



«انتقال تعهد در ایران، انگلیس و اسناد بین‌المللی»

*** حسین جلالی *** دکتر سید عزت الله عراقی *** دکتر محمدرضا پیرهادی
*** دکتر بختیار عباسلو ***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۹/۲۱

چکیده

اصل بر این است که تعهدات ناشی از عقود همانند قراردادهای برخلاف حقوق ناشی از آن بدون تحصیل رضایت ذینفع تعهد قابل انتقال به دیگری نبوده و متعهد آزادانه نمی‌تواند اجرای تعهد استقرار یافته بر ذمه خویش را به شخص ثالث منتقل نماید. اصل مذکور صرفاً در تعهدات غیر پولی قابل اعمال بوده و تعهدات پولی استثنائی بر آن اصل تلقی می‌شود. هم‌چنین جانشینی ناقص و کامل متعهد جدید واجد آثار متفاوتی بوده و یکسان نمی‌باشد چرا که در جانشینی کامل، ذمه ناقل بری شده و منتقل‌الیه مکلف به ایفاء تعهدات قراردادی خواهد بود لیکن در جانشینی ناقص تا هنگامی که انتقال‌گیرنده تعهدات انتقال یافته را ایفاء ننماید، ذمه انتقال‌دهنده فراغت نخواهد یافت. در اسناد بین‌المللی مورد مطالعه (اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و طرح چارچوب مشترک مرجع) صرفاً انتقال ارادی تعهدات مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته و برخلاف حقوق ایران و انگلیس انتقال غیرارادی مورد تحلیل و بررسی واقع نگردیده است.

واژگان کلیدی: انتقال دهنده، انتقال گیرنده، واگذاری قرارداد، واگذاری تعهد

*** دانشجوی دکترای تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران.
*** استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
*** استادیار موعده گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
*** استادیار موعده گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

مقدمه

پزشک با یکی از مهم‌ترین سرمایه‌های انسان یعنی "جان انسان" سروکار دارد. در کلیه جوامع بشری پزشک در قبال فوت و صدمات جانی بیماران عهده دار مسئولیت مدنی می‌باشد. در برقراری مسئولیت مدنی وی دو امر باید مد نظر قرار گیرد؛ از طرفی پزشکی که فاقد تقصیر است ولی عمل او موجب خسارت بیمار شده است نباید مسئول شناخته شود؛ زیرا پزشکان باید به معالجه بیماران ترغیب و تشویق شوند، و اگر او را بدون تقصیر مسئول بدانیم از معالجه امتناع نموده و این امر به ضرر بیماران خواهد بود. از طرف دیگر پزشک باید تاوان تقصیر خود در معالجه و مداوای بیمار را بپردازد. در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲ تا حدی قانون‌گذار این امر را رعایت کرده است.

یکی از مواردی که پزشک فاقد تقصیر است وقتی است که حادثه زیان بار ناشی از نقش خود بیمار است. زیان‌دیده در مواردی، خود در حادثه زیان‌بار پزشکی نقش دارد. در بعضی موارد نقش او به گونه‌ای است که باعث قطع کامل رابطه سببیت شده که در این صورت پزشک فاقد مسئولیت است و گاهی ممکن است به طور مشترک در حادثه زیان‌بار دخالت داشته باشد که در این صورت ممکن است موجب تقلیل نسبی مسئولیت پزشک گردد. این در حالی است که، به موجب مواد ۵۲۶ و ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی جدید التصویب امکان تقسیم مسئولیت بین زیان‌دیده و فاعل فعل زیان‌بار به صورت نسبی در کلیه حوادث از جمله حوادث زیان‌بار پزشکی فراهم شده است. به نظر می‌رسد زیان‌دیده در این حوادث گاهی تحت عنوان سبب دخالت داشته باشد که اگر سبب قوی‌تر از مباشر باشد در این صورت پزشک فاقد مسئولیت و در صورتی که نقش آن دو یکسان باشد پزشک ضامن نیمی از خسارت و اگر نسبت تاثیر زیان‌دیده و پزشک متفاوت باشد هر یک به نسبت تاثیر مسئول خواهند بود. بنابراین با توجه به نحوه مداخله و نقش زیان‌دیده؛ لذا سعی شده موضوع از ابعاد مختلف مورد بررسی قرار گیرد.

با تصویب قانون مجازات اسلامی مشتمل بر ۷۲۸ ماده در جلسه مورخ اول اردیبهشت ماه یک هزار و سیصد و نود و دو کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی طبق اصل هشتاد و پنجم (۸۵) قانون اساسی تصویب گردید و پس از موافقت مجلس با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال در تاریخ ۹۲/۲/۱۱ به تأیید شورای نگهبان رسیده و در فصل دوم - ضمان دیه وفق ماده ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی که اشعار می‌دارد؛ "دیه حسب مورد حق شخصی مجنی‌علیه یا ولی دم است و احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان را دارد ذمه مرتکب جز با پرداخت دیه، مصالحه، ابرا و تهاتر، بری نمی‌گردد" با توجه به تصریح، به شمول احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان در خصوص دیه؛ اعتقاد این است که، بیش از پیش ضرورت کار تحقیقی و پژوهشی در این خصوص مطرح است؛ که نگارنده امیدوار است در حد توان، از عهده این مهم برآید، مضافاً این که علیرغم برخی پژوهش‌های موجود، همچنان نیازمند بررسی و مطالعه به نظر می‌رسد. در این تحقیق سعی شده است تحولات مسئولیت پزشکی در قانون جدید مجازات اسلامی، با تأکید بر نقش زیان‌دیده مورد بررسی قرار گیرد.

به طور کلی، شیوه‌ی تحقیق حاضر، کتابخانه‌ای و اسنادی و همچنین میدانی از حیث مراجعه به بیمارستان‌ها و دادسرای جرایم پزشکی و محاکم و کمیسیون‌های پزشکی می‌باشد و روش تجزیه و تحلیل داده‌ها نیز توصیفی و تحلیلی است. به هر حال، در این زمینه مسائلی مطرح می‌شود که قابل بحث است: آیا با توجه به سوابق تقنینی و مقررات قانون جدید مجازات اسلامی، در موردی که، تقصیر پزشک یا کادر درمانی و نقش زیان‌دیده - پس از بررسی‌های لازم - صد در صد قابلیت اثبات و قابلیت رد را مطلقاً ندارد؛ و از طرفی تقصیر و عدم تقصیر آن‌ها نیز به نوعی محتمل می‌باشد؛ راهکاری می‌تواند مورد پیشنهاد قرار گیرد، تا هم زیان‌دیده، مورد حمایت بیشتر قرار گیرد و هم پزشک و کادر درمانی، بلاجهت بدون اثبات تقصیر، محکومیت پیدا نکند؟ ۳- آیا نقش زیان‌دیده در مورد جراحی زیبایی غیر ضروری، پذیرش خطر،

۳۴.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و هفتم، پاییز ۱۳۹۶

رضایت و برایت نسبت به اقدامات جراحی، که اساساً جراحی پزشکی اطلاق نمی‌شود، واجد تأثیر و موجب معافیت یا کاهش مسؤولیت جراح اقدام کننده از حیث صدمات بدنی به زیان دیده می‌باشد یا خیر؟ ۴- آیا نقش زیان دیده نسبت به درمان‌گر از حیث عدم رضایت به اقدامات درمانی ضروری و مخالفت نسبت به آن می‌تواند مطرح باشد یا خیر؟ و اساساً تأثیر آن، نسبت به مسؤولیت مدنی فاعل فعل زیان‌بار چگونه می‌باشد؟ و برای پاسخ گویی به سؤالات فوق، به لحاظ ارتباط موضوعی و جنبه‌ی کاربردی آن، از ورود به مباحث کلیات مسؤولیت مدنی اجتناب شده؛ و مطالب این تحقیق مشتمل بر سه مبحث می‌باشد: مبحث اول، مسؤولیت مدنی ناشی از اقدامات پزشکی؛ مبحث دوم، نقش زیان دیده در صدمات بدنی ناشی از معالجات پزشک؛ مبحث سوم، نقش زیان دیده در صدمات بدنی ناشی از جراحی‌های زیبایی؛ مورد بررسی و بحث قرار گرفته است.

مبحث اول - مسؤولیت مدنی ناشی از اقدامات پزشکی

این مسؤولیت ناشی از فعل مستقیم و بلاواسطه زیان‌بار از حیث مباشرت؛ از جمله اقدامات جراحی‌های طبی و درمانی (هر چند فعل مثبت می‌تواند گاهی به طور مستقیم و گاهی به نحو غیرمستقیم (تسبیب) نیز مطرح باشد) است در چنین مواردی طبق قاعده کلی مسؤولیت مدنی از آنجا که زیان دیده می‌تواند سبب باشد و زیان زنده مباشر، تنها مباشر مسؤول است؛ زیرا اقوی از سبب است و ورود زیان عرفاً تنها به فعل او مستند می‌باشد (ماده ۳۳۲ ق.م). قانون مدنی و قانون مسؤولیت مدنی ۱۳۳۹ به قواعد عمومی مسؤولیت مدنی پرداخته و به طور خاص به مسؤولیت مدنی پزشک اشاره‌ای نشده؛ در حالی که بخشی از مواد قانون مجازات اسلامی به مسؤولیت پزشکی اختصاص داده شده است طبق بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا و سرپرستان با نمایندگان قانونی آن‌ها با رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود، جرم محسوب

نمی‌گردد، لذا فعل پزشک چه تقصیر آمیز باشد؛ یا نباشد؛ چنانچه اذن هم داشته باشد، می‌تواند دارای مسئولیت مدنی است و تأثیر اذن صرفاً در رفع مسئولیت کیفری می‌باشد.

در فرضی که پزشک مرتکب تقصیر نشده باشد؛ چنانچه برایت اخذ نماید، ضامن نخواهد بود. به عنوان مثال؛ اگر بیماری تحت عمل جراحی قرار گیرد پزشک و کادر درمانی نیز هیچ تقصیری مرتکب نشده باشند با این وجود بیمار فوت یا دچار نقص عضو شود، پزشک و کادر درمانی ضامن نخواهد بود؛ اما اگر فعل پزشک تقصیر آمیز (اعم از بی احتیاطی و بی‌مبالاتی) باشد، چنانچه برایت هم اخذ نموده باشد، همچنان ضامن خواهد بود و دارای مسئولیت مدنی است.

مقنن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، سعی کرده از نظریه مشهور فقهاء، آن هم به ظاهر تبعیت نماید و با قبول شرط عدم مسئولیت تحت عنوان برایت پزشکی، تبعات آن را از حیث نیاز بیماران به درمان و رعایت مصلحت جامعه کاهش دهد با توجه به مقررات مواد ۳۲۰، ۶۰، ۳۱۹ و ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ هر چند پزشک را مسئول خسارات ناشی از اقدامات درمانی دانسته است ولی در خصوص عدم تقصیر و عدم قصور پزشک تصریحی ندارد، این امر می‌تواند بدین معنا تلقی شود که طبق قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ نیز نمی‌توانستیم به سادگی نسبت به موضوع تقصیر و ضرورت اثبات آن برای تحقق مسئولیت پزشکی کاملاً بی‌اعتنا باشیم مضافاً این که یک دیدگاه تام و کلی بر همه مواد قانون مجازات اسلامی قبلی در پذیرش مسئولیت بدون تقصیر (ماده ۳۲۰ ق م اسلامی). حاکم نبود و شاید به همین جهت در رویه عملی مراجع قضایی برای اثبات مسئولیت پزشک در دعوی و شکایات؛ موضوع به لحاظ اظهار نظر تخصصی و فنی به کمیسیون‌های پزشکی (اعم از بدوی و تجدید نظر) ارجاع می‌گردید و عملاً مسئولیت پزشک را مبتنی بر اثبات تقصیر می‌دانستند.

این در حالی است که براساس تحولات قانون جدید مجازات اسلامی - مبنای

۳۶.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و هفتم، پاییز ۱۳۹۶

مسئولیت پزشکی، تقصیر مفروض Constructive fault (فعل یا ترک فعلی که قانوناً آثار تقصیر بر آن مترتب باشد)^۱ مورد پذیرش مقنن قرار گرفته و پزشک در خصوص خسارات ناشی از اقدامات درمانی و معالجاتی به عمل آمده مقصر فرض می‌شود اما چنانچه عدم تقصیر خود را در محاکم قضایی اثبات نماید ضامن نخواهد بود طبق ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب و تبصره ذیل آن؛ پزشک در معالجاتی که منجر به تلف و صدمه بدنی می‌شود، چنانچه مشمول هر یک از موارد مصرحه باشد ضامن دیه نیست:

۱. عمل مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی.
 ۲. اخذ برایت از بیمار قبل از معالجه و عدم ارتکاب تقصیر.
 ۳. اخذ برایت از ولی مریض قبل از معالجه و عدم ارتکاب تقصیر.
 ۴. بدون اخذ برایت و عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل.
- البته عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل و انطباق آن با مقررات پزشکی و موازین فنی جای بحث و تفسیر دارد:

در بادی امر دو کلمه "قصور" و "تقصیر" در کنار هم به کار رفته، که ظاهراً مترادف به نظر می‌رسند در حالی که استعمال کلمات مترادف در قانون نویسی منع شده است. قصور failure to perform a (neglect of this duty) inadequacy (legal or contractual) در لغت مصدر و به معنای عجز، کاستی، ناتوانی و تقصیر است و در فقه؛ ترک قانون الزامی بدون تسامح می‌باشد.

و "تقصیر" (negligence, fault) در لغت مصدر باب تفعیل از ریشه "قصر" به معنای کم کار کردن، کاستن، کاستی در میان آوردن و اهمال است و در فقه به هر گونه کم کاری در نگاهداری مال که مسئولیت آن را عرف، قانون و یا قرارداد بر عهده کسی گذاشته است تقصیر می‌گویند و فقیهان و حقوقدانان برای احراز این امر سه معیار

۱. هرمز رشديه، فرهنگ تشریحی - کاربردی حقوق، جلد دوم انتشارات نوربخش، چ اول ۱۳۹۰، ص

قانون، عرف، قرارداد و توافق را بیان کرده‌اند^۱ و در باب مسؤولیت مدنی اعم از تعدی و تفریط است چنانکه در ماده ۹۵۳ ق. م. آمده است پس تقصیر هم به فعل است و هم به ترک فعل، و ممکن است عمدی و غیر عمدی باشد مسؤولیت (ضمان) ناشی از تقصیر را مسؤولیت تقصیری گویند ولی در حقوق فرانسه مسؤولیت تقصیری مختص تقصیرات عمدی است که فاعل تقصیر، قصد ایراد ضرر دارد.^۲

مفهوم قصور پزشکی در اصطلاح حقوقی نیز ترک یک قانون الزامی توسط پزشک یا یکی از صاحبان حرف پزشکی، که در نتیجه اقدامات تشخیصی و درمانی آن موجبات خسارات جانی و مالی بیمار فراهم شود اطلاق می‌شود به عنوان مثال؛ یکی از مصادیق آن، اقدام به عمل جراحی بیمار بدون انجام آزمایشات اولیه که منجر به صدمه و خسارات به بیمار شده باشد.

آنچه می‌توان گفت واژگان تقصیر و قصور در قوانین ما تعریف نشده است شاید دلیل این امر وجود مصادیق فراوان آن باشد تا جایی که دادن تعریفی جامع و مانع به سادگی میسر نیست. با این وجود در ماده ۹۵۳ ق. م. تقصیر اعم از تفریط و تعدی و طبق تبصره ماده ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ تقصیر را اعم از بی احتیاطی، بی مبالاتی، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی تبیین نموده و طبق تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی جدید التصویب تقصیر اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی است؛ مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد، از مصادیق بی احتیاطی یا بی مبالاتی محسوب می‌شود و با نگاهی به قانون مجازات اسلامی جدید التصویب ۱۳۹۲، واژه‌ی تقصیر ۲۱ بار (ماده ۱۳؛ ماده ۱۲۵؛ ماده ۱۲۵؛ ماده ۱۴۲؛ ماده ۱۴۵ و تبصره‌ی آن، بند پ ماده ۲۹۱، تبصره ماده ۴۷۳، ماده

۱. مسعود انصاری، محمد علی طاهری، دانش‌نامه حقوق خصوصی، جلد سوم چاپ اول ۱۳۸۴، محراب فکر، ص ۱۵۴۶، ۱۰۴۳

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ سوم، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶

۳۸.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و هفتم، پاییز ۱۳۹۶

۴۸۵، ماده ۴۸۶، تبصره ۱ ماده ۴۹۵، ماده ۵۰۴، تبصره ۲ ماده ۵۱۴، ماده ۵۲۲ و تبصره آن، ماده ۵۲۹ و ماده ۵۳۷) و واژه "قصور" و واژه "تقصیر" توأمان ۲ بار (تبصره ۱ ماده ۴۹۵ و تبصره ۲ ماده ۵۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) آورده شده است، با توجه به مقررات یاد شده از جهاتی به نظر می‌رسد "قصور" دارای ماهیتی جداگانه و مستقل و در واقع؛ فعل یا ترک فعلی است که فاعل آن بدون توجه به نتایج آن عمل که عرفاً قابل پیش‌بینی بوده است آن کار را انجام داده و باعث ضرر، نقص عضو و فوت فرد دیگری شده است در حالی که تقصیر به خطای عمدی اطلاق می‌شود. و از طرفی دیگر "قصور" بخشی از "تقصیر" و رابطه این دو، عموم و خصوص مطلق برداشت می‌شود.

به نظر می‌رسد مقنن برای جلوگیری از برداشت و تفسیرهای متفاوت در خصوص تبصره ۱ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (مربوط به افراد و دستگاه‌های عهده دار مسئولیت اصلاح یا رفع آثار حوادث ناشی از علل قهری مانند سیل و زلزله) و تبصره ۲ ماده ۵۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (در مقوله عدم ضمان پزشک در صورت عدم قصور یا تقصیر در علم و عمل هر چند برای اخذ نکرده باشد) و شمول خطای غیر عمدی و عمدی نسبت به چنین مواردی - برای هر یک از واژگان "قصور" و "تقصیر" ماهیتی جداگانه و متفاوت قایل شده است؛ چرا که، اصل این است که مقنن رعایت اصول قانون نویسی را نموده و از استعمال کلمات مترادف و زاید نیز خودداری نموده است.

مقنن برخلاف قانون مجازات اسلامی سابق - در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آثار برایت را نیز تنزل داده است و چنانچه پزشک قصور یا تقصیر در علم و عمل نداشته باشد و یا عمل مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی انجام داده باشد، وجود برایت و یا عدم آن در ماهیت امر تأثیری ندارد و به نظر می‌رسد بار اثبات تقصیر، در صورت عدم وجود برایت بر عهده پزشک و در صورت اخذ برایت بر عهده بیمار یا اولیای دم متوفی خواهد بود.

طبق ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب، علاوه بر اقدامات جراحی پزشکان، چنانچه دستور پزشک به بیمار یا پرستار منجر به تلف یا صدمه بدنی شود، چنانچه قصور و تقصیری پزشک در علم و عمل مرتکب نشود، ضامن نخواهد بود. شاید بتوان در جمع بین‌ماده ۴۹۵ قانون جدید مجازات اسلامی و تبصره آن، چنین استدلال و استنباط نمود که: هر چند مطلق معالجات پزشک مطرح شده، اما به نظر می‌رسد طبق تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون جدید مجازات اسلامی که اشعار می‌دارد: "ولی بیمار اعم از ولی خاص است مانند پدر و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رئیس قوه قضاییه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه به اعطای برایت به طیب اقدام می‌نماید" و همچنین طبق ماده ۴۹۷ قانون جدید مجازات اسلامی - پزشک تنها در موارد ضروری که برای نجات مریض امکان تحصیل برایت ندارد ضامن تلف و صدمات وارده نیست و در سایر موارد اخذ برایت هم ضروری و ممکن می‌باشد بدیهی است معالجات بالمباشره پزشک با مواردی که با دستور پزشک حسب مورد به پرستار و یا بیمار انجام می‌گیرد متفاوت است و می‌بایستی قایل به تفصیل باشیم لذا به نظر می‌رسد ماده ۴۹۵ قانون جدید مجازات اسلامی ناظر به اقدامات جراحی اعم از تشخیصی و یا درمانی پزشک باشد بنابراین در صورت عدم ارتکاب قصور و تقصیر پزشکی، و تحصیل برایت پزشکی، مسؤولیتی متوجه وی نیست. اما تبصره ماده یاد شده، ناظر بر مواردی است که پزشک مع الواسطه و نه به مباشرت، اقدام به معالجه نموده و قصور و تقصیری نیز در علم و عمل نداشته در این شرایط مسؤولیتی متوجه پزشک نیست، هر چند برایت اخذ نشده باشد.

هر چند تبصره ۱ ماده ۴۹۵ قانون یاد شده، محوریت تقصیر پزشک و نقش ثانوی و کم رنگ اخذ برایت را نشان می‌دهد اما با ملحوظ نظر قرار دادن تبصره ۲ ماده ۴۹۶ و ماده ۴۹۷ قانون جدید مجازات اسلامی به نظر می‌رسد بجز موارد اورژانسی آن هم برای نجات مریض در سایر موارد، تحصیل برایت پزشکی در اقدامات درمانی، امری

۴۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و هفتم، پاییز ۱۳۹۶

ضروری است و آثار مهمی در تحقق مسؤلیت مدنی پزشک دارد.

طبق مواد ۲۶۹ الی ۲۷۱ و ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی سابق - فعل (رفتار مثبت) می‌تواند بر سه قسم عمدی، شبه عمدی و خطای محض باشد و طبق ماده ۲۸۹، ۲۹۰، ۲۹۱، ۲۹۲، ۲۹۳، و ۲۹۴ قانون جدید مجازات اسلامی نیز با همین مضمون آورده شده با این تفاوت که، به لحاظ اهمیت موضوع طبق ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب، ترک فعل نیز می‌تواند حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض تشخیص داده شود.

بر همین اساس در مسؤلیت مدنی پزشک و به طور کلی درمانگر از حیث ترک فعل (ترک وظیفه قانونی یا قراردادی خود) طبق ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب می‌تواند حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض محسوب شود. در نظام حقوقی ایران، شرط لازم برای مسؤلیت ناشی از ترک فعل، تقصیر است و در اکثر موارد، تقصیر زمانی محقق است که شخصی عهده‌دار وظیفه‌ای باشد چه قانونی و چه قراردادی و از انجام آن امتناع نماید؛ چرا که هر چند در متن ماده قانونی به وظیفه خاص قانونی تصریح شده، اما با توجه به نمونه مثال‌های آن؛ به نظر می‌رسد شامل وظایف قراردادی نیز می‌شود.^۱

طبق مقررات قانون مجازات اسلامی سابق - زمانی که تقصیری متوجه پزشک و درمان‌گر باشد اثری بر برایت تحصیل شده مترتب نبوده و پزشک را از مسؤلیت مبری نمی‌کند و از آن جا که در مفهوم تسبیب، تقصیر مستتر می‌باشد با توجه به اینکه ترک وظیفه، تقصیر محسوب می‌شود و مسؤلیت ناشی از ترک فعل در اعمال پزشکی همواره به عنوان تقصیر می‌تواند مطرح باشد لذا اخذ برایت تأثیری در مسؤلیت ناشی از ترک فعل نمی‌تواند داشته باشد.

این در حالی است که طبق ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی جدید نیز ترک وظیفه

۱. دکتر بختیار عباسلو، مسؤلیت مدنی (با نگرش تطبیقی)، ج ۱، نشر میزان، ص ۱۵۲.

قانونی پزشک؛ علاوه بر مسؤولیت مدنی دارای مسؤولیت کیفری حسب مورد عمدی، شبه عمدی می‌باشد.

مبحث دوم- نقش زیان‌دیده در صدمات بدنی ناشی از معالجات

پزشکی

با توجه به تصریح ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) چنانچه پزشک در این خصوص برایت نیز اخذ نموده باشد، تأثیری در رفع مسؤولیت وی ندارد چرا که، برایت زمانی رافع مسؤولیت پزشک است که پزشک مرتکب قصور و یا تقصیری نشده باشد و الاً برایت اثری ندارد، به جهت فراوانی و تنوع نقش زیان‌دیده (بیمار) نسبت به مسؤولیت پزشک در صدمات بدنی، ذیلاً برخی از مصادیق کاربردی آن آورده شده است:

۱- در صورتی که بیمار نسبت به درمانش اعلام مخالفت می‌کند، آیا پزشک یا مرکز درمانی بنا به تکلیف معالجه به نجات بیمار باید به خواست بیمار احترام گذارد یا نه؟ اگر پزشک یا مرکز درمانی بنا به خواست و اراده بیمار و درمان و معالجه را نسبت به وی انجام ندهد و منجر به صدمات بدنی و احیاناً فوت وی گردد، نقش بیمار چگونه خواهد بود؟ به نظر می‌رسد از آنجا که انسان، مالک بدن خود نیست و تنها نسبت به آن حق اختصاص (انتفاع معقول و متعارف) از بدن را دارد و بر اساس آیه شریفه "لا تلتقلوا بایدیکم الی التهلکه" (سوره: البقره آیه: ۱۹۵) انسان حق خودکشی ندارد، خودکشی می‌تواند به دو شکل تحقق یابد، خودکشی فعال و خودکشی منفعل، خودکشی فعال، مانند آن که؛ کسی رگ خود را بزند و بر اثر خون ریزی فوت شود. خودکشی منفعل، مانند آن که؛ کسی پس از برخورد دستش با جسمی برنده دچار خونریزی گردد و با وجود توانایی، خونریزی را متوقف نکند و بر اثر شوک حاصل از کاهش سریع حجم خون فوت نماید. از آنجا که درخواست بیمار نسبت به عدم درمان و رها کردن وی تا حد مرگ، نوعی خودکشی منفعل محسوب می‌شود، پس می‌توان گفت بیمار، حق

امتناع از درمان ندارد. حال اگر بیماری که به مرکز درمانی و پزشک مراجعه کرده دچار بیماری است که در صورت عدم بستری، منجر به فوت وی خواهد شد، آیا پزشک حق و یا حتی تکلیف دارد وی را اجباراً در همان محل مطب یا مرکز درمانی نگاه دارد و جلوی خروجش را بگیرد تا به این وسیله نجات دهنده جانش باشد؟ پر واضح است که چنین امری برای پزشک تکلیف "مالا یطاق" خواهد بود. مضافاً این که وقتی بیمار همکاری نمی‌کند، چون لازمه درمان حداقل همکاری دو سویه پزشک و بیمار است، در این فرض رابطه یک سو با وجود مخالفت بیمار فرآیند درمانی را بی‌تاثیر خواهد نمود؛ لذا به نظر می‌رسد تکلیف پزشک تنها تفهیم آثار و عوارض امتناع بیمار از پذیرش درمان آن هم به نحو مستند حسب مورد در حضور شهود و همراهان بیمار باشد. اما مواردی ممکن است پیش آید که اعلام مخالفت بیمار با درمان قبل از بیهوشی و وخامت حال وی بوده و در چنین مواردی پزشک بدون اعتناء به مخالفت بیمار، باید اقدام به معالجه وی نماید.

در فرض اول هم اعلام اراده بیمار و ترک درمان موثر نیست اما به لحاظ این که امکان درمان بدون هماهنگی و همکاری بیمار میسر نمی‌باشد چاره‌ای جز تفهیم آثار و عوارض امتناع وی از پذیرش درمان وجود ندارد، با وجود این که اذن تجویز یک فعل یا ترک فعل است (تجویز نقض یک تکلیف و یا تعهد مثبت یا منفی) و در امور عدمی نیز مصداق می‌تواند داشته باشد اما به نظر می‌رسد در اغلب موارد اذن به امر ایجابی (مثبت) داده می‌شود تا به امر عدمی (منفی)؛ و غالباً اذن ناظر بر افعال مثبت است.

نکته دیگری که می‌تواند مطرح باشد، شرایط ابراز اراده است، به عنوان مثال؛ زمانی که فردی بیهوش، در معرض مرگ قرار دارد، چنانچه قبل از چنین حالاتی درخواست انجام نشدن معالجه را داده باشد، شرایطی که در آن اراده ابراز شده با شرایط و وضعیت حاد فعلی متفاوت شده است؛ لذا مانع از استصحاب درخواست قبلی نسبت به زمان فعلی می‌شود و پزشک مکلف است به معالجه بیمار بیهوش شده اقدام نماید و عدم درخواست معالجه از ناحیه بیمار اعتبار و ارزش قانونی ندارد و چنانچه پزشک از

معالجه خودداری نماید، مسؤول است.

۲- ممکن است فردی به جهت شکستگی دست به پزشک متخصص (ارتوپد) مراجعه کند و پس از اقدامات تشخیصی و درمانی لازمه؛ نسبت به گچ‌گیری دست و عضو شکسته بیمار اقدام شود، و گچ‌گیری از عضو شکسته به نحو صحیح انجام نگیرد، اما پزشک به بیمار تفهیم می‌کند که چنان چه علائم خاصی از جمله گزگز کردن، بی‌حسی، تغییررنگ ایجاد شد، سریعاً مراجعه کند؛ اما بیمار بدون توجه به چنین علائمی از مراجعه خودداری می‌ورزد و از بین رفتن نسوج بافتی و قطع عضو می‌شود؛ در اینجا زیان دیده به جهت عدم توجه به هشدار پزشک متخصص مراجعه نموده است و مرتکب تقصیر نسبت به خود شده است، اما از طرفی گچ‌گیری صحیح نبوده است، پزشک متخصص باید پس از گچ‌گیری مدت مناسبی بیمار را تحت نظر قرار می‌داد و صرف توصیه به مراجعه، رافع مسؤولیت پزشک نمی‌باشد. و در این جا زیان دیده (بیمار) می‌تواند نسبت به مطالبه تمامی خسارات وارده علیه پزشک اقدام نماید.

۳- پزشک متخصص (زنان و زایمان) برای مادری که دوقلو باردار می‌باشد به میزان دو برابر قرص آهن تجویز می‌نماید؛ اما مادر از خوردن قرص آهن خودداری می‌کند نهایتاً با کم‌خونی شدید مواجه می‌شود و به حیات مادر و جنین صدمه می‌زند در صورت اثبات عدم توجه مادر به توصیه پزشک و در عین حال در صورت اثبات و احراز تفهیم موضوع از ناحیه پزشک متخصص به تبعات عدم اجرای دستور (خوردن قرص آهن) و سایر مراقبت‌های لازمه، مسؤولیت متوجه پزشک نمی‌باشد.

۴- در مورد مادر باردار مبتلا به دیابت وابسته به انسولین که بر خلاف دستور پزشک و تفهیم خطرات و تبعات ناشی از آن - از تزریق به موقع انسولین خود خودداری می‌نماید. در چنین وضعیتی مسؤولیت متوجه پزشک نمی‌باشد.

۵- در مقوله پزشکی به مواردی برخورد می‌کنیم که اساساً پزشک و کادر درمانی را نمی‌توان مسؤول دانست، مثلاً؛ در موارد کنترل بارداری (در انتهای بارداری) کلیه علائم خطر برای مراجعه توضیح داده می‌شود که در صورت درد، کاهش حرکت جنین

۴۴.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و هفتم، پاییز ۱۳۹۶

مراجعه نماید (به شکل اورژانسی و بدون تأخیر) اما مادر پس از گذشت زمان زیادی با وخامت شدید به بیمارستان آورده می‌شود. در واقع کار از کار گذشته است و کاری از دست پزشکان و کادر درمانی بر نمی‌آید در اینجا می‌توان گفت مسؤلیتی متوجه پزشک نمی‌باشد.

۶- در زمان ترخیص، مادری که زایمان کرده آموزش‌های لازم داده می‌شود؛ مثلاً، چنانچه نوزاد تا ۴۸ ساعت بعد، اجابت مزاج و دفع مدفوع نداشت؛ سریعاً به نحو اورژانسی مراجعه شود. ولی والدین نوزاد بدون توجه به این توصیه مهم و مؤکد از آوردن نوزاد به بیمارستان خودداری می‌کنند البته در اینجا باید در نظر بگیریم چنانچه از وضعیت و سلامت دستگاه گوارش بیمار مطمئن نیستیم حتماً مدتی قابل قبول بیمار و نوزاد وی تحت نظر بماند؛ و پزشک نباید به جای تحت نظر قرار دادن بیمار به یک توصیه اکتفا نماید بنابراین، در چنین مواردی پزشک مسؤل است.

۷- در برخی از موارد پزشک و درمانگر باید به گفته و اظهارات بیمار اعتماد کنند و بر اساس آن تصمیم بگیرد، به عنوان مثال؛ زمانی که درطول بارداری - کاهش حرکات جنین وجود دارد و در حین گرفتن نوار قلب جنین، از بیمار (مادر) خواسته می‌شود با احساس حرکت جنین " مارکر " (نشانگر) حرکت جنین را، فشار دهد ولی علیرغم تفهیم موضوع و آگاهی دادن از تبعات آن - به رغم این که حرکت جنین وجود دارد، اما، مادر حرکت جنین را با فشار دادن مارکر حرکت جنین - اعلام نمی‌کند و نهایتاً به علت عدم اعلام به موقع حرکت واقعی جنین توسط مادر، به ناچار ختم بارداری نابهنگام و زودرس برای نجات جنین نارس اعلام می‌شود و با این اقدام جنین صدمه می‌بیند، در این مورد، به نظر می‌رسد، چنانچه مادر تعمداً با توجه به تبعات و خطرات و صدمات بدنی به جنین حرکت جنین را اظهار نکند، مسؤلیت متوجه وی می‌باشد؛ اما به نظر می‌رسد، با انجام سونوگرافی و سایر اقدامات تشخیصی، ارزیابی حرکت جنین امکان‌پذیر باشد. البته این اظهار نظر فنی و تخصصی است و باید کارشناسان مربوطه اظهار نظر نمایند.

۸- بیماری در اتاق زایمان، تحریک زایمانی می‌شود و سرم حاوی داروی تخصصی به بیمار وصل است و با وجود اینکه خطرات و عوارض افزایش سرم برای بیمار توضیح داده می‌شود اما بیمار با دستکاری قطرات سرم و افزایش میزان آن - منجر به افت ضربان جنین و گاهی مرگ جنین و یا خونریزی‌های شدید مادر بعد از زایمان می‌گردد؛ که در این مورد به خصوص و با توجه به آثار و تبعات و حساسیت امر به نظر می‌رسد کادر درمانی باید علاوه بر توصیه به عدم دستکاری قطرات سرم و تفهیم عواقب و خطرات آن برای بیمار - با حضور مستمر بالای تخت بیمار و یا استفاده از تجهیزات کنترل شده (مثلاً میکروست‌های مخصوص) از وقوع چنین موارد خودداری بشود. بنابراین، چنانچه مادر در این مورد تعمداً اقدام نماید و منجر به مرگ جنین شود، مسئولیت متوجه پزشک و کادر درمانی نخواهد بود.

۹- در مواردی که بیمار بعد از عمل جراحی و دریافت آنتی‌بیوتیک‌های تزریقی با توصیه و دستور پزشک معالج به تجویز داروهای آنتی‌بیوتیک برای کنترل عفونت ترخیص می‌گردد اما بیمار بدون توجه به این امر از خوردن داروهای آنتی‌بیوتیک خوراکی یا احیاناً عضلانی خودداری می‌کند؛ چنانچه عواقب و عوارض آن به بیمار تفهیم شده باشد و دوره‌ی تزریق آنتی‌بیوتیک خود را نیز در مراکز درمانی دریافت نموده باشد، به نظر می‌رسد مسئولیتی متوجه بیمارستان و پزشک نباشد.

۱۰- چنانچه زیان دیده با داشتن علائم سکته قلبی و وضعیت اورژانسی - مرکز درمانی یا مطب پزشک را پس از مراجعه بدون توجه به توصیه پزشک و کادر درمانی ترک کند و منجر به آسیب و صدمات بدنی و فوت گردد، خود اقدام به زیان و صدمه بدنی نموده است و مسئولیتی متوجه پزشک و کادر مرکز درمانی نخواهد بود. اما نکته مهم این است که بیمار حق اطلاع از تشخیص نوع بیماری، انتخاب شیوه درمان و بیان منافع و خطرات معالجه را و حق برگزیدن یکی از اطباء متخصص و یکی از شیوه‌های گوناگون درمانی را دارا می‌باشد، اما باید آگاهی‌های لازمه از هر حیث به بیمار با توجه به وضعیت و شرایط وی داده و در جهت اثبات آن مستند سازی شود؛ لذا چنان چه

احراز گردد که آگاهی‌های لازم و در خور فهم به بیمار و همراهان وی داده نشده است و اقدام بیمار به ترک بیمارستان و عدم ادامه فرآیند درمانی وی ناشی از عدم آگاهی کافی بوده است، زیان دیده حق مطالبه کلیه خسارات وارده را خواهد داشت.^۱

۱۱- با توجه به این که جراحان از شب قبل از عمل جراحی دستور (ناشتا بودن) بیمار را در پرونده وی درج می‌کنند و تابلویی نیز بالای سر تخت بیمار گذاشته می‌شود؛ چنانچه آگاهی‌های لازم از هر حیث و در خصوص ضرورت ناشتا بودن و تبعات آن - به بیمار داده شده باشد و بیمار عمداً ناشتا نماند، و در اتاق عمل دچار آسپیراسیون (برگشتن غذا به داخل دستگاه تنفسی) شود و این امر به رغم تلاش تیم پزشکی منجر به فوت بیمار گردد، مسئولیتی متوجه کادر درمانی و پزشکان معالج نخواهد بود.

اما بدیهی به نظر می‌رسد اگر آگاهی لازم مستند نشده باشد و با توجه به وضعیت و شرایط بیمار به وی تفهیم نشده باشد، و بیمار از تبعات و خطرات عدم رعایت توصیه پزشک آگاهی نداشته باشد و بیمار ناشتا نماند و در اتاق عمل دچار آسپیراسیون و نهایتاً مرگ شود، جراح و تیم جراحی درمانی حسب مورد مسؤول جبران کلیه خسارات وارده خواهند بود. نکته دیگر اینکه صرف اعلام دستور پزشک بر ناشتا بودن بیمار رافع مسؤولیت پزشک و کادر درمانی نمی‌باشد؛ بلکه باید اهمیت و ضرورت آن در حد متعارف و در خور فهم بیمار و همراهان وی توضیح داده شود.

مبحث سوم - نقش زیان‌دیده در صدمات بدنی ناشی از جراحی‌های

زیبایی

اساساً از آنجا که اعضا و جوارح و جان انسان‌ها موهبت الهی است، انسان حق ندارد که به اعضا و جوارح و جان خود تحت هر عنوانی صدمه و آسیب برساند. درمان

۱. محمود عباسی، مجموعه مقالات حقوق پزشکی جلد ششم مثال اول - انتشارات حقوقی چ اول بهار ۱۳۸۳ صص ۱۱-۱۲

و اقدامات پزشکی در راستای حفظ و ارتقای سلامت انسان مورد تجویز و شرط عدم مسؤولیت و یا اخذ برایت در خصوص امر پزشکی نیز به همین مناسبت مورد پذیرش قرار گرفته است که البته برایت زمانی محقق است که مقررات پزشکی و موازین فنی از ناحیه درمانگر انجام شده باشد و تقصیری مورد ارتکاب قرار نگرفته باشد و الا در صورت وجود تقصیر، اثری بر برایت مبنی بر رفع مسؤولیت درمان گر مترتب نمی‌باشد. مضافاً این که ماده ۴۵۹ قانون مجازات اسلامی به واژه‌ی «معالجات» تصریح دارد که البته در خصوص جراحی‌های زیبایی که نسبت به اشخاص در جهت ترمیم و اعاده وضع به سابق مطرح می‌باشد، نیز مصداق پیدا می‌کند.

قبل از ورود به این مقوله باید تعریف بیماری^۱ را دانست؛ در حقیقت بیماری نقطه مقابل سلامتی است و اختلال در اندام‌ها، یا فعالیت‌های بدن همین‌طور فعالیت‌های جسمانی، روانی و اجتماعی به نحوی که همراه با علائم و نشانه‌های بالینی یا تحت بالینی باشد. ممکن است برای فردی از طریق غربالگری تشخیص سرطان داده شود در حالی که هیچگونه علائمی ندارد در این جا بدون اظهار هیچگونه ناراحتی این فرد مبتلا به بیماری است و بالعکس ممکن است فرد علائمی را اظهار کند ولی در بررسی‌های بیشتر مشخص شود که هیچگونه عارضه‌ای ندارد (کسالت)؛^۲ بالاخره ممکن است فردی، علائمی را اظهار کند و بعد از تجسس بیشتر مثلاً انجام آزمایشات، بیماری وی ثابت شود.

در واقع بیماری نتیجه اختلال در سطح سلولی است که به صورت اختلالات بیوشیمیایی، فیزیولوژیک و گاهی اوقات تغییرات، آناتومیک در فرد، ظهور می‌کند، علت زیست پزشکی بیماری در قالب آسیب‌شناسی و عملکرد در دستگاه‌های بدن مانند شکستگی استخوان ران، سرطان، تالاسمی، بیماری دیابت خود را نشان می‌دهد و احساس بیماری یا کسالت تجربه ذهنی در مورد ناخوش بودن انسان است. این

۱. Disease

۲. Illness

احساس نقطه مقابل تعریف سلامت است و احساس ناخوش بودن و ناتوانی در انجام اعمال عادی و روزمره تجربه منحصر به فرد خود شخص است.^۱ گاه بیماری وجود دارد ولی احساس بیماری در فرد وجود ندارد؛ مانند فشار خون و گاهی بدون وجود بیماری، فرد احساس کسالت و بیماری می‌نماید. اختلالات روانی، اجتماعی و خانواده می‌تواند بدون وجود اشکال جسمی خاص احساس بیماری در فرد به وجود آورد.

با توجه به تعاریف و توضیحات یاد شده، بیماری به معنای خاص مورد نظر می‌باشد، نه احساس بیماری. بدیهی است که همه جراحی‌ها عوارضی دارند، و ساده‌ترین عارضه عمل جراحی، برش پوست است. داروهای بیهوشی ممکن است در طول عمل مشکل‌آفرین شود جان بیمار را به خطر اندازد. حتی ممکن است، نتیجه عمل در اثر عفونتی ساده تغییر کند. در جراحی‌های زیبایی، غیر ضروری با وجود این که فرد از هر جهت سالم و متعارف است؛ ولی قصد دارد تغییری در ظاهر خود ایجاد کند و تصور می‌کند این تغییرات سبب بهبود کیفیت زندگی او می‌شود. به خاطر همین، به چنین فردی بیمار گفته نمی‌شود، بلکه به او، مراجعه کننده گفته می‌شود. اساساً جراحی پلاستیک که از رشته‌های پیچیده علم پزشکی است که در جای خود می‌تواند معایب ظاهری ناشی از تصادفات یا سوانح سوختگی افراد را بر طرف نماید. امروزه مردم این جراحی را تحت عنوان «جراحی زیبایی» می‌شناسد که البته واژه‌ی صحیحی در علم پزشکی نمی‌باشد.

جراحی‌های ترمیمی و پلاستیک که در راستای ترمیم سوختگی‌های اعضای بدن انجام می‌پذیرد، به لحاظ اطلاق "بیماری" به آن، در مقوله پزشکی قرار می‌گیرد؛ و در این موارد، تحصیل برایت و رضایت بیمار، دارای تأثیر بوده و نسبت به او قاعده اقدام

۱. سوسن پارسایی، کتاب جامع بهداشت عمومی، دانشگاه علوم پزشکی بهزیستی بخش پزشکی اجتماعی، فصل ۱۴، صفحه ۱۴۷.

جاری است. اما در جراحی زیبایی غیر ضروری که متأسفانه در جوامع رو به فزونی است و حتی برخی جراحان ترمیمی نیز با استفاده از تبلیغات تجارت گونه احساس نیاز کاذب به انجام آن را در افراد جامعه دامن می‌زنند صرف‌نظر از مشروع تلقی شدن یا نشدن آن از ناحیه شرعی - از آنجا که فرد مراجعه کننده برای عمل جراحی زیبایی غیر ضروری - بیمار تلقی نمی‌شود، اساساً رضایت و برایت تحصیل شده از ناحیه جراح پلاستیک - که صرفاً در مقوله معالجات و درمان بیماران دارای اثر می‌باشد در چنین اقداماتی فاقد اثر می‌باشد و جراح پلاستیک اقدام کننده، با توجه به صدمات بدنی اجتناب‌ناپذیر آن نیز دارای مسئولیت مدنی می‌باشد؛ به همین جهت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و همچنین ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب (۱۳۹۲) که اشعار می‌دارد «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد.....» واژه‌ی «معالجاتی» حکایت صریح بر این امر دارد که؛ پزشک باید اقداماتش در حوزه معالجه و درمان بیمار باشد. در حالی که فرد مراجعه کننده، الزاماً بیمار تلقی نمی‌شود و نیاز به معالجه ندارد تا تحت معالجه طبی یا جراحی قرار گیرد. ممکن است برخی در دفاع از جراحی غیر ضروری، وجود احساس رضایت را قابل طرح بدانند و این که، مراجعه کننده با اقدام به عمل جراحی زیبایی و تغییر در عضو خود (هر چند قبلاً از هر حیث متعارف و متناسب بوده باشد) احساس رضایت بیشتری خواهد کرد و برای رسیدن به این احساس رضایت بخش، می‌تواند موضوع جراحی زیبایی غیر ضروری توجیه شود.

اما به نظر می‌رسد فردی با اعضای متناسب و متعارف که صرفاً برای تغییر داد ظاهر خود، انجام عمل جراحی زیبایی را از جراح، درخواست می‌کند؛ می‌تواند با انجام مشاوره‌های تخصصی نسبت به رفع مشکل در حوزه‌ی تخصصی روانپزشکی و روانشناسی مربوطه اقدام نماید؛ بنابراین، چنانچه طبق بند ج ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی جدید که اشعار می‌دارد: «هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و

نظامات دولتی انجام می‌شود....» به فرض مشروع تلقی نمودن آن و منتفی بودن مسئولیت کیفری اقدام کننده (جراح)، به لحاظ رضایت و اذن درخواست کننده (که البته محل بحث می‌باشد)؛ قطعاً از حیث جنبه مسئولیت مدنی - جراح پلاستیک، با توجه به صدمات بدنی ایجاد شده، دارای مسئولیت بوده و آثاری بر برایت و رضایت وی به لحاظ عدم اطلاق بیمار به زیان دیده، مترتب نبوده و قاعده اقدام نیز نسبت به آن جاری نیست و جبران خسارات وارده از جراح پلاستیک در محاکم قضایی قابل مطالبه می‌باشد، حتی اگر جراح پلاستیک، تقصیری مرتکب نشده باشد.

فردی که رضایت به جراحی زیبایی در چنین مواردی می‌دهد وضعیت ظاهریش را نمی‌تواند بپذیرد و تصور می‌کند، چنانچه وضعیت ظاهرش را مطابق نظرش تغییر دهد وضع روحی و روانی وی بهبود می‌یابد این استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد چرا که چنین شخصی باید جهت درمان به روان پزشک مراجعه نماید و مورد معالجه قرار گیرد نه اینکه، رضایت به جراحی زیبایی غیرضروری و حتی مضر بدهد برای اینکه، چنین شخصی که شرایط متناسب و متعارف فعلی خود را نمی‌پذیرد قطعاً تغییرات سلیقه‌ای وی، پایانی نداشته و ممکن است شرایط پس از عمل جراحی نیز که تبعات و عواقب در خور توجهی بر آن مترتب می‌باشد؛ مورد قبول وی نباشد.

بنابراین درخواست از جراح زیبایی برای انجام جراحی زیبایی غیرضروری به جهت این که جان و اعضای انسان موهبتی الهی است و انسان مالکیتی نسبت به آن ندارد مضافاً این که انسان از به هلاکت افکندن خود منع شده به حکم آیه شریفه: لا تقتلوا انفسکم (سوره: النساء آیه: ۲۹) به هیچ وجه نمی‌توان چنین رضایتی را مجوز چنین اقدامی برای جراح تلقی نمود و قاعده اقدام در این خصوص جاری نیست و مسئولیت کیفری و مدنی پزشک حسب مورد محقق خواهد بود.

لذا با توجه به اصل چهارم قانون اساسی و مقررات قانون جدید مجازات اسلامی، رضایت و اجازه قبلی مجنی علیه، رافع مسئولیت کیفری به شمار نیامده و چنین اقدامی را جایز نمی‌داند؛ بنابراین علاوه بر حکم تکلیفی حرمت چنین اقدامی، از حیث حکم

وضعی، رافع مسؤولیت فاعل فعل زیان‌بار نمی‌باشد؛ مگر اینکه زیان دیده، جراح را به چنین اقدامی مجبور نماید که البته در غیر قتل، رافع مسؤولیت وی بوده و چون قاعده اقدام جاری است، مسؤولیت مدنی هم نخواهد داشت.

نتیجه گیری

با توجه به تصویب قانون جدید مجازات اسلامی مصوب (۱۳۹۲)، نقش زیان دیده، دچار تغییراتی شده و مسؤولیت مدنی کادر درمانی اعم از پزشک متحول گردیده است بر خلاف نظریه مشهور فقها که در قانون مجازات اسلامی مصوب (۱۳۷۵) ظاهراً، مسؤولیت محض و بدون تقصیر پزشک مطرح و ملاک عمل بوده _ قانون جدید مجازات اسلامی اخیر التصویب از حیث اینکه، مسؤولیت پزشکی را مبنی بر تقصیر پزشک می‌داند، با کمی تغییر از حیث بار اثبات - از نظریه غیر مشهور فقها از جمله؛ ابن ادریس حلی مربوط به ده قرن پیش تبعیت نموده است و اساساً نظریات فقهی با توجه به مقتضیات زمان و مکان و شرایط آن در جهت پویایی چنین اقتضایی می‌تواند داشته باشد؛ بنابر این بر اساس قانون مذکور اگر پزشک مرتکب قصور یا تقصیر نشود، هر چند اخذ برایت نیز ننموده باشد، یک فرض قابل تصور این که، حادثه زیان‌بار ناشی از نقش خود زیان دیده است و پزشک مسؤول نمی‌باشد؛ هر چند عدم تقصیر پزشک نمی‌تواند لزوماً و ضرورتاً تقصیر زیان دیده و به طور کلی نقش وی را استنتاج کرد و ملازمه‌ی عقلی میان این دو وجود ندارد و حالت سوّم یعنی مقصر نبودن هیچ کس نیز می‌تواند مطرح باشد.

آنچه در حوزه‌های پزشکی در مورد نقش زیان دیده نسبت به مسؤولیت مدنی پزشک می‌تواند مطرح باشد، هنگامی است که، با وجود بررسی‌های فراوان، به عنوان مثال؛ با توجه راه‌های متعدد انتقال بیماری هپاتیت و ایدز، بعد از اقدامات دندان پزشکی و یا جراحی در مراکز درمانی و سایر اقدامات خود بیمار (زیان دیده) و ابتلا به بیماری، دمع الوصف با بررسی‌های کارشناسی و فنی نیز نمی‌توانیم پزشک یا کادر

درمانی و خود بیمار را با ادله کافی مقصر بدانیم و یا بدون تقصیر بدانیم و اساساً قابلیت اثبات و قابلیت رد را نسبت به زیان‌دیده و فاعل فعل زیان‌بار ندارد و تقصیر و عدم تقصیر آن‌ها نیز به نوعی محتمل می‌باشد بنابراین پیشنهاد می‌شود با الهام از سوابق تقنینی و مقررات موضوعه به خصوص ماده ۴ "قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن" و ماده ۲۶ و تبصره ماده ۸ "قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرایم رانندگی" و وضع قانون بیمه اجباری مسئولیت پزشکان، به جهت ویژگی و ضرورت امر طبابت و حمایت بیشتر از زیان‌دیده، بدون اینکه نیاز به محکومیت پزشک و کادر درمانی باشد؛ بر خلاف قواعد عام بیمه و اصل تبعی بودن بیمه مسئولیت مدنی _ امکان استفاده از بیمه مسئولیت حرفه‌ای در جهت جبران خسارات وارده از حیث صدمات بدنی به زیان‌دیده میسر گردد. و با وضع این مقررات در آتی، از یک سو، هم خسارات زیان‌دیده جبران خواهد شد و از سوی دیگر، هم با شک و تردید، محکومیتی بدون اثبات تقصیر، متوجه پزشک نخواهد شد و انگیزه معالجه و اقدامات جراحی و درمانی از اظبا گرفته نمی‌شود.

قانون جدید مجازات اسلامی اخیر التصویب، مسئولیت مدنی پزشک را مبتنی بر تقصیر می‌داند، با این تفاوت که، تقصیر پزشک مفروض دانسته شده و خلاف آن قابل اثبات است البته بار اثبات عدم تقصیر متوجه پزشک است؛ اما اگر پزشک برای اخذ کرده باشد ظاهراً اثبات تقصیر وی متوجه زیان‌دیده است؛ به همین لحاظ از قوانین مترقی در این زمینه به نظر می‌رسد، چرا که؛ پزشک، هم جرأت و شهامت معالجه و اقدامات جراحی طبی و اقدام به درمان بیماری‌های سخت و صعب‌العلاج را پیدا می‌نماید و باعث پیشرفت علم پزشکی می‌شود و از طرفی همچنین بار اثبات عدم تقصیر را متوجه پزشک نموده و زیان‌دیده در خصوص صدمات بدنی مجبور به اثبات تقصیر پزشک نمی‌باشد و زیان‌دیده نیاز به اثبات تقصیر را نخواهد داشت. در نظام حقوقی مسئولیت مدنی در مقوله تعدد اسباب - میزان تاثیر در توزیع مسئولیت ملاک عمل می‌باشد، در صورت عدم امکان ارزیابی میزان تاثیر هر یک از اسباب فرض تساوی، می‌تواند ملاک عمل قرار گیرد؛ تا به صرف عدم امکان ارزیابی میزان تاثیر هر

یک از اسباب، در بروز صدمات بدنی _ موجب اطاله دادرسی و یا عدم صدور به موقع احکام نگردد.

رضایت زیان‌دیده در فرض مقصر نبودن پزشک و مشروع بودن عمل، از مصادیق اقدام می‌تواند تلقی شود گرچه در قانون به آن تصریح نشده باشد؛ اما نقش زیان‌دیده در خصوص صدمات بدنی در مورد جراحی زیبایی غیر ضروری، از حیث پذیرش ریسک و رضایت زیان‌دیده به اقدامات جراحی، که اساساً جراحی پزشکی اطلاق نمی‌شود، از مصادیق اقدام نمی‌تواند محسوب گردد و تاثیری در معافیت یا کاهش مسؤلیت جراح اقدام‌کننده، از حیث جبران خسارات وارده نخواهد داشت (با این وجود هنوز هم محل اختلاف است).

منابع و مأخذ

الف - منابع حقوقی فارسی

۱. اداره وحدت رویه دیوانعالی کشور، مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور سال، چاپ دوم، نشر دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور. ۱۳۸۳
۲. امامی رضوی، سیدحسن، آشنایی با مبانی حاکمیت بالینی، چاپ سوم، نشر تندیس. ۱۳۹۰
۳. انصاری مسعود، دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، انتشارات محراب فکر. ۱۳۸۴
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هفتم، کتابخانه گنج دانش. ۱۳۷۴
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش. ۱۳۸۶
۶. دمیرچی، محمد، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهارم، میثاق عدالت. ۱۳۷۹
۷. رشدیه، هرمز، فرهنگ تشریحی - کاربردی حقوق (فارسی - انگلیسی)، چاپ اول، تهران، انتشارات نوربخش. ۱۳۹۰
۸. سماواتی، حشمت‌اله، خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی، چاپ چهارم، تهران، ناشر خط سوم. ۱۳۹۰
۹. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب‌الله، مسؤلیت مدنی، انتشارات سمت. ۱۳۹۰
۱۰. عباسلو، بختیار، مسؤلیت مدنی (با نگرش تطبیقی)، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱
۱۱. عباسی، محمود، نقش رضایت در پژوهش‌های علوم پزشکی، تهران، انتشارات حقوقی. ۱۳۸۴
۱۲. عباسی، محمود، تحولات مسؤلیت پزشکی، تهران، نشر حقوق. ۱۳۵۸

۱۳. عباسی، محمود، مسؤولیت اختصاصی پزشکی، چاپ اول، تهران، انتشارات حقوقی. ۱۳۸۲
۱۴. عباسی، محمود، مجموعه مقالات حقوق پزشکی، جلد دوم، تهران، انتشارات حقوقی. ۱۳۷۶
۱۵. عباسی، محمود، مجموعه مقالات حقوق پزشکی، جلد سوم، تهران، انتشارات حقوقی. ۱۳۷۷
۱۶. عباسی، محمود، مجموعه مقالات حقوق پزشکی، جلد ششم، تهران، نشر حقوقی. ۱۳۸۳
۱۷. عباسی، محمود، مجموعه مقالات حقوق پزشکی، جلد هفتم، تهران، انتشارات حقوقی. ۱۳۸۴
۱۸. عباسی، دکتر محمود، مجموعه مقالات حقوق پزشکی (رضایت در پزشک)، تهران، انتشارات حقوقی. ۱۳۸۵
۱۹. عباسی، دکتر محمود، مجموعه مقالات حقوق پزشکی، جلد اول، تهران، انتشارات حقوقی. ۱۳۷۵
۲۰. غمامی، مجید، قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار. ۱۳۸۳
۲۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ اول، تهران، به‌نشر. ۱۳۶۸
۲۲. کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، جلد اول، تهران، انتشار دانشگاه تهران. ۱۳۷۹
۲۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ دوم، تهران، بهمن برنا. ۱۳۷۲
۲۴. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران. ۱۳۷۸
۲۵. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، بهمن برنا. ۱۳۷۳

۵۶.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و هفتم، پاییز ۱۳۹۶

۲۶. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان. ۱۳۸۵

۲۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ دوم، بهمن برنا. ۱۳۷۶

۲۸. کاتوزیان، ناصر، مسؤولیت مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، دانشگاه تهران. ۱۳۷۰

۲۹. کاهانی، علیرضا، مجموعه پزشکی و قانون، تهران، سازمان پزشکی قانونی تهران. ۱۳۷۹

۳۰. گروه مؤلفین، مجموعه قوانین و مقررات جرائم و مجازات‌ها، چاپ ششم، تهران، انتشارات قوانین و مقررات. ۱۳۹۰

۳۱. گودرزی، فرامرز، پزشکی قانونی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات انیشتین. ۱۳۸۴

۳۲. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه، جلد نهم و دهم، چاپ هفتم، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی. ۱۳۷۲

۳۳. محمدی ری‌شهری، محمد، منتخب میزان‌الحکمه، چاپ اول، سازمان چاپ و نشر دارالحدیث. ۱۳۸۷

۳۴. مصطفوی‌الخمینی، سید روح‌الله، تحریرالوسیله، ترجمه سیدمحمد باقرموسوی همدانی جلد چهارم، چاپ سوم، قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم. ۱۳۹۰

۳۵. موحد، ضیاء، البته واضح و مبرهن است که، چاپ سوم، تهران، انتشارات نیلوفر. ۱۳۸۹

۳۶. نعیمی، عمران و همکاران، قانون تأمین اجتماعی همراه با قوانین و مقررات مرتبط، چاپ اول، انتشارات جنگل. ۱۳۹۰

۳۷. یعقوبی، عبداله‌اشم، فرهنگ هفت ستون، چاپ دوم، انتشارات بهنامی. ۱۳۸۴

ب - منابع فقهی - عربی:

۱. حسینی‌العاملی، سید محمد جواد، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعدالعلامه، جلد

ششم، مؤسسه آل‌البیت.

۲. حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن شرایع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، نجف، مطبعه الادب، ۱۳۸۹ ه.ق.

۳. خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکلمه المنهاج، جلد دوم.

۴. العوجی، مصطفی، المسؤولية المدنیة، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية. ۲۰۰۴

۵. مصطفوی الخمينی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۴، چ ۳ قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم.

۶. نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۷، بیروت.

۷. السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد اول، بیروت. ۱۴۱۷ ه.ق.

ج - پایان‌نامه‌ها و مقاله‌ها:

۱. احمدی، منصور، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، شرط عدم مسؤولیت در امور پزشکی با تکیه بر رویه قضایی، دانشگاه آزاد اسلامی نراق. ۱۳۸۷

۲. پیلوار، رحیم، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، نقش تقصیر زیان‌دیده در دعوی مسؤولیت مدنی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳

۳. کاظمی، دکتر محمود، پایان‌نامه دکترا، مسؤولیت مدنی ناشی از اعمال پزشکی (با مطالعه تطبیقی)، دانشگاه تهران. ۱۳۸۴

