



MfJ

مجله فقه پزشکی

دوره سیزدهم، شماره چهل و سوم، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://journals.sbmu.ac.ir/mf>



مقاله پژوهشی

مسئولیت پزشک در صورت رجوع بیمار از اذن سابق خویش

عبدالحسین خسروپناه^{*۱}، مهدی کیان مهر^۲، روح اله ملکی^۳

۱. استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

۲. استادیار مدعو گروه حقوق واحد اندیشک، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اندیشک، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق عمومی، واحد اندیشک، دانشگاه آزاد اسلامی، اندیشک، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: پدیده قصور پزشکی، پیش از آنکه موضوعی پزشکی باشد، حالتی است که شناسایی و درک مفهومی آن در حیطه مطالعات فقهی و حقوقی است. پژوهش حاضر با نقد دیدگاه مسئولیت طبیب در صورت رجوع بیمار از اذن سابق خویش و با هدف تحول در معیار و تفرق مسئولیت کیفری و مدنی طبیب تکوین گردیده است. هرچند به رویداد مسئولیت طبیب به تفصیل در منابع فقهی اغلب با مقیاس‌گذاری‌های کیفری پرداخته شده اما مسئولیت یا عدم مسئولیت مدنی وی در صورت رجوع بیمار از اذن سابق خویش، مسکوت مانده است.

مواد و روش‌ها: محقق با روش توصیفی - تحلیلی، در جهت تقویت شاکله حقوقی پزشکان و با ژرف‌نگری نوین در شق دوم ماده ۳۰۸ قانون مدنی با محوریت «شبه غصب» یا «غصب حکمی» گام نهاده و قصد دارد تا عدم امتناع از درمان توسط پزشک در صورت رجوع بیمار از اذن سابق را با استدلال مالکیت انسان بر اعضای خویش، اثبات ید در تصرف (درمان) بر مال غیر (بدن بیمار) و جایگزینی مسئولیت مدنی بر اساس جبران خسارت به جای مسئولیت کیفری بیان نماید.

نتیجه‌گیری: از تحقیق حاضر چنین برمی‌آید که پزشکان برای عدم حق رجوع بیمار بعد از اذن ابتدایی به ادله جلوگیری از اضرار به نفس و ممنوعیت القا در هلاکت، قاعده درء و مسئولیت اخلاقی پزشک استناد نموده‌اند؛ در مقابل، بیماران با استدلال به سلطه بر نفس، فساد اذن در صورت رجوع بیمار و استصحاب، قائل به مسئولیت وضعی پزشک هستند. برای حل تعارضات میان بیمار و پزشک در صورت رجوع بیمار از اذن سابق، شایسته است قانونگذار یکی از این دو روش را برگزیند: یا عدم حق رجوع از عقد لازم را به توافق میان پزشک و بیمار تسری دهد و یا دولت را در قبال اقدامات پزشک در فرض رجوع بیمار از اذن سابق خویش، با استدلال به قاعده ضرورت، پرورش جامعه پزشکی دلسوز و مسئولیت‌پذیر، نجات فرد در معرض هلاکت و قاعده من له الغنم فعلیه الغرم، مسئول قرار دهد که البته روش دوم کارآمدتر است.

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۱۱/۱۲

واژگان کلیدی:

اذن

بیمار

پزشک

رجوع

مسئولیت

* نویسنده مسئول: عبدالحسین خسروپناه

آدرس پستی: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

پست الکترونیک:

khosropanahdezfuli@gmail.com

۱. مقدمه

در متون فقه و حقوق پزشکی، اذن سابق بر درمان بیمار بر اساس مجازات اسلامی ۱۳۷۰ متضمن ابراء پزشک است؛ درباره مشروعیت شرعی و قانونی چنین برائتی نظرات مختلفی وجود دارد؛ بند دوم ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، علاوه بر رضایت و اخذ برائت، رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی را برای رفع مسئولیت ضروری می‌دانند. با نگاه کلی می‌توان دریافت که محور تمام دلایل و استدلال‌های قائلین به ابراء پزشک، قاعده اذن سابق بیمار می‌باشد؛ اما متأسفانه در ارتباط با رجوع از اذن سابق بر درمان، مباحث کافی در فقه و حقوق پزشکی موجود نیست و فقها و حقوق‌دانان به‌طور خاص، فرض مذکور را طرح و تبیین ننموده‌اند؛ لذا این مهم ضرورت پرداختن به این موضوع را مشخص می‌نماید. کلیت و الحاق موضوع «رجوع از اذن سابق بیمار» و «تصرفات پزشک»، باعث درهم‌ریختگی آرای قضایی در زمینه ابراء پزشک یا مسئولیت وی گردیده است زیرا که امتناع بیمار از درمان و تأثیر آن بر ضمان پزشک خاطی در فروش و حالات مختلف احکام متفاوتی را به دنبال دارد؛ بنابراین جلوگیری از اشتباه در تشخیص مبادی تصویری، نیازمند تحقیقاتی است که با بررسی ابعاد فقه و حقوق پزشکی، خلأ موجود برطرف شود. در این نوشتار ابتدا به مفاهیم فقهی و حقوقی مربوط به رجوع بیمار از اذن پرداخته و سپس ماهیت حقوقی آن را با نگرش به نظریه نوین شق دوم ماده ۳۰۸ قانون مدنی تبیین نموده و با استمداد از تراث فقهی، انتقادات اصلی وارد بر آن را طرح و پاسخ داده و در نهایت با ارائه نظریه مسئولیت دولت در قبال جبران خسارت بیمار از طرف پزشک در فرض رجوع از اذن سابق درصدد هستیم تا در زمینه رسیدگی قضایی به وحدت رویه‌ای مطلوب برسیم.

۲. مواد و روش‌ها

تحقیق حاضر توصیفی - تحلیلی، و روش گردآوری اطلاعات مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای بوده و با بررسی متون فقهی و

حقوقی مرتبط، موضوع را تبیین و تشریح می‌نماید. ابزار گردآوری اطلاعات شامل فیش‌برداری، استفاده از بانک‌های اطلاعاتی، شبکه‌های کامپیوتری و نرم‌افزارهای تخصصی می‌باشد.

۳. یافته‌ها

کلیت و الحاق موضوع «رجوع از اذن سابق بیمار» و «تصرفات پزشک»، باعث تشتت آرای قضایی در زمینه ابراء پزشک یا مسئولیت وی گردیده است. زیرا که امتناع بیمار از درمان بعد از اذن اولیه و جعل ابتدایی درمان و تأثیر آن بر ضمان پزشک خاطی در فروش و حالات مختلف احکام متفاوتی را به دنبال دارد؛ این تحقیق با ارائه مسئولیت پزشک بر اساس ماده ۳۰۸ قانون مدنی در قالب دیدگاه نوین به نوع مسئولیت پزشک و همچنین، بیان راهکار جمع بین مسئولیت اخلاقی پزشک و جبران خسارت بیمار بر اساس وصیت امام خمینی (ره) که عقلانیت و احساس‌گرایی پزشک در درمان بیمار درهم تنیده‌اند و نباید هیچ‌کدام از آنها از هم منفک شوند؛ پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار راهکار مسئولیت دولت در قبال اقدامات پزشک یا قائل شدن به عدم رجوع از اذن در عقد لازم را با استدلال به قاعده ضرورت، عدم جواز خودداری پزشک از معالجه بیمار به سبب ترس از ضمان، پرورش جامعه پزشکی دلسوز و مسئولیت‌پذیر، قاعده کل ما حکم به العقل حکم به الشرع، انقاذ فرد در معرض هلاکت، قاعده من له الغنم فعلیه و محسن بودن طبیب مدنظر قرار دهد.

۴. مفهوم‌شناسی واژگان کلیدی

۴-۱. رجوع

در لغت به معنای انصراف است. (۱) در اصطلاح، حق رجوع به معنای حق بازگشت و برهم زدن عقد یا ایقاع می‌باشد. (۲) در تعریفی دیگر، حق رجوع عبارت است از قائل شدن به حق بازگشت و برهم زدن قرارداد، در عقدهای جایز (۳). لازم به ذکر است که رجوع بیمار از اذن درمان ممکن است به انگیزه به هلاکت انداختن خود و پذیرش غیر قابل توجیه مرگ، عدم

توانایی در پرداخت هزینه‌های درمان و اجتناب از درمان به خاطر کهولت سن و ... صورت گیرد.

۲-۴. تصرف

از ریشه «صرف» و در لغت به معنای دست به کاری زدن، دگرگون شدن یا چیزی را تحت استیلا و اقتدار خویش داشتن، است. (۴) در فقه و حقوق، مراد از تصرف عبارت است از: «هر کار ارادی دارای اثر شرعی در یک مال» یا «هر اقدام ارادی منتسب به شخص در مالی - اعم از عین و غیرعین - که دارای اثر شرعی است؛ خواه این اثر به سود تصرف‌کننده باشد یا به زیان او». (۵) با انعقاد قرارداد درمان، بیمار به پزشک اذن در تصرف می‌دهد. بنابراین، اقدامات درمانی که به وسیله کادر درمان صورت می‌گیرد نوعی تصرف در نفس دیگری است؛ طبق این مبنا، اذن در تصرف، یک حکم وضعی محسوب می‌شود به عبارت دیگر حقی است که شارع آن را برای بیمار یا ولی، جعل کرده است. با همین جعل، پزشک، استحقاق تصرف پیدا می‌کند در حالی که دیگران چنین حقی ندارند و تصرف آنان، غصب، حرام و تجاوز به حقوق دیگران می‌باشد. (۶) با اذن شرعی مالکی و اباحه وضعی که حاصل این اذن است، غصب بودن و تجاوز و حرمت برداشته می‌شود. (۷) بر این اساس، در صورتی که بیمار از اذن خود رجوع نماید، باعث طرح‌ریزی نظریه نوین در حقوق پزشکی می‌گردد که در ادامه به تفصیل آن خواهیم پرداخت.

۳-۴. ترخیص (اذن)

ترخیص در لغت به معنای رخصت (۸)، جواز ارتکاب (۹)، اذن بعد از نهی (۱۰) و حکمی که به واسطه اصل برائت، اباحه، حلیت و مانند آن به اثبات می‌رسد، است. (۱۱) واژه ترخیص از دیرباز با مسائل پزشکی و درمان بیماران ارتباط تنگاتنگی دارد. این واژه در نوشته‌های فارسی با کلمه اذن عجین است. از مضمون اذن می‌توان معنای رخصت در تصرف، پیش از تصرف و انجام کار از سوی مالک را متصور شد. (۱۲) همچنین، در قرآن مجید (احزاب ۱۳) اذن محتوای اجازه، اراده، اعلام، اطاعت، و علم را داراست (وَيَسْتَأْذِنُ فَرِيقٌ مِنْهُمْ

النَّبِيِّ). (۱۳) افزون بر این، اذن در اصطلاح به معنای اباحه، رخصت در فعل قبل از مجاز شمردن تصرف برای کسی که شرعاً ممنوع از تصرف بوده است، به کار می‌رود. (۱۴) در تعریف دیگر «اذن عبارت است از رخصت مالک و کسی که در حکم مالک است به تصرف و اثبات ید». نویسندگان فقهی و حقوقی مالک بودن حقیقی (خداوند متعال) یا اعتباری (سایر مالکان) یا به منزله مالک شدن مانند اذن ولی در درمان کودک را شرط اذن‌دهنده معرفی نموده‌اند (۱۵). بر این اساس، اذن جزء ایقاعات قرار داده شده است (۱۶). بنابراین، اذن‌دهنده با اذن خود اباحه و جواز تصرف را انشاء می‌نماید.

۵. مبانی نظری رجوع از اذن بیمار

بعضی از توافقات بین طرفین عقد فقط ایجاد اذن و اباحه جهت تصرف در مال دیگری می‌نمایند؛ لذا به موجب آن افراد می‌توانند برای انجام بعضی امور به یکدیگر اذن موجب تصرف در مال دهند. (۱۷) همچنین، برای عقود که لازم‌الاجرا هستند و باید به مفاد آن پایبند باشند، امکان برهم زدن وجود ندارد. برای اینکه رجوع از اذن امکان‌پذیر باشد، باید از طریق ادله مصرح قانونی اثبات گردد تا رجوع از اذن احراز گردد. (۱۸) بنابراین، برای تشخیص امکان رجوع از اذن، تشخیص ماهیت حقوقی آن اهمیت دارد.

۱-۵. ماهیت فقهی و حقوقی رجوع از اذن

علاوه بر وجود اهلیت طرفین برای تشکیل ماهیت حقوقی یک عمل، داشتن اذن ضروری می‌باشد. (۱۹) اذن این امکان را ایجاد می‌نماید که بتواند در اعمال و مال دیگری بدون اینکه حقی برای او ایجاد گردد، تصرف داشته باشد؛ همچنین، اذن برای شخص قابل رجوع است. مانند وکالت، شرکت، جعاله، ودیعه و ... (۲۰) اگرچه ایجاد اذن به یک طرف بستگی دارد و برای انحلال آن، رجوع شخص اذن‌دهنده کفایت می‌کند، ولی به طور کلی رجوع از اذن در همه موارد امکان‌پذیر نخواهد بود و گاه اذن تبدیل به یک امر لازم حقوقی می‌شود و رجوع از

اذن محقق نمی‌شود مانند: الف) هرگاه طرفین به وجه ملزومی ملزم به توافق شده‌اند ب) هرگاه رجوع از اذن منجر به ایجاد ضرر برای طرف مقابل باشد و دفع ضرر به طریق دیگر ممکن نباشد. ج) هرگاه رجوع از اذن به حکم قانون منع شده باشد. به نظر می‌رسد که با توجه به معنای کامل اذن که عبارت است از: انشای رضایت مقنن یا مالک (یا نماینده قانونی او) یا کسی که قانون برای رضایت او اثری قائل شده است، به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین، برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی»، این معنا هم اذن اشخاص و نیز اذن قانونی را در برمی‌گیرد؛ (۲۱) عمل حقوقی در این تعریف، اعم از عقد و ایقاع می‌باشد و مقصود از تصرف خارجی، تصرفاتی است که برخلاف اعمال حقوقی جنبه اعتباری ندارد، بلکه تصرف مادی است؛ اعم از آنکه متصرف از آن انتفاع برد یا نبرد و اعم از آنکه با تصرف، عین مال باقی بماند یا عین مال عرفاً از بین برود. این دیدگاه، منجر به چالش عدم تشخیص قرارداد میان بیمار و پزشک و نامشخص بودن رجوع بیمار از اذن می‌گردد؛ آیا بیمار حق رجوع از اذن در درمان توسط پزشک را دارد؟ آیا در نحوه رجوع، رجوع لفظی و عملی برای بیمار مقدور است؟ آیا حق رجوع قابل اسقاط است؟ در صورتی که اذن به وجه ملزومی داده نشده باشد، اذن دهنده می‌تواند هر زمان از اذن خود رجوع کند؟ این‌ها سؤالاتی هستند که در حقوق پزشکی صراحتاً به آن اشاره نگردیده است. بر این اساس، برای مشخص شدن ماهیت رجوع از اذن، ابتدا باید ماهیت حقوقی قرارداد بیمار و پزشک نمایان شود.

۲-۵. ماهیت حقوقی قرارداد بیمار و پزشک

بیشتر مطالعات و تحقیقات فقیهان و حقوق‌دانان در مورد اذن بیمار به پزشک اختصاص پیدا کرده و ماهیت حقوقی قرارداد بیمار و پزشک که منجر به نمایان شدن رجوع از اذن می‌گردد، کمتر مورد بررسی قرار گرفته است. از بررسی نظرات پراکنده و اجمالی که در زمینه ماهیت حقوقی رجوع از اذن مطرح گردیده است، سه دیدگاه عمده به دست می‌آید: اول دیدگاه واقعه حقوقی بودن اذن که می‌گوید اذن نه عقد است و نه

ایقاع. با این حال، همانند اقرار و شهادت، عملی ارادی است که آثار حقوقی‌ای در پی دارد. به بیان دیگر، اذن قائم به قصد انشاء نیست و اذن‌دهنده هیچ چیز را از نظر حقوقی به وجود اعتباری ایجاد نمی‌کند، بلکه تنها مانع قانونی را مرتفع می‌سازد؛ مثلاً طبق قانون تصرف در مال غیر ممنوع است، مالک با دادن اذن در تصرف در مال خود فقط این منع را از میان برمی‌دارد. لذا رجوع از اذن در هر زمان ممکن است (۲۲).

دیدگاه دوم، عمل حقوقی بودن اذن است. در عمل حقوقی، گاه برای ایجاد رابطه خواستار یک اراده و گاه اراده طرفین هستیم که در قالب عقد یا ایقاع بودن می‌گنجند (۲۳).

این دیدگاه خود به دو صورت قابل طرح است. یکی عقد لازم بودن اذن است که برخی معتقد به آن می‌باشند. این اعتقاد در تحلیل حقوقی رابطه پزشک و بیمار مشهود است؛ بنابراین رابطه‌ای دوسویه بین پزشک و بیمار مبتنی بر حقوق و تعهداتی همچون ارائه خدمات توسط پزشک جهت درمان بیمار و تعهد بیمار به پرداخت اجرت درمان پزشک می‌باشد. (۲۴) اذن بودن و تحقق عقد ممکن است ناشی از عقد لازم باشد مانند اینکه به موجب شرط ضمن عقد بیع، به خریدار اذن عبور از ملک بائع داده شود. فقط در صورت اخیر است که برابر ذیل ماده ۱۰۸ ق.م.نمی‌توان از اذن عدول کرد. بر این اساس، توافق میان بیمار و پزشک و تعهداتی که برای آن‌ها ایجاد می‌شود ملزم به اجرای مفاد آن می‌باشد و حق رجوع و برهم زدن آن را ندارند. (مستفاد از ماده ۲۲۰ ق.م) این تعهدات می‌تواند به صورت دو طرفه باشد و یا اینکه صرفاً برای طرف دیگر ایجاد تعهد کند که در هر دو صورت غیر قابل رجوع خواهد بود. صورت دوم ایقاع بودن اذن است که بر این اساس، اذن، عمل حقوقی است و به انشا نیاز دارد؛ درواقع، اذن اباحه مورد اذن را انشا می‌کند. کسی که به دیگری اذن می‌دهد تا در مال او تصرف کند، با اذن خویش مانع را برمی‌دارد. تصرف ممنوع با انشای اذن‌دهنده مباح می‌گردد و توقیفی بر انشای متقابل ماذون و قبول او ندارد (۲۵). حتی رد ماذون نیز مانع تحقیق یا بقای اذن نمی‌گردد و او با آنکه اذن

را رد کرده است، تا زمانی که آذن از اذن خود برنگشته، می‌تواند در آن مورد تصرف کند. بدین ترتیب، اذن عمل حقوقی یک‌طرفه، یعنی ایقاع است. در موارد گوناگون در قانون مدنی به قابل رجوع بودن اذن تصریح شده است. بنابراین می‌توان فهمید که قانون مدنی هم نظریه ایقاعی بودن ماهیت حقوقی اذن را ترجیح داده است. مثلاً در ماده ۱۰۸ ق.م.آمه است: «در تمام مواردی که انتقاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد». (۲۶) به نظر می‌رسد که نظریه ایقاعی بودن اذن به صورت صریح یا ضمنی، مورد تأیید بسیاری از فقیهان و حقوق‌دانان قرار گرفته است. (۲۷) برخی از فقیهان همچون محقق خوانساری (۲۸) صاحب عناوین (۲۹) و امام خمینی (۳۰) و برخی از حقوق‌دانان معاصر هم مانند جعفری لنگرودی و کاتوزیان (۳۱) به ایقاع بودن اذن تصریح کرده‌اند. همچنین با توجه به قرائنی مانند معتبر دانستن انشا در پیدایش اذن، در تألیفات برخی دیگر از فقیهان چون صاحب جواهر و سیدکاظم یزدی، (۳۲) می‌توان نظریه ایقاع بودن اذن را به آنان نسبت داد.

۳-۵. ماهیت مسبوق به نیابت

به نظر می‌رسد که ماهیت حقوقی بین پزشک و بیمار چیزی غیر از واقعه حقوقی، عمل حقوقی، عقد یا ایقاع بودن باشد. (۳۳) اگر اصل استقلال و عدم سلطه اقتضاء می‌کند تا تصرف در مال منوط به نیابت باشد، پس تصرف در تن و درمان یک انسان نیز مستلزم آن است. طرح‌ریزی نظریه نیابت به عنوان ماهیت حقوقی پزشک و بیمار نشان‌دهنده کرامت انسان است و نشانگر این مهم است که، انسان مسلط بر امور، اموال و بدن می‌باشد و همچنین، نیابت از وی برای تصرف امکان‌پذیر است. نیابت شانی بالاتر از اباحه دارد. بر این اساس، پزشکان برای تصرف در بدن بیمار به چیزی بیشتر از اباحه نیاز دارند. به عنوان مثال، برخی بیماران در عمل جراحی سزارین، اذن محدود به پزشک برای بیرون آوردن نوزاد از رحم می‌دهند؛ اما مشاهده شده که در حین عمل جراحی، پزشک به مواردی

برخورد می‌کند که انجام آن در تخصص وی نیست و احتیاج به همراهی پزشک دیگر باشد، لذا اذن قبلی به متخصص زنان جهت سزارین، رفع مسئولیت پزشک جدید را دربر نمی‌گیرد؛ ولی در مصداقی که بیان گردید باید قائل به نیابت باشیم که پزشک در صورت ضرورت، این توانایی را داشته باشد تا جهت سلامتی بیمار از دیگر پزشکان مساعدت جوید. لذا باید ماهیت حقوقی میان بیمار و پزشک را تلقی به نیابت نمود و آن را حمل اذن به نیابت دانست نه اباحه و رخصت. لازم به ذکر است که به موجب این نگرش، قرارداد پزشکی، نیابت به معنای وکالت نیست؛ زیرا موکل باید قادر به انجام مورد وکالت باشد (ماده ۶۶۲ ق.م.). به نظر می‌رسد نظریه استنباه و ید نیابتی پزشک در حکم ید مالک به صواب نزدیک‌تر است. البته از این نظریه نباید متصور شد که ید نیابتی به عنوان مالکیت است؛ بلکه صرفاً از باب نیابت در تصرف و در نتیجه اباحه تصرف می‌گردد. به هر تقدیر، منظور این است که ایادی متصرفه در صورت ضرورت در مثال مذکور، مجاز در تصرف (درمان) در بدن (مال) می‌باشند و اخذ نیابت و تصرفشان بنحو اباحه است. بنابراین پزشک با اعطای نیابت از طرف بیمار، متعهد به انجام امور مربوط به نیابت می‌شود. بنابراین اذن بیمار منشأ نیابت است، ولی به خودی خود منشأ سقوط ضمان پزشک نیست. بلکه نیابت در قالب اذن شخصی جایز (عقود اذنی) و رجوع از آن ممکن است و عدم امتناع پزشک از درمان باعث مسئولیت وی می‌گردد. سؤالی که در ادامه با آن روبه‌رو هستیم نحوه تصرف بیمار در بدن خود است که نگارنده نظریه خاصی در این زمینه دارد که به توضیحاتی در این ارتباط می‌پردازیم.

۶. تبیین «تصرفات پزشک در بدن بیمار»

نگارنده معتقد است که تصرفات پزشک در بدن بیمار از نوع تصرف در مال بیمار می‌باشد و تعهد آن نیز مالی است که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

۱-۶. تصرف پزشک در درمان و تلقی به تصرف در مال

به نظر می‌رسد که عدم امتناع از تصرف پزشک باعث تحقق حکم غصب می‌شود که در ذیل مطالبی در ارتباط با این نظریه مطرح می‌نماییم.

۱-۲-۶- چگونگی در حکم غصب بودن در رابطه پزشک و

بیمار: این استدلال نگارنده باعث می‌شود که در زمینه پزشک و بیمار خلل‌هایی مبنایی، قانونی و اخلاقی مطرح گردد تا در آینده موافقان و مخالفان درباره این نظریه اظهارنظر نمایند. به عبارت روشن‌تر، امتناع پزشک و مداخله وی در بدن بیماری که دارای درد و رنج می‌باشد، با وجود رجوع بیمار از اذن سابق، منجر به تحقق حکم غصب و مفاد شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م. می‌گردد و ضمانت اجرا و جبران خسارت برای پزشک را ایجاد می‌نماید. نگارنده در یک نظریه نوین اظهار می‌دارد که رجوع از اذن سابق توسط بیمار، با عدم امتناع از درمان توسط پزشک، اثبات ید بر مال غیر و بدون مجوز است. بر این اساس، در حقوق موضوعه ایران بر اساس ماده ۳۰۸ قانون مدنی: «غصب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب محسوب می‌گردد». با ژرف‌نگری در شق دوم ماده مذکور و استدلال به احتساب تسلط انسان بر اعضای بدن از باب مالکیت در اموال، کلیت موضوع اثبات ید در تصرف (درمان) بر مال غیر (بیمار) و «در حکم غصب بودن» نمایان می‌شود.

۲-۲-۶- ارکان در حکم غصب بودن در روابط پزشک و بیمار:

اشخاصی توانایی استیلا بر اموال را دارند که در این خصوص اذن در تصرف داشته باشند؛ مانند مالک و وکیل (۳۸). هرگاه تسلط افراد ابتدا همراه با اذن باشد ولی در ادامه، مالک خواهان رفع استیلا شود، ولی این تسلط در تصرف مرتفع نگردد، «در حکم غصب بودن» محقق شده است. بر این اساس، فقها و حقوق‌دانان مواردی را که آغاز استیلا و تصرف قانونی و مشروع بوده ولی استمرار آن خلاف حق باشد را «در حکم غصب» معرفی نموده‌اند. (۳۹) قسمت دوم ماده ۳۰۸ قانون مدنی اشعار می‌دارد: (اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز

ماده ۳۵ قانون مدنی با توجه به کلمه «مالکیت» که در آن قید گردیده چنین مستفاد می‌دارد که فرض حقوقی مذکور در خصوص اعیان است، ولی قانون مزبور به پیروی از اکثر فقههای امامیه، موضوع را به حقوق نیز توسعه داده است. (۳۴) دیدگاه نگارنده در این مقاله بر این نظریه استوار می‌باشد که تصرف در اعضای بیمار توسط پزشک تلقی به تصرف در مال و نحوه جبران خسارت آن هم به دلیل ضمانت اجرای آن مالی می‌باشد. این دیدگاه در رد ادعای مالیت اعضای بدن اظهار می‌دارد که زمانی که انسان حق تصرف بر بدن خود را به دست می‌آورد، لذا آن بدن مال شمرده می‌شود. اقتصاددانان، قابلیت انتقال و ارزش مال را از طریق بازار مبادله تعیین می‌نمایند. افزون بر این، از نظر حقوقی به چیزی مال می‌گویند که دارای شروط اختصاص به شخص و مفید بودن برای نیازهای مادی را داشته باشد. برخی فقها تصریح نموده‌اند که نفع و فایده بالقوه برای تحقق مالیت کافی است و لازم نیست که مال حتماً منجر به برآورده شدن نیاز فعلی انسان گردد و همین میزان که شأنیت انتفاع را داشته باشد، می‌توان تلقی و اعتبار مال بودن را نمود. (۳۵) بنابراین، عدم اذن مالک به شخص ثالث، عدم جواز تصرف در ملک وی می‌باشد، اعم از اینکه عدم ماذون بودن به مال یا بدن مالک باشد و بالعکس. (۳۶) بنابراین، اذن و رخصت فرد، در حکم تصرف و اثبات ید بر مال است؛ همچنین، عدم اذن در مال و نفس بر اساس قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» پذیرفته شده و منع شرعی ندارد. (۳۷) ممکن است این سؤال ایجاد گردد که متعلق اذن، حق می‌باشد و موضوع پیش‌رو ماده ۳۰۸ ق.م. مال است و با موضوع پیش‌رو که درمان بیمار است ارتباطی برقرار نمی‌کند. در پاسخ می‌توان گفت که با توجه به اینکه حق اعم از حق مالی و غیر مالیست و با استدلال به اعتباری بودن مالکیت انسان بر اعضای بدن خود، تصرف پزشک جهت درمان بیمار، همان تصرف در مال، بدون اذن وی است و باعث ایجاد ضمان می‌گردد.

۲-۶- عدم امتناع از تصرف پزشک و تحقق حکم غصب

تعریف غصب در «ماده ۳۰۸ قانون مدنی»، در تحقق غصب لازم است حقی که مورد استیلا قرار گرفته متعلق به غیر باشد. لذا صرف تعلق این حق به دیگری کافی است که بتواند موضوع «در حکم غصب» به نحو مفروز، اشاعه و ... قرار گیرد (۴۶). بر این اساس، اگر پزشک در بدن خویش تصرف نماید یا بیمار خود درمانی را در پیش بگیرد، پزشک مسئول نخواهند بود.

۳-۲-۶. تشابه روابط پزشک و بیمار با مصادیق در حکم غصب:

در این قسمت در صدد هستیم تا به تشابه روابط پزشک و بیمار با مصادیق در حکم غصب از منابع معتبر پرداخته و تبیین و تشریح نماییم.

الف) عدم استرداد عین به مالک پس از انقضاء مدت اجاره: بر این اساس، اگر مستأجری در پایان مدت اجاره از تخلیه امتناع ورزد و یا در رد آن به مالک طفره برود، با اینکه ابتدا از راه عدوان و ستم بر آن مال سلطه پیدا نکرده است، چون در این هنگام تصرف او بدون مجوز و نامشروع است، از تاریخ پایان یافتن اذن، «در حکم غاصب» به شمار می‌آید؛ علاوه بر تخلیه نکردن موارد دیگری نیز بر موضوع «در حکم غصب» در روابط موجر و مستأجر دلالت دارد از جمله: تغییر دادن مصرف مورد اجاره: طبق بند دوم ماده ۴۹۰ ق.م، عین مستأجره را باید در همان مصارفی که مقرر شده است استعمال نمایند و در صورت عدم تعیین، باید در منافعی به کار گرفته شود که از اوضاع و احوال استنباط می‌گردد. ماده ۵۰۳ قانون مدنی مشعر است: «هرگاه مستأجر بدون اجازه موجر در خانه یا زمینی که اجازه کرده وضع بنا یا غرس اشجار کند، هریک از موجر و مستأجر حق دارد هر وقت بخواهد بنا را خراب یا درخت را قطع نماید. در این صورت اگر در عین مستأجره نقصی حاصل شود بر عهده مستأجر است؛ زیرا تصرف مستأجر بدون اجازه موجر بوده و «در حکم غصب» می‌باشد (۴۷). در روابط پزشک و بیمار نیز به همین منوال است و هر زمان بیمار از اذن تصرف به پزشک رجوع نماید در حکم غصب

هم «در حکم غصب» است) و قصد عدوان که در غصب موجود است را از ابتدا نیاورده است (۴۰). دلیل اطلاق چنین تصرفاتی به «در حکم غصب» به این علت است که اولاً: ارکانی که برای غصب وجود دارد در اینجا کامل نبوده ثانیاً: ماهیت ذیل ماده ۳۰۸ قانون مدنی با صدر ماده آن یکی نیست. ثالثاً: قانون‌گذار خواسته که حکم صدر ماده ۳۰۸ ق.م را به ذیل آن تصریح دهد. درواقع دو موضوع ماهیتاً با هم فرق می‌کنند و فقط در حکم با هم اشتراک دارند؛ لذا آن دومی را می‌گوییم در حکم اولی (۴۱). به طور کلی در ارکان تصرفات در حکم غصب از نظرگاه فقه اسلام می‌توان سه رکن متصور گردید که در ذیل به تبیین و تشریح آنها خواهیم پرداخت. الف) استیلا: استیلا در لغت به معنای «غلبه» و «چیره شدن» می‌باشد. استیلا در اصطلاح فقهی، مسلط شدن بر مال یا حق غیر است (۴۲). استیلا «در حکم غصب» استیلائی است که فاقد ارکان و شرایط اساسی تحقق استیلائی غصب هست، ولی آثار و احکام غصب درباره آن جاری می‌شود. لذا لازمه استیلائی مذکور در ارکان «در حکم غصب» عبارتند از: استیلا و سلطه فیزیکی، شروع قانونی استیلا و وضع ید، مواجه شدن با منع و رجوع مالک از اذن قبلی نسبت به استیلا. (۴۳) روابط پزشک و بیمار نیز از همین نوع است و پزشک با اذن منشأ نیابت، بر بدن بیمار که دارای مالیت است برای تصرف و درمان استیلا دارد. ب) تصرف ابتدایی با اذن: رویکرد غصب، تصرف در مال غیر به نحو عدوان است. (۴۴) تصرفات «در حکم غصب» وجود تصرف ابتدایی و با اذن بوده است. لذا عدم تحقق عدوان و سوء نیت متصرف در هنگام تصرف موجب ایجاد اصطلاح در حکم غصب می‌شود. هرگاه کسی مالی را به جهتی از جهات به اجازه قانونی در تصرف داشته باشد و بعداً اجازه مرتفع شود و تصرف خود را بدون مجوز قانونی ادامه دهد، از تاریخ امتناع در حکم غاصب است (۴۵) پزشک نیز در این مورد با اجازه ابتدایی بیمار بر بدن بیمار که دارای مالیت است برای تصرف و درمان استیلا می‌نماید. ج) تعلق مال یا حق به دیگری: با توجه به

است که «ولی بیمار خاص یا عام» به اعطای برائت به پزشک اقدام می‌نماید. همچنین در مواردی که اخذ فوری اذن مریض امکان‌پذیر نباشد، در تقلیل مسئولیت پزشک، ماده ۴۹۷ قانون مذکور پزشک را ضامن تلف و یا صدمات وارده نمی‌داند. محدوده‌های مطرح‌شده دلایلی بودن که به وفور در ارتباط با آن مطالبی بیان گردیده و از بحث ما خروج موضوعی دارند. (۵۰) استدلال‌های پزشک و قائلین به عدم ضمان پزشک به قرار ذیل است.

الف) استدلال به شبهه دارئه در عدم ضمان پزشک: اگر بیمار با وجود اعطای اذن ابتدایی به پزشک از اذن سابق رجوع نماید تکلیف پزشک چیست؟ برخی معتقدند که اذن ابتدایی بیمار موجب شبهه دارئه برای عدم ضمان پزشک می‌باشد؛ شبهه دارئه شبهه‌ای است که با وجود آن، حد اجرا نمی‌شود (۵۱). به بیانی دیگر، استناد به اذن ابتدایی برای مشروعیت دادن به درمان پزشک حداقل این تردید و شبهه را ایجاد می‌نماید که به واسطه آن، ضمان پزشک درء و رفع می‌گردد و اصله البرائه را جاری می‌کنیم. موارد مشابه در فقه وجود دارد که اذن و اباحه نسبت به موضوع موجب شبهه دارئه شده است؛ به عنوان مثال، اباحه‌ای که از طریق نکاح ایجاد می‌شود در صورتی که مشخص گردد که نکاح دارای شبهه است، اباحه باعث اجرای شبهه دارئه هست؛ (۵۲) همچنین، اذن در قتل، که اذن در آن موجب شبهه می‌شود و شبهه، دارئه (رافع از حد) است (۵۳)

ب) استدلال به مسئولیت اخلاقی و حقوقی پزشک: مسئولیت اخلاقی عبارت از مسئولیتی که قانون‌گذار متعرض آن نشده و تنها ضمانت اجرای درونی و وجدانی دارد. (۵۴) اخلاق پزشکی، اصول و قواعد اخلاقی می‌باشد که لازم‌الرعايه برای پزشک است. پیروان قهری بودن مسئولیت پزشک معتقدند که آنچه پزشک تعهد به انجام آن می‌کند درمان بیمار است و این امر به زندگی انسان بستگی دارد و قابل داد و ستد نیست و در حیطة قراردادهای نمی‌گنجد.

بودن، محقق می‌گردد؛ افزون بر این، پزشک باید در حدودی که برای وی تعیین گردیده تصرف نماید؛ در صورت تعدی بدون علم، مسئول می‌باشد.

ب) عدم رد ودیعه یا انکار امانت: اگر مال به صورت امانت یا ودیعه در اختیار دیگری قرار گیرد، از تاریخ امتناع وی از رد مال امانی و ودیعه، وی «در حکم غاصب» است نه غاصب (۴۸). نگارنده اقدامات پزشک را با این مورد از مصادیق در حکم غصب منطبق‌تر می‌داند زیرا که این دو مورد مذکور استنابه در حفظ هستند و پزشک نیز با اذن بیمار، منشأ نیابت و استنابه در درمان را به دست می‌آورد.

ج) تصرف یک جانبه عامل در مال مضاربه: سرمایه مضاربه امانتی از طرف مالک آن در دست عامل است و او حق ندارد تصرفی در آن کند مگر برای تجارت با آن به همان صورتی که توافق کرده‌اند، در نتیجه اگر آن را به طور یک‌جانبه در کار دیگری مصرف نماید، عمل او «در حکم غصب» است. (۴۹) در روابط پزشک و بیمار نیز با این مصداق برابری دارد و تصرف پزشک در بدن بیمار باید بر اساس توافق سابق باشد.

۷. بررسی دو نظریه ضمان و عدم ضمان پزشک در فرض رجوع بیمار از اذن سابق

بیمار با بازگشت از اجازه سابق در درمان، تصرف در بدن خویش را توسط پزشک سلب می‌کند. در این‌باره بین فقهای امامیه و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد و برخی قائل به سقوط ضمان و ابراء پزشک با استدلال به اذن ابتدایی و برخی قائل به ضمان وی هستند.

۷-۱. بررسی نظریه عدم ضمان پزشک: قانون‌گذار در جهت حمایت از پزشک و بیمار، به لزوم اذن در مواردی که اخذ اذن ممکن است و عدم لزوم آن در موارد ضروری تصریح نموده و با رعایت مقررات و موازین فنی پزشک را فاقد مسئولیت مدنی و کیفری دانسته است. افزون بر این، در جایی که تحصیل اذن از بیمار ممکن نباشد، در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با توسعه در تعیین مصداق ولی مقرر داشته

وظیفه‌ای ندارد. بلکه می‌توان دخالت درمان توسط پزشک را نوعی اضرار به خود تعبیر نماییم؛ لذا پزشک مسئول خساراتی است که به بیمار وارد می‌کند. بر این اساس، در صورت مخالفت بیمار با درمان یا رجوع از اذن ابتدایی، با استناد به ادله سلطه بر نفس، پزشک مجاز به درمان و تصرف در بدن بیمار نیست.

ج) رد شبهه دارئه و استدلال به ضمان پزشک: در پاسخ تقریر اول قایلین به عدم ضمان پزشک و استدلال به قاعده درء و دفع ضمانت به دلیل اذن ابتدایی، باید بیان نمود که رجوع از اذن باعث فساد اذن می‌گردد؛ چنانچه در وصیت نیز باعث عدم ثبوت وصیت و بطلان آن می‌شود، لذا چنین شبهه‌ای بلاوجه است. زیرا که اذن مذکور ابتدایی به خاطر رجوع از آن فاسد بوده و اعتباری ندارد. اگر بخواهیم قائل بر این نظر باشیم رجوع از اذن به مستاجر در تصرف، رجوع از اذن به ودیعه، رجوع از اذن به امانت و ... جهت مشروعی ندارند و مستاجر با اذن ابتدایی تا همیشه در حال تصرف، ودیعه تا ابد در دست مستودع و مال الامانه نزد امین باقی خواهد ماند.

د) رد دلیل استصحاب در عدم ضمان پزشک: به نظر می‌رسد که در ارتباط با ضمان پزشک می‌توان به استصحاب نیز اشاره نمود. به این شکل که اذن همیشه متضمن ابراء پزشک نیست و پزشک در صورت خسارت باید جبران نماید. حال شک می‌شود که با رجوع از اذن سابق بیمار، اذن ابتدایی متضمن ابراء پزشک است؟ استصحاب، بر ضمان پزشک و عدم ابراء صحه می‌گذارد. استدلال به استصحاب اذن برای اثبات اینکه مأذون می‌تواند بار دیگر به وضع اذن بیمار استدلال کرده اقدام کند، به نظر صحیح نمی‌رسد؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، اذنی که از مالک صادر گردیده بود، اذنی مشخص و معین بود که با رجوع اذن برای بار اول یقیناً مورد آن فاسد شده و اذن از بین رفته است. در حقیقت، ارکان استصحاب در اینجا ناتمام است؛ زیرا اساس استصحاب، شک در بقای متیقن می‌باشد و حال آنکه در انتفای اذن متیقن، شکی نیست.

ج) عقد لازم بودن توافق میان پزشک و بیمار برای درمان: اعتقاد به لازم بودن اذن بیمار باعث می‌گردد که رابطه‌ای دوسویه بین پزشک و بیمار مبتنی بر حقوق و تعهداتی همچون ارائه خدمات توسط پزشک جهت درمان بیمار و تعهد بیمار به پرداخت اجرت درمان پزشک به وجود آید. (۵۵) بنابراین با استدلال به ماده ۱۰۸ قانون مدنی نمی‌توان از اذن عدول کرد. بر این اساس، توافق میان بیمار و پزشک و تعهداتی که برای آن‌ها ایجاد می‌شود ملزم به اجرای مفاد آن می‌باشند و حق رجوع و بر هم زدن آن را ندارند. (مستفاد از ماده ۲۲۰ ق.م)

۷-۲- بررسی نظریه ضمان پزشک: استدلال‌های ارائه‌شده توسط قائلین به عدم ضمان پزشک در موضوع مورد بحث این نوشتار، باعث گردیده که نظرات قائلین به ضمان پزشک را تبیین و تشریح نماییم.

الف) استدلال به قیاس اولویت: مطابق نظر مشهور فقها چنانچه پزشک حاذق و متبحر با اذن بیمار یا ولی او به طبابت بپردازد و موجب نقص عضو، فوت یا آسیب بیمار گردد، ضامن است. (۵۶) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که پزشک را ملزم به رعایت موازین فنی در درمان نموده است و هر اذنی توسط بیمار لزوماً به معنای ابراء پزشک نیست بر این ضمانت صحه می‌گذارد. بنابراین، وقتی اذن همیشه متضمن ابراء پزشک نیست و پزشک در صورت ایراد خسارت باید جبران نماید، به دلیل اولی، رجوع از اذن سابق بیمار باعث ضمان پزشک است.

ب) سلطه بر نفس و استدلال به ضمان پزشک: در برخی از روایات تسلط بر نفس به عنوان یک قاعده فقهی مطرح گردیده است و بیان می‌دارند که «الناس مملوون علی اموالهم و انفسهم»؛ لذا بیمار می‌تواند بر نفس خود نیز مسلط باشد. برخی شبهه دفع اضرار را برای دخالت پزشک در درمان مطرح نموده‌اند؛ در پاسخ باید بیان نمود که هر زمان که بیمار رجوع از تصرفات پزشک (درمان) در مال و نفس خود (بدن) را اعلام می‌دارد و با توجه به اصل عدم سلطه بر نفس دیگری، پزشک

۸. راهکار جمع میان مسئولیت پزشک و جبران خسارت بیمار

نگارنده معتقد است که ضمن ضروری بودن امر طبابت برای پزشک و احسان بر بیمار برای جلوگیری از هلاکت و اضرار به خود با تمام پاسخ‌هایی که می‌توان در این زمینه و عدم ابراء پزشک ارائه کرد، راهکاری برای جمع بین اصول و وظایف پزشک و تأثیر رجوع از رضایت و اذن بیمار وجود دارد که در ادامه بیان می‌شود.

۸-۱. راهکار مسئولیت دولت در قبال اقدامات پزشک

مسئولیت مدنی دولت برگرفته از استدلال قیاسی و زاییده فکر نگارنده به معنای نوعی استدلال منطقی که در آن از یک قضیه کلی به نتیجه‌ای جزئی می‌رسیم؛ به این صورت که با تعمیم جبران خسارت بیمار به دولت، جامعه پزشکی دلسوز و مسئولیت‌پذیر داشته باشیم. بر اساس وصیت‌نامه امام خمینی (ره) عقلانیت اسلامی خاستگاه اصلی وضع قوانین و نیز ارزش‌ها و فضایل اخلاقی می‌باشد. لذا عقلانیت و احساس‌گرایی پزشک در درمان بیمار درهم تنیده‌اند و با یکدیگر تعامل متقابل دارند و نباید هیچ‌کدام از آن‌ها مطلق و از هم منفک شوند؛ افزون بر این، با توجه به اینکه در حوزه سلامت و درمان خطرپذیری پزشک ممنوع است و اینکه گاه مواردی پیش می‌آید که پزشک ناگزیر از خطرپذیری است، بنابراین پرداختن به قاعده ضرورت «الضرورات تبیح المحظورات» مطرح می‌گردد و حکمت اقتضا می‌کند که ابراء پزشک و سقوط ضمان از او صحیح باشد و اگر شارع در این‌مورد به ضمان حکم کند باعث ضرر و عسر و حرج مریض می‌گردد، زیرا در این صورت پزشکان به سبب ترس از ضمان از معالجه بیماران خودداری می‌کنند (۵۸-۵۷) مضافاً اینکه طبیب در فعل خویش مُحسن است و با اقدامات درمانی خود درباره بیمار احسان و نیکی می‌کند و نیکوکار را نمی‌توان مسئول شمرد (۵۹) مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ (سوره توبه، آیه ۹۱)؛ لذا این قاعده حکم عقل است که به منعم نباید اسائه کرد، آیه شریفه هم که می‌گوید: «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» اشاره به همین

ت) ذیل ماده ۱۲۱ قانون مدنی: از ماده ۱۲۱ قانون مدنی، ضمان پزشک مستفاد می‌گردد. ماده ۱۲۱ ق.م. بیان می‌دارد که «هرگاه به اذن صاحب دیوار سر تیری گذارده باشد و بعد آن را بردارد، نمی‌تواند مجدداً بگذارد، مگر به اذن جدید از صاحب دیوار و همچنین است سایر تصرفات» اظهارنظر مذکور و علت حکم قانون‌گذار، انصراف مأذون است. با توجه به ذیل ماده که می‌گوید: «و همچنین است سایر تصرفات» می‌توان حکم مذکور را به موارد مشابه نیز تسری داد.

ث) مستفاد از ماده ۱۰۸ قانون مدنی و قابل رجوع بودن اذن: ماده ۱۰۸ قانون مدنی به عنوان قاعده‌ای کلی در مورد اذن مقرر می‌دارد. «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد».

چ) بنای عقلا: تسط انسان بر سرنوشت خود و تصمیماتی که اتخاذ می‌نماید یک امر عقلایی است و شارع مقدس در این زمینه منعی نکرده است بلکه به امضای این مهم نیز پرداخته است. رجوع از اذن سابق بیمار با استناد به سلطنت بر اموال و نفس خود حکمی عقلایی می‌باشد و عقلا از سلطنت، ملکیت را برداشت می‌کنند. این سخن در منابع دیگر فقهی نیز مشهود است. همچنین، ضروری که بر آن غرض عقلایی مترتب شود عرفاً بر آن ضرر اطلاق نمی‌گردد. بر این اساس امتناع از درمان توسط پزشک در صورت رجوع بیمار از اذن سابق دارای مسئولیت برای پزشک می‌باشد و تصمیم بیمار محترم است.

خ) اصل خودمختاری و قاعده اقدام: مطابق این اصل، بیمار حق دارد در تمام مراحل درمان ضمن آگاه شدن از جزییات درمان، تصمیمی را که اتخاذ می‌کند مبنای درمان باشد. بر این اساس، کادر پزشکی نمی‌تواند بدون رضایت آزادانه بیمار یا نماینده قانونی او اقدامی انجام دهد. در ارتباط با رجوع از اذن سابق بیمار، کادر درمان باید به نظر بیمار احترام بگذارد؛ لذا هرگاه برخلاف اذن بیمار که از اذن خود رجوع کرده اعمالی درمانی انجام دهند، در حقیقت طبق قاعده اقدام، مسئولیت از بیمار به پزشک منتقل می‌گردد.

حکم عقلی دارد و محسن بر گردن دیگری حق پیدا می‌کند. پس باید در مقابل احسان به او احسان کرد و قاعده «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» جاری است (۶۰) لازم به ذکر است که در ارتباط با حکم تکلیفی درمان مریض در معرض هلاکت می‌توان به انقاذ فرد در معرض هلاکت اشاره نمود. شهید ثانی در بحث انقاذ از حیث وجوب انقاذ شخص مشرف به هلاکت، ادعای ضرورت می‌کند (۶۱). فقیهان دیگر نیز در مباحث مختلف، وجوب انقاذ را امری روشن و مفروغ عنه به شمار آورده‌اند بلکه آن را ارسال مسلمات شمرده‌اند و به همین دلیل ارتکاب برخی از محرمات و یا قطع پاره‌ای از واجبات را برای نجات و انقاذ کسی که مشرف به هلاکت است مباح شمرده‌اند. برخی از فقیهان معاصر قائلند بر اینکه میان بیماری‌های کوچک و کم‌خطر و بیماری‌های سبب هلاکت، تفصیل داده شده و درمان و معالجه توسط پزشک در بیماری‌های مشرف به هلاکت از واجبات کفایی شمرده شده است. (۶۲) بنابراین، روشن می‌شود که انقاذ مریض مسلمان از مرگ بر پزشک واجب است.

البته باید این معیار را مد نظر گرفت که اباحه محظور تا زمانی است که ضرورت باقی باشد زیرا مجوز ارتکاب محظور تا زمان وجود ضرورت است و با رفع ضرورت مجوزی برای بعد آن نیست. (۶۳) معیار دیگر خطرپذیری درمانی با وجود داروهای موثر، درمان قبل از رسیدن به تسلط کامل بر امور پزشکی (۶۴) و خطرپذیری با درمان بر اساس روش‌های قدیمی ممنوع است. بر این اساس، به دلیل رجوع بیمار از اذن، جبران خسارت وی ضروریست؛ لذا در صورتی که با تصمیم کادر پزشکی و با وجود رجوع از اذن سابق بیمار، انجام درمان ضروری باشد، در صورت بروز مشکل و ایراد خسارت، وزارت بهداشت به نمایندگی از دولت جبران خسارت را بر عهده بگیرد.

کفایت توجیهی مسئولیت دولت در موعد ضرورت باعث ایجاد آینده‌نگری برای پزشکان شده که متعهد به سلامت بیماران باشند و این طرح باعث تقویت حس مسئولیت اخلاقی

پزشکان در جامعه می‌گردد. به عبارتی مسئولیت دولت در قبال خسارات پزشک در صورت ضرورت، ما به ازای منفعتی است که پزشک به جامعه می‌رساند. باید تأکید نمود که مسئولیت مدنی را نباید تنها از منظر ضرر و ... مشاهده نمود، بلکه می‌توان با تکیه بر انتفاع آن را ثابت کرد.

همچنین بر اساس قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» باید دید از درمان پزشکان دلسوز چه کسانی منتفع می‌شوند (۶۵) قطعاً دولت یکی از آنهاست؛ لذا باید در صورتی که خسارتی به بیمار وارد شود، آن را جبران نماید. همچنین، از عدالت به دور است که منفعت پزشک به تمام جامعه برگردد ولی خسارت در صورت درمان ضروری، بر جامعه پزشکی تحمیل شود. با این وجود، مسئولیت مدنی دولت برای جبران خسارت بیمار قابل تأمل است.

بر این مهم اصل ۲۹ قانون اساسی و سند چشم‌انداز بیست ساله حق بر سلامت و مراقبت‌های پزشکی را برای همگان به رسمیت می‌شناسد که از وظایف اصلی دولت محسوب می‌گردند. از طرفی قرارداد پزشکان با بیمارستان‌ها مشمول قانون کار است؛ بر اساس ماده ۱۲ قانون مدنی، کارفرمایی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است. بند اول ماده ۲ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران زیر نظر دولت اشعار می‌دارد که تلاش در جهت تحقق بخشیدن به ارزش‌های عالیه اسلامی در کلیه امور پزشکی از اهداف سازمان معرفی شده است. مضافاً برخی پزشکان مستقیماً زیر نظر سازمان تأمین اجتماعی زیر نظر دولت فعالیت می‌نمایند. لذا جبران خسارت به دلیل روابط کاری و عدم تقصیر پزشک از الزامات مسئولیت دولت به شمار می‌رود. جبران خسارت پزشک در فرض رجوع بعد از اذن سابق با وجود ضرورت به معنای رسیدن دولت به منافع والا تر است و عدم پرداخت غرامت فقط صرفه‌جویی کوتاه مدت است درحالی‌که، در

اخلاقی پزشک، عقد لازم بودن قرارداد بین پزشک و بیمار» تمسک نموده‌اند. اما این دلایل با استناد به قیاس اولویت، استصحاب، رد شبهه دارئه، بنای عقلا، اصل خودمختاری و مواد ۱۰۸ و ۱۲۱ قانون مدنی، مسئولیت پزشک را در صورت رجوع بیمار از اذن سابق رد می‌شوند؛ ضمن آنکه با توجه به انطباق مسئولیت پزشک با شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م.تصرف پزشک در درمان، برابر با اثبات ید بر مال (بدن) غیر است و در صورت عدم امتناع پزشک از درمان (تصرف)، در صورت رجوع سابق بیمار، در حکم غصب بودن، محقق می‌گردد.

۱۰. پیشنهادات

شایسته است که قانون‌گذار با دو راهکار مسئولیت دولت در قبال اقدامات پزشک یا قائل شدن به عدم رجوع از اذن در عقد لازم باعث رفع تعارضات بین پزشک و بیمار و مرتفع شدن ضمان پزشک در صورت رجوع از اذن سابق و ضرورت درمان و همچنین جبران خسارت بیمار گردد.

درازمدت این عدم پرداخت منجر به وقوع نتایج زیانباری خواهد شد که هزینه‌های هنگفتی را به دولت تحمیل می‌کند و دولت را با مشکلاتی، نسبت به کادر درمان متعهد مواجه می‌سازد. لذا پرداخت خسارت بر اثر صدمات وارد شده حاصل از بیماری‌های مُسری و طرح‌های واکسیناسیونی در این دسته‌بندی جای می‌گیرد و اصلی‌ترین ملاک به جهت برقراری این مسئولیت همانا برقراری تأمین اجتماعی، اجرای عدالت و رعایت انصاف است. امیرالمؤمنین (ع) در فرمان به مالک اشتر می‌فرماید: «آری کلیه نیازمندی‌ها و حوائج مردم بر خراج مملکت تحمیل می‌شود». (۶۶) در ارتباط با تأمین نیاز به درمان می‌توان تمام مؤیدات ذکر شده در این بخش را به نحوی تأویل بر وجوب تأمین از طرف حکومت اسلامی دانست. به نظر می‌رسد که در مواردی که طبیب با تجربه که با رعایت احتیاط کامل مبادرت به عمل جراحی می‌نماید و از این راه به بیمار جراحات و خسارت وارد می‌آید چون طبیب از باب قاعده احسان و وجوب معالجه اقدام نموده است باید دیه از بیت‌المال پرداخت شود.

۲-۸. قائل شدن به عدم رجوع از اذن در عقد لازم

در صورت قائل شدن به رجوع از اذن، و افزون بر این، پایبندی مسئولیت اخلاقی پزشکی در درمان و ... باید عدم رجوع در عقد لازم شرط گردد. قانون مدنی در زمینه اذن و رجوع از اذن به هیچ‌یک از دو نظریه بالا تصریحی نکرده است. این مهم باعث رفع تعارضات در زمینه ابراء پزشک یا ضمان وی می‌گردد.

۹. نتیجه‌گیری

از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که عدم امتناع پزشک از درمان در صورت رجوع از اذن سابق بیمار، باعث حکم ضمان و حکم وضعی جبران خسارت بیمار توسط پزشک است. پزشکان برای رد مسئولیت ضمان از خود به استدلال‌هایی نظیر «وجود شبهه دارئه به این معنا که اذن ابتدایی بیمار موجد شبهه و در نتیجه دفع مجازات و عدم ضمان پزشک می‌باشد، مسئولیت

References

1. Mahmoud Abd al-Rahman H, Mojam Estelahat, Al-Tarath Arabi, Beyrut, 1414. Vol 2. p. 124. [In Arabic]
2. Shahrودي M, Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudenc, Qum: Institute of Islamic Culture and Thought, 2009. Vol 42. p. 230. [In Persian]
3. Hashemi M, Farhang-e Fiq Motabeq. Qum: Seminary of Qum, 1426. Vol 3. p. 336. [In Persian]
4. Mahmoud Abd al-Rahman H, Mojam' Istelahat, Al-Tarath Arabi, Beyrut, 1414. Vol 1. p. 445. [In Arabic]
5. Taheri H, Civil Law, Qum: Office of Islamic Publications Affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1418. Vol 1. p. 205. [In Persian]
6. Shahrودي M, Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudenc, Qum: Institute of Islamic Culture and Thought, 2009. Vol 42. p. 230. [In Persian]
7. Najafi S, Jawahir al-Kalam fi Sharh Shariah al-Islam, Beyrut: Dar Ihya al-Tarath al-Arabi, 1414. Vol 29. p. 52. [In Arabic]
8. Shahrودي M, Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudenc, Qum: Institute of Islamic Culture and Thought, 2009. Vol 2. p. 448. [In Persian]
9. Ameli Z, Masalik al-Afham fi Sharh Sharay' al-Islam, Qum: Islamic Ma'arif, 1413. p. 42. [In Arabic]
10. Humairi N, Shams al-Ulum wa Dawa 'al-Kalam al-Arab min al-Kalum, Beyrut: Dar al-Fikr al-Ma'asir, 1420. Vol 4. p. 2462. [In Arabic]
11. Makarem Shirazi N, Medical Jurisprudence, Qum: Qum Islamic Propaganda Office Publications. 1427. p. 436. [In Persian]
12. Hashemi M, Farhang-e Fiq Matabq, Qum: Seminary of Qum, 1426, Vol 1, p. 331. [In Persian]
13. Qurashi A, Dictionary of the Qur'an, Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiy, 1412. Vol 1. p. 58. [In Persian]
14. Isfahani S, Vasilat al-nejat, Tehran: Mehr Printing House, 2014. Vol 179. [In Arabic]
15. Hashemi Shahrودي M, Culture of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt (as), Qum: Islamic jurisprudence on the religion of Ahl al-Bayt. 1382. Vol 1. p. 332. [In Persian]
16. Mohaqqueq Damad M, Medical jurisprudence. Tehran: Legal Publications. 1389. Vol 2. p. 587. [In Persian]
17. Najafi M, Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharay' al-Islam, Beyrut: Dar Ihya al-Tarath al-Arabi, 1414. Vol 31. p. 342. [In Arabic]
18. Taheri H, Civil Law, Qum: Office of Islamic Publications Affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1418. Vol 4. p. 317. [In Persian]
19. Makarem Shirazi N, Medical Jurisprudence, Qum: Qum Islamic Propaganda Office Publications. 1427. p. 134. [In Persian]
20. Naraqi M, Anis Al-Tajjar, Qum: Daftar Tablighat Islami Publications, 1425. p. 341. [In Arabic]
21. Langroudi M, Legal Terminology, Qum: Ganj Sokhan Publications, 1991. p. 23. [In Persian]
22. Langroudi M, Legal Terminology, Qum: Ganj Sokhan Publications, 1991. p. 166. [In Persian]
23. Maraghi M, al-Anavin, Qum: Jamiat Modaresin, 1417. p. 183. [In Arabic]
24. Yazdi M, ghavaed Fiqh, Qum: Daftar Tabliqat Islami, 2009. p. 131. [In Persian]
25. Langroudi M, Legal Terminology, Qum: Ganj Sokhan Publications, 1991. p. 298. [In Persian]
26. Shahidi M, Hoquq Madani, Qum: Daftar Tabliqat Islami Publications, 2012. p. 32. [In Persian]
27. Shahidi M, Principles of contracts and obligations, Qum: University of Tehran Press. 1391. p. 131. [In Persian]
28. Khansari S, Jame 'al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi', Qum: Ismailian Institute. 1405. Vol 3. p. 476. [In Arabic]
29. Maraghi M, al-Anavin, Qum: Jamiat Modaresin, 1417. p. 184. [In Arabic]
30. Khomeini R, Tahrir al-Wasilah, Qum: Daftar-e-Islami Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1425. p. 239. [In Persian]
31. Katouzian N, Civil Liability, Tehran: Tehran Publishing, 1999. p. 65. [In Persian]
32. Tabatabai Yazdi M, Al-Urwa Al-Wathqi, Beyrut: Dar Al-Tafsir Institute, 1409. Vol 2. p. 586. [In Arabic]
33. Emam H, Civil Law, Tehran: Islamic Publications, 2011. Vol 1. p. 108. [In Persian]
34. Yazdi M, qava'id Fiqh, Qum: Daftar Tabliqat Islami, 2009. Vol 1. p. 56. [In Persian]
35. Hoseini Ameli M, Miftah al-Karamah, Qum: Al-Bayt Institute, Qom, 1417. p. 74. [In Arabic]
36. Hekmatnia M, Civil Liability in Imamiah Jurisprudence, Qum: Islamic Propaganda Office, Institute of Islamic Sciences and Culture, p. 181. [In Persian]

37. Maraghi M, al-Anavin, Qum: Jamia't Al-Modaresin, 1417. p. 507. [In Arabic]
38. Naraqi M, Anis Al-Tajjar, Qum: Daftar Tabliqat Islami Publications, 1425. p. 341. [In Arabic]
39. Taheri H, Civil Law, Qum: Office of Islamic Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1418. Vol 2. p. 298. [In Persian]
40. Safaei M, Hoqooq Madani, Qum: Daftar Tabliqat Islami Publications, 1390. p. 25. [In Persian]
41. Taheri H, Civil Law, Qum: Office of Islamic Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1418. Vol 2. p. 378. [In Persian]
42. Ameli Z, Al-Rawdah al-Bahiyyah in the explanation of the people of Damascus Qum: Davari Bookstore, 1410. Vol 7. p. 317. [In Arabic]
43. Taheri H, Civil Law, Qum: Office of Islamic Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1418. Vol 2, p. 298. [In Persian]
44. Wejdani Fakhr Q, Al-Jawahir Al-Fakhriya in Sharh Al-Rawdah Al-Bahiyya, Qum: Samaa Qalam Publications, 1426. Vol 13. p. 496. [In Arabic]
45. Emami H, Civil Law, Tehran: Islamic Publications, 2011. Vol 3, p. 361. [In Persian]
46. Taheri H, Civil Law, Qum: Office of Islamic Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1418. Vol 2. p. 298. [In Persian]
47. Keshavarz B, Analytical study of the new law, 2010. p. 176. [In Persian]
48. Khomeini R, Tahrir al-Wasilah, Qum: Daftar-e-Islami Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1425. Vol 2, p. 520. [In Persian]
49. Khomeini R, Tahrir al-Wasila, Qum: Daftar-e-Islami Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qum, 1425. Vol 2. p. 935. [In Persian]
50. Safaei M, Hoqooq Madani, Qum: Daftar Tabliqat Islami Publications, 1390. p. 95. [In Persian]
51. Almurawij H, Alshurut Al-fiqhiat, Qum: al-ghufran, al-safhatu, 1379. p. 290. [In Persian]
52. Fadil Muahidi linakrani M, Qanun a-leuqubat al-'Eslamii, Qum: almarkaz alfiqhiu lil'ayimat, almujaalad, 1390. Vol 1, p. 127. [In Persian]
53. Muhaqiq Damad M, Qawa'id al-Fiqh. Qum: markaz nashr Al-eulum al-Islamiyah, 1406. Vol 4. p. 85. [In Persian]
54. Langroudi M, Legal Terminolozhy, Qum: Ganj Sokhan Publications, 1991. p. 642. [In Persian]
55. Yazdi M, Ghava'id Fiqh, Qum: Daftar Tabliqat Islami Publications, 2009. p131. [In Persian]
56. Khansari S, Jame 'al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi', Qum: Ismailian Institute, 1405. Vol 6. p. 476. [In Arabic]
57. Najafi M, The jewel of the word in the explanation of the laws of Islam. Beyrut: House for the Revival of Arab Heritage, 1404. Vol.27. p. 293. [In Arabic]
58. Ameli Z, Bahia shrine in the Explanation of Damascus Dam. Tehran: Davari Bookstore, 1410. Vol 15. p. 327. [In Arabic]
59. Ghasemi M, Jurisprudence Treatment. Qum: The jurisprudential center of the Imams, 1395. p. 43. [In Persian]
60. Musavi Bojnourdi M, Rules of jurisprudence. Tehran: Imam Khomeini Publishing House. 1379. Vol 1, p. 37. [In Persian]
61. Ameli Z, Masalak al-Afham fi Sharh Sharia al-Islam. Qum: Islamic Knowledge, 1414. Vol 7. p. 72. [In Arabic]
62. Makarem Shirazi N, Encyclopedia of Contemporary Jurisprudence. Qum: Imam Ali Ibn Abi Talib School, 1385. Vol 4. p. 93. [In Arabic]
63. Rouhani S, Fiqh al-Sadiq, Qum: Imam Sadeq (AS) School, 1412. Vol 24. p. 224. [In Arabic]
64. Makarem Shirazi N, Medical Jurisprudence, Qum: Islamic Propaganda Office Publications, 1427. p. 56. [In Persian]
65. Sharif Kashani M, Facilitating Masalak. Qum: Al-Muliya School, 1404. p. 10. [In Persian]
66. Najafabadi H, Mabani Hokumat Islami, Qum, Muasese kihan, 1409, Vol 7, p. 270. [In Persian]



MfJ

Medical Fighh Journal

2021; 13(43): e7

Journal Homepage: <http://journals.sbm.ac.ir/en-mf>



ORIGINAL RESEARCH

Physician's responsibility if the patient refers to his prior permission

Abdolhossein Khosropanah ^{1*}, Mehdi Kian Mehr ², Ruhollah Maleki ³

1. Professor of the Institute of Islamic Culture and Thought, Qum, Iran.

2. Visiting Assistant Professor, Department of Law, Andimeshk Branch, Islamic Azad University, Andimeshk, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Andimeshk Branch, Islamic Azad University, Andimeshk, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article history:

Received: 4 April 2021

Accepted: 28 August 2021

Published online: 31 January 2022

Keywords:

Permission
patient
physician
referral
responsibility

ABSTRACT

Background and Aim: The phenomenon of medical malpractice, before being a medical subject, is a state that its conceptual identification and understanding is in the field of jurisprudential and legal studies. The present study has been developed by criticizing the physician's responsibility if the patient refers to his previous permission with the aim of changing the criteria and differentiating the physician's criminal and civil liability. Although the physician's liability has been dealt with in detail in jurisprudential sources, often with criminal scales, his liability or non-liability in case of patient referral from his former permission has remained silent.

Materials and Methods: The researcher has used a descriptive-analytical method to strengthen the physicians' legal structure with a new depth in the second paragraph of Article 308 of the Civil Code with the focus on "pseudo-usurpation" or "judicial usurpation" and intends to explain not to refuse treatment by the doctor if the patient refers to his prior permission by reasoning human ownership on its members, proving iodine in seizure (treatment) of other property (patient's body) and replacing civil liability based on compensation instead of criminal liability.

Conclusion: The study shows that physicians have invoked the reasons for preventing self-harm and the prohibition of induction of death, the rule of medicine and the moral responsibility of the physician for not referring the patient after the initial permission; On the other hand, patients by arguing for self-domination, corruption of permission in case of patient referral, believe in physician's positional responsibility. To resolve disputes between the patient and the physician if the patient refers to his prior permission, the legislature should choose one of two methods: either extend the non-recourse of the necessary contract to an agreement between the physician and the patient, or make the government responsible for the physician's actions, assuming the patient returns to his prior permission, by arguing for the rule of necessity, fostering a compassionate and responsible medical community, rescuing the person at risk of death, and the rule "whoever benefits from something he is responsible for the damage", of course, the second method is more efficient.

* Corresponding Author: Abdolhossein Khosropanah

Address: Institute of Islamic Culture and Thought, Qum, Iran.

Email: khosropanahdezfuli@gmail.com

© Copyright (2018) Medical Ethics and Law Research Center, Shahid Beheshti University of Medical Sciences, Tehran, Iran

Cite this article as:

Khosropanah A, Kian Mehr M, Maleki R, Physician's responsibility if the patient refers to his prior permission. *Med Fighh J* 2022; 13(43): e7.