسان حکم به عدم ضمان پزشک در صدمات ناشی از این پژوهش‌ها کرد؛ دومین دلیلی که بر رد قاعده احسان برای عدم ضمان مطرح شده است این است که بر اساس مستندات و مبنای قاعده اتلاف، این قاعده مطلق بوده و شامل شخص محسن نیز می‌شود.

۳-۳. روایات: از ادله دیگری که می‌توان بر عدم ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی اقامه کرد، روایاتی است که در این خصوص در کتب روایی موجود است. طرفداران نظریه عدم ضمان پزشک نیز برای اثبات مدعای خود به روایات متعددی استناد کرده و معتقدند بر اساس این روایات اعتقاد به ضمان پزشک ممکن است باعث تعطیلی امر طبابت و در نتیجه سختی و حرج برای مسلمانان شود. در میان روایات مطرح‌شده در خصوص ضمان طبیب به برخی از آن‌ها که در خصوص تحقیقات زیست‌پزشکی قابل استناد است، اشاره می‌کنیم.

از روایاتی که در خصوص عدم ضمان پزشک در تحقیقات درمانی قابل طرح است روایت یونس بن یعقوب است که می‌گوید: «به امام صادق (ع) عرض کردم: طبیبی دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می‌کند و ممکن است از آن دارو و یا قطع رگ، نتیجه بگیرد و یا آن دارو یا قطع رگ، بیمار را بکشد، حضرت فرمودند: می‌تواند رگ را قطع بکند و دارو را تجویز نماید» (۲۰). در استدلال به عدم ضمان به استناد این حدیث می‌توان گفت که از فحوای روایت واضح است که علیرغم غیر قطعی بودن روش درمانی و احتمال مرگ بیمار در آن، امام صادق (ع) انجام این درمان آزمایشی را جایز دانسته‌اند و فرمودند که حتی با احتمال مرگ بیمار در اثر این روش انجام آن از لحاظ شرعی جایز است؛ بخش دوم استدلال به این روایت این است که از آنجایی که امام صادق (ع) در مقام بیان حکم مسأله بوده است و در عین حال به ضمان اشاره‌ای نکرده است، دلیل بر آن است که پزشک ضمانی نسبت به فوت بیمار در تحقیقات درمانی ندارد.

روایت دیگری که می‌توان به عنوان مستند عدم ضمان در تحقیقات زیست‌پزشکی به آن اشاره کرد، روایت اسماعیل بن حسن است که می‌گوید: «به امام صادق (ع) عرض کردم: من مردی از عرب هستم که به علم پزشکی آشنا هستم و طبابت من عربی است و پول نمی‌گیرم، حضرت فرمودند: مانعی ندارد، عرض کردم ما زخم را شکافته و با آتش می‌سوزانیم، فرمود: باکی نیست، عرض کردم ما برای بیماران داروهای سمی تجویز می‌کنیم، فرمود: مانعی ندارد، عرض کردم ممکن است بیمار بمیرد، فرمودند: ولو بمیرد» (۲۰).

برای استدلال به این روایت بر عدم ضمان در تحقیقات درمانی باید گفت امام صادق (ع) در این روایت صراحتاً تجویز داروهای را که در مرحله آزمایش قرار دارند و ممکن است در اثر آن بیمار فوت کند را از لحاظ شرعی جایز دانسته‌اند و از آنجا که امام در پاسخ روایت در مقام بیان حکم مسأله بوده است و با این وجود، پزشک را ضامن ندانسته‌اند روشن می‌گردد که از لحاظ شرعی در تحقیقات درمانی و استفاده از روش‌های درمانی جدید، پزشک ضامن تلقی نمی‌شود.

روایت دیگری که بر عدم ضمان در تحقیقات درمانی می‌توان به آن استناد کرد روایت احمد بن اسحاق است که می‌گوید: «من فرزندی داشتم که مبتلا به سنگ کلیه (یا مثانه) شده بود، به من گفتند که علاجی جز جراحی ندارد، هنگامی که او را جراحی کردم، فرزندم فوت کرد، بعضی از شیعیان به من گفتند: تو شریک خون فرزندت هستی، ناچار نامه‌ای به امام حسن عسکری (ع) نوشته و جریان را به او شرح دادم. حضرت در پاسخ نوشتند: بر تو چیزی نیست، چراکه هدف تو معالجه بود، ولی اجل او در همان بود که تو انجام دادی» (۲۰).

در استدلال به روایت باید گفت که علیرغم اینکه روایت مذکور صراحتاً در خصوص عدم ضمان پزشک مطرح نشده است، اما از استدلال به کاررفته در آن می‌توان بر عدم ضمان استناد کرد، چراکه امام حسن عسکری (ع) علت عدم مسئولیت پدر را هدف معالجه و درمان دانسته است که همین مبنا در تحقیقات درمانی نیز محرز است، در نتیجه می‌توان گفت بر اساس این روایت در تحقیقات درمانی از آنجا که هدف اصلی آن درمان و معالجه بیمار است، در صورت ورود صدمه و فوت ضمانی به وجود نمی‌آید.

البته ذکر این نکته ضروری است که برخی از فقها استناد به این روایات را بر عدم ضمان پزشک در اقدامات درمانی صحیح نمی‌دانند، چراکه معتقدند بیان این روایات ناظر به ضمان یا عدم ضمان نیست، بلکه تنها ناظر به جواز شرعی اصل انجام اقدامات درمانی حتی در صورت احتمال مرگ است. به عبارت دیگر بر مبنای این روایات انجام اقدامات درمانی حتی با احتمال فوت بیمار نیز از لحاظ شرعی جایز می‌باشد (۲۱)، به اعتقاد این فقها بحث جواز یا عدم جواز اقدامات درمانی پرخطر با بحث ضمان ناشی از آن متفاوت بوده و هر کدام ادله جداگانه‌ای دارند و ادله ضمان در این موارد همان مبانی قاعده اتلاف و تسبیب می‌باشد.

۳-۴. اذن شرع و عقل: از دلایل فقهی دیگری که بر عدم ضمان پزشک در تحقیقات زیست‌پزشکی قابل طرح است استناد به اذن شرع و عقل است. بر مبنای این دلیل نباید کاری که به حکم عقل و شرع مجاز و مشروع است ضمان‌آور

ایراداتی وارد است. علیرغم اینکه در متون فقهی نظریه ضمان پزشک در میان فقها مشهور بوده و حتی عده‌ای بر آن ادعای اجماع کرده‌اند، گرایش به این نظریه در میان فقهای معاصر با تردیدهای بیشتری رو به رو است، چراکه پیشرفت‌های صورت گرفته در عرصه علوم پزشکی و افزایش کیفیت خدمات بهداشتی و درمانی باعث شده است تا موارد ورود صدمه به بیماران و مرگ و میر ناشی از اقدامات درمانی کاهش یابد. در وضعیت کنونی بیشتر صدماتی که به بیماران در نتیجه اقدامات درمانی وارد می‌شود به نقص علم پزشکی برمی‌گردد و نمی‌توان پزشک را مسؤول آن دانست.

این واقعیت‌ها در کنار اشکالات وارد بر نظریه ضمان پزشک در فقه اسلامی و ادله عدم ضمان پزشک باعث شد تا قانونگذار در آخرین اصلاح قانون مجازات اسلامی و در ماده ۴۹۵ نظریه غیر مشهور را در خصوص تلف و نقص عضو ناشی از اقدامات درمانی بپذیرد. در این ماده مقرر شده است: «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 معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه أخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.» از آنجایی که قانون مجازات اسلامی منعکس‌کننده نظریات مشهور در بین فقهای معاصر است با اطمینان می‌توان گفت که در خصوص صدمات ناشی از اقدامات درمانی و تحقیقات درمانی فقهای معاصر نظریه عدم ضمان را پذیرفته‌اند. بنابراین در صورتی که بیمار در نتیجه تحقیقات درمانی فوت کند یا آسیب جسمی ببیند، پزشک در صورتی ضامن پرداخت دیه و خسارت تلقی می‌شود که خطا و عدوان او ثابت شود.

به علاوه با توجه به مبانی و دلایل مطرح‌شده در خصوص ضمان یا عدم ضمان پزشکان در تحقیقات غیر درمانی می‌توان گفت که مبانی عدم ضمان که در فقه اسلامی طرح شده است اصولاً شامل این نوع تحقیقات نمی‌شود. نه در میان روایات

باشد (۲۲)، در نتیجه در موارد جواز انجام تحقیقات زیست‌پزشکی که در مبحث اول این مقاله تبیین شد از آنجا که درمان بیمار یا انجام تحقیقات غیر درمانی بر روی آزمودنی به حکم شرع جایز است، نباید در صورت فوت یا نقص عضو موجب ضمان پزشک گردد. به عبارت دیگر بر مبنای این دلیل، ضمان و مسئولیت با جواز و اباحه شرعی قابل جمع نمی‌باشد.

۳-۵. **اذن بیمار یا ولی بیمار به درمان:** بر اساس این دلیل از آنجایی که پزشک با اذن بیمار، آزمودنی و یا بستگان و اولیای او اقدام به انجام تحقیقات درمانی یا غیر درمانی کرده است در صورت فوت بیمار یا آزمودنی و یا ایراد صدمه جسمی، پزشک ضمانی بر عهده نخواهد داشت، چراکه او با اذن بیمار یا آزمودنی اقدام به انجام پژوهش پزشکی کرده و بر اساس قاعده فقهی: «اذن در شیء، مستلزم اذن در لوازم آن نیز هست» (۲۳) و بر مبنای اینکه از دید عرف جامعه اخذ اذن بیمار و آزمودنی به مفهوم این است که اگر در اثر پژوهش، بیمار یا آزمودنی صدمه‌ای دید، ضمانی بر عهده پزشک نباشد دیگر نمی‌توان اصل را بر ضمان گذاشت.

برخی از فقها در خصوص عدم ضمان پزشک در اقدامات درمانی به این دلیل استناد کرده و معتقدند اگر پزشک از بیمار و یا اولیای او اذن به درمان بگیرد، حتی اگر درمان منجر به فوت و یا خسارت جانی شود، پزشک ضامن نمی‌باشد (۲۴-۱۱) در مقابل برخی از فقها با رد این دلیل بر عدم ضمان معتقدند که بین اذن و ضمان در فقه منافاتی وجود ندارد، به علاوه عرفاً اذن بیمار در واقع اذن به درمان است و به معنای رضایت او به تلف جان یا نقص عضو نمی‌باشد. بنابراین بر اساس این نظریه اذن تنها منجر به مباح‌شدن تصرف در بدن بیمار برای درمان یا پژوهش می‌شود و نمی‌توان بر مبنای آن حکم به عدم ضمان پزشک نمود.

نتیجه‌گیری

در نتیجه مباحث فقهی صورت‌گرفته مشخص گردید که از لحاظ فقهی بر ادله و مبانی نظریه ضمان و هم عدم ضمان

در پژوهش حاضر جنبه‌های اخلاقی مطالعه کتابخانه‌ای شامل اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

حکم صریحی بر عدم ضمان وجود دارد و نه قاعده احسان در خصوص تحقیقات علمی و غیر درمانی قابل اعمال است، به علاوه سایر دلایل برائت، اذن شارع و رضایت آزمودنی نیز ضعیف بوده و قدرت برابری با ادله ضمان را در این خصوص ندارد. همچنین نظریه عدم ضمان که توسط فقهای معاصر و قانون جدید مجازات اسلامی پذیرفته شده است تنها شامل تحقیقات درمانی و سایر اقدامات درمانی استاندارد می‌شود و نمی‌توان حکم آن را به تحقیقات غیر درمانی و علمی سرایت داد. بر اساس مباحث صورت‌گرفته روشن است که بر مبنای دلایل عدم ضمان و نظریه مشهور بین فقهای معاصر حکم به عدم ضمان پزشک در تحقیقات درمانی صحیح‌تر به نظر می‌رسد. در عین حال با توجه به عدم کاربرد مبنای عدم ضمان در خصوص تحقیقات غیر درمانی و علمی و با استناد به قواعد اتلاف و تسبیب و لاضرر، حکم به ضمان پزشک در این‌گونه تحقیقات به حقیقت نزدیک‌تر است.

مشارکت نویسندگان

حمید رحمانی منشادی تمامی مراحل پژوهش را به انجام رسانده و ضمن تأیید نسخه نهایی، مسئولیت پاسخگویی در قبال پژوهش را پذیرفته است.

تشکر و قدردانی

ابراز نشده است.

تضاد منافع

نویسنده هیچ‌گونه تضاد منافع احتمالی را در رابطه با تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله اعلام نکرده است.

تأمین مالی

نویسنده اظهار می‌نماید که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده است.

ملاحظات اخلاقی

References

1. Abbasi M. The Role of consent in Medical Research. First Edition. Tehran: Legal Publications; 2003. [Persian]
2. Makarem Shirazi N. Medical rulings. 1st ed. Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications; 2008. [Persian]
3. Montazeri Najafabadi HA. Medical rulings (jurisprudence). 3rd ed. Qom: Sayeh Publishing; 2006. [Persian]
4. Hosseini Shirazi SM. Jurisprudential Rules. 1st ed. Beirut: Imam Reza Institute; 1992. [Arabic]
5. Najafi MH. Jawahar al-Kalam in the Explanation of Sharia al-Islam. 7th ed. Beirut: Dar Ahyaya al-Tarath al-Arabi; 1983. [Arabic]
6. Ansari M. Farayed al-Asul. Qom: Religious Press; 2006. [Arabic]
7. Naraghi MA. Awaid al-Ayayam. 4th ed. Qom: Basirati School; 1987. [Arabic]
8. Naini MH. Moniya al-Taleb fi Hashiyah al-Makasab. 1st ed. Qom: Islamic Publications Office; 1997. [Arabic]
9. Maraghi AF. Al-anavin. Qom: Al-Nashar Islamic Publishing House; 1996. [Arabic]
10. Mousavi Bojnordi M. Jurisprudential rules. Tehran: Orouj Publishing House; 2000. [Arabic]
11. Kashif al-Ghita MH. Tahrir al-Majla. Qom: World Forum for the Approximation of Islamic Religions; 2001. [Arabic]
12. Hor Amoli M. Shi'a means to study Islamic matters. 5th ed. Tehran: Islamic Publications; 1991. Vol.19. [Arabic]
13. Mohaghegh Helli N. Shara'i' al-Islam fi masa'il al-Halal wa al-Haram. 2nd ed. Qom: Ismailian Institute; 1987. Vol.4. [Arabic]
14. Hashemi Shahroudi SM. The culture of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt peace be upon her. 1st ed. Qom: Institute of Encyclopaedia of Islamic Jurisprudence; 2008. [Persian]
15. Emami SH. Civil Rights. 16th ed. Tehran: Islamic Publications; 1996. Vol.1. [Persian]
16. Shahid Thani Z. al-Rawda al-Bahiya. 3rd ed. Qom: Ismailian Publications; 1996. Vol.2. [Arabic]
17. Hosseini Shirazi SM. Fiqh: Argumentative encyclopedia in Islamic jurisprudence. Qom: Islamic Thought Institute; 1986. Vol.90. [Arabic]
18. Shojapourian S. Civil liability due to professional mistakes of doctors. 1st ed. Tehran: Ferdowsi Publications; 1994. [Persian]
19. Ibn Idris M. Al-Sararayr al-Hawi for Tahrir al-Fatawi. Qom: Islamic Publication Institute; 1996. [Arabic]
20. Sheikh Koleini M. Al-Kafi. 4th ed. Tehran: Darul Kitab al-Islamiya; 1996. Vol.6. [Arabic]
21. Taheri H. Is the doctor responsible. Nameh Mofid Magazine. 2004; 14: 105-110. [Persian]
22. Khomeini R. Tahrir al-Wasilah. Qom: Ismailian Publication, 1988. Vol.2. [Arabic]
23. Mohaghegh Damad SM. The Rules of Islamic Jurisprudence. 17th ed. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center; 2019. Vol.1. [Persian]
24. Esfahani MH. Researches in Fiqh. Qom: Islamic Publishing Institute; 1996. [Arabic]