

# تحلیل دلایل قابلیت جبران «مخاطرات احتمالی درمان» در مسؤولیت مدنی پزشک (نظام حقوقی ایران و فرانسه)

احد شاهی<sup>۱\*</sup>، میلاد حسینی<sup>۲</sup>، غفور خوئینی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری فقه و خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری فقه و خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

۳. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

پذیرش: ۹۴/۱۲/۸

دریافت: ۹۳/۱۱/۲۶

## چکیده

منظور از مخاطرات احتمالی درمان، آن دسته از مخاطراتی است که ناظر به اقدامات درمانی به معنای خاص بوده، این مخاطرات در هنگام انعقاد قرارداد درمان بین پزشک و بیمار قابل پیش-بینی نباشد. البته مفهوم متعارف این مخاطرات مربوط به جایی است که ورود آن، نه نتیجه تقصیر پزشک است و نه نتیجه تقصیر بیمار. در این مقاله، دلایل قابلیت جبران مخاطرات احتمالی درمان در مسؤولیت مدنی پزشک در حقوق ایران و فرانسه، مورد تحلیل قرار گرفته و در پایان این نتیجه به دست آمده که از یک طرف، پزشک از بابت چنین مخاطراتی، به دلیل رعایت موازین علمی و رفتار پزشک متعارف در شرایط و اوضاع و احوال خاص درمان، مسؤول نیست و نیز در حقوق ایران مانند فرانسه باید مقررات خاصی در این باره پیش‌بینی گردد و از طرف دیگر، در بحث جبران زیان ناروا به بیمار در این خصوص، از آنجایی که او

Email: ahadshahi@yahoo.com

\* نویسنده مسؤول مقاله:

نیز در ورود این زیان به خود دچار تقصیری نشده، منطقی است که قانون‌گذار ایرانی با تأسیس «صندوق تضمینی مربوط به جبران خسارت زیاندیدگان اقدامات تروریستی، جرائم و حوادثی که عامل آن مشخص نیست یا به هر دلیلی امکان گرفتن دیه از زیان‌زننده ممکن نیست»، از منافع بیمار حمایت کند؛ همان‌گونه که در حقوق فرانسه چنین زیانی از محل صندوق تضمینی معینی با رعایت شرایط و تشریفات ویژه‌ای قابل جبران است.

**واژگان کلیدی:** مخاطرات احتمالی درمان، مخاطرات ناشی از توسعه، مسؤولیت مدنی پزشک، اقدامات درمانی، رضایت بیمار، صندوق تضمینی

## ۱. مقدمه

در این مقاله، منظور از مخاطرات احتمالی درمان، مخاطراتی است که ناظر به اقدامات درمانی به معنای خاص باشد و چنین مخاطراتی نیز باید در هنگام انعقاد قرارداد درمان بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نباشد. مثال رایج در بین استادان حقوق مسؤولیت مدنی پزشک و رویه قضایی فرانسه در این باره، پرونده مربوط به بیماری هیدروسفالی است [۱، ص ۳۱۲]؛ چرا که در پرونده بالا شخصی که به بیماری هیدروسفالی مبتلا بود، مورد عملیات درمانی قرار گرفت تا مایع نخاعی - مغزی از بدن او خارج گردد؛ منتها بلافاصله پس از اتمام فرایند عملیات درمانی، قسمت پایین تنه بیمار به صورت فلج کامل در آمد [۲، ص ۱۸۷]. در این مثال، فلج گردیدن پایین تنه بیمار می‌تواند نمونه‌ای برای مخاطرات احتمالی ناشی از عملیات درمانی خروج مایع نخاعی - مغزی از بدن بیمار به شمار آید؛ زیرا چنین مخاطره‌ای ناظر به اقدامات درمانی به معنای خاص است و در زمان انعقاد قرارداد درمان بین پزشک و بیمار نیز قابل پیش‌بینی نیست. بنابراین، پرسش اساسی در این مقاله آن است که دلایل قابلیت جبران مخاطرات احتمالی درمان در مسؤولیت مدنی پزشک چیست؟ برای پاسخ به این پرسش، دلایل قابل ارائه در این باره در حقوق ایران و فرانسه محور بررسی قرار گرفته است.



## ۲. مفهوم مخاطرات احتمالی درمان و ارتباط آن با مخاطرات ناشی از توسعه

چنان‌که اشاره گردید، مخاطرات احتمالی درمان، دو ویژگی عمده دارد: (۱) ناظر به اقدامات درمانی به معنای خاص است؛ (۲) در زمان انعقاد قرارداد درمان بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نیست [۳، ص ۱۵۲-۱۵۸؛ ۴، ص ۹]. به‌عنوان مثال، روده بزرگ بیمار در پی انجام عملیات کونولوسکوپی به‌وسیله یک متخصص گوارش، سوراخ می‌شود و این منجر به ورم صفاق می‌شود که انجام کلاستی را لازم می‌گرداند [۱، ص ۳۱۳]. در این مثال، سوراخ شدن روده بزرگ بیمار و لزوم انجام عملیات درمانی کلاستی، مصداقی از مخاطرات احتمالی درمان به حساب می‌آید؛ چرا که چنین مخاطره‌ای، مربوط به اقدامات درمانی به معنای خاص است و نیز در هنگام انعقاد قرارداد بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نیست.

نکته مهمی که باید به آن توجه داشت این است که مخاطرات احتمالی درمان نمی‌تواند درخصوص لوازم و ابزارهای پزشکی مورد استفاده جهت درمان مطرح شود. در نظام حقوقی فرانسه و ایران، مسؤولیت پزشک از دو زاویه قابل مطالعه است: (۱) لوازم و ابزارهای پزشکی، برای مثال استفاده از فرآورده‌های دارویی معیوب و مشتقات خونی آلوده، استفاده از پروتزهای عفونی، تزریق آمپول آلوده به ویروس هپاتیت C و مانند این‌ها؛ (۲) اقدامات درمانی به معنای خاص. در حقوق فرانسه، استادان حقوق مسؤولیت مدنی و رویه قضایی آن گفته‌اند: مسؤولیت مدنی پزشک از بابت لوازم و ابزارهای پزشکی<sup>۱</sup> یک تعهد ایمنی به نتیجه<sup>۲</sup> است و زیان‌های ناشی از این لوازم و ابزارها نمونه‌ای از کنش ناشی از شیء است که به موجب ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه، صرف استفاده از فرآورده‌های دارویی معیوب و مشتقات خونی آلوده، استفاده از پروتزهای عفونی و تزریق آمپول آلوده به ویروس هپاتیت C، نقض تعهد

۱. instrument aux médicament

۲. obligation de sécurité de résultat



ایمنی به نتیجه پزشک در این باره محسوب است [۵، ص ۲۳-۲۴]. به عبارت دیگر، مطابق تعهد ایمنی به نتیجه، پزشک متعهد است از لوازم و ابزارهای پزشکی صحیح و عاری از هرگونه آلودگی استفاده کند و اساساً استفاده از لوازم و ابزارهای پزشکی معیوب و آلوده نقض تعهد شمرده می‌شود و پزشک برای رهایی از مسئولیت، صرف این‌که اثبات کند دچار تقصیر نگردیده است کافی نیست، بلکه باید ثابت کند که زیان ناشی از عملیات درمانی به دلیل سبب خارجی<sup>۱</sup> بوده است.

در عین حال در نظام حقوقی فرانسه، مسئولیت مدنی پزشک از بابت اقدامات درمانی<sup>۲</sup> یا معالجات تعهد به وسیله است و به همین دلیل، او باید مراقبت، مواظبت و احتیاط لازم را ملحوظ قرار دهد و از شیوه معالجه‌ای استفاده کند که در موارد مشابه به نحو متعارف از سوی پزشکان به کار می‌رود [۶، ص ۴۸۴-۴۸۵]. باید در نظر داشت که مبنای تعهد به وسیله، این است که خسارات ناشی از اقدامات درمانی مصداقی از کُنش ناشی از فعل شمرده می‌شود و بر اساس ماده ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه، مبتنی بر تقصیر است [۷، ص ۹۰]؛ بنابراین، در اقدامات درمانی یا معالجات، صرف عدم حصول نتیجه مطلوب درمان تقصیر نیست، بلکه بیمار باید تقصیر پزشک را در این خصوص اثبات کند [۶، ص ۴۸۴ و ۴۸۶]. با وجود این، در نظام حقوقی ایران به طور قاطع نمی‌توان گفت: مسئولیت پزشک از بابت لوازم و ابزارهای پزشکی، تعهد ایمنی به نتیجه است و ضروری می‌نماید، قانونگذار در این زمینه برای پزشکان تعهد ایمنی به نتیجه مقرر دارد. به دیگر سخن، از آن‌جا که در حقوق ایران «دادرسی مجری قانون است، نه موجد آن» [۸، ص ۲۲۷] به اتکای استحسان نمی‌توان به منظور حمایت از منافع بیمار، مسئولیتی را برای پزشک از بابت لوازم و ابزارهای پزشکی به وجود آورد که در مقررات قانونی ایران پیش‌بینی نشده است. وانگهی در کشور فرانسه، علاوه بر برداشت خاص رویه قضایی تحت رهنمود استادان حقوق و زیر پوشش تفسیر

۱. cause étrangère.

۲. l'acte médical.



قضایی از مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۴ قانون مدنی در زمینه تعهدات پزشک در برابر بیمار، قوانینی همچون قانون مصوب ۴ مارس ۲۰۰۲، قانون مصوب ۳۰ دسامبر ۲۰۰۲ و قانون بهداشت عمومی سال ۲۰۰۲ (ماده ۱-۱۱۴۲)، برای پزشک در لوازم و ابزارهای پزشکی، به ویژه عفونت‌های بیمارستانی، تعهدات ایمنی نتیجه و در اقدامات درمانی تعهدات ساده به احتیاط و هوشیاری<sup>۱</sup> ایجاد کرده است [ص ۳۱۴-۳۲۳].

البته مسئولیت پزشک از بابت اقدامات درمانی در نظام حقوقی ایران مثل حقوق فرانسه، یک تعهد ساده به احتیاط است که از ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ قابل برداشت است؛ با این تفاوت که در حقوق ایران، قانونگذار یک «اماره قانونی نسبی» در خصوص ارتکاب تقصیر پزشک به دلیل اقدامات درمانی به رسمیت شناخته است تا بیمار در دعوای مسئولیت مدنی پزشک با دشواری‌های اثبات تقصیر او در انجام چنین اقداماتی روبه‌رو نگردد. پس بر عهده پزشک است که خلاف این اماره قانونی را مبنی بر این‌که در انجام عملیات درمانی موازین فنی و مقررات علمی و نظامات دولتی را رعایت کرده و دچار تقصیر نشده است، اثبات کند [ص ۱۴۸-۱۴۹].

نکته مهمی که از نظر استادان حقوق فرانسه و ایران دور مانده و باید به آن توجه داشت این است که مخاطرات احتمالی درمان چه ارتباطی با مخاطرات ناشی از توسعه<sup>۲</sup> دارد؟ با باور برخی از حقوقدانان فرانسوی درخصوص این مفهوم [ص ۱۰، ۶۸۰-۶۸۱]، باید در تعریف مخاطرات ناشی از توسعه در قلمرو پزشکی گفت: مخاطراتی است که ناظر به اقدامات درمانی به معنای خاص است و در زمان انعقاد قرارداد درمان بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نیست. البته مخاطرات ناشی از توسعه به دلیل نقص اصول درمان از لحاظ موازین علمی و فنی در هنگام معالجه قابل طرح است. فرض کنیم در سال ۱۹۴۷ بیماری به علت تزریق داروی بیهوشی در اثنای عمل فلج می‌شود و پس از گذشت زمان (مثلاً سال ۱۹۵۴) کاشف به عمل می‌آید که دلیل فلج گردیدن چنین

۱. simple obligation de prudence et diligence

۲. risques de développement



بیماری، عیوب جزئی و غیرقابل پیش‌بینی در آمپول تزریقی بوده که با لحاظ سطح دانش در وقت تزریق (۱۹۴۷)، قابلیت پیش‌بینی نداشته است [۱۱، ص ۲۳۲]. در مثال بالا، فلج شدن بیمار از بابت تزریق داروی بیهوشی، نمونه‌ای از مخاطرات ناشی از توسعه است؛ چرا که چنین مخاطره‌ای مربوط به لوازم و ابزار پزشکی، یعنی تزریق آمپول بیهوش‌کننده است که در هنگام انعقاد قرارداد درمان بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نیست و علت آن هم پیشرفت علم و فناوری از زمان تزریق چنین آمپولی است.

نتیجه مهمی که از این تحلیل گرفته می‌شود این است که در مخاطرات احتمالی درمان، شیوه انجام اقدامات درمانی و لوازم و ابزار پزشکی از حیث تکنیک و علم پزشکی دارای خطر نیست و این مخاطرات و آسیب‌ها، ناشی از پیچیدگی سیستم بدنی بیمار، احتمالی بودن نتیجه پزشکی، تردیدها و نارسایی‌های دانش بشر و مانند این‌ها است. با وجود این، مخاطرات ناشی از توسعه، خطری است که برحسب تکنیک و علم روز در زمان استفاده ابزار و لوازم پزشکی یا فرآورده‌ها و مشتقات خونی و دارویی ناشناخته بوده و این خطر ناشی از ساختار شیء (عیب) است که با گذشت زمان، آن عیب در نتیجه توسعه شرایط علمی و فنی شناخته می‌شود؛ همان‌گونه که در پرونده مربوط به بیماری هیدروسفالی، که شرح آن در مقدمه مقاله گذشت، فلج گردیدن پایین تنه بیمار به صورت کامل، به‌عنوان یک مخاطره احتمالی درمان، می‌تواند به دلیل پیچیدگی سیستم بدنی، احتمالی بودن نتیجه بیماری و مانند این‌ها باشد؛ در حالی که در مثال تحویل خون آلوده به ویروس ایذر توسط مراکز انتقال خون که در هنگام تحویل عیب آن قابل تشخیص نباشد، بعدها در اثر پیشرفت قواعد و اصول علمی عیب فوق اثبات می‌شود.



### ۳. دلایل قابلیت جبران مخاطرات احتمالی درمان

در این مبحث، گفتگو از این است که در نظام حقوقی ایران و فرانسه دلایل توجیه قابلیت جبران مخاطرات احتمالی درمان در مسئولیت مدنی پزشک چیست و این دلایل از چه جهاتی قابل نقد هستند. در ذیل اهم این دلایل مورد بررسی قرار گرفته است.

#### ۳-۱. عدم ارتباط خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان با نتیجه

##### عمل جراحی

به عنوان مقدمه باید گفت: از جمله عوامل موجهه فعل زیانبار در حقوق فرانسه و ایران «حکم یا اجازه قانون»<sup>۱</sup> است [۱۲، ص ۴۲۰؛ ۱۳، ص ۴۹۱؛ ۱۴، ص ۶۰؛ ۱۵، ص ۱۷۰]. در واقع، چنانچه کسی به حکم یا اجازه قانون، زبانی به دیگری وارد آورد، مسئولیت مدنی نخواهد داشت. به عنوان مثال، سلب مالکیت به حکم یا اجازه قانون و در راه مصالح عمومی یا توقیف مدیون به موجب حکم یا اجازه قانون و با رعایت تشریفات قانونی باعث مسئولیت نیست؛ همان‌گونه که در اقدامات درمانی، از آنجایی که پزشک به حکم یا اجازه قانون و با رعایت شرایط قانونی (داشتن دانش و مهارت یک پزشک متعارف در شرایط و اوضاع و احوال معالجه) به بیمار خسارت وارد می‌کند، در برابر او مسؤول شناخته نمی‌شود.

باید توجه داشت که عدم مسئولیت پزشک در خصوص ضرر و زیانی است که ناشی از اقدامات درمانی باشد و نیز با نتیجه آن ارتباط داشته باشد [۱، ص ۱۶۷؛ ۱۶، ص ۸۲۱-۸۲۲]. به تعبیر روشن‌تر، مسئولیت نداشتن پزشک در معالجات ناظر به مخاطرات مسلم درمان است و این مخاطرات، دو ویژگی عمده دارند: اول این‌که مخاطرات ناشی از اقدام درمانی است؛ دوم این‌که مخاطرات در زمان انعقاد قرارداد بین پزشک و بیمار - به دلیل ارتباط آن با اقدامات درمانی - قابل پیش‌بینی است. به‌عنوان

۱. L'ordre ou de la permission de la loi

مثال، شخصی به منظور پیوند کلیه به پزشک مراجعه می‌کند و پزشک از بابت شکافتن بدن بیمار یا درد سیستم بدنی بیمار تا مدتی بعد از پیوند، به شرط عدم تجاوز از رفتار متعارف در شرایط و اوضاع و احوال عمل، معاف از مسؤلیت است؛ زیرا مخاطرات بالا ناشی از اقدام درمانی است و با آن ارتباط دارد.

بر همین اساس، پزشک از بابت مخاطرات احتمالی درمان مسؤول است: در واقع، چنین مخاطراتی از مصادیق ضرر و زیان ناشی از اقدامات درمانی مورد توافق نیست و با نتیجه آن، یعنی موفقیت یا عدم موفقیت درمان، ارتباطی ندارد [۲، ص ۱۸۷]. برای مثال در بیماری هیدروسفالی، بیمار برای درمان بصل‌النخاع به پزشک رجوع می‌کند و بلافاصله پس از عمل جراحی، پایین تنه او به حالت فلج کامل در می‌آید. در این مثال، درمان بصل‌النخاع بیمار با هدف رفع بیماری هیدروسفالی مورد توافق قرار گرفته است و پزشک از بابت مخاطرات ناشی از اقدام مسؤول نیست؛ اما فلج گردیدن کامل پایین تنه بیمار، بی‌ارتباط با اقدام درمانی بصل‌النخاع است و اساساً در نتیجه درمان مؤثر نیست؛ زیرا ممکن است بصل‌النخاع بیمار به صورت صحیح درمان شود و در عین حال پایین تنه بیمار فلج نگردد.

در تأیید دلیل نخست می‌توان گفت: اذن قانونگذار در انجام اقدامات درمانی از جمله عوامل موجهه فعل زیانبار است و می‌دانیم که عوامل موجهه فعل زیانبار جزء قواعد استثنایی حقوق مسؤولیت مدنی به شمار می‌آیند که تفسیر موسع آن‌ها روا نیست و تنها با تحقق شرایط مذکور هریک از عوامل موجهه می‌توان به آن‌ها استناد کرد. به عبارت دیگر، این عوامل، استثنایی بر قاعده کلی الزام فاعل زیان به جبران خسارت وارد به زیان‌دیده‌اند. پس پزشک از جبران خسارت ناشی از اقدامات درمانی معاف خواهد شد که در راستای انجام عملیات درمانی و مرتبط با نتیجه آن باشد؛ در حالی که مخاطرات احتمالی درمان ارتباطی با عملیات درمانی ندارد و درخصوص این مخاطرات، به موجب قاعده کلی الزام فاعل زیان به جبران خسارت وارد به زیان‌دیده، پزشک موظف به تدارک خسارت وارد به بیمار است.





باید افزود که دلیل اول در نظام حقوقی ایران از بند «ج» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ قابل برداشت است: در واقع، فعل زیانبار اقدامات درمانی در صورتی از عوامل موجهه فعل زیانبار به حساب می‌آید که خسارت وارد به بیمار ارتباط مستقیم با عملیات درمانی و نتیجه آن داشته باشد. بنابراین، اقدامات درمانی منجر به مخاطرات احتمالی درمان که اصولاً ارتباط مستقیم با عملیات درمانی و نتیجه آن ندارد، از عوامل موجهه فعل زیانبار نیست و پزشک از بابت این مخاطرات مسؤول است.

نقدی که می‌توان بر این نظر وارد دانست این است که پزشک اصلاً نتیجه عمل جراحی را به عهده نگرفته است تا پس از وقوع مخاطرات احتمالی درمان بتوان ادعا کرد که پزشک از بابت مخاطرات احتمالی درمان مسؤول است. در واقع، پزشک مطابق مفاد قرارداد درمان و قانون تعهد کرده است که با رعایت مقررات، موازین پزشکی و احتیاط لازم، بیمار را مورد اقدامات درمانی قرار دهد و در این خصوص تعهدی به نتیجه درمان به عهده نگرفته است تا از بابت ورود مخاطرات احتمالی درمان، مسؤولیتی متوجه او شود.

### ۲-۳. عدم احراز ارتباط شناخته شده بین مخاطرات احتمالی درمان و

#### وضعیت پیشین بیمار

پیش از تبیین دلیل دوم، باید یادآور شد که در نظام حقوقی فرانسه، به موجب رأی دیوان عالی کشور در سال ۱۹۳۶، اصل کلی در مسؤولیت مدنی پزشک این است که مسؤولیت پزشک مبنای قراردادی دارد [۱۷، ص ۳۹۶؛ ۵، ص ۷-۸؛ ۱۸، ص ۶۲؛ ۱۹، ص ۱۴۲-۱۴۶]. بر مبنای اصل کلی مذکور، بین مخاطرات احتمالی درمان و وضعیت پیشین (قبل از عملیات درمانی) بیمار ارتباط شناخته شده‌ای وجود ندارد و پیش‌بینی نمی‌شود که وضعیت سابق بیمار منجر به این خسارت گردد. پس بیمار اذنی درخصوص مخاطرات احتمالی درمان به پزشک نداده است [۲، ص ۱۸۷].



در واقع، مبنای دلیل دوم این است که چون مسؤولیت پزشک ماهیت قراردادی دارد، او از جبران خسارات ناشی از اقدامات درمانی که از جانب بیمار مأذون در انجام آن‌ها باشد، می‌تواند معاف شود؛ به ویژه آن‌که پزشک از بیمار جهت مخاطرات ناشی از درمان براءت اخذ می‌کند. حال این سؤال به ذهن می‌آید که آیا اذن در درمان یا براءت تحصیلی شامل مخاطرات احتمالی هم می‌شود یا خیر؟ در نظام حقوقی ایران، سؤال بالا درخصوص ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی و در حقوق اسلام، درخصوص روایت «من تطب او تبیطر فلیأخذ البرائه من ولیه والا فهو ضامن» [۲۰، ص ۵۹۹؛ ۲۱، ص ۲۳۴؛ ۲۲، ص ۲۶] قابل طرح است؛ زیرا در مورد الزام پزشک به تحصیل براءت از بیمار درخصوص مخاطرات درمان بر اساس ماده ۴۹۵ و روایت بالا، باید به این سؤال پاسخ داد که آیا چنین براءتی مخاطرات احتمالی درمان را هم در بر می‌گیرد یا نه؟ به عبارت دیگر، محدوده این براءت تنها مخاطرات مسلم درمان را شامل می‌شود یا هرگونه مخاطرات اعم از مسلم و احتمالی؟ زیرا از جمله قواعد و اصول مسؤولیت مدنی در حقوق فرانسه و ایران تلقی رضایت زیان‌دیده<sup>۱</sup> یا پذیرش مخاطرات<sup>۲</sup> به‌عنوان یکی از عوامل موجهه فعل زیان‌بار است و بیمار نیز عملاً با دادن براءت، رضایت خود را نسبت به مخاطرات درمان اعلام می‌کند.

به نظر می‌رسد که مخاطرات احتمالی درمان نمی‌تواند متعلق رضایت بیمار یا قید اراده او در اذن به پزشک در انجام عملیات درمانی باشد؛ چرا که این مخاطرات در زمان اعطای اذن نوعاً به‌وسیله بیمار قابل پیش‌بینی نیست و از آنجایی که با وضعیت پیشین ارتباط ندارد، مآلاً بیمار نسبت به آن مخاطرات آگاهی ندارد تا محدوده براءتی که پزشک می‌دهد شامل آن نیز شود. به بیان دیگر، قلمرو رضایت بیمار درخصوص مخاطرات مسلم درمان محرز است و در زمینه مخاطرات احتمالی درمان، بر مبنای اصل عدم اذن در درمان، پزشک درخصوص چنین مخاطراتی مأذون نیست و

۱. l'acceptation des risques

۲. le consentement de la victim

مسئولیت مدنی دارد.

البته در پاسخ به این استدلال نیز می‌توان بیان داشت که انتساب عرفی خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان به اقدامات درمانی، شرط مسئولیت مدنی پزشک از بابت چنین مخاطراتی است؛ در حالی که مطابق این دلیل مخاطرات احتمالی درمان سبب ناشناخته دارند و عرفاً آن‌ها به فعل زیانبار پزشک، یعنی اقدامات درمانی، قابلیت انتساب ندارند. بدین ترتیب از آنجایی که مخاطرات احتمالی درمان بی‌ارتباط با عملیات درمانی است، این دلیل مسئولیت مدنی پزشک را در برابر مخاطرات بالا ثابت نمی‌کند.

### ۳-۳. نشأت مخاطرات احتمالی درمان از یک فعل بی‌ارتباط با اقدام درمانی مورد توافق

چنان‌که گفته شد، در نظام حقوقی فرانسه مسئولیت مدنی پزشک از منظر قراردادی مورد مطالعه قرار می‌گیرد [۵، ص ۷]. در واقع رویه قضایی فرانسه سال‌ها مسئولیت مدنی پزشک را غیرقراردادی تلقی می‌کرد و دادگاه‌ها بیش از یک قرن در این خصوص با یکدیگر اختلاف داشتند تا این‌که دیوان عالی کشور در رأی ۲۰ مه ۱۹۳۶ صراحتاً مسئولیت پزشک را قراردادی اعلام کرد و به اختلاف‌نظر دادگاه‌ها خاتمه داد. بنابراین، تنها عملیات درمانی مورد توافق از عوامل موجهه فعل زیانبار به حساب می‌آید. ناگفته نماند که سه شرط اساسی برای این‌که عملیات درمانی از عوامل موجهه فعل زیانبار شمرده شود این است که: (۱) چنین عملیاتی مطابق مفاد قرارداد صورت گرفته باشد؛ (۲) پزشک معالج نسبت به دانش فنی و اصول درمان آگاه باشد؛ (۳) پزشک درمان‌کننده موازین و مقررات پزشکی یا احتیاط و رفتار پزشک متعارف در شرایط و اوضاع و احوال خاص درمان را رعایت کرده باشد [۲۳، شماره ۲۶].

ولی خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان، برای مثال فلج پایین تنه بیمار به طور کامل در پرونده هیدروسفالی، از یک فعل بی‌ارتباط با اقدام درمانی مورد توافق به



وجود آمده است [۲، ص ۱۸۷] و اگر این فعل صورت نمی‌گرفت، چنین وضعیتی به بار نمی‌آمد؛ چرا که در پرونده بالا فعل درمانی مورد توافق بین پزشک و بیمار انجام عملیات درمانی خروج مایع نخاعی - مغزی از بدن بیمار است، حال آن‌که انجام چنین عملیاتی همراه با مخاطرات احتمالی درمان، توأم با فلج پایین تنه بیمار به طور کامل است و این صورت از عملیات درمانی، مورد توافق بین پزشک و بیمار نیست. بنابراین، با لحاظ ماهیت تعهد قراردادی پزشک، او به موضوع تعهد خود، یعنی انجام عملیات درمانی بدون ورود مخاطرات احتمالی درمان به بیمار، عمل نکرده است و در این خصوص مسؤلیت مدنی دارد.

مثال دیگر: در یک عملیات درمانی قطع یک گره کوچک واقع در غده تیروئید، به علت ناشناخته‌ای، به یک پیچیدگی استثنایی منجر می‌شود و به یک عصب برگشت‌کننده بیمار آسیب می‌رساند. در این مثال، آسیب دیدن یک عصب برگشت‌کننده بیمار از مصادیق مخاطرات احتمالی درمان ناشی از قطع یک گره کوچک واقع در غده تیروئید محسوب می‌شود که پزشک از بابت آن مسؤول است؛ زیرا اقدامات درمانی مورد توافق در این عملیات بین پزشک و بیمار قطع یک گره کوچک واقع در غده تیروئید است؛ اما آنچه در عمل انجام شده، قطع یک گره کوچک واقع در غده تیروئید همراه با آسیب رساندن به یک عصب برگشت‌کننده بیمار است که چنین عملیات درمانی‌ای مورد توافق پزشک و بیمار نیست و پزشک در این باره مسؤولیت دارد.

این نکته را هم باید در نظر داشت که در نظام حقوقی ایران، دلیل سوم از قواعد عمومی قراردادها قابل استنباط است. زیرا در فرض قبول قراردادی بودن ماهیت تعهد پزشک، فعل زیانبار او از بابت اقدامات درمانی به این شرط از عوامل موجهه به حساب می‌آید که چنین فعلی مطابق مفاد قرارداد درمان صورت گرفته باشد. لذا مطلب اخیر از مصادیق این قاعده کلی در حقوق تعهدات قراردادی می‌باشد که شخص متعهد موظف است در اجرای تعهد، مفاد قرارداد را محترم شمارد. با وجود این، در بحث مخاطرات احتمالی درمان، پزشک قاعده بالا را در انجام عملیات درمانی نقض کرده و ورود چنین



مخاطراتی فاقد مبنای قراردادی است.

در مقام نقد دلیل سوم باید گفت که اقدام درمانی مورد توافق بین پزشک و بیمار، انجام اقدامات درمانی توسط پزشک با رعایت موازین، مقررات علمی و احتیاط است و در بحث مخاطرات احتمالی نیز پزشک با لحاظ مفهوم مخاطرات احتمالی درمان، کاملاً به مفاد اقدام درمانی مورد توافق پایبند بوده است. از سوی دیگر، مسؤولیت قراردادی پزشک محدود به خسارتی است که قابل پیش‌بینی و در قلمرو انتظار اطراف قرارداد باشد؛ حال آن‌که در این فرض، صرف‌نظر از غیر قابل پیش‌بینی بودن چنین مخاطراتی، پزشک در اجرای مفاد قرارداد کاملاً از روی حسن‌نیت عمل کرده است.

### ۳-۴. عدم ملازمه رضایت بیمار با پذیرش مخاطرات احتمالی درمان

باید دانست که از جمله قواعد و اصول مسؤولیت مدنی در حقوق فرانسه و ایران تلقی رضایت زیان‌دیده در پذیرش مخاطرات به‌عنوان یکی از عوامل موجهه فعل زیانبار است [۲۴، ص ۲۶۹؛ ۲۵، ص ۱۹۰-۱۹۱؛ ۲۶، ص ۳۳۰-۳۳۳]. پس این سؤال به ذهن می‌آید که رضایت بیمار به اقدامات درمانی به معنای پذیرش مخاطرات احتمالی درمان هم است یا نه؟

در وضعیت کنونی حقوق فرانسه، پزشک باید درخصوص مخاطرات شدید اقدامات درمانی که به بیمار پیشنهاد می‌دهد یا بیمار آن را درخواست می‌کند، به او درست، واضح و به صورت متناسب هشدار دهد، اعم از این‌که مخاطرات بالا متعارف باشند یا استثنایی<sup>۱</sup>. از سوی دیگر، بیمار باید در یک وضعیت کاملاً آزاد و آگاهانه و با ارزیابی مخاطرات عملیات درمانی نسبت به آن رضایت دهد یا مخالفت کند [۳، ص ۸۳-۸۷]. به این ترتیب در حالت هشدار پزشک در مورد مخاطرات احتمالی درمان به بیمار اصولاً رضایت او به این مخاطرات تعلق می‌گیرد.

۱. risques normalement et exceptionnel



با وجود این، باید توجه داشت که مطابق رویه قضایی فرانسه، پزشک هم در خصوص ارائه اطلاعات به بیمار (یعنی ساختمان مادی آن) و هم درباره درستی اطلاعات ارائه شده به بیمار (یعنی ساختمان مفادی یا معنوی آن)، تعهد به نتیجه دارد [۲، ص ۱۹۷-۲۰۱] و از این رو، در صورتی می‌توان گفت رضایت بیمار نسبت به درمان ملازمه با مخاطرات احتمالی آن دارد که سه شرط در این خصوص پیش از اقدام به عملیات درمانی وجود داشته باشد: (۱) هشدار پزشک در رابطه با مخاطرات احتمالی درمان به بیمار؛ (۲) درستی اطلاعات ارائه شده در این باره به بیمار؛ (۳) پذیرش توأم با علم و آگاهی مخاطرات احتمالی درمان به وسیله بیمار. خلاصه آن‌که منظور از پذیرش مخاطرات در حقوق فرانسه پذیرش توأم با علم و آگاهی نسبت به مخاطرات درمان از طرف بیمار است.

ولی در مخاطرات احتمالی هیچ‌یک از این شرایط سه‌گانه قابل احراز نیست و دلیل آن هم طبیعت خاص مخاطرات احتمالی درمان است. برای مثال، در عمل جراحی زیبایی برداشت چربی اضافی شکمی، جراح ناگزیر می‌شود که به جای یک برش، دو برش شکمی انجام دهد. در این مثال، برش چربی اضافی شکمی، از مصادیق مخاطرات احتمالی درمان است و در صورتی پزشک می‌تواند ادعا کند از بابت این مخاطره به دلیل انجام وظیفه آگاه‌سازی‌اش در قبال بیمار مسئولیت ندارد که اجتماع شرایط بالا را ثابت کند. البته اصولاً احراز شرایط بالا در مخاطرات احتمالی درمان دشوار است و نمی‌توان به سادگی پذیرفت که صرف هشدار پزشک در خصوص مخاطرات درمان ملازمه با رضایت بیمار به پذیرش مخاطرات احتمالی آن هم دارد. لذا در چنین شرایطی، معافیت پزشک از مسئولیت در مخاطرات احتمالی درمان، به‌هیچ‌وجه معقول نخواهد بود.

همچنین در نظام حقوقی ایران نمی‌توان گفت: پزشک به صرف هشدار نسبت به مخاطرات درمان به بیمار، از بابت مخاطرات احتمالی درمان مبرا باشد؛ چرا که چنین هشدار در خصوص این مخاطرات ملازمه‌ای با پذیرش آن به‌وسیله بیمار ندارد و



برای مسئول قلمداد نشدن پزشک در این باره احراز شرایط سه‌گانه مذکور هم در حقوق ایران لازم است. وانگهی انصاف حکم می‌کند که درخصوص مخاطرات احتمالی درمان، پزشک تنها از بابت هشدار در مورد آن‌ها در قبال بیمار معاف از مسئولیت نشود، بلکه این هشدار باید به صورتی انجام شده باشد که بیمار فرصت موافقت یا مخالفت با علمیات درمانی داشته و هشدار به طور خاص در زمینه مخاطرات احتمالی به وجود آمده بعد از درمان باشد. در واقع برای هر درمان می‌توان اقسام گوناگونی از مخاطرات احتمالی را تصور کرد که برخی از آن‌ها بیمار را از هستی ساقط می‌کنند و بعضی از آن‌ها خسارات جزئی به بیمار وارد می‌کنند. بنابراین، قابل قبول نیست که پزشک درخصوص مخاطرات احتمالی درمان به طور کلی، بدون این‌که به فرد خاص اتفاق افتاده آن پس از درمان اشاره‌ای داشته باشد، هشدار دهد و پس از درمان، ادعا کند که به موجب انجام وظیفه آگاه‌سازی‌اش نسبت به مخاطرات احتمالی در برابر بیمار مسئول نیست؛ زیرا چنین هشدار به طور کلی نمی‌تواند بیمار را نسبت به مخاطرات بالا به طور درست، دقیق و متناسب آگاه سازد تا او فرصت موافقت یا مخالفت با اقدامات درمانی را داشته باشد.

حال برای روشن شدن کاستی‌های این دلیل می‌توان گفت که دلیل کلی‌گویی پزشک در انجام وظیفه هشداردهی نسبت به مخاطرات احتمالی درمان این است که چنین مخاطراتی در زمان انعقاد قرارداد بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نیستند تا پزشک بتواند نسبت به آن‌ها به طور خاص و دقیق به بیمار هشدار دهد. همچنین قابل ذکر است که از جمله عوامل موجهه فعل زیانبار در حقوق فرانسه و ایران «اجازه قانون» است [۱۲، ص ۴۲۰؛ ۱۳، ص ۴۹۱؛ ۱۴، ص ۶۰؛ ۱۵، ص ۱۷۰] و «اقدامات درمانی» هم مصداقی از اجازه قانون به حساب می‌آید که با جمع شرایط خاصی، پزشک از بابت خسارت ناشی علمیات درمانی وارد به بیمار مسئولیت مدنی ندارد. بنابراین، پزشک به شرط داشتن دانش و مهارت یک پزشک متعارف در هنگام معالجه در همان شرایط و اوضاع و احوال درمان در برابر بیمار مسئول شناخته نمی‌شود؛ مشروط بر این‌که

ضرر و زیان ناشی از اقدامات درمانی و با نتیجه آن ارتباط داشته باشد. لذا می‌توان قائل بر این بود که اذن قانونگذار در چنین فروضی، جایگزین اذن بیمار شده، موجب رضایت بیمار به اقدامات پزشک معالج می‌گردد و در نهایت این‌که جمع اذن و مسؤولیت، با لحاظ مطالب بالا ممکن نخواهد بود.

### ۳-۵. تدارک خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان براساس قاعده

#### لاضرر

مطابق این دلیل - که مبنای حقوق اسلامی دارد و مشابه مفهوم آن را نمی‌توان در حقوق فرانسه یافت - پزشک موظف است خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمانی را جبران کند. با وجود این، لازم است که ارتباط قاعده لاضرر با ادله روایی مربوط به برائت پزشک در عملیات درمان در فرض اخذ برائت از بیمار یا ولی او در فقه امامیه یا لزوم دانش فنی پزشک برای برائت او از بابت مخاطرات درمان در فقه اهل سنت را مورد مطالعه قرار دهیم. البته قبل از ورود به بحث ارتباط قاعده لاضرر با ادله روایی برائت پزشک در عملیات درمان تذکر این نکته بی‌مناسبت نیست که در فقه امامیه، بر مبنای روایت «من تطیب أو تبيطر فليأخذ بالبراءة من وليه، والا فهو ضامن»، پزشک به شرط اخذ برائت از بیمار یا ولی او، از بابت مخاطرات درمان از مسؤولیت معاف خواهد بود. البته در فقه اهل تسنن، بر عکس فقه امامیه، در مبحث مربوط به مسؤولیت پزشک معمولاً به جای شرط لزوم تحصیل برائت از بیمار به وسیله او، از لزوم تخصص و دانش فنی پزشک در عملیات درمانی برای رفع مسؤولیت او سخن گفته شده است. وانگهی، در کتاب «سنن ابی‌داود»، یعنی بخش دیات آن، بابی تحت‌عنوان «باب فیمن تطیب بغير علم [فأعنت]» وجود دارد که در آن حدیثی مستند به پیامبر (ص) دیده می‌شود که مقرر می‌دارد: «ایما طیبب علی قوم لایعرف له تطیب قبل ذلک فأعنت فهو ضامن»؛ بنابراین، مطابق فقه اهل سنت، تخصص و دانش پزشک در انجام عملیات





درمانی می‌تواند جایگزین شرط تحصیل برائت از بیمار به‌منظور رفع مسؤولیت او شود [۲۰، ص ۵۹۹؛ ۲۱، ص ۲۳۴؛ ۲۲، ص ۲۶؛ ۲۷، ص ۱۱؛ ۲۸، ص ۱۹۵؛ ۲۹، ص ۵۸۰-۵۸۱]. بنابراین، پاسخ به ارتباط قاعده لاضرر با ادله روایی برائت پزشک در عملیات درمان، علاوه بر داشتن جنبه علمی، از بعد عملی هم قابل توجه است؛ زیرا اگر گفته شود که قاعده لاضرر بر ادله روایی بالا حاکم است، پزشک از بابت مخاطرات احتمالی درمان مسؤول نخواهد بود. اما در فرض حکومت ادله روایی مربوط به برائت پزشک در فرایند درمان بر قاعده لاضرر، پزشک به دلیل این مخاطرات مسؤولیت نخواهد داشت. البته برای دستیابی به پاسخ سؤال دشوار بالا فرضیه‌های متعددی قابل طرح است:

فرضیه اول) حکومت ادله روایی مربوط به برائت پزشک در فرایند درمان بر قاعده لاضرر؛ فرضیه دوم) حکومت قاعده لاضرر بر ادله روایی مربوط به برائت پزشک در فرایند درمان.

به موجب فرضیه اول، روایات فراوانی درباره برائت پزشک در فرایند درمان وجود دارد که بر قاعده لاضرر حاکم است و از این روایات استنباط می‌شود که موارد مسؤولیت پزشک در قبال خسارات ناشی از درمان، همان مواردی است که در نصوص روایی بیان شده است و سایر ضررها از پزشک قابل مطالبه نیست. در واقع در مسأله‌ای فردی از امام علیه‌السلام درباره جبران خسارات ناشی از اقدامات درمانی می‌پرسد و امام پاسخ می‌دهد که اگر پزشک قبل از درمان از بیمار یا ولی او برائت گرفته یا دانش فنی درمان را داشته باشد، او درخصوص این خسارات مسؤولیتی نخواهد داشت، همه جهات مسأله را، اعم از مخاطرات مسلم و احتمالی ناشی از درمان، در نظر گرفته است و اگر غیر از این موارد مسؤولیت پزشک، که در متون روایی آمده است، موارد دیگری وجود داشت، امام (ع) آن‌ها را بیان می‌کرد. بدین ترتیب، روایات مربوط به برائت پزشک در محمول قاعده لاضرر به‌عنوان دلیل محکوم به نحو تضییق تصرف می‌کند و دایره حکم آن دلیل را محدود می‌سازد و این حکومت موجب می‌شود

تا امکان استناد به قاعده لاضرر در جبران مخاطرات احتمالی درمان وجود نداشته باشد.

افزون بر این، براساس اطلاق دلایل روایی مربوط به برائت پزشک در فرایند درمان، پزشک به شرط اخذ برائت از بیمار یا ولیّ او یا داشتن دانش فنی درمان از بابت خسارات ناشی از درمان از مسؤولیت معاف خواهد بود، اعم از این که چنین خساراتی از جمله خسارت ناشی از مخاطرات مسلم درمان باشد یا خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان.

لکن به نظر می رسد که استناد به اطلاق روایات بالا برای اثبات عدم مسؤولیت پزشک از بابت مخاطرات احتمالی درمان ناتمام است؛ زیرا وقتی می توان با استناد به اطلاق این روایات، ادعا کرد که الزام پزشک به پرداخت خسارات ناشی از اقدامات درمانی، محدود به موارد مصرح در متون روایی است که تقیید آنها در هنگام صدور ممکن باشد، در حالی که در ادله روایی ناظر بر مسؤولیت نداشتن پزشک، شارع مقولاتی را به عنوان موارد مسؤولیت پزشک در خصوص خسارات ناشی از درمان معرفی کرده است و در مورد دیگر ضررها، با توجه به رشد پیچیدگی روزافزون روابط اجتماعی، بیانی ندارد. با وجود این، باید توجه داشت که در حقوق اسلامی دلیل روایی مبنی بر عدم مسؤولیت پزشک در قبال مخاطرات احتمالی وجود دارد که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

در عین حال، براساس فرضیه دوم، پزشک از بابت خسارات ناشی از مخاطرات احتمالی درمان مسؤولیت مدنی دارد؛ زیرا به استناد قاعده لاضرر پزشک به دلیل چنین مخاطراتی مسؤول است. در واقع، قاعده لاضرر علی القاعده به نحو معارض و مخالف عموماً دیگر عمل می کند و بر آنها غلبه می یابد [۳۰، ص ۲۲۱]. لذا از آنجایی که حکم ثابت ناشی از ادله روایی برائت پزشک در معالجات به نحو عموم وجود دارد و برخی مصادیق آن (عدم مسؤولیت پزشک از بابت مخاطرات احتمالی) حکم ضرری است که براساس قاعده لاضرر، شمول آن حکم عام (ادله روایی برائت پزشک) نسبت به آن



مصدق (عدم مسؤولیت پزشک از بابت مخاطرات احتمالی) از بین می‌رود و در نتیجه، پزشک از بابت مخاطرات بالا مسؤولیت دارد. ممکن است گفته شود که در پناه قاعده لاضرر نمی‌توان به جبران خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان به‌وسیله پزشک حکم داد. در واقع، استنباط پرداخت این خسارت از قاعده لاضرر، از آثار شرعی آن نیست، بلکه از آثار عقلی یا عادی مترتب بر قاعده لاضرر است که معتبر نیست و نهایت استفاده‌ای که می‌توان از این قاعده کرد، لزوم جبران ضرر زیان‌دیده است و استنباط پرداخت چنین ضرری در نتیجه قاعده بالا قابل اثبات نیست. بنابراین، در صورتی پرداخت خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان به‌وسیله پزشک از آثار شرعی لزوم جبران زیان، به استناد قاعده لاضرر است که نص قانونی (شرعی) به جبران این خسارت از طرف پزشک وجود داشته باشد، در حالی که مسؤولیت پزشک در این خصوص از طریق دلیل عقلی - و نه دلیل شرعی - ثابت می‌شود.

مهم‌ترین انتقادی که بر مطلب بالا وارد به نظر می‌رسد این است که قاعده لاضرر در فقه اسلامی جزء اصول نیست تا نتواند آثار (مُثَبِّتات) عقلی و عادی آن را اثبات کند و در هر حال، این قاعده آثار عقلی و شرعی خود را هم ثابت می‌کند. بدین‌سان ملاحظه می‌شود که در پناه قاعده لاضرر، می‌توان به تدارک خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی درمان به وسیله پزشک حکم داد.

فرضیه اول، از حیث حفظ حقوق پزشک در انجام اقدامات درمانی مناسب به نظر می‌رسد؛ اما چه بسا موارد زیاد مخاطرات احتمالی درمان و بدون جبران ماندن آن‌ها از بابت انجام چنین عملیاتی، از ارزش این فرضیه بکاهد. برعکس، فرضیه دوم، جبران ضرر زیان‌دیده را به نحو مطلوب تأمین می‌کند. با وجود این، افزایش موارد اقامه دعوی مسؤولیت از بابت چنین مخاطراتی و تولید نگرانی در پزشک و کاستن از دقت او در انجام علمیات درمانی، از اشکالات فرضیه دوم است و بطلان آن دور از ذهن نیست. وانگهی در جایی می‌توان به قاعده لاضرر استناد کرد که حکمی برخلاف آن از طرف قانونگذار مبنی بر عدم جبران خسارت معینی وجود نداشته است؛ در حالی که در



بحث مخاطرات احتمالی درمان، روایاتی در کتب معتبر روایی حقوق اسلام دیده می-شود که پزشک را از بابت خسارت ناشی از چنین مخاطراتی معاف از مسؤولیت می-داند: در واقع، بر اساس روایت احمد بن اسحاق که مقرر می-دارد: «فرزندی داشتم که دچار بیماری سنگ کلیه یا مثانه می-گردد. به همین دلیل به من [احمد بن اسحاق] گفته شد که باید اقدام به درمان سنگ کلیه فرزندت کنی که نتیجه آن مؤفقیقت آمیز نبود و منجر به فوت او گردید؛ پس به من گفته شد که تو مسؤول خون فرزندت هستی و ناچار گردیدم نامه‌ای به امام حسن عسگری (ع) بنویسم و حکم مسأله را از ایشان جويا شوم. حضرت در جواب این سؤال فرمودند: تکلیفی برعهده شما به خاطر آن‌چه انجام دادی نیست، هدف تو معالجه بود، ولی اجل او در آن بوده که انجام شده است» [۳۱، ص ۵۳؛ ۳۲، ص ۴۹۶]. زیرا در روایت بالا، که مرگ از مصادیق مخاطرات احتمالی درمان است و احتمالی بودن نتیجه پزشکی را می-رساند، پزشک را از بابت مخاطرات احتمالی درمان مسؤول نشناخته است.

بنابراین، نهایت استفاده‌ای که می-توان از قاعده لاضرر در این باره کرد این است که باید خسارت ناشی از مخاطرات درمانی جبران شود؛ منتها به دلیل وجود روایات خاص در زمینه عدم مسؤولیت پزشک در این بحث، باید راهکار دیگری برای تدارک زیان بیمار در خصوص مخاطرات احتمالی درمان یافت.

به هر حال، فرضیه اول منطقی‌تر و با عدالت اجتماعی هم سازگارتر به نظر می-رسد و برای این‌که خسارت بیمار در این باره بدون جبران باقی نماند، به قانونگذار پیشنهاد می-شود که صندوقی را با عنوان «صندوق تضمینی مربوط به جبران خسارت زیاندیدگان اقدامات تروریستی، جرائم و حوادثی که عامل آن مشخص نیست یا به هر دلیلی امکان گرفتن دیه از زیان‌زننده ممکن نیست» تأسیس کند تا این خسارت هم از محل صندوق بالا جبران گردد. البته لازم به ذکر است که، مطابق ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۴ اشخاصی که در جریان تحقیقات مقدماتی و دادرسی بدون دلیل قانونی بازداشت شده‌اند و از سوی مراجع قضایی هم، حکم برائت



یا قرار منع تعقیب درخصوص آن‌ها صادر شده است، می‌توانند جبران خسارت ایام بازداشت خود را از دولت مطالبه کنند. به همین جهت، ماده ۲۶۰ قانون یاد شده اعلام می‌کند: «به منظور پرداخت خسارت موضوع ماده (۲۵۵) این قانون، صندوقی در وزارت دادگستری تأسیس می‌شود که بودجه آن هر سال از محل بودجه کل کشور تأمین می‌گردد. این صندوق زیر نظر وزیر دادگستری اداره می‌شود. . .». در عین حال اشکالی که به این مواد وارد به نظر می‌رسد این است که چه فرقی بین خسارت ناشی از بازداشت غیرقانونی و سایر موارد خسارت‌های ناروای وارد به زیان‌دیده وجود دارد که از لحاظ قانونی مورد اول قابل جبران است؛ اما دیگر مورد آن‌ها قابل تدارک نیست. به دیگر سخن، پرداخت ضرر ناروای زیان‌دیده «در مواردی و نپرداختن آن در مواردی دیگر منجر به تبعیض بین زیان‌دیدگان خواهد شد. از لحاظ هدف جبران خسارت چه فرقی بین بازماندگان این افراد وجود دارد؟ هر دو به جبران خسارت نیاز دارند» [۳۳، ص ۶۰۵]. بنابراین، تأسیس صندوقی با عنوان «صندوق تضمینی مربوط به جبران خسارت زیان‌دیدگان اقدامات تروریستی، جرائم و حوادثی که عامل آن مشخص نیست یا به هر دلیلی امکان گرفتن دیه از زیان‌زننده ممکن نیست» تأسیس نماید تا چنین زیان‌هایی، از جمله مخاطرات احتمالی درمان، از محل این صندوق جبران شود، منطقی‌تری به نظر می‌رسد. [۳۴، ص ۲۰-۲۳].

در خاتمه، نکته جالب توجه در حقوق فرانسه این است که اگرچه استادان مسؤولیت مدنی و رویه قضایی آن مشابه مباحث اصولی مربوط به قاعده لاضرر را در مخاطرات احتمالی درمان مطرح نکرده‌اند؛ منتها در این موضوع به نتایجی دست یافته‌اند که کاملاً با مفاد قاعده مزبور و متون روایی مربوط به براءت پزشک از بابت مخاطرات درمان در صورت اخذ براءت از بیمار یا ولی او یا داشتن دانش فنی درمان در حقوق اسلامی سازگار است و تزامم بین اجرای دو حق را، یعنی پزشک و بیمار، از بین برده‌اند؛ در واقع به موجب قوانین فعلی نظام حقوقی فرانسه، همچون قانون مصوب ۴ مارس ۲۰۰۲، قانون مصوب ۳۰ دسامبر ۲۰۰۲ و قانون بهداشت عمومی سال ۲۰۰۲ (مواد ۱-۱۱۴۲) و

۲۲-۱۱۴۲)، در صورتی که مخاطرات احتمالی درمان ناشی از تقصیر پزشک باشد، پزشک موظف است مسؤولیتش را از بابت خسارت ناشی از چنین مخاطراتی بیمه نماید تا جبران آن از محل بیمه صورت پذیرد؛ لیکن اگر مخاطرات احتمالی درمان ناشی از تقصیر پزشک نباشد یا در نتیجه عفونت بیمارستانی باشد، پزشک از بابت این مخاطرات مسؤول نیست و بیمار می‌تواند پس از طی فرایند خاصی جبران خسارت خود در این خصوص را از صندوق تضمینی معینی تحت نظارت «اداره ملی جبران خسارت ناشی از حوادث پزشکی» (Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)) تقاضا کند [۱، ص ۳۱۷ و ۳۲۱-۳۲۳].

#### ۴. نتیجه‌گیری و پیشنهادها

به‌عنوان نتیجه تحلیل دلایل قابلیت جبران مخاطرات احتمالی درمان در مسؤولیت مدنی پزشک (نظام حقوقی ایران و فرانسه) می‌توان گفت: مخاطرات احتمالی درمان، مخاطراتی است که ناظر به اقدامات درمانی به معنای خاص باشد و چنین مخاطراتی نیز باید در هنگام انعقاد قرارداد درمان بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نباشد. در واقع، در این مخاطرات با وجود رعایت موازین و مقررات درمان و احتیاط به وسیله پزشک، خسارتی به بیمار وارد می‌شود که انتظار نمی‌رود که از فعل درمانی مورد اقدام چنین خسارتی به وجود آید. بنابراین، تحلیل دقیق بحث دلایل قابلیت جبران مخاطرات احتمالی درمان در مسؤولیت مدنی پزشک نشان می‌دهد که در آن اجرای دو حق با هم تزامم دارند: یکی، عدم مسؤولیت مدنی پزشک به دلیل اقدامات درمانی، مشروط بر این‌که موازین علمی و رفتار پزشک متعارف در شرایط و اوضاع و احوال خاص درمان را رعایت کند و دیگری، لزوم جبران خسارت ناشی از مخاطرات احتمالی وارد به بیمار به‌عنوان یکی از مصادیق ضرر ناروا؛ زیرا مفهوم مرسوم مخاطرات احتمالی درمان ناظر به جایی است که ورود این مخاطرات، نه نتیجه تقصیر پزشک



است و نه نتیجه تقصیر بیمار. البته قوانین فعلی حقوق فرانسه، از جمله قانون مصوب ۴ مارس ۲۰۰۲، قانون مصوب ۳۰ دسامبر ۲۰۰۲ و قانون بهداشت عمومی سال ۲۰۰۲ (مواد ۱-۱۱۴۲ و ۲۲-۱۱۴۲) - که بر مبنای نظریه‌های استادان حقوق و رویه قضایی این کشور وضع شده‌اند- برای سازگاری بین اجرای حق پزشک و بیمار در بحث مخاطرات احتمالی درمان، از قاعده کلی تقصیر استفاده کرده‌اند؛ چه اصولاً از جمله کارویژه‌های نظریه عمومی تقصیر، از یک سو، اصل لزوم جبران ضرر بیمار از طرف پزشک در صورت ارتکاب تقصیر، و از سوی دیگر، اصل اجرای عملیات درمانی به وسیله پزشک به شرط عدم تقصیر، است. همچنین قوانین گفته شده در این بحث برای تفکیک بین اجرای دو حق بالا، به شیوه‌های نوین جبران خسارت هم توجه داشته‌اند؛ زیرا در صورتی که مخاطرات احتمالی درمان ناشی از تقصیر پزشک باشد، او را موظف می‌دانند تا مسئولیت خود را از بابت چنین مخاطراتی بیمه کند تا جبران خسارت بیمار از محل آن انجام شود و اگر مخاطرات مزبور ناشی از تقصیر پزشک نباشد، بیمار می‌تواند پس از طی فرایند خاصی جبران خسارت خود در این باره از صندوق تضمینی معینی تحت نظارت «اداره ملی جبران خسارت ناشی از حوادث پزشکی»<sup>۱</sup> مطالبه کند. با وجود این، در نظام حقوقی ایران، مقررات ویژه‌ای درخصوص عدم مسئولیت پزشک از بابت مخاطرات احتمالی درمان یافت نمی‌شود. به هر حال، ضروری به نظر می‌رسد که بحث مخاطرات احتمالی درمان از دو زاویه، یعنی هم از منظر حقوق پزشک و هم حقوق بیمار مطالعه شود که در این مقاله نکته بالا مورد توجه قرار گرفت. بنابراین، با لحاظ مطالب مذکور به قانونگذار پیشنهاد می‌شود که:

۱- در ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی که در مقام بیان مبنا و شرایط مسئولیت مدنی پزشک است، بین مسئولیت او از بابت اقدامات درمانی به معنای خاص و لوازم و ابراز پزشکی تفاوت گذارد و تعهد پزشک را درخصوص اقدامات درمانی به معنای خاص تعهد ساده به احتیاط و درباره لوازم و ابراز پزشکی تعهد ایمنی به نتیجه اعلام

۱. Office national d'indemnisation des accidents médicaux: ONIAM)



کند.

۲- در بحث مسؤولیت مدنی پزشک به‌طور صریح مفهوم مخاطرات احتمالی درمان را مورد اشاره قرار دهد و پزشک را از بابت چنین مخاطراتی، به این دلیل که آن‌ها ناشی از تقصیر او نیستند، معاف از مسؤولیت بداند.

۳- در بحث جبران زیان ناروا به بیمار از بابت مخاطرات احتمالی، از آن‌جا که او در ورود این زیان به خود دچار تقصیری نگردیده است، با تأسیس «صندوق تضمینی مربوط به جبران خسارت زیان‌دیدگان اقدامات تروریستی، جرائم و حوادثی که عامل آن مشخص نیست یا به هر دلیلی امکان گرفتن دیه از زیان‌زننده ممکن نیست» از منافع بیمار حمایت کند.

## ۵. منابع

- [۱] Welsch, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, ۲<sup>e</sup> éd, Paris, Litec Groupe Lexisnexis, ۲۰۰۳.
- [۲] ژوردن، پاتریس، *تحلیل رویه قضایی در زمینه مسؤولیت مدنی*، ترجمه مجید ادیب، چ ۲، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.
- [۳] Genicot, Gilles, *Faute, risque, aléa, sécurité*, Bruxelles, Larcier, ۲۰۰۵.
- [۴] موسوی بجنوردی، محمد، «مسؤولیت کیفری و مدنی پزشک»، پژوهشنامه متین، ش ۱۴، بهار ۱۳۸۱.
- [۵] Penneau, Jean, *La responsabilité du médecin*, ۲<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, ۱۹۹۶.
- [۶] Mazeaud (Henri et Léon), Mazeaud (Jean) et Chabas (Francois), *Leçons de droit civil: Obligation Théorie générale*, T. II, ۹<sup>e</sup> éd, Montchrestien DELTA, ۲۰۰۰.
- [۷] Stark, Boris, *Droit civil: Obligations*, Paris, Libraries Techniques, ۱۹۷۲.
- [۸] کاتوزیان، ناصر، *مسؤولیت ناشی از عیب تولید: مطالعه انتقادی و تطبیقی در تعادل حقوق تولیدکننده و مصرف‌کننده*، چ ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران،





۱۳۹۰.

- [۹] صفایي، حسين، «مبانی مسؤولیت مدنی پزشک با نگاهی به قانون جدید مجازات اسلامی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۸، تابستان ۱۳۹۱.
- [۱۰] Terré (François), Simler (Philippe) et Lequette (Yves), *Droit civil: Les obligations*, ۹<sup>e</sup> éd, Paris: Dalloz, ۲۰۰۵.
- [۱۱] Deakin (Simon), Johnston (Angus) and Markesinis (Basil), *Markesinis and Deakin's Tort Law*, ۶<sup>th</sup>ed, New York, Clarendon Press, ۲۰۰۷.
- [۱۲] Carbonnier, Jean, *Droit civil: Les obligation*, T. ۴, ۲۲<sup>e</sup> éd, Paris, Puf, ۲۰۰۰.
- [۱۳] Viney (Geneviève) et Jourdain (Patrice), *Traité de Droit Civil: Les conditions de la responsabilité*, ۲<sup>e</sup> éd, Paris, L. G. D. J, ۱۹۹۸.
- [۱۴] کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقائع حقوقی - مسؤولیت مدنی، چ ۸، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱؛
- [۱۵] صفایي، حسين و رحيمي، حبيب‌الله، مسؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چ ۵، تهران، سمت، ۱۳۹۲.
- [۱۶] سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید: نظریه الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، ج ۱، قاهره، دار النهضه العربيه، بی‌تا.
- [۱۷] Weill (Alex) et Terré (François), *Droit civil: Les obligations*, ۲<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, ۱۹۷۵.
- [۱۸] Nys, Herman, *Medical Law in Belgium*, Bruxelles, Kluwer Law International, ۱۹۹۷.
- [۱۹] منصور، محمدحسین، المسؤولیه الطبيه، اسکندریه، دارالجامعه الجدیده للنشر، بی-تا.
- [۲۰] کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۱۴، چ ۱، قم، دارالحدیث للطباعه و النشر، ۱۴۲۹.
- [۲۱] طوسی، محمدبن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، چ ۴، تهران، دارالکتاب الإسلامیه، ۱۴۰۷.
- [۲۲] حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۹، چ ۱، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم-



السلام، ۱۴۰۹.

- [۲۳] سکیکر، محمدعلی و مرسعی، معتز کامل، شرح القانون المدني: الالتزامات فی مصادر الالتزام - شرح المواد ۱۶۲ الی ۱۹۸، اسکندریه، منشأ المعارف، ۲۰۰۵.
- [۲۴] Porchy – Simon, Stéphanie, *Droit civil: Les obligations*, ۲<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, ۲۰۰۲.
- [۲۵] Cabrillac, Rémy, *Droit des obligations*, ۷<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, ۲۰۰۶.
- [۲۶] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد- ضمان قهری، ج ۱، چ ۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶. [۲۷] عرفه، عبدالوهاب، *المسؤولیه الجنائیه والمدنیه والتأدیبه للطیب والصدیق: مقارن بالشریعه الإسلامیه*، الطبعة الاولى، قاهره، ۲۰۰۹.
- [۲۸] السجستانی الأزدی، ابی داود، *سُنن ابی داود*، تحقیق: محمد محیی الدین عبدالحمید، ج ۴، [بی‌نا]، داراحیاء السنه النبویه، بی‌تا، حدیث ۴۵۸۷.
- [۲۹] سابق، السید، *فقه السنه*، ج ۲، الطبعة الاولى، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۹۶۹.
- [۳۰] نجفی خوانساری، موسی، *رساله فی قاعده نفی الضرر*، تهران، المكتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
- [۳۱] کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی (ط - الاسلامیه)*، تحقیق: علی اکبر غفاری، ج ۶، چ ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
- [۳۲] حرعاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۲۱، چ ۱، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹.
- [۳۳] بادینی، حسن، *فلسفه مسؤولیت مدنی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- [۳۴] شاهمی دامن‌جانی، احمد و بادینی، حسن، «راهکارهای جبران خسارت ناشی از اقدامات قانونی مقامات صالح»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران*، س ۶۴، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲.