

**اخذ برائت برای خسارات ناشی از درمان یا عمل جراحی،
رافع ضمان
یا اعتمادی خلاف احتیاط
در مسئولیت تخصصی پزشکان؟**

دکتر مهرباب داراب‌پور

چکیده

تصور بسیاری از حقوقدانان و پزشکان بر آن است که با اخذ برائت مکتوب از بیمار قبل از درمان یا عمل جراحی، پزشک از مسئولیت مبری خواهد بود. هرچند این تصور با ظاهر قانونی منطبق است ولی با واقعیت هماهنگی نداشته و پزشکان را در عمل با مشکلات عدیده‌ای مواجه می‌سازد.

در این مقاله با تشریح و تقسیم‌بندی جراحی‌ها به ضروری، جایز و ممنوع به تجزیه و تحلیل مسئولیت مدنی پزشکان پرداخته شده و با توضیح و ارائه دلایل و مستندات نتیجه‌گیری شده است که اخذ برائت از بیمار ضرورتاً پزشک را از مسئولیت مدنی مصون نمی‌دارد. هرچند ممکن است وی از مسئولیت کیفری و مجازاتهای انتظامی رهایی یابد اما مشکلی می‌تواند از مسئولیت مدنی و جبران خسارت وارد به بیمار یا بستگان وی نجات یابد. برای بهره‌برداری و اطلاع از شروط لازم رافع یا دافع مسئولیت مدنی پزشکان مطالعه دقیق تمام مقاله که در آن به بیش از ۲۰ رفرنس و مرجع علمی ارجاع شده، توصیه می‌گردد.

مقدمه

سیستم‌های مختلف حقوقی، از جمله مذهبی و عرفی، هدف مشترکی را در مباحث مسئولیت مدنی دنبال می‌کنند، که همانا، جبران خسارت وارده به زیان‌دیده می‌باشد. علی‌رغم اعمال کنترل و نظارت و رعایت استانداردهای درمانی در کشورهای پیشرفته خطاهای پزشکی قابل توجهی رخ می‌دهد، به عنوان مثال در کشور آمریکا سالانه ۴۴ تا ۹۸ هزار نفر در اثر بروز خطاهای پزشکی جان خود را از دست می‌دهند که مطالعات نشان می‌دهد، این تعداد بسیار بیشتر از فوت شدگان ناشی از تصادفات وسایط نقلیه موتوری، سرطان پستان و ایدز است و این درحالی است که پزشک (در آمریکا) وقت کافی صرف معاینه و درمان بیمار کرده و توضیح کافی درخصوص بیماری و انجام آزمایش‌ها و داروهای لازم به بیمار می‌دهد. به هنگام تحویل دارو ضمن ارائه توضیح لازم در خصوص چگونگی، زمان و میزان مصرف دارو، تمامی مشخصات پزشک، بیمار، نام دارو با برجستگی بر روی شیشه داروی بیمار الصاق می‌شود که خود به لحاظ جلوگیری از خطاهای پزشکی مؤثر است.^۱ با این بیان، بروز خسارات عظیم ناشی از درمان و جراحی در کشورهای جهان سوم در وصف نمی‌گنجد.

هر نظام حقوقی برای جبران خسارات وارده به بیماران شیوه مخصوص به خود را دارد. در نظام حقوقی کامن‌لو، برای احراز مسئولیت مدنی، اولین سؤال این است که آیا وظیفه‌ای برای مراقبت، نگهداری و

۱. حسن‌زاده، دکتر علی، «اقدامات مؤثر بیماران در جلوگیری از بروز خطاهای پزشکی»، مجله پزشکی، شماره ۱۰ نشریه تأمین اجتماعی، اردیبهشت ۱۳۸۲، ص ۲۱. بیمار موظف است تا آنجا که مقدور است با خسارات مقابله نماید و چنانچه دانسته از این اقدام خودداری کند نمی‌تواند برای اقدام خویش پزشک را مسؤول بشناسد.

حفاظت وجود داشته است.^۲ این وظیفه ممکن است قانونی، قراردادی، عرفی، منطقی و یا عقلی باشد. دومین سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که آیا زیان‌زننده این وظیفه را نقض کرده است؟^۳ چنانچه تعهد، نقض و در نتیجه آن خسارتی وارد شده و قانون موضوعه یا عرفی برای آن خسارتی مقرر داشته باشد، زیان‌زننده موظف به جبران خسارت وارده می‌باشد به نحوی که زیان‌دیده را در موقعیتی قرار دهد که اگر اقدام زیانبار انجام نمی‌شد وی هم‌اکنون در آن موقعیت قرار می‌داشت.

در کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته، از جمله فرانسه نیز، اولین سؤالی که برای احراز مسئولیت زیان‌زننده مطرح می‌شود این است که آیا وی در اقدامات زیانبار انجام شده مرتکب تقصیری شده است؟ و سؤال بعدی آن که، آیا بعد از انجام فعل زیانبار که همراه با تقصیر زیان‌زننده است، ضرری وارد گردیده و اگر پاسخ مثبت است، آیا ضرر ناشی از همان فعل زیانبار است و به عبارتی رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر وجود دارد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ سؤال‌ها، زیان‌زننده مسئول جبران خسارات وارده می‌باشد.

در نظام حقوقی اسلام، از آنجا که فقها، به سؤال‌های مطروحه به صورت موردی پاسخ داده‌اند، با نظام‌بندی و جمع اقوال و تجربیات گوناگون می‌توان گفت در صورتی ضمان متصور است که شرع یا قانون موضوعه و یا عرف به نحو ملزمی آن را مقرر نموده باشد. به طور کلی شخصی که موجب تلف مال یا نقص عضو دیگری شود یا سبب صدمه به

2. The Duty of Care.

3. The Breach of Duty.

آنها گردد اعم از این که عمد داشته یا نداشته باشد، مسؤول است و باید خسارات وارده را جبران کند. البته شخص در صورتی مسؤول است که به طور مستقیم یا غیرمستقیم سبب ورود خسارت یا اتلاف مال شده باشد.

دقت و ظرافت در هریک از این نظام‌ها، به اندازه‌ای فراوان است که گاه حقوقدان‌ها را در رسیدن به یک نتیجه قطعی دچار سردرگمی و حیرت می‌نماید. بحث مسؤولیت قاطع^۴ در کامن‌لو، و تقصیر^۵ و انواع آن در حقوق نوشته و جدال در محدوده اعمال قاعده اتلاف به معنای اعم در حقوق اسلامی پایان‌ناپذیر است. علی‌رغم آنچه در جزئیات مطرح می‌شود، همیشه باید هدف، که عادی نمودن وضعیت زیان‌دیده است، ملحوظ نظر قرار گیرد. طرح دعاوی فراوان، در دادگاه‌ها، علیه پزشکان به عنوان متخصص^۶ و تجزیه و تحلیل وظایف آنها توسط برخی از نویسندگان حقوقی براساس اصول کلی حقوق و از طرفی نادیده گرفتن سایر فاکتورها از جمله جراحی‌های ضروری، جایز و ممنوع توسط برخی قضات، ضرورت بحث راجع به مسؤولیت پزشکان را ایجاب می‌نماید.

سه مبحث الف) جراحی‌های ضروری، جایز و ممنوع ب) محدودیت اثر اخذ اذن و براءت از بیمار پ) اضطراب بیمار در اعطای براءت به پزشک قبل از عمل جراحی، مطالب عمده‌ای هستند که در بررسی‌های علمی مجامع دانشگاهی و رسیدگی برای صدور حکم در مراجع قضایی حائز اهمیت

4. Strict Liability.

مسؤولیتی که به طور واضح و دقیق تعریف شده و ضرورتاً ترجمه آن مسؤولیت مطلق یا محض نیست.

5. Fault.

عمده منظور از متخصص در اینجا، تخصص به معنای اعم در طبابت است نه ضرورتاً تخصص در رشته خاصی از طب، لذا این مباحث در مورد پزشکان عمومی نیز صادق می‌باشد.

فراوان می‌باشند. این مقاله نیز در این راستا نگارش یافته تا مبنایی برای قضاات در اخذ تصمیمات و تحقیق محققان در تحقیقات باشد. اما قبل از آن بحث مختصری از اجتناب‌ناپذیر بودن مراجعه به پزشکان متخصص امری مفید به نظر می‌رسد.

۱- اجتناب‌ناپذیر بودن مراجعه به پزشکان

توسعه جوامع همراه با اهمیت یافتن تخصص‌های شغلی از ویژگی‌های عصر کنونی است. البته دامنه تخصص‌ها روز به روز گسترده‌تر و انجام امور، بدون مراجعه به متخصص، سخت و دشوار خواهد شد. لذا کاستن از ضررهای احتمالی با مراجعه به متخصصین امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. به عنوان مثال نداشتن مشاور مالیاتی می‌تواند شخص را معسر و شرکتی را ورشکسته سازد و یا اگر سازندگان ساختمان برای ساخت پروژه‌های ساختمانی، خود را از مشاوره و راهنمایی مهندسیین عمران (راه و ساختمان) بی‌نیاز بدانند و یا مردم برای دفاع در دادگاه، خود شخصاً مراجعه کنند و یا در بورس بدون مشاوره با کارشناسان بورس اقدام به خرید و فروش سهام نمایند و یا بدون مشاور مالی به سرمایه‌گذاری مبادرت ورزند و به عبارت ساده، بی‌راهنما بخواهند راهی را طی کنند که خود در آن تخصصی ندارند، سرانجامی جز گمراهی و تحمل ضرر نخواهند داشت. لاجرم چاره‌ای جز اتکاء و رجوع به متخصصین امر (از وکالت، مشاوره در خرید و فروش، حمل و نقل زمینی، دریایی و هوایی گرفته تا مشاوره در امور دینی و اخلاقی) باقی نمی‌ماند.^۷ همین امر در امور پزشکی

۷. از حضرت امیر (ع) در غررالحکم نقل شده است: «مَنْ تَجَرَّكَ فِي الصُّحِّ كَانَ شَرِيكَكَ فِي الرُّبْحِ».

نیز به طریق اولی صادق است.

مردم با در نظر گرفتن تخصص مشاوران خود، مبادرت به اقداماتی می‌نمایند و در بسیاری از موارد، متخصصین شخصاً به جای آنها اتخاذ تصمیم می‌کنند. هرچند قصد و عمد اضرار به دیگران وجود نداشته باشد، صاحبان این حرفه‌ها، به ویژه پزشکان، هم مصون از اشتباه‌های شغلی نیستند و زیان‌های ناشی از این خطاها نیز قابل اغماض نیست. همین امر باعث شده که مسئولیت مدنی ناشی از تخصص به طور روزافزون حائز اهمیت گردد.

معمولاً اصول کلی مسئولیت مدنی، در مورد مشاغل و تخصص‌ها نیز اعمال می‌شود. در صورت عدم وجود قواعد و مقررات خاص، دادرس چاره‌ای جز اعمال قواعد عمومی مربوط به مسئولیت مدنی ندارد.

به غلغل فوق، رسیدگی به مسئولیت مدنی سایر تخصص‌ها و فنون مطالعات وسیعی را ایجاب می‌نماید. از جمله این مسئولیت‌ها مسئولیت آمر^۸ دولت، قضات،^۹ سازندگان صنایع و ماشین‌آلات،^{۱۰} مهندسین عمران،

۸. در مورد مسئولیت آمر - امر شخصی - امر توأم با اکراه و بدون اکراه - آمر قاهر - آمر حکومتی که بحث سبب و مباشر است رک. عمید زنجانی، آیت‌الله عباسعلی، موجبات ضمان، نشر میزان، ۱۳۸۱، صص ۳۴۳ الی ۳۷۳.

۹. الف) غمامی، مجید، «مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود»، نشر دادگستر، پاییز ۱۳۸۳، با دیباچه استاد دکتر کاتوزیان.

ب) عمید زنجانی، آیت‌الله عباسعلی، موجبات ضمان، «بررسی مسئولیت دولت بر مبنای نظریات انتخاب، انتصاب و جوب شرعی حکومت، نظریه و کالت»، نشر میزان، سال ۱۳۸۲، صص ۳۶۵ الی ۳۷۳.

پ) «مسئولیت بین‌المللی دولت در نتیجه اعمال افراد»، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، پاییز، زمستان ۵۹ شماره ۱۳، ص ۱۸۵.

۱۰. جلیلود، دکتریحیی، مسئولیت مدنی قضات و دولت، در حقوق ایران، فرانسه، آمریکا و انگلیس، نشر یلدا، ۱۳۷۳.

۱۱. رک. جعفری‌تبار، دکتر حسن، مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، نشر دادگستر، ۱۳۷۵.

ورزشکاران^{۱۲} و بویژه رسانه‌های گروهی است که در مقالات بعدی مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

اما بررسی نکات خاص مسئولیت پزشکان،^{۱۳} که ممکن است بسیاری از مردم به نحوی با آن درگیر شوند از اولویت خاصی برخوردار می‌باشد.

۲- نحوه مراجعه بیماران به متخصصین

برای درجه بیمار توسط پزشک معمولاً دو حالت متصور است. در حالت اول، بیمار شخصاً یا از طریق نزدیکان خود (مثل مورد کودکان و محجورین خاص) به پزشک مراجعه می‌کند و در مورد حق الزحمه و تعهدات متقابل وی بحث و گفتگو می‌شود که بالاخره منجر به انعقاد قرارداد شفاهی یا کتبی می‌گردد. عنوان گردیده که در این گونه موارد مسئولیت پزشک قراردادی است مگر این که موضوع در حیطه قرارداد قرار نگرفته و اقدامی فراتر از قرارداد توسط پزشک انجام شود. در این مورد، نیز به نظر می‌رسد، قرارداد صرفاً در مورد حق الزحمه و نحوه و زمان درمان یا عمل جراحی مجری و بقیه موضوعات از باب مسئولیت مدنی قابل پیگیری باشد.

۱۲. رک. آقایینا، دکتر حسین، حقوق ورزش، نشر میزان، چاپ دوم، تابستان ۱۳۸۱.

۱۳. رک. مکارم شیرازی، آیت‌الله، «آیا طبیب ضامن است»، در سهایی از مکتب اسلام، شماره ۱۰، سال ۱۳۵۶.

عبادی، شیرین، «حقوق پزشکی»، انتشارات زوار، چاپ اول، ۱۳۷۰؛

عزیزی، فریدون، «فقه و طب»، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۰؛

فتاحی معصوم، سید حسین، «مجموعه مقالات سمینار دیدگاههای اسلام در پزشکی»، دبیرخانه سمینار، ۱۳۷۰؛

آرمین، کمالی، «شتباهات پزشکی»، مجله علمی نظام پزشکی، سال ۱۳۴۹، شماره ۳، ص ۱۵۳؛

نفیسی، ابوتراب، «بیماریهایی که به وسیله پزشک به وجود می‌آید»، شماره ۳، سال ۱۳۴۹.

حالت دوم موقعی است که بیماری مصدوم یا بیهوش به بیمارستان رسانده می‌شود، در این حالت نه توان مذاکره قراردادی وجود دارد و نه زمان اجازه چنین کاری را می‌دهد. پزشک نیز بدون فوت وقت بنا به وظیفه شغلی چاره‌ای جز درمان یا عمل جراحی نمی‌بیند.^{۱۴} نظر غالب حقوقدانان این است که وظایف و تعهدات در این گونه موارد صرفاً در قالب قوانین می‌گنجد و کمتر می‌توان به قرارداد تمسک جست و در حاکمیت قواعد مسئولیت مدنی در این خصوص نیز کمتر تردید شده است.^{۱۵}

۳- مسئولیت ناشی از درمان و جراحی‌های ضروری، جایز و ممنوع
در سیستم پزشکی یک سری داروها به نام داروهای ژنریک وجود دارند که بالغ بر ۱۰۰۰ قلم می‌باشند. استفاده از این داروها و تجویز آنها برای بیماران از نظر وزارت بهداشت بلامانع می‌باشد، حتی اگر در هیچ کتاب مرجعی وجود نداشته باشد (مثل پنیسیلین ۳-۳-۶).

ولی استفاده از سایر داروها در صورتی مجاز می‌باشد که در کتب مرجع پزشکی قید شده یا حداقل توسط یکی از مراجع دارویی جهان مانند مؤسسه غذایی و دارویی آمریکا تجویز شده باشد، که به معنی انجام بررسی‌های متقن بر روی داروهای فوق و ارزیابی پیامدها یا عوارض سوء آنها است. حال اگر، با وجود استعلام کامل از وضعیت بیمار و سوابق

۱۴. بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی در مورد عدم ضرورت اخذ رضایت در موارد ضروری مقرر می‌دارد: «هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع باید با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود. در موارد فوری اخذ رضایت لازم نخواهد بود».

۱۵. برای ماهیت مسئولیت مدنی پزشک رک. شجاعپوریان، سیاوش، «مسئولیت مدنی ناشی از خطاهای شغلی پزشک»، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۳، صص ۴۹-۵۹.

کاربرد مناسب و صحیح دارو، به خاطر ویژگی خاص و مخفی بیمار یا عوارض نادر، دارو اثر متفاوت یا حتی متضاد و مضر برای بیمار داشته باشد، نمی‌توان پزشک را مسؤول تلف، یا نقص عضو یا تشدید بیماری قلمداد کرد. در این گونه موارد نقش قرارداد آن گونه که بسیاری از حقوقدانان مطرح می‌کنند چندان حیاتی و اساسی نیست.

در درمان‌های پزشکی، همه فاکتورها، در دست پزشک نیست^{۱۶} و دخالت عوامل خارجی، به ویژه ساختار بدن بیمار، به مقدار زیادی مؤثر است به نحوی که نمی‌توان به طوری کلی عنوان نمود که آیا پزشک بهبود بیمار را تعهد کرده^{۱۷} یا صرفاً متعهد به رعایت نظامات پزشکی و اندوخته‌های علمی خود شده است. برای مثال در انجام عمل جراحی بر روی افراد بالای ۴۰ سال و خصوصاً افراد مسن، گروههای مختلفی از کادر پزشکی باید با هم همکاری داشته باشند از جمله متخصص قلب و عروق جهت صدور مجوز بلامانع بودن عمل جراحی از نظر قلبی یا متخصصین داخلی بیهوشی و یا در صورت داشتن بیماری خاص توسط سرویس تخصصی مربوطه باید تأیید انجام عمل و ضرورت انجام اقدامات قبل و بعد

۱۶. پزشکی نیز یک علم عینی و قاطع نیست و لذا عدم موفقیت در درمان یا عوارض بیماری را نباید با عدم تبخیر برابر دانست. عالم‌زاده، دکترضیاء، «قصور و تقصیر در درمان بیمار»، خلاصه مقالات، جلد ۳، اولین کنگره بین‌المللی اخلاق پزشکی، ۲۵-۲۳ تیرماه ۱۳۷۲، معاونت امور فرهنگی، حقوقی و مجلس وزارت بهداشت و آموزش پزشکی، تهران - ایران، صص ۲۰۹-۲۰۸.

۱۷. در بعضی موارد حتی در مورد تعهد درمان بیمار نیز در صورتی که موارد غیرقابل پیشگیری رخ دهد و بیمار در اثر عدم وجود امکانات جراحی و ... جان خود را از دست دهد، مسؤولیت متوجه پزشک نیست. برای مثال بیماری با تشخیص (Reumatoid Arthritis) در نقطه دورافتاده‌ای تحت درمان با NSAID (Non Steroidal Anti Inflammatory Drug) قرار گرفته و دچار خونریزی شدید گوارشی می‌شود که در اثر عدم وجود جراح و یا تزریق خون به مقدار کافی پزشک کلیه اقدامات اولیه را انجام داده و وی را به مرکز مجهز اعزام کرده ولی بیمار قبل از رسیدن به مرکز جان را به جان آفرین تسلیم می‌کند.

از عمل مشخص گردد.

در اثناء عمل جراحی متخصصین بیهوشی به همراه جراح عهده‌دار کلیه مشکلاتی هستند که حین عمل جراحی برای بیمار رخ می‌دهد مشروط بر این که در محدوده فعالیت شغلی خویش دچار قصور^{۱۸} شده باشند. بعضی از عمل‌های جراحی مخاطرات و درصد مرگ و میر خاص خود را دارد که با وجود حضور کادر پزشکی مجرب و امکانات ویژه حتی در ممالک بسیار پیشرفته پیشگیری از آن غیرممکن است و در صورتی که جراح یا کادر بیهوشی طبق اصول مسجل و کتب پزشکی مرجع و راهنمای رشته مربوطه عمل کرده باشند هیچ گونه مسئولیتی در قبال مرگ بیمار متوجه آنها نخواهد بود.

۱۸. در مورد قصور روانپزشکان رک. اشرفیان بناب، دکتر مازیار، «ضروریات پزشکی قانونی»، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی تیمورزاده، نشر طبیب، بهار ۱۳۸۰، صص ۱۴۳-۱۴۲ و همچنین در مورد قصور پزشکی به طور کلی مراجعه شود به همین منبع، صص ۲۴-۲۳. نویسنده کتاب برای جلوگیری از قصور و تقصیر پیشنهاد نموده که عیناً جهت اهمیت آن در مسئولیت مدنی درج می‌شود.

۱- سهل انگاری در تشخیص صحیح بیماری‌های روحی و روانی؛
۲- عدم معالجه کامل و صحیح بیماری و قطع درمان بدون اطلاع و آگاهی بیمار و بستگان او؛
۳- صدمات گوناگون عمدی و شبه عمدی که بیماران تحت درمان به سایر افراد وارد می‌کنند مانند حمله و ضرب و جرح، فریب، آبروریزی و تجاوز به حریم خصوصی افراد و ... و عدم اطلاع از خطرناک بودن بیمار؛

۴- قصور در دریافت رضایت‌نامه آگاهانه از بیمار یا اولیاء او برای انجام اقدامات تشخیصی و درمان؛
۵- استثمار جنسی بیماران که امروزه از نظر قانونی نوعی سوء استفاده از زمینه روانی آسیب‌پذیر بیمار تلقی شده و جرم است. علاوه بر این درگیری طبیب با بیمار از طریق رابطه جنسی مانع از برقراری ارتباط لازم عاطفی و اعتماد متقابل خواهد شد؛

۶- عدم آگاهی اطرافیان و بستگان بیمار از این که ممکن است برای خود خطر آفرین باشد مثلاً این که ممکن است بیمار به خود آسیب رسانده یا حتی خودکشی کند؛

۷- انجام درمان‌های تجربی و غیرعلمی که ممکن است سبب آسیب و یا تشدید بیماری شوند؛

۸- دستورات دارویی تلفنی بدون معاینه بیمار که سبب وخامت حال بیمار شوند؛

۹- دستور بستری کردن بیمار در بیمارستان بدون معاینه و تشخیص صحیح بیماری او.

در بعضی موارد مرگ بیمار پس از عمل جراحی و در بخش عمومی بیمارستان رخ می‌دهد که در این صورت نیز در صورتی پزشک مقصر شناخته می‌شود که اثبات شود حین عمل جراحی دچار قصور شده یا بیمار را در حالی که هنوز از نظر علائم حیاتی، پایدار (Stable) نشده باشد از اطاق عمل یا مراقبت‌های ویژه ترخیص نموده و یا دستور لازم جهت مراقبت و استفاده از داروهای مورد نیاز صادر نکرده باشد.

در برخی موارد بیمارانی به اطاق عمل برده می‌شوند که دچار آسیب چند گانه و به اصطلاح پزشکی (Multiple Trauma) شده‌اند، مثلاً بیمار در اثر تصادف دچار هماتوم مغزی، پارگی قفسه صدری، شکستگی لگن و مشکلات ادراری شده است که در این صورت حداقل چهار گروه جراحی اعم از جراحی مغز و اعصاب، جراحی قفسه صدری، جراحی ارتوپدی، و جراحی اورولوژی عهده‌دار نجات بیمارند که در این خصوص اثبات علت مرگ بیمار بسیار مشکل بوده و به سختی می‌توان پزشک جراح را مقصر شناخت.^{۱۹} در این گونه موارد نیاز به مشاوره کارشناسان خبره در هر رشته تخصصی، و بررسی شرح عمل جراحی و ارزیابی جمیع آنها با وضعیت عمومی بیمار قبل از ورود به اطاق عمل وجود دارد.

در برخی موارد که بیمار دچار (Multiple Trauma) شده است و تحت نظر گروه‌های تخصصی در بیمارستان می‌باشد چند روز پس از

۱۹. شخصی ۴۴ ساله، که به علت تصادف دچار شکستگی لگن شده بود به یکی از بیمارستانهای تهران اعزام می‌گردد و ۵ روز پس از بستری شدن فوت می‌کند. در بررسی پرونده افت هموگلوبین (که نشانه خونریزی داخلی است)، افزایش اوره خون که نشانه (Acute Tubular Necrosis) می‌باشد همراه شکستگی شدید لگن تشخیص داده می‌شود. در این گونه موارد به سختی می‌توان مشخص کرد که کدامیک از سرویس‌های جراحی عمومی - جراحی اورولوژی، جراحی ارتوپدی و یا سرویس داخلی و یا سرویس قلب (به علت بروز آمبولی ریوی) - مقصر می‌باشند.

بستری شدن و قبل از این که عمل جراحی بر روی ایشان انجام شود فوت می‌کند. در این گونه موارد کلیه مشکلات بیمار را تقسیم بندی کرده و نظریه پزشکی قانونی در باب تقصیر یا عدم تقصیر دست اندرکاران اخذ می‌گردد.

حال با توجه به اقدامات ثبت شده در پرونده بیمار، توسط هر گروه جراحی و پیامد این اقدامات در علائم حیاتی، جواب‌های پاراکلینیک، نظیر آزمایشات، رادیوگرافی و لحاظ کردن نظر پزشک قانونی پیرامون علت مرگ بیمار، گروه تخصصی و پزشکان معالج مربوطه را مسؤول یا مبری از مسؤولیت در مرگ بیمار معرفی می‌نمایند.

کمتر اتفاق می‌افتد که این گونه موارد جنبه جزایی داشته باشد، چون معمولاً قصد مجرمانه‌ای در ورای آن وجود ندارد. ولی مسؤولیت مدنی آن، در صورتی که مطابق متون کتاب‌های مرجع عمل نشده باشد، محرز است.

به هر حال، در مواردی هم که قراردادی وجود داشته باشد، نمی‌توان به محض تصور نقض قرارداد، پزشک را مسؤول شناخت و برخلاف آنچه که برخی حقوقدانان تصور کرده‌اند نباید به طور کلی عنوان نمود که آیا پزشک بهبود بیمار را تعهد کرده یا صرفاً متعهد به رعایت نظامات پزشکی و اندوخته‌های علمی خود بوده، تا به محض فوت بیمار پزشک مقصر محسوب شود،^{۲۰} به ویژه که در بسیاری موارد دادگاهها، به صرف نقض قرارداد، نقض کننده را مقصر نمی‌دانند. اما اگر مسؤولیت، از باب مدنی مطرح باشد، در غالب موارد قضاات دادگاهها از کارشناسان استمداد

۲۰. مقایسه کنید با: کاتوزیان، استاد دکتر ناصر، «لزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)»، مسؤولیت مدنی»، جلد اول، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۷۸، ص ۳۶۸، شماره ۱۶۴.

می‌طلبند تا بی‌احتیاطی و بی‌مبالائی و تعدی و تفریط یا غفلت پزشک از علم روز و نظامات دولتی را بررسی و احیاناً آنها را ثابت کنند. این در حالی است که برخی از علمای حقوق، تقصیر به این معنا را ملاک مسئولیت نمی‌دانند و معتقدند کاری که از نظر شرعی مجاز باشد ضمان ندارد^{۲۱} و اگر پزشک به تعهدات خود عمل کرده باشد، (با توجه به المؤمنون عند شروطهم)، در مقابل بیمار مسئولیتی ندارد.^{۲۲}

همچنین مطرح شده که مسئولیت پزشک محدود به مباشرت وی در اتلاف است و شامل مواردی که بیمار با عقل و اراده و اعتماد جواز معالجه می‌دهد نمی‌شود.^{۲۳} اما باید توجه داشت که این گونه اظهار نظرهای کلی، بدون توجه به علم پزشکی و قواعد و مقررات آن، و صرفاً بر اساس اصول و مقررات حقوقی مطرح شده و می‌شود. آمادگی بیمار، با عقل و اعتماد به پزشک و اذن معالجه یا اعطای براءت به او در صورتی کارساز است که پزشک بر اساس کتاب‌های پزشکی مرجع اقدام کرده باشد و بتواند ثابت کند که وفق آن اصول رفتار نموده یا اگر در کتب مرجع معالجه خاصی توصیه نشده بر اساس علم و تجربه روز پزشکی عمل کرده است و الا اگر ضرری (اعم از فوت، تشدید بیماری، یا نقص عضو یا عوارض جانبی) وارد شده باشد آمادگی، اذن و حتی اخذ براءت کامل در قرارداد درمان یا اقرار به براءت قبل از عمل جراحی، هیچ‌گونه اثری در رفع مسئولیت پزشک نداشته و ندارد. حتی وضعیت خاص بیمار نیز رافع مسئولیت مدنی پزشک

۲۱. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، جلد ۴۲، ص ۴۴ به بعد.

۲۲. رک. وسائل شیعہ، باب ۲۴ از ابواب موجبات ضمان، حدیث ۱.

۲۳. نجفی، همان، صفحه ۴۹.

نمی‌شود چون پزشک موظف است قبل از تجویز هر دارو وضعیت قبلی بیمار را مورد بررسی قرار داده و سپس اقدام به تجویز دارو نماید.^{۲۴} اما چنانچه علی‌رغم بررسی سوابق بیمار تجویز چنان دارویی منع قانونی نداشته، همان‌گونه که عنوان شد، نمی‌توان پزشک را مسئول شناخت.

برای تشخیص مسئولیت پزشک در انجام عمل جراحی، وجود یا عدم وجود آثار و اندیکاسیون‌های عمل یا عدم عمل جراحی، نقش اساسی دارند. با توجه به آثار قطعی (Absolute Indication) بعضی از امراض بیمار حتماً باید مورد عمل جراحی قرار بگیرد و الاً سلامت وی در معرض تهدید قرار می‌گیرد.^{۲۵} گروهی از بیماریها ضرورت عمل جراحی (Partial Indication) دارند که در این‌گونه موارد پزشک مختار به انجام جراحی یا عدم انجام آن است.^{۲۶} اما بیماریهای دیگری وجود دارند که در این‌گونه موارد نباید عمل جراحی صورت بگیرد (Contra Indication) چرا که انجام عمل در این

۲۴. جهت تجویز دارو پزشک باید شرح حال بیماری زمینه‌ای، وضعیت حاملگی یا سایر شرایط خاص بیمار را اخذ کند و سپس دارویی که برای بیماری زمینه‌ای یا حاملگی یا ...، کنترا اندیکاسیون (ممنوع‌التجویز) نباشد برای بیمار تجویز کند. در این‌گونه موارد علی‌رغم این‌که دارو جهت بیماران عادی هیچ مشکلی ایجاد نمی‌کند در صورتی که برای آن بیمار خاص مشکل ایجاد کند پزشک ضامن است مگر این‌که بیمار از وضعیت بیماری زمینه‌ای خود اطلاعی نداشته باشد یا پزشک را از آن آگاه نکند.

برای مثال در بیماران فاویسمی (کمبود آنزیم G6PD) نباید هیچ‌گونه دارویی با خاصیت اکسیدانت (نظیر نالیدیکسیک اسید و ...) تجویز شود، زیرا چنانچه چنین داروهایی تجویز شود خون بیمار تجزیه شده و در صورت عدم تزریق خون جایگزین بیمار سریعاً جان خود را از دست می‌دهد. در صورتی که بیمار پزشک را در جریان وضعیت قبلی خود قرار ندهد یا از بیماری‌های زمینه‌ای خود اطلاعی نداشته باشد، در این صورت پزشک مسئولیت مدنی ندارد. مثل بیماری که حامله باشد و از حاملگی خود اطلاعی ندارد و تحت درمان با داروهای تراتوژن (Teratogen) قرار گرفته و باعث نقص عضو نوزاد گردد.

۲۵. Absolute Indication مثل CAD شدید در بیمار جوان.

۲۶. Partial Indication مثل Calcancar Spure خار پاشنه.

شرایط ممنوع است.^{۲۷} قرارداد خصوصی پزشک و بیمار نمی‌تواند این قواعد را نادیده بگیرد و در صورت توافق خلاف آن، توافق فاقد اثر است و از مسئولیت پزشک نمی‌کاهد.

در برخی از موارد عمل جراحی باید به صورت کامل انجام شود و پزشک نمی‌تواند قسمتی از توده مورد نظر را عمل نموده و بخش دیگر آن را رها کند. مثلاً در مورد توده‌های شوانوما، (Shanoma) نباید برداشت قسمتی از توده انجام شود بلکه الزاماً باید برداشت کلی توده شوانوما (Excisional Biopsy) صورت پذیرد تا از چسبندگی عصبی یا قطع احتمالی عصب حین عمل جراحی ثانوی جلوگیری شود.

بعد از هر عمل جراحی پیامدهای خاصی وجود دارد که اجتناب‌ناپذیر هستند و درصداً آنها نیز در کتاب‌های مرجع پزشکی مطرح شده است. در صورت وقوع این عوارض، پزشک، به شرط عدم تقصیر در مراعات اصول مذکور در کتب مرجع پزشکی، مسئول خسارات وارده نمی‌باشد. به عنوان مثال در عمل جراحی برداشتن برخی از توده‌های عصبی، قطع عصب اجتناب‌ناپذیر است که با توجه به شرایط توده و خوش خیم یا بدخیم بودن آن تصمیم به انجام عمل جراحی گرفته می‌شود، در این گونه موارد حفظ جان بیمار بر حفظ عصب ارجحیت پیدا می‌کند. اگر برداشتن این توده‌ها طبق کتاب‌های مرجع پزشکی مجاز یا اجباری باشد هیچ گونه مسئولیتی بابت قطع عصب متوجه پزشک نمی‌شود. در مواردی که برداشتن توده‌ها از نظر کتب مرجع، اجباری باشد و اذن صریح یا ضمنی در انجام

۲۷. Contra Indication: مثل همانژیوم در نوزادان (توده عروقی که خودبخود پیشرفت می‌کند و سپس بهبود می‌یابد).

عمل نیز وجود داشته باشد، حتی قرارداد به شرط نتیجه صد در صد مطلوب، نیز فاقد اثر بوده و شرط غیرعملی و باطل است^{۲۸} و ممکن است پزشک علی‌رغم وجود درج شرط قراردادی مسئولیت، مسئول خسارات وارده محسوب نشود. البته این قاعده را نباید به مواردی که عمل جراحی برای زیبایی انجام می‌شود و ضرورتی برای عمل وجود ندارد تسری داد و قرارداد معمولاً در این گونه موارد به نحو قاطعی اجرا می‌شود.

با این وجود، اگر پزشکی به بیماری که در شرف مرگ است دارویی جدید که اثر آن به طور کامل آزمایش نشده یا آثار آن در مورد انسان به تجربه ثابت نشده را توصیه کند، و آثار احتمالی دارو را به اطلاع بیمار برساند ولی برای بیمار در نسخه خویش تجویز نماید و بیمار به گمان این که مفید است با اعتماد به پزشک آن دارو را مصرف نماید و ضرری وارد شود پزشک مسئول خسارات وارده نمی‌باشد.^{۲۹} زیرا این اقدام یک نوع خود درمانی محسوب می‌گردد.

۴- محدودیت اثر اخذ اذن^{۳۰} و براءت از بیمار

به موجب ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی:^{۳۱}

۲۸. ماده ۲۳۲ قانون مدنی.

۲۹. رک. نجفی، محمد حسن، همان، جلد ۴۳، ص ۴۹.

۳۰. برای ملاحظه تفاوت اذن و اجازه، ماهیت اذن و اثر آن رک. داراب پور، مهرباب، قواعد رافع ضمان، جزوه درسی ۱۳۷۳، صص ۲۳۵-۲۳۳؛ برای ملاحظه براءت به عنوان «شرط عدم مسئولیت» رک. شجاعپوریان، سیاوش، منبع قبلی، صص ۲۳۶-۲۲۸.

۳۱. طاهری، حبیب الله، «آیا طبیب ضامن است»، نامه مفید، شماره ۱۴، سال ۱۳۷۷، صص ۱۱۶-۱۰۱.

«هرگاه طبیبی گر چه حاذق و متخصص باشد،^{۳۲} در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد، یا دستور آن را صادر می‌نماید، هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است».^{۳۳}

پزشک در صورتی می‌تواند بدون اذن بیمار یا اولیای وی اقدام به درمان کند که از موارد اورژانس بوده و انتظار جهت اخذ اذن برای جان یا سلامتی مریض مضر باشد. به هر حال، در این گونه موارد نیز مسئولیت، مانند اقدام بر اساس اذن قبل از درمان وجود دارد.^{۳۴}

اگر درمان بیماری از دیدگاه علم روز پزشکی میسر نباشد، و پزشک با رعایت اصول نظامات و قواعد موجود پزشکی به امید اثربخشی اقدام کند، به طوری که مرگ یا از بین رفتن بخشی از سلامتی بیمار

۳۲. رک. نجفی، همان، ص ۴۵؛

امام خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، کتاب دیات، موجبات ضمان، مسأله ۴؛

امام خمینی، روح الله، همان، ص ۵۶۱، مسأله ۶؛

خویی، آیت الله ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، جلد ۲، کتاب دیات، مسأله ۲۲۴، مقایسه شود با نظرات مخالف سایر فقها، همچنین:

رک. شجاع‌پوریان، مسئولیت مدنی ناشی از خطای پزشک، سال ۱۳۷۳، انتشارات فردوسی، صص ۳۵-۳۶.

۳۳. ظاهراً سخت‌گیری فقها و تفسیر موسع این ماده در مورد پزشک نمایانی صادق بوده که تحصیلات علمی و مدارج دانشگاهی معتبر ندارند که جامی در مورد آنها بیان داشته:

ای صنعت طب شکسته بازار از تو هر چند بود به رنج بیمار از تو
المنه لله که عجب خوشنودند غسال و کفن فروش و حفار از تو

۳۴. بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی در مورد عدم ضرورت اخذ رضایت در موارد ضروری مقرر می‌دارد:

«هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع باید با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود. در موارد فوری اخذ رضایت لازم نخواهد بود».

منتسب به پزشک نباشد، مسؤولیتی متوجه وی نخواهد بود. چون اصولاً در حدوث فوت یا نقص عضو یا رفع سلامتی، مباشرت پزشک مطرح نمی‌شود و اگر مطرح شود، سبب، (بیماری)، اقوی از مباشر است. به هر حال، اثبات این امر مشکل است و لذا توصیه می‌شود پزشک خود را بیمه مسؤولیت‌های مدنی نماید.

اگر دندان پزشک به اشتباه دندان سالم کسی را بکشد یا چشم پزشک به اشتباه، درمان خود را معطوف چشم سالم بیمار کند و بر خلاف انتظار صدمه‌ای وارد آید، با وجود اذن، مسؤولیت مدنی پزشک مسلم و محرز است. چون اصولاً اذن درمان در مورد اعضای سالم نبوده است. همین امر نیز در موردی صادق است که پیشگیری ممکن بوده ولی پزشک معالج یا آزمایشگاه موفق به انجام آن نشده است.^{۳۵}

۳۵. در این مورد، رأی هیأت عمومی دیوانعالی کشور فرانسه ۱۸ نوامبر ۲۰۰۰ جالب است. عین مطالب از کتاب اصول مسؤولیت مدنی پاتریس ژوردن، ترجمه آقای مجید ادیب، نشر میزان، ۱۳۸۲، زیرنویس ص ۱۵۰ نقل گردیده: «دیروز دیوان کشور، رأی داد که نیکولا پروش (Nicolas Peruch) پسر ۱۷ ساله که شدیداً معلول است به این دلیل که معلول به دنیا آمده است حق دارد تاوان دریافت کند. این برای نخستین بار است که چنین رأیی در فرانسه صادر می‌شود. پرونده پروش که از این پس جزو مشهورترین آراء رویه قضایی خواهد بود از سال ۱۹۸۲ آغاز شد. ژوزت پروش (مادر نیکولا) که در آن زمان باردار بود نگران آن بود که مبتلا به سرخک باشد زیرا دخترش مبتلا به این بیماری بود. وی بدین منظور آزمایش‌های پزشکی انجام می‌دهد. او که می‌دانست سرخک ممکن است آسیب‌های جبران‌ناپذیری برای جنین داشته باشد صراحتاً قصد خود را برای سقط جنین اعلام می‌کند. با وجود این، آزمایشات به غلط نشان می‌دهند که او صحیح و سالم است. اما نیکولا در ژانویه ۱۹۸۳ در حالی به دنیا آمد که مبتلا به اختلالات شدید عصبی و قلبی و کاملاً ناشنوا و تقریباً نابینا بود.

استدلال دیوان عالی کشور به این صورت بود که: علت تولد نیکولا پروش این بوده که مادرش به علت اشتباه در تشخیص پزشکی نتوانسته است سقط جنین کند.

بنابراین پزشکان و آزمایشگاه مرتکب تقصیر شده‌اند و میان این تقصیر و زیان که تولد کودک است رابطه سببیت وجود دارد.

متن رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور بدین شرح است: «از آنجا که تقصیر پزشک و آزمایشگاه، مانع آن شد که خانم پروش به منظور جلوگیری از تولد یک نوزاد معلول، سقط جنین کند لذا کودک

ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی به طور کلی به رشته تحریر درآمده، و قائل به تفکیک میان مواردی که پزشک قادر به معالجه نمی‌شود و عضو معیوب ناقص‌تر می‌گردد با موارد دیگر نشده است که احتمالاً این امر به خاطر بدیهی بودن موضوع بوده است. هر چند به استناد این ماده پزشک در صورت اخذ اذن نیز مسؤول می‌باشد، اما مسؤولیت وی از جهات عدیده محدود می‌شود و تفسیری مضیق از مسؤولیت پزشک در این مورد به عمل خواهد آمد. مگر این که ناقص‌تر شدن عضو از عوارض احتمالی عمل باشد که به بیمار گوشزد شده و وی عواقب آن را پذیرفته باشد.^{۳۶}

نکته‌ای که در اینجا ذکر آن ضروری می‌باشد این است که هنوز در کشور ما، خسارت معنوی را به خسارت مادی تقویم نمی‌کنند. لذا ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی متعرض این گونه خسارات نشده است. متأسفانه گاهی تحمل این خسارات، از خسارات مالی سخت‌تر و پرهزینه‌تر است، مثل موردی که در اثر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی مسؤولین، کوتر،^{۳۷} باعث سوختگی و زخم بستر بیمار گردد و بیمار مجبور شود ماهها در بیمارستان

می‌تواند جبران زیان ناشی از این معلولیت را که به علت تقصیر مذکور به وجود آمده است مطالبه کند». Jourdain (Patrice) Revue trimestrielle de droit civil (n. 1) janvier- 2001, p. 149 روزنامه فیگارو،

۱۸ نوامبر ۲۰۰۰، ص ۸، ستون ۱ الی ۸.

۳۶. مثل بیماری که Syndactyly (چسبیدن دو انگشت به یکدیگر) بوده و تحت عمل جراحی جهت جداسازی آنها قرار می‌گیرد. یکی از عوارض این عمل سیانوزه شدن (از بین رفتن) یکی از این دو انگشت می‌باشد که در برخی موارد قابل پیشگیری نمی‌باشد در این گونه موارد بیمار متضرر شده است یعنی به جای جدا شدن دو انگشت یک انگشت خود را از دست داده است با این حال در این گونه موارد مسؤولیتی متوجه پزشک جراح نمی‌باشد.

۳۷. کوتر: وسیله‌ای است که جراح جهت ایجاد انعقاد و بستن عروق خونریزی‌کننده حین عمل جراحی استفاده می‌کند، و جهت عملکرد صحیح آن به نقطه دیگری از بدن بیمار صفحه اتصال وصل می‌شود که بعضاً در صورت عدم دقت صحیح در نصب آن و یا بروز اتصالات فنی باعث سوختن بدن بیمار خصوصاً در جراحی‌های سنگین و طولانی می‌شود.

به نحو شکنجه آوری بستری باشد.

به زودی خواهیم دید که تفسیر مضیق اذن بیمار مبنی بر درمان یا جراحی در مورد اخذ براءت نیز صادق است و با وجود اخذ براءت از بیمار یا ولی او مسئولیت پزشک منتفی نیست.

۵- اضطراب بیمار در دادن براءت پزشک قبل از عمل جراحی

در بعضی موارد همزمان با انتقال بیمار به اتاق جراحی چند برگه مبنی بر اذن یا اجازه^{۳۸} یا رضایت یا براءت پزشک به او تقدیم می‌کنند و به امضاء و اثر انگشت بیمار می‌رسانند.

این برگ‌ها معمولاً چاپی و از قبل طراحی شده می‌باشد که حاکی از براءت کامل پزشک است. زیرا مشاوران حقوقی به آنها مشاوره داده‌اند که به موجب ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی:

«هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا

ولی او یا از صاحب حیوان براءت حاصل نماید، عهده‌دار خسارات

۳۸. رضایت تا مادامی که ابراز نگردیده، باطنی بوده و به محض این که با قصد اعلام گردد، اگر قبل از اقدام در تصرف مال یا انجام کار باشد اذن و در صورتی که بعد از اقدام باشد اجازه نامیده می‌شود. پس اجازه و اذن در تقدم و تأخر زمانی برای بیان و اعلام رضا و رفع مانع کردن و به تصرف دادن، با یکدیگر تفاوت دارند. مضافاً این که تمایز آنها در، مانع ضمان یا مسقط زمان شدن و قائم مقامی و جواز نیز می‌باشد. اذن، معمولاً مانع ضمان بوده و مأذون را قائم مقام یا وکیل یا نماینده قرار می‌دهد و قابلیت رجوع نیز در آن نهفته است. در حالی که اجازه، مسقط ضمان بوده و صرفاً جواز تصرف، یا اقدام محسوب شده و رابطه نمایندگی یا وکالت و قائم مقامی وجود ندارد. تمایز دیگر این دو اصطلاح، در امکان عدول یا عدم عدول از آنها است. از آنجا که اجازه پس از تصرف و ایجاد مانع، داده می‌شود، عدول و رجوع از آن، در خصوص تنفیذ عقد، یا لازم نمودن عقود غیرلازم یا اسقاط اختیار، ممکن نیست؛ ولی از اذن، چون قبل از رفع مانع و تصرف است، می‌توان رجوع و عدول نمود. به هر حال، گاهی قانونگذار دو اصطلاح اذن و اجازه را به جای یکدیگر به کار برده است. مثل مواد ۱۱۵، ۱۲۴ و ۷۹۴ قانون مدنی که در آنها اجازه به معنای اذن به کار رفته است.

پدید آمده نخواهد بود».

این گونه اقدامات در بسیاری موارد، برائت محسوب نمی‌شود چون قصد انشاء چنین مطلبی توسط مریض مضطر با آگاهی لازم و اختیار نبوده و احتمال تدلیس، تقلب و استفاده غیر صحیح از اضطرار بیمار فراوان است. در این مورد نیز از ماده ۳۲۲ ق. م. ا. تفسیر بسیار مضیقی خواهد شد. اگر این برائت حتی به صورت قرارداد معتبری هم باشد، محکمه نمی‌تواند، در بسیاری موارد، آن را به موقع اجرا گذارد، زیرا در صورتی که پزشک طبق مطالب مذکور در کتب مرجع پزشکی و نظامات پزشکی و علوم روز اقدام نکرده و دقت در عمل جراحی ننموده باشد، آن قرارداد به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی بوده و باعث جریحه‌دار شدن احساسات جامعه خواهد شد.^{۳۹}

انجام عمل‌های جراحی بر اساس کتاب‌های پزشکی مرجع چار چوب خاصی دارند، لذا توافق کتبی و محضری (مگر در موارد خاص که هدف صرف درمان نیست و با اخذ برائت، شخص مورد نظر آزمایش و عمل برای تحقیقات را می‌پذیرد) هیچ اثری در مسئولیت پزشک متخلف از قواعد کتب مرجع، ندارد. جراح یا طبیب باید وفق کتاب‌های پزشکی مرجع اقدام کند. چنانچه دستور مسلمی در کتب مرجع پزشکی وجود نداشته باشد پزشک به علم روز، تجربه عملی خود و سایر متخصصین همان رشته اقدام خواهد کرد.

هیچ زمان خطای سنگین پزشک با اخذ برگ برائت از بیمار یا

۳۹. ماده ۹۷۵ قانون مدنی.

اولیای او زائل نمی‌شود. مسئولیت مدنی، گریبان پزشک متخلف را حداقل در تقصیرهای سنگین رها نخواهد کرد. به هر حال اگر معلوم شود که در کتب مرجع روش درمان خاصی وجود ندارد و بیمار با طیب خاطر و بدون هیچ‌گونه اکراه، اجبار و اضطراب از قبل برائت پزشک را اعلام دارد و پزشک هم با اتکاء به تجارب و تخصص خود و بر اساس علم روز اقدام کند نباید تردیدی در برائت وی از مسئولیت مدنی نمود، هر چند عمل جراحی جهت درمان بیمار نبوده و برای تحقیقات و آزمایشات پزشکی انجام شده باشد. پزشکان، به خصوص محققین پزشکی، می‌توانند برای انجام برخی اقدامات پزشکی یا آزمایش برخی از داروها بر روی انسان بیمار یا حتی سالم، با اذن یا اجازه و رضایت^{۴۰} کامل و یا با اخذ برائت مسلم و قطعی از شخص^{۴۱}، مبادرت به انجام عمل جراحی و یا سایر اقدامات پزشکی نمایند.^{۴۲}

مسئولیت پزشک فقط در مورد حق الزحمه و نحوه عمل و معالجه، قراردادی است و پیامدهای آن را باید از باب مسئولیت مدنی و رعایت مبانی مذکور در کتب مرجع پزشکی سنجید. تا زمانی که خطای پزشکی رخ ندهد و ضرری حادث نگردد و رابطه سببیتی بین خطای مزبور و ضرر

۴۰. تقدسی، محسن، «لزوم بدست آوردن رضایت آگاهانه از بیماران قبل از بستری شدن در بیمارستان»، خلاصه مقالات اولین کنگره بین‌المللی اخلاق پزشکی، تیر ماه ۱۳۷۲، جلد ۳، معاونت امور فرهنگی، حقوقی و مجلس وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ص ۱۴۱.

۴۱. بدیهی است طبق قوانین موجود پزشکی تجویز داروهای جدید و یا روشهای جراحی مخاطره‌آمیز زمانی جایز است که آن موارد قبلاً بر روی حیوانات آزمایش شده و مراحل پیش‌نیاز را گذرانده باشد و الا تجویز آن به امید حصول نتیجه مطلوب، مسئولیت آفرین است.

۴۲. مقایسه کنید با کاتوزیان، استاد دکترناصر، الزامهای خارج از قرارداد - ضمان قهری، جلد اول، مسئولیت مدنی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، شماره ۱۷۱، بند ۳، ص ۳۸۴.

وارده وجود نداشته باشد مشکل می‌توان پزشک را مسؤول شناخت هر چند اکثریت فقها مسؤولیت پزشک متخصص حتی بدون تقصیر را پذیرفته باشند.^{۴۳}

به هر حال اعطای اذن به پزشک و براءت وی با قواعد کلی حقوقی تفسیر مضیق می‌شود به طوری که نه باب معالجه بسته شود و نه طبیب از ترس مجازات و مسؤولیت مالی جرأت طبابت و معالجه را از دست بدهد و نه آنقدر اصل براءت دست وی را باز می‌گذارد که نظامات پزشکی و علم روز و پیروی از شیوه متخصصان را نادیده بگیرد.

۶- خلاصه و ثمرات مطالب فوق

در صورت عدم وجود قرارداد، مسؤولیت‌های پزشک معمولاً از نوع مدنی و غیرقراردادی است. حتی در موردی هم که قراردادی توسط پزشک با بیمار یا بستگان وی، حسب مورد، منعقد می‌شود، قرارداد صرفاً در مورد حق الزحمه، زمان و نحوه جراحی و طبابت است. سایر تعهدات قانونی در قالب مسؤولیت غیرقراردادی (مدنی) مطرح می‌شود. در مورد جراحی‌های ممنوع، پزشک مسؤولیت مدنی مطلق دارد. در مورد جراحی‌های جایز، اصل بر مسؤولیت مدنی پزشک است و در خصوص جراحی‌های ضروری، که بر

۴۳. در مورد مقدار دیه یا ارش که باید پرداخت شود مباحث زیادی وجود دارد که تحقیقی جداگانه را می‌طلبد اما ذکر یک نکته ضروری است که اگر زیان‌زننده (مثلاً پزشک در نتیجه طبابت غیرصحیح) نه تنها بیماری و ناتوانی پیش از عمل را تشدید کرده باشد بلکه ماهیت ناتوانی پیشین به کلی دگرگون شده باشد، مسؤول کل خسارات به عنوان یک مجموعه می‌باشد. برای مثال چنانچه یک چشم فردی نابینای مادرزاد بوده و یا در نتیجه بیماری یا عللی که به آن دیه‌ای تعلق نمی‌گیرد نابینا شده باشد و پزشک باعث کوری چشم دیگر گردد، به جای نصف دیه باید دیه کامل پرداخت نماید (ماده ۳۷۷ ق. م. ا. را ملاحظه فرمایید).

اساس کتب مرجع یا اصول و فنون نوین و تجربه شده پزشکی انجام شده اصل بر عدم مسئولیت مدنی پزشک می‌باشد، مگر خلاف آن ثابت گردد. اذن بیمار در درمان رافع مسئولیت مدنی نیست، در مواقعی که درمان به اذن قانون و عرف انجام می‌شود نیز پزشک در صورت تقصیر از نظامات پزشکی و عدول از کتب مرجع و جمیع شرایط، مسؤول تلف یا نقص عضو یا خسارت مالی وارده محسوب می‌شود. در موارد قطع امید از حیات بیمار، توصیه‌های پزشک، درمان و طبابت محسوب نمی‌شود و صرفاً توصیه با قصد رجاء صورت می‌پذیرد و پزشک مسؤول عواقب اقدامات بیمار نخواهد بود.

هرچند قانونگذار اخذ براءت از بیمار یا ولی وی قبل از شروع به درمان را از موجبات عدم مسئولیت مدنی محسوب نموده اما این عدم مسئولیت منوط به انجام درمان یا جراحی بر اساس متون کتب مرجع می‌باشد.

بنابراین، چنانچه پزشک از بیمار یا ولی او اخذ براءت نموده باشد ولی بر اساس کتب مرجع یا در مواردی که در کتب فوق راه درمانی وجود نداشته باشد بر اساس علم روز و رویه معمول و نظامات پزشکی عمل ننموده باشد، کماکان مسؤول اقدامات خویش خواهد بود و حسب مورد باید دیه یا ارش بپردازد. قراردادهای خلاف این رویه، فاقد ارزش حقوقی بوده و غیرقابل اجرا می‌باشد، و اخذ براءت قبل از درمان، بر خلاف تصور برخی از فقیهان و حقوقدانان از ظواهر مقررات، فاقد هرگونه اثری به نفع پزشک است. اگر بیمار یا ولی او در امضای برگ اذن یا براءت اضطرار یا اکراه یا اجبار داشته باشند، به طریق اولی رافع مسئولیت مدنی پزشک

نخواهد بود، به ویژه در مواردی که تقصیر پزشک سنگین بوده یا عدول از شیوه کتب مرجع در بدو امر متبادر به ذهن شود. در یک کلام، امید بستن به شرط برائت در قرارداد فی مابین از احتیاط به دور است و پزشک باید در فکر بیمه نمودن مسئولیت‌های مدنی خویش باشد تا بتواند با آسودگی خاطر به درمان و جراحی‌های ضروری و جایز بپردازد.

هرگاه پزشکان، قضات و یا وکلا بخواهند مفهوم ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی را که مقرر می‌دارد:

«هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان برائت حاصل نماید، عهده‌دار خسارات پدیدآمده نخواهد بود».

به طور صحیح بیابند باید برخلاف صریح ماده آن را این گونه قرائت

نمایند:

«هرچند طبیب قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او، حسب مورد، برائت حاصل نماید، باز هم عهده‌دار خسارات وارده خواهد بود مگر این که:

اولاً: رضایت مریض و در صورتی که مریض در این مقام نباشد، از ولی یا سرپرست او رضایت برای درمان یا جراحی را کسب کرده باشد یا از مواردی باشد که کسب رضایت لازم نباشد،

ثانیاً: بر اساس کتب پزشکی مرجع اقدام کرده و رعایت اصول مذکور در آن را نموده باشد،

ثالثاً: چنانچه در کتب مرجع دارو یا شیوه جراحی خاصی مطرح نشده

باشد بر اساس شیوه‌های معمول و مطابق با نظامات و علم روز پزشکی و با رعایت موازین علمی و فنی اقدام کرده باشد،
رابعاً: تجویز کتب مرجع مغایر با وضع و سوابق خاص بیمار که وی را درمان یا جراحی نموده نبوده باشد،
خامساً: براءت اخذ شده از بیمار از روی اضطرار و یا اکراه کسب نشده باشد،
سادساً: ثابت نماید که مرتکب هیچ‌گونه تقصیر و سهل‌انگاری دیگری در امر درمان و معالجه نیز نشده باشد،
سابعاً: دستور مصرف داروی مورد استفاده برای مریض را نداده و یا دستور صادره مورد تبعیت مریض قرار نگرفته و رابطه علیتی بین تلف یا نقص عضو بیمار با اقدامات وی وجود ندارد».