

Research Paper

The Responsibility of the Physician and the Hospital When the Patients Withdraw their Previous Consent for Treatment



Mehdi Kiyaneh

1. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Faculty of Humanities, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.



Citation Kiyaneh M. [The Responsibility of the Physician and the Hospital When the Patients Withdraw their Previous Consent for Treatment (Persian)]. *Jundishapur Scientific Medical Journal*. 2022; 21(5):744-757. <https://doi.org/https://doi.org/10.32598/JSMJ.21.5.2465>

<https://doi.org/10.32598/JSMJ.21.5.2465>



ABSTRACT

Background and Objectives: The patient's withdrawal of previous permission for treatment is one of the issues in jurisprudence and medical law. The present study aims to discuss the patient's withdrawal of previous permission based on the general approach to the physician's acquittal/not acquittal of responsibility.

Subjects and Methods This is a descriptive-analytical study with a new insight into the second paragraph of Article 308 of the Iranian Civil Code to assess the physician's refusal of treatment when the patient withdraws the previous consent for treatment.

Results The penal policies of Iran regarding physicians' responsibilities are not fair. By revising the laws and replacing the civil liability of the government, it is possible to strengthen the position of medical community in Iran.

Conclusion Physicians have reasons such as preventing harm and death to the patient, the rule of medicine, and the moral responsibility of the physician for not allowing patients to withdraw previous permission. On the other hand, patients believe that the doctor and the hospital are responsible for the status of the patient in the case of withdrawing previous consent. The legislator should solve the government's responsibility for the physician's actions or not allow the patient's withdrawal of permission to remove conflicts in the physician's acquittal/not acquittal of responsibility.

Keywords Withdrawal of previous consent, Usurpation, Physician, Hospital

Received: 20 Sep 2021

Accepted: 05 Jan 2022

Available Online: 22 Nov 2022

*** Corresponding Author:**

Mehdi kiyaneh, PhD.

Address: Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Faculty of Humanities, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.

Tel: +98 (937) 3790507

E-Mail: mehdikiyaneh@gmail.com

Extended Abstract

Introduction

In the texts of jurisprudence and medical law of Iran (Penal Code 1991), the informed consent of the patient needs the physician's acquittal. There are different opinions about its legal and Shariah legitimacy. According to the Penal Code of 2013, in addition to consent and obtaining acquittal, compliance with medical regulations and standards is required to remove responsibility. In a general view, it can be seen that all the reasons and arguments of those who support the physician's acquittal are related to the rule of permission for the possession, but there is no sufficient information about this rule in jurisprudence and medical law, and jurists have not specifically proposed and explained the mentioned assumption. The haste and lack of experience of the legislator in the field of physician's acquittal and patient consent has created ambiguities. The legislator has devoted all attention to the patient's permission and non-permission and is silent about the patient's request for previous permission in the treatment. The present study aims to discuss the patient's withdrawal of previous permission based on the general approach to the physician's acquittal/not acquittal of responsibility.

Methods

This is a descriptive-analytical study. Data were collected from books and online papers in related databases, including Ahl al-Bayt Library.

Results

The use and inclusion of the terms "Patient's withdrawal of previous consent" and "physician's acquittal" have caused conflicts in judicial votes in the field of physician's acquittal or responsibility. The patient's withdrawal of receiving treatment after initial permission and its effect on the responsibility of the physician caused harm in different cases and situations can lead to different rules. Therefore, to avoid mistakes, more research is needed to solve the existing gap by examining the aspects of jurisprudence and medical law. Considering the physician's responsibility based on Article 308 of the Iranian Civil Code, the physician's moral responsibility for the patient harm, and the rational and emotional sides of a physician's mind in treatment of patients, and given that Imam Khomeini recommended that Islamic rationality should be the main source of laws and moral values and virtues, it is recommended that the legislator should solve the conflicts in the field of the physician's acquittal by removing

the government's liability for the physician's actions or not considering the withdrawal of previous permission in the contract.

Conclusion

In some cases, for example for during cesarean surgery, the patient gives limited permission to the physician. It has been observed that during surgery, the physician comes across things that may not be in his/her expertise and requires the help of other physicians, and the prior permission does not include removing the responsibility of the new physician. Therefore, the permission should be neglected and responsibility be disclaimed, and the physician should seek help from other physicians for the patient's health, if necessary. Therefore, the legal agreement made between the patient and the physician should be considered as allowing the physician to be a representative, and the patient consent should be considered as the source of representation.

According to this view, the medical contract does not mean giving power of attorney, because the client should be able to handle the power of attorney (Article 662 of Iranian Civil Code). The author believes that the lack of ability (lack of information) in the client for handling is not a barrier to giving the power of attorney. For the person who gives power of attorney to another person for preservation or possession for reasons such as old age or imprisonment, there is no problem with giving power of attorney. Lack of ability does not mean lack of medical knowledge; it indicates the lack of financial ability. Therefore, by receiving permission from of the patient, the physician acts as a representative to perform the related affairs. In this regard, the patient consent is the source of representation, and it does not mean the removal of physician's responsibility; rather, it means letting the physician to be a representative and it is possible to refer to it, and the physician's refusal of treatment considers as his/her failure to fulfill responsibility.

Ethical Considerations

Compliance with ethical guidelines

No experiments on human or animal samples were conducted in this study. Therefore, there was no need for ethical considerations.

Funding

This research received no specific grant from any funding agency in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

Conflicts of interest

The authors declared no conflict of interest.

مقاله پژوهشی

مسئولیت پزشک و بیمارستان در صورت انصراف بیماران از رضایت قبلی خود برای درمان

مهدی کیان مهر

۱. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

Use your device to scan
and read the article onlineCitation: Kiyanmehr M. [The Responsibility of the Physician and the Hospital When the Patients Withdraw their Previous Consent for Treatment (Persian)] *Jundishapur Scientific Medical Journal*. 2022; 21(5): 744-757. <https://doi.org/10.32598/JSMJ.21.5.2635>doi: <https://doi.org/10.32598/JSMJ.21.5.2635>

چکیده



زمینه و هدف: جستار «رجوع از اذن تصرف در درمان توسط بیمار» از مقال‌های نقش‌پرداز فقهی و حقوق پزشکی می‌باشد. تحقیق پیش‌رو از جهت محدوده با ابراز مخالفت ابتدایی بیمار، عدم توانایی اعلام رضایت بیمار یا رضایت وی مرتبط نیست، بلکه استظهار بحث بر رجوع از اذن توسط بیمار با رویکرد عمومیت بر ابرام پزشک و بیمارستان یا ضمان آن‌ها استوار می‌باشد.

روش بررسی: محقق با روش توصیفی تحلیلی جهت تقویت شاکله حقوقی پزشکان و مدیران بیمارستان‌ها و با ژرفنگری نوین در شق دوم ماده ۳۰۸ (ق.م)، قصد دارد تا عدم امتناع از درمان توسط پزشک در صورت رجوع از اذن سابق توسط بیمار، کلیت موضوع «در حکم غصب» و اثبات‌ید در تصرف (درمان) بر مال غیر (بدن بیمار) را بیان کند.

یافته‌ها: مسئولیت پزشک و سیاست‌های کیفری در قبال کسانی که هدفشان صرفاً درمان بیماران می‌باشد به دور از عدالت است؛ بنابراین با بازنگری در قوانین و جایگزینی مسئولیت مدنی دولت می‌توان باعث تقویت جامعه پزشکی مسئولیت‌پذیر، با احساس و متعهد شود.

نتیجه‌گیری: برآیند اینکه پزشکان برای عدم رجوع بیمار بعد از اذن ابتدایی (سابق) به ادله جلوگیری از اضرار به نفس و ممنوعیت اقا در هلاکت، قاعده درء و مسئولیت اخلاقی پزشک استناد کرده‌اند؛ در مقابل، بیماران با استدلال به سلطه بر نفس، فساد اذن در صورت رجوع بیمار، استصحاب قائل به مسئولیت تکلیفی و وضعی پزشک و بیمارستان می‌باشند. بدین ترتیب شایسته است که قانونگذار راهکار مسئولیت دولت در قبال اقدامات پزشک یا قائل شدن به عدم رجوع از اذن در عقد لازم رفع تعارضات در زمینه ابرام پزشک یا ضمان وی مرتفع سازد.

کلیدواژه‌ها: رجوع از تصرفات ترخیص مسبق، غصب، پزشک، بیمارستان

تاریخ دریافت: ۲۹ شهریور ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش: ۱۵ دی ۱۴۰۰

تاریخ انتشار: ۰۱ آذر ۱۴۰۱

* نویسنده مسئول:

دکتر مهدی کیان مهر

نشانی: اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اهواز، دانشکده علوم انسانی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

تلفن: ۰۷۰۵۰۳۷۹۰۳۷ (۹۳۵) ۹۸+

رایانامه: mehdikiyanmehr@gmail.com

مقدمه

نظری است و در بستر مطالعات فقهی و حقوقی انجام می‌شود، بدیهی است که شیوه مورد استفاده کتابخانه‌ای بود و در این راستا ابتدا منابع و مآخذ مرتبط به موضوعات و مسائل اصلی پژوهش، شناسایی و با مطالعه و فیش‌برداری به جمع‌آوری اطلاعات لازم پرداخته و آن گاه با تجزیه و تحلیل مطالب گردآوری شده، به پاسخ پرسش‌های اصلی و فرعی پژوهش پرداخته شده است.

متغیرهای پژوهش

در این پژوهش مسئولیت پزشک و سپس دیدگاه‌های فقهی و حقوقدانان در این باره مورد کاوش قرار می‌گیرد.

روش و ابزار گردآوری

باتوجه به توصیفی و تحلیلی بودن، روش گردآوری اطلاعات در این پژوهش استفاده از منابع کتابخانه‌ای شامل کتب و مقالات موجود در دسترس در قالب فیش‌برداری می‌باشد. ابزار جمع‌آوری اطلاعات محقق در روش کتابخانه‌ای، فیش‌برداری و همه اسناد چاپی مانند کتاب، مقالات، ماهنامه‌ها، لغتنامه‌ها، سالنامه‌ها، متون چاپی نمایه‌شده در بانک‌های اطلاعاتی و اینترنت و هر منبعی که به صورت چاپی قابل شناسایی باشد و چون این تحقیق کتابخانه‌ای است اطلاعات از طریق مشاهده مستقیم مدارک و اسناد موجود در دسترس، از مجلات و نشریات، و با استفاده از اینترنت و منابع اصلی و معتبر است.

روش و ابزار تجزیه و تحلیل اطلاعات

از آنجاکه ماهیت پژوهش توصیفی می‌باشد، بنابراین از مقوله‌های مقایسه، طبقه‌بندی و استنباط به فراخور سؤالات پژوهش استفاده شد.

یافته‌ها

کلیت و الحاق موضوع «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار» و «تصرفات پزشک»، باعث تشتت آرای قضایی در زمینه ابراء پزشک یا مسئولیت وی شده است، زیرا امتناع بیمار از درمان بعد از اذن اولیه و جعل ابتدایی درمان و تأثیر آن بر ضمان پزشک خاطی در فروض و حالات مختلف احکام متفاوتی را به دنبال دارد؛ بنابراین برای جلوگیری از اشتباه در تشخیص مبادی تصویر، نیازمند تحقیقاتی است که با بررسی ابعاد فقه و حقوق پزشکی، خلأ موجود برطرف شود. این تحقیق با ارائه مسئولیت پزشک براساس ماده ۳۰۸ قانون مدنی با دیدگاه نوین به نوع مسئولیت و بیان راهکار جمع بین مسئولیت اخلاقی پزشک خسارت بیمار براساس وصیت امام خمینی (ره) که عقلائیت اسلامی خاستگاه اصلی وضع قوانین و نیز ارزش‌ها و فضایل اخلاقی می‌باشد و افزون بر این، عقلائیت و احساس‌گرایی پزشک در درمان بیمار در هم تنیده‌اند و نباید هیچ کدام از آن‌ها از هم منفک شوند؛ پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با راهکار مسئولیت دولت در قبال

در فقه و حقوق ایران، در اکثر موارد فقها و حقوقدانان تفاوتی بین اذن و اجازه و رضایت قائل نبودند و این مفاهیم را به جای یکدیگر به کار برده‌اند و در واقع اذن بیمار اذن به معالجه و درمان است. در متون فقه و حقوق پزشکی، اذن بیمار براساس قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ متضمن ابراء پزشک است که درباره مشروعیت شرعی و قانونی آن نظرات مختلفی وجود دارد و در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ علاوه بر رضایت و اخذ برائت، رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی هم برای رفع مسئولیت ضروری است. قانونگذار در مواد قانونی در مقام بیان شرایط جواز تصرف در نفس دیگران به عنوان معالجه و درمان بوده، نفس فعل طبابت را صرف‌نظر از نتایج احتمالی آن مورد توجه قرار داده است، بنابراین عملیات جراحی و هر اقدام پزشکی دیگر که علیه بیمار صورت می‌گیرد، فقط در صورتی که آن اقدامات مشروع باشد و با اذن و رضایت بیمار یا ولی او و بدون خطای جزایی انجام شود، جرم و جنایت محسوب نمی‌شود [۱].

باید یادآور شد که شماری قائل به این هستند که پزشک همیشه و در همه حال، ضامن خساراتی است که به سبب خطای وی بر بیمار وارد شده است. حال چه اذن گرفته باشد یا نه. اینان با تمسک به اطلاق احادیث اجیر و مستأجر احادیثی که وی را در همه حال ضامن می‌دانند، همچنین تمسک به قواعد فقهی، مانند قاعده اتلاف، قاعده تسبیب، قاعده لاضرر، قاعده غرور، وی را ضامن می‌دانند. در مقابل، شماری دیگر مینا را بر میرا دانستن پزشک از هرگونه ضمان در همه حال می‌دانند. قاعده احسان و اصل برائت را، دلایلی بر برائت ذمه آنان می‌دانند. می‌گویند پزشک شرعاً موظف به درمان بیمار است، اما در این راه به حصول نتیجه بهبودی وی، متعهد نشده است. می‌توان پزشک را به مقتضای اخذ برائت از ضمان خلاصی داد. به عبارت دیگر، اصل بر ضمان بودن پزشک است، اما با گرفتن برائت از بیمار از دادن خسارت رهایی می‌یابد. مینای برائت در اینجا، روایت سکونی و همچنین قواعد عمومی عسر و حرج در جامعه است [۲]. با نگاه کلی می‌توان دریافت که محور تمام دلایل و استدلال‌های قائلین به ابراء پزشک، قاعده اذن در تصرف بیمار می‌باشد؛ اما متأسفانه در ارتباط با رجوع از اذن تصرف در درمان، مباحث مکفی در فقه و حقوق پزشکی موجود نیست و فقها و حقوق‌دانان به طور خاص فرض مذکور را طرح و تبیین نکرده‌اند.

مواد و روش‌ها

تبیین روش پردازش

روش این تحقیق، توصیفی تحلیلی است که در تعاریف و کلیات، توصیفی و در بررسی و تبیین مبانی شیوه پژوهش، تحلیلی استنباطی است. باتوجه به اینکه تحقیق از نوع پژوهش‌های

از نهی [۸] حکمی که به واسطه اصل برائت، اباحه، حلیت و مانند آن به اثبات برسد، است [۹]. این واژه با مسائل پزشکی و درمان بیماران ارتباط تنگاتنگی دارد. این واژه در نوشته‌های فارسی با کلمه اذن عجین است. اذن به معنای رخصت در تصرف، پیش از تصرف و انجام کار از سوی مالک [۱۰]. همچنین، در قرآن مجید به معنی اجازه، اراده، اعلام، اطاعت و علم به کار رفته است، اما می‌شود گفت ریشه اذن به معنی اطاعت و علم از اذن است و ریشه اذن به معنی اجازه و اراده و اعلام از اذن می‌باشد [۱۱]. اذن در اصطلاح به معنای اباحه، رخصت در فعل قبل از واقع شدن آن و مجاز شمردن تصرف برای کسی که شرعاً ممنوع از تصرف بوده است، به کار می‌رود [۱۲]. در تعریف دیگر، «اذن عبارت است از رخصت مالک و کسی که در حکم مالک است به تصرف و اثبات ید». نویسندگان فقهی و حقوقی مالک بودن حقیقی (خداوند متعال) یا اعتباری (سایر مالکان) یا به منزله مالک شدن مانند اذن ولی در درمان کودک را شرط در اذن دهنده معرفی کرده‌اند. براین اساس اذن جزء ایقاعات قرار داده شده است و اذن دهنده با اذن خود اباحه و جواز تصرف را انشاء می‌کند.

مُسَبِق

مُسَبِق در لغت به معنای پیشین، پیشینه، قبل، قبلی، گذشته، در گذشته، اول، مقدم، جلو و ضد لاحق می‌باشد. با وجود این که اصطلاح رجوع از تصرفات ترخیص مسبق از نظر ریشه لغوی هنوز هم معنای رجوع از اذن را دارد، اما در حال حاضر تغییر کرده و وارد علم پزشکی شده است. امروزه به عنوان یکی از بحث‌های مهم در اخلاق پزشکی مطرح است. به نظر می‌رسد اصطلاح «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق» زمانی شایع است که «بازگشت از اذن سابق بیمار با وجود دلیل قطعی و غیر ملزم»، «استنکاف بیمار از قبول درمان بعد از اذن ابتدایی» یا «اذن سابق و رجوع از اذن لاحق»، وجود داشته باشد.

مبانی نظری رجوع از اذن بیمار

بعضی از توافقات و تراضی بین طرفین عقد فقط ایجاد اذن و اباحه جهت تصرف در مال دیگری می‌کند و به موجب آن افراد می‌توانند برای انجام بعضی امور به یکدیگر اذن دهند که موجب تصرف در مال شود [۵]. همان‌طور برای عقود که بین طرفین لازم‌الاجرا هستند و باید به مفاد آن پایبند باشند، امکان برهم زدن عقد وجود ندارد. برای این که رجوع از اذن امکان‌پذیر باشد و بتوان به آن ترتیب اثر داد، باید از طریق ادله مصرح قانونی اثبات شود تا بتوان تأیید و اثبات رجوع از اذن را احراز کرد [۹]. بنابراین، برای تشخیص انکان رجوع از اذن تشخیص ماهیت حقوقی آن اهمیت دارد.

ماهیت فقهی و حقوقی رجوع از اذن

برای تشکیل هر ماهیت حقوقی علاوه بر وجود اهلیت طرفین

اقدامات پزشک یا قائل شدن به عدم رجوع از اذن در عقد لازم رفع تعارضات در زمینه ابراء پزشک یا ضمان وی مرتفع سازد.

بحث

مسئولیت پزشک و بیمارستان در رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار

مفهوم «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار»

باتوجه به مبانی تصویری، گوناگونی و پیوستگی مفهوم، نگارنده اهتمام دارد در بدایت نوشتار، تعریف جامع و مانعی از رجوع از تصرفات ترخیص مسبق عرضه کند.

رجوع

رجوع در لغت به معنای انصراف است [۳]. حق رجوع در اصطلاح به معنای حق بازگشت و برهم زدن عقد یا ایقاع می‌باشد. حق رجوع عبارت است از حق بازگشت و برهم زدن قرارداد، در عقدهای جایز که در پی حکم شارع به جواز این نوع عقود، برای دو طرف عقد ثابت می‌شود [۴]. رجوع بیمار از اذن درمان ممکن است به انگیزه به هلاکت انداختن خود و پذیرش غیر قابل توجیه مرگ، عدم توانایی در پرداخت هزینه‌های درمان و اجتناب از درمان به خاطر کهولت سن و غیره صورت گیرد.

تصرف

تصرف از ریشه «صرف» و در لغت به معنای دست به کاری زدن، دگرگون شدن و چیزی را تحت استیلاء و اقتدار خویش داشتن می‌باشد [۲]. مراد از تصرف در فقه و حقوق عبارت است از «هر کار ارادی دارای اثر شرعی در یک مال». در تعریفی دیگر «هر اقدام ارادی منتسب به شخص در مالی - اعم از عین و غیر عین - که دارای اثر شرعی است؛ خواه این اثر به سود تصرف کننده باشد یا به زیان او» [۵]. لذا با انعقاد قرارداد درمان، بیمار به پزشک اذن در تصرف می‌دهد. بنابراین، اقدامات درمانی که به وسیله کادر درمان صورت می‌گیرد، نوعی تصرف در نفس دیگری است. اذن داشتن در تصرف یک حکم وضعی محسوب می‌شود؛ یعنی حقی است که شارع آن را برای بیمار یا ولی، جعل کرده است. با همین جعل، پزشک، استحقاق تصرف پیدا می‌کند، در قبال دیگران که چنین حقی ندارند و تصرف آنان، غصب حرام و تجاوز به حقوق دیگران می‌باشد. پس با اذن شرعی یا مالکی و اباحه وضعی که حاصل این اذن است، غصب بودن و تجاوز و حرمت برداشته می‌شود [۶]. براین اساس، در صورتی که بیمار از اذن خود رجوع کند، باعث طرح ریزی نظریه نوین در حقوق پزشکی می‌شود که در ادامه به تفصیل آن خواهیم پرداخت.

ترخیص

ترخیص در لغت به معنای رخصت، جواز ارتکاب [۷]. اذن بعد

مطرح شده است، سه دیدگاه عمده به دست می آید:

واقعۀ حقوقی بودن اذن

بر اساس اینکه اذن واقعۀ حقوقی می باشد. اذن نه عقد است و نه ایقاع. باین حال، همانند اقرار و شهادت، عملی ارادی است که آثار حقوقی در پی دارد. به بیان دیگر، اذن قائم به قصد انشاء نیست و اذن دهنده هیچ چیز را از نظر حقوقی به وجود اعتباری ایجاد نمی کند، بلکه تنها مانع قانونی را مرتفع می سازد؛ مثلاً طبق قانون تصرف در مال غیر ممنوع است. مالک با دادن اذن در تصرف در مال خود فقط این منع را از میان بر می دارد. بنابراین رجوع از اذن در هر زمان ممکن است [۱۵].

عمل حقوقی بودن اذن

در عمل حقوقی، گاه برای ایجاد رابطه خواستار یک اراده و گاه اراده طرفین است که در قالب عقد یا ایقاع بودن می گنجند [۱۶].

- عقد لازم بودن اذن

برخی معتقد به عقد بودن اذن بیمار می باشند. این اعتقاد در تحلیل حقوقی در رابطه پزشک و بیمار مشهود است. بنابراین رابطه ای دوسویه بین پزشک و بیمار مبتنی بر حقوق و تعهداتی همچون ارائه خدمات توسط پزشک جهت درمان بیمار و تعهد بیمار به پرداخت اجرت درمان پزشک می باشد [۱۴]. اذن بودن و تحقق عقد ممکن است ناشی از عقد لازم باشد مانند اینکه به موجب شرط ضمن عقد بیع، به خریدار اذن در عبور از ملک بائع داده شود. فقط در صورت اخیر است که برابر ذیل ماده ۱۰۸ (ق. م) نمی توان از اذن عدول کرد. بر این اساس، توافق میان بیمار و پزشک و تعهداتی که برای آن ها ایجاد می شود ملزم به اجرای مفاد آن می باشند و حق رجوع و برهم زدن آن را ندارند (مستفاد از ماده ۲۲۰ ق. م). این تعهدات می تواند به صورت دو طرفه باشد و یا اینکه صرفاً برای طرف دیگر ایجاد تعهد کند که در هر دو صورت غیر قابل رجوع خواهد بود.

- ایقاع بودن اذن

اذن عمل حقوقی است و به انشاء نیاز دارد. در واقع اذن اباحه مورد اذن را انشا می کند. کسی که به دیگری اذن می دهد تا در مال او تصرف کند، با اذن خویش آن مانع را بر می دارد. تصرف ممنوع با انشای اذن دهنده مباح می گردد و توقفی بر انشای متقابل ماذون و قبول او ندارد [۱۵]. حتی رد ماذون نیز مانع تحقیق یا بقای اذن نمی گردد و او با آن که اذن را رد کرده است، تا زمانی که اذن خود برنگشته، می تواند در آن مورد تصرف کند. بدین ترتیب، اذن عمل حقوقی یک طرفه، یعنی ایقاع است. در موارد گوناگون قانون مدنی به قابل رجوع بودن اذن تصریح شده است، می توان فهمید که قانون مدنی هم نظریه

عقد و توافق، اذن می باشد که قرارداد منعقدۀ بین طرفین حاصل شود [۱۳]. در میان اعمال حقوقی که طرفین با قصد مشترک خود آن را ایجاد می کنند، پاره ای از اعمال حقوقی بین طرفین که صرفاً اذن شخص به دیگری می باشد، این امکان را ایجاد می کند که بتواند در اعمال و مال دیگری بدون اینکه حقی برای او ایجاد شود، تصرف داشته باشد؛ لذا اذن برای شخص قابل رجوع است، مانند وکالت، شرکت، جعاله، ودیعه و غیره [۱۴]. اگرچه ایجاد اذن به یک طرف بستگی دارد و برای انحلال آن، رجوع شخص اذن دهنده کفایت می کند، اما به طور کلی رجوع از اذن در همه موارد امکان پذیر نخواهد بود و اذن او تبدیل به یک امر لازم حقوقی می شود و در نتیجه قابل تأیید و اثبات برای رجوع از اذن نخواهد بود. (مستفاد از ماده ۱۲ ق. م) مانند:

- هرگاه طرفین به وجه ملزومی ملزم به توافق شده اند.

- هرگاه رجوع از اذن منجر به ایجاد ضرر برای طرف مقابل باشد و دفع ضرر به طریق دیگر ممکن نباشد.

- هرگاه رجوع از اذن به حکم قانون منع شده باشد.

به نظر می رسد با توجه به معنای کامل اذن که عبارت است از انشای رضایت مقنن یا مالک (یا نماینده قانونی او) یا کسی که قانون برای رضایت او اثری قائل شده است، به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیرمعین، برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی، هم اذن اشخاص و هم اذن قانونی را در برمی گیرد [۱۴]؛ عمل حقوقی در این تعریف، اعم از عقد و ایقاع می باشد و مقصود از تصرف خارجی، تصرفاتی است که برخلاف اعمال حقوقی جنبه اعتباری ندارد، بلکه تصرف مادی است؛ اعم از آن که متصرف از آن انتفاع برد یا نبرد و اعم از آن که با تصرف، عین مال باقی بماند یا عین مال عرفاً از بین برود. این دیدگاه، منجر به چالش عدم تشخیص قرارداد میان بیمار و پزشک و نامشخص بودن رجوع بیمار از اذن می شود؛ این که آیا بیمار حق رجوع از اذن در درمان توسط پزشک را دارد؟ آیا در نحوه رجوع، رجوع لفظی و عملی برای بیمار مقدور است؟ آیا حق رجوع قابل اسقاط است؟ در صورتی که اذن به وجه ملزومی داده نشده باشد، اذن دهنده می تواند هر زمان از اذن خود رجوع کند؟ این ها سؤالاتی هستند که در حقوق پزشکی صراحتاً به آن اشاره نگردیده است. بر این اساس، برای مشخص شدن ماهیت رجوع از اذن، ابتدا باید ماهیت حقوقی قرارداد بیمار و پزشک نمایان شود.

ماهیت حقوقی قرارداد بیمار و پزشک

بیشتر مطالعات و تحقیقات فقیهان و حقوق دانان در مورد اذن بیمار به پزشک اختصاص پیدا می کند و کمتر ماهیت حقوقی قرارداد بیمار و پزشک که منجر به نمایان شدن رجوع از اذن می شود، مورد بررسی و تحقیق قرار گرفته است. از بررسی نظرات پراکنده و اجمالی که در زمینه ماهیت حقوقی رجوع از اذن

را تلقی به نیابت و حمل اذن به معنی منشأ نیابت داشتن نه اباحه و رخصت. به موجب این نگرش، قرارداد پزشکی وکالت نیست، زیرا موکل باید قادر به انجام مورد وکالت باشد (ماده ۶۶۲ ق.م). نگارنده معتقد است عدم توانایی مذکور به هر دلیلی که باشد (فقدان اطلاعات) مانع استنباط نیست [۲۱]. همچنان که کسی که استنباط در حفظ یا تصرف را به دیگری می‌دهد، به هر دلیلی مثل کهولت سن و یا حبس، استنباط آن‌ها مشکلی ندارد. بنابراین عدم توانایی شامل توانایی مادی در امر پزشکی نمی‌شود و عدم توانایی اعتباری مدنظر است. بنابراین پزشک با اعطای نیابت از طرف بیمار، متعهد به انجام امور مربوط به نیابت می‌شود. علی‌هذا اذن بیمار منشأ نیابت است، اما به خودی خود منشأ سقوط ضمان نیست، بلکه نیابت در قالب اذن شخصی جایز است (عقود اذنی) و رجوع از آن ممکن است و عدم امتناع پزشک از درمان باعث مسئولیت آن است. سؤالی که در ادامه با آن روبه‌رو هستیم نحوه تصرف بیمار در بدن بیمار می‌باشد که نگارنده نظریه خاصی در این زمینه دارد که به توضیحاتی در این ارتباط می‌پردازیم.

تبیین «تصرفات پزشک در بدن بیمار»

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

تصرف پزشک در درمان و تلقی به تصرف در مال

ماده ۳۵ قانون مدنی باتوجه به کلمه «مالکیت» که در آن قید شده است، چنین مستفاد می‌شود که فرض حقوقی مذکور در خصوص اعیان است، اما قانون مزبور به پیروی از اکثر فقهای امامیه، موضوع را به حقوق نیز توسعه داده است [۲۴]. دیدگاه نگارنده در این مقاله بر این نظریه استوار می‌باشد که تصرف در اعضای بیمار توسط پزشک تلقی به تصرف در مال و نحوه جبران خسارت آن هم به دلیل ضمانت اجرای آن می‌باشد. این دیدگاه در رد ادعای مالیت اعضای بدن اظهار می‌کند که زمانی که انسان حق تصرف بر بدن خود را به دست می‌آورد، لذا آن بدن مال شمرده می‌شود. اقتصاددانان معتقدند که قابلیت انتقال، ارزش مال را از طریق بازار مبادله تعیین می‌کند. افزون بر این، از نظر حقوقی به چیزی مال می‌گویند که دارای شروط اختصاص به شخص و مفید بودن برای نیازهای مادی را داشته باشد. برخی فقها تصریح کرده‌اند که نفع و فایده بالقوه برای تحقق مالیت کافی است و لازم نیست که مال حتماً منجر به برآورده شدن نیاز فعلی انسان شود و همین میزان که شأنیت انتفاع را داشته باشد، می‌توان تلقی و اعتبار مال بودن را کرد [۲۵].

بنابراین، در اذن مالکی، عدم اذن مالک به شخص ثالث، عدم جواز تصرف در ملک وی می‌باشد، اعم از اینکه عدم ماذون بودن به مال یا بدن مالک باشد و بالعکس. بنابراین، اذن و رخصت فرد،

ایقاعی بودن ماهیت حقوقی اذن را ترجیح داده است. مثلاً در ماده ۱۰۸ (ق.م) آمده است در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر این که مانع قانونی موجود باشد [۱۶، ۱۷]. به نظر می‌رسد نظریه ایقاعی بودن اذن به صورت صریح یا ضمنی، مورد تأیید بسیاری از فقیهان و حقوق دانان قرار گرفته است. برخی از فقیهان همچون محقق خوانساری «لا اذن من الایقاعات لا یحتاج الی القبول» [۱۸]، صاحب عناوین [۱۹] و امام خمینی «فان الاذن شیء و العاریة و الودیعة مثلاً شیء آخر و الاول ایقاع و الثانی عقود» [۲۰] و برخی از حقوق دانان معاصر هم مانند جعفری لنگرودی و کاتوزیان [۲۱] به ایقاع بودن اذن تصریح کرده‌اند.

همچنین باتوجه به قرآینی مانند معتبر دانستن انشاء در پیدایش اذن، در تألیفات برخی دیگر از فقیهان چون صاحب جواهر، سید کاظم یزدی [۲۲]، می‌توان نظریه ایقاع بودن اذن را به آنان نسبت داد. بنابراین، اذن قانونی به موجب اباحه تصرف بر مآذون می‌شود لکن مسئولیت او را برطرف نمی‌کند یعنی نتیجه اذن قانونی «اباحه باضمان» است. چنان که در ماده ۱۶۳ ق.م می‌بینیم که اذن قانونی، منشأ ضمان است مگر اینکه یابنده مال به قصد نگهداری آن مال به صورت امانت، آن را بردارد و تصرف کند که فقط در این صورت، ضامن نخواهد بود و گرنه در غیر این صورت ضامن است. از ماده ۱۷۱ (ق.م) نیز همین قاعده را می‌فهمیم یعنی اذن قانونی، موجب پیدایش اباحه با ضمان است. بنابراین به طریق اولی نیز رجوع از اذن و امتناع پزشک از درمان در فرض رجوع بیمار از اذن باعث مسئولیت وی می‌شود.

- نظریه نگارنده و ماهیت مسبوق به نیابت

به نظر می‌رسد ماهیت حقوقی بین پزشک و بیمار چیزی غیر از واقعه حقوقی، عمل حقوقی، عقد یا ایقاع بودن باشد [۲۳]. اگر اصل استقلال و عدم سلطه اقتضاء دارد تا تصرف در مال منوط به نیابت باشد، پس تصرف در تن و درمان یک انسان نیز مستلزم آن است. طرح ریزی نظریه نیابت به عنوان ماهیت حقوقی پزشک و بیمار نشان‌دهنده کرامت انسان است و نشان می‌دهد انسان مسلط در امور، اموال و تصرف در بدن به نیابت از وی امکان‌پذیر است. نیابت شأنی بالاتر از اباحه دارد. براین اساس پزشکان برای تصرف در بدن بیمار به چیزی بیشتر از اباحه نیاز دارند. در برخی موارد بیمار در عمل جراحی سزارین، اذن محدود به پزشک می‌دهد. مشاهده شده که در حین عمل جراحی پزشک به مواردی برخورد می‌کند که ممکن است در تخصص وی نباشد و احتیاج به همراهی پزشک دیگر باشد و اذن قبلی شامل رفع مسئولیت پزشک جدید نیست. اذن اباحه و دفع مسئولیت می‌شود، اما در این موارد قائل به نیابت هستیم که پزشک در صورت ضرورت خود جهت سلامتی بیمار از دیگر پزشکان مساعدت بجوید. بنابراین باید ماهیت حقوقی میان بیمار و پزشک

غیر بدون مجوز هم «در حکم غصب» است» و قصد عدوان که در غصب موجود است را از ابتدا نیاورده است [۲۶]. دلیل اطلاق چنین تصرفاتی به «در حکم غصب» به این علت است که

اولاً: ارکانی که برای غصب وجود دارد در اینجا کامل نیست؛

ثانیاً: ماهیت ذیل ماده ۳۰۸ (ق.م) با صدر ماده آن یکی نیست؛

ثالثاً: قانونگذار خواسته که حکم صدر ماده ۳۰۸ (ق.م) را به ذیل آن تصریح دهد. در واقع دو موضوع ماهیتاً با هم فرق می‌کنند و فقط در حکم با هم اشتراک دارند؛ لذا آن دومی را می‌گوییم در حکم اولی [۵].

به‌طور کلی در ارکان تصرفات در حکم غصب از نظرگاه فقه اسلام می‌توان ۴ رکن متصور شد که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت:

- استیلاء

استیلاء در لغت به معنای «غلبه» و «چیره شدن» می‌باشد. استیلاء در اصطلاح فقهی، مسلط شدن بر مال یا حق غیر است [۲۷]. استیلاء «در حکم غصب» استیلائی است که فاقد ارکان و شرایط اساسی تحقق استیلائی غصب هست، ولی آثار و احکام غصب درباره آن جاری می‌شود. لذا لازمه استیلاء پیش‌گفت در ارکان «در حکم غصب» عبارت‌اند از استیلاء و سلطه فیزیکی، شروع قانونی استیلاء و وضع ید، مواجه شدن با منع و رجوع مالک از اذن قبلی نسبت به استیلاء [۵]. روابط پزشک بیمار نیز از همین نوع است و پزشک با اذن منشاء نیابت، بر بدن بیمار که دارای مالیت است برای تصرف و درمان استیلاء دارد.

- تصرف ابتدایی با اذن

رویکرد غصب، تصرف در مال غیر به نحو عدوان است [۲۸]. تصرفات «در حکم غصب» وجود تصرف ابتدایی و با اذن بوده است. لذا عدم تحقق عدوان و سوء نیت متصرف در هنگام تصرف ضروری است. بنابراین، در حکم غصب است هرگاه کسی مالی را به جهتی از جهات به اجازه قانونی در تصرف داشته باشد و بعداً اجازه مرتفع شود و تصرف خود را بدون مجوز قانونی ادامه دهد، از تاریخ امتناع در حکم غاصب است [۲۳]. پزشک نیز در این مورد با اجازه ابتدایی بیمار بر بدن بیمار که دارای مالیت است برای تصرف و درمان استیلاء می‌کند.

- تعلق مال یا حق به دیگری

باتوجه به تعریف غصب در ماده ۳۰۸ (ق.م)، در تحقق غصب لازم است حقی که مورد استیلاء قرار گرفته متعلق به غیر باشد. لذا صرف تعلق این حق به دیگری کافی است که بتواند موضوع «در حکم غصب» به نحو مفروز، اشاعه و غیره قرار گیرد [۵]. براین اساس اگر پزشک در بدن خود تصرف کند یا بیمار خوددرمانی را در پیش‌بگیرد، پزشک و بیمارستان مسئول

در حکم تصرف و اثبات ید بر مال است. همچنین، عدم اذن در مال و نفس بر اساس قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» پذیرفته شده و منع شرعی ندارد [۱۹]. ممکن است این سؤال مطرح شود که متعلق اذن، حق می‌باشد و موضوع پیش‌رو ماده ۳۰۸ (ق.م) مال است و با موضوع پیش‌رو که درمان بیمار است، ارتباطی برقرار نمی‌کند. در پاسخ می‌توان گفت باتوجه به این که حق متکثر از حقوق مالی و غیر مالیست و با استدلال به اعتباری بودن مالکیت انسان بر اعضای بدن خود، تصرف پزشک جهت درمان بیمار (تصرف در مال) بدون اذن وی است و باعث ایجاد تعهد می‌شود.

عدم امتناع از تصرف پزشک و تحقق در حکم غصب

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

طرح ریزی در حکم غصب در رابطه پزشک و بیمار

این استدلال نگارنده باعث می‌شود که در زمینه پزشک و بیمار خلل‌هایی مبنایی و قانونی و اخلاقی مطرح شود تا در آینده موافقان و مخالفان درباره این نظریه اظهار نظر کنند. به عبارت روشن‌تر، امتناع پزشک و مداخله وی در بدن بیماری که دارای درد و رنج می‌باشد، با وجود رجوع بیمار از ترخیص مسبق، منجر به تحقق در حکم غصب و مفاد شق دوم ماده ۳۰۸ (ق.م) می‌شود و ضمانت اجرا و جبران خسارت برای پزشک را مطرح می‌کند. نگارنده در یک نظریه نوین اظهار می‌کند که رجوع از تصرفات ترخیص مسبق توسط بیمار، با عدم امتناع از درمان توسط پزشک با استدلال به اضرار به نفس و ممنوعیت الفا در هلاکت، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز محقق می‌شود. براین اساس، در حقوق موضوعه ایران بر اساس ماده ۳۰۸ (ق.م) «غصب، استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب محسوب می‌گردد». با ژرف‌نگری در شق دوم ماده پیش‌گفت و استدلال به احتساب تسلط انسان بر اعضای بدن از باب مالکیت در اموال، کلیت موضوع اثبات ید در تصرف (درمان) بر مال غیر (بیمار) و «در حکم غصب» نمایان می‌شود.

ارکان در حکم غصب در روابط پزشک و بیمار

اشخاصی توانایی استیلاء بر اموال را دارند که در این خصوص اذن در تصرف داشته باشند؛ مانند مالک و وکیل [۱۳]. هرگاه تسلط افراد ابتداً همراه با اذن باشد، ولی در ادامه، مالک خواهان رفع استیلاء شود، ولی این تسلط در تصرف مرتفع نگردد، «در حکم غصب» محقق شده است. براین اساس، فقها و حقوق‌دانان مواردی را که آغاز استیلاء و تصرف قانونی و مشروع بوده ولی استمرار آن خلاف حق باشد را «در حکم غصب» معارفه نموده‌اند [۵]. قسمت دوم ماده ۳۰۸ (ق.م) اشعار می‌دارد که «اثبات ید بر مال

نخواهند بود.

احکام «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار»

رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار دارای احکام تکلیفی وضعی می‌باشد که در ذیل به تبیین و تشریح آن‌ها پرداخته خواهد شد.

احکام تکلیفی

«رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار» یعنی اینکه بیمار با بازگشت از اجازه سابق در درمان، تصرف در بدن خویش را توسط پزشک سلب می‌کند. در این باره بین فقهای امامیه و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد و برخی قائل به سقوط ضمان و ابراء پزشک با استدلال به جعل ابتدایی و برخی قایل به ضمان وی هستند.

نظرات قائلین به عدم ضمان پزشک

قانون گذار در جهت حمایت از پزشک و بیمار، به لزوم اذن در مواردی که اخذ اذن ممکن است و عدم لزوم آن در موارد ضرور تصریح و با رعایت مقررات و موازین فنی پزشک را فاقد مسئولیت مدنی و کیفری دانسته است. افزون بر این، در جایی که تحصیل اذن از بیمار ممکن نباشد، در ماده ۴۹۵ (ق.م) مصوب ۱۳۹۲ با توسعه در تعیین مصداق ولی مقرر شده است که «ولی بیمار خاص یا عام» به اعطای براءت به پزشک اقدام می‌نماید. همچنین در مواردی که اخذ فوری اذن مریض امکان پذیر نباشد، در تقلیل مسئولیت پزشک، ماده ۴۹۷ قانون مذکور پزشک را ضامن تلف و یا صدمات وارده نمی‌داند. محدوده‌های مطرح شده دلایلی بودند که به وفور درارتباط با آن مطالبی بیان شده و از بحث ما خروج موضوعی دارند [۲۰].

- استدلال به شبهه دارنه در عدم ضمان پزشک

درارتباط با اینکه اگر بیمار با وجود اذن ابتدایی از اذن رجوع نماید، تکلیف پزشک چیست؟ برخی معتقدند اذن ابتدایی بیمار موجد شبهه دارنه برای عدم ضمان پزشک می‌باشد. به بیانی دیگر، استناد به اذن ابتدایی برای مشروعیت دادن به درمان پزشک حداقل این تردید و شبهه را ایجاد می‌نماید که به واسطه آن، ضمان پزشک دره و رفع می‌گردد و اصاله البرائه را جاری می‌کنیم.

- استدلال به مسئولیت اخلاقی و حقوقی پزشک

مسئولیت اخلاقی عبارت از مسئولیتی که قانون گذار متعرض آن نشده و تنها ضمانت اجرای درونی و وجدانی دارد [۲۶]. اخلاق پزشکی، اصول و قواعد اخلاقی می‌باشد که لازم‌الرعایه برای پزشک است. پیروان قهری بودن پزشک معتقدند که آنچه پزشک تعهد به انجام آن می‌کند، درمان بیمار است و این امر به زندگی انسان بستگی دارد و قابل داد و ستد نیست و در حیطه قراردادهای نمی‌گنجد.

تشابه روابط پزشک و بیمار با مصادیق در حکم غصب

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

- عدم استرداد عین به مالک پس از انقضاء مدت اجاره

براین اساس، اگر مستأجری در پایان مدت اجاره از تخلیه امتناع ورزد و یا در رد آن به مالک طفره برود، با این که ابتداء از راه عدوان و ستم بر آن مال سلطه پیدا نکرده است، چون در این هنگام تصرف او بدون مجوز و نامشروع است، از تاریخ پایان یافتن اذن، «در حکم غاصب» به شمار می‌آید؛ علاوه بر تخلیه نکردن موارد دیگری نیز بر موضوع «در حکم غصب» در روابط موجر و مستأجر دلالت دارد از جمله تغییر ندادن مصرف مورد اجاره؛

طبق بند دوم ماده ۴۹۰ (ق.م)، عین مستأجره را باید در همان مصارفی که مقرر شده است، استعمال نمایند و در صورت عدم تعیین، باید در منافی به کار گرفته شود که از اوضاع و احوال استنباط می‌گردد.

طبق ماده ۵۰۳ (ق.م): «هرگاه مستأجر بدون اجازه موجر در خانه یا زمینی که اجاره کرده، وضع بنا یا غرس اشجار کند، هر یک از موجر و مستأجر حق دارد هر وقت بخواهد بنا را خراب یا درخت را قطع کند. در این صورت اگر در عین مستأجره نقضی حاصل شود بر عهده مستأجر است، زیرا تصرف مستأجر بدون اجازه موجر بوده و «در حکم غصب» می‌باشد [۲۹]. در روابط پزشک و بیمار نیز به همین منوال است و هر زمان بیمار از اذن تصرف به پزشک رجوع نماید در حکم غصب محقق می‌گردد؛ افزون بر این، پزشک باید در حدودی که برای وی تعیین گردیده تصرف نماید؛ در صورت تعدی بدون علم، مسئول می‌باشد.

- عدم رد ودیعه یا انکار امانت

اگر مال به صورت امانت یا ودیعه در اختیار دیگری قرار گیرد، از تاریخ امتناع وی از رد مال امانی و ودیعه، عمل وی «در حکم غاصب» است نه غاصب [۲۰]. نگارنده اقدامات پزشک را با این مورد از مصادیق در حکم غصب منطبق تر می‌داند، زیرا که این دو مورد مذکور استنباط در حفظ هستند و پزشک نیز با اذن بیمار، منشأ نیابت و استنباط در درمان را به دست می‌آورد.

- تصرف یک جانبه عامل در مال مضاربه

سرمایه مضاربه امانتی از طرف مالک آن در دست عامل است و او حق ندارد تصرفی در آن کند مگر برای تجارت با آن به همان صورتی که توافق کرده‌اند، در نتیجه اگر آن را به طور یک جانبه در کار دیگری مصرف نماید، «در حکم غصب» است [۲۹]. در روابط پزشک و بیمار نیز با این مصداق برابری دارد و تصرف پزشک در بدن بیمار باید براساس توافق مسبق باشد.

نیز باعث عدم ثبوت وصیت و بطلان آن می‌شود، بنابراین چنین شبهه‌های بلاوجه است، زیرا اذن مذکور ابتدایی به خاطر رجوع از آن فاسد بوده و اعتباری ندارد. اگر بخواهیم قائل بر این نظر باشیم، رجوع از اذن به مستأجر در تصرف، رجوع از اذن به ودیعه، رجوع از اذن به امانت و غیره جهت مشروعی ندارند و مستأجر با اذن ابتدایی تا همیشه در حال تصرف، ودیعه تا ابد در دست مستودع و مال الامانه نزد امین باقی خواهد ماند.

- استصحاب و استدلال به ضمان پزشک

به نظر می‌رسد دراز تباط با ضمان پزشک می‌توان به استصحاب نیز اشاره کرد. به این شکل که اذن همیشه متضمن ابراء پزشک نیست و پزشک در صورت خسارت باید جبران نماید. حال شک می‌شود که با رجوع از تصرفات ترخیص مسبق توسط بیمار، اذن ابتدایی متضمن ابراء پزشک است؟ استصحاب و بقای ما کان کردن بر ضمان پزشک و عدم ابراء صحه می‌گذارد. استدلال به استصحاب اذن برای اثبات این که مأذون می‌تواند بار دیگر به وضع اذن بیمار استدلال کرده اقدام کند. به نظر صحیح نمی‌رسد، زیرا همان‌گونه که گذشت، اذنی که از مالک صادر گردیده بود، اذنی مشخص و معین بود که با رجوع اذن برای بار اول یقیناً مورد آن فاسد شده و اذن از بین رفته است. درحقیقت، ارکان استصحاب در این جا ناتمام است، زیرا اساس استصحاب، شک در بقای متقین می‌باشد و حال آن که در انتفای اذن متقین، شکی نیست.

- مستفاد از ماده ۱۲۱ ق.م. و استدلال به ضمان پزشک

برخی از حقوق دانان مستفاد از ماده ۱۲۱ (ق.م)، استدلال به ضمان پزشک کرده‌اند. ماده ۱۲۱ (ق.م). بیان می‌کند «هر گاه به اذن صاحب دیوار سرتیری گذارده باشد و بعد آن را بردارد، نمی‌تواند مجدداً بگذارد، مگر به اذن جدید از صاحب دیوار و همچنین است سایر تصرفات». اظهار نظر مذکور و علت حکم قانون گذار، انصراف مأذون است. باتوجه به ذیل ماده که می‌گوید: «و همچنین است سایر تصرفات» می‌توان حکم مذکور را به موارد مشابه نیز تسری داد.

- مستفاد از ماده ۱۰۸ ق.م. و قابل رجوع بودن اذن

ماده ۱۰۸ (ق.م) به‌عنوان قاعده‌ای کلی در مورد اذن مقرر می‌کند: «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر این که مانع قانونی موجود باشد».

- بنای عقلا

تسط انسان بر سرنوشت خود و تصمیماتی که اتخاذ می‌نماید یک امر عقلایی است و شارع مقدس در این زمینه منعی نکرده است بلکه به امضای این مهم نیز پرداخته است. رجوع از تصرفات

- عقد لازم بودن و عدم رجوع بیمار از درمان توسط پزشک

اعتقاد به لازم بودن اذن بیمار به عقد لازم باعث می‌گردد که رابطه‌ای دوسویه بین پزشک و بیمار مبتنی بر حقوق و تعهداتی همچون ارائه خدمات توسط پزشک جهت درمان بیمار و تعهد بیمار به پرداخت اجرت درمان پزشک به وجود آید [۱۴]. بنابراین با استدلال به ماده ۱۰۸ (ق.م) نمی‌توان از اذن عدول کرد. براین اساس، توافق میان بیمار و پزشک و تعهداتی که برای آن‌ها ایجاد می‌شود ملزم به اجرای مفاد آن می‌باشند و حق رجوع و برهم زدن آن را ندارند (مستفاد از ماده ۲۲۰ ق.م).

نظرات قائلین به ضمان پزشک

استدلالات ارائه شده توسط قائلین به عدم ضمان پزشک در موضوع متنازع فیه باعث شد نظرات قائلین به ضمان پزشک را تبیین و تشریح کنیم.

- استدلال به قیاس اولویت

مطابق نظر مشهور فقها چنانچه پزشک حادث و متبحر با اذن بیمار یا ولی او به طبابت بپردازد و موجب نقص عضو، فوت یا آسیب بیمار گردد، ضامن است [۱۶]. افزون بر این، باتوجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که پزشک را ملزم به رعایت موازین فنی در درمان نموده است و این که هر اذنی توسط بیمار لزوماً به معنای ابراء پزشک نیست براین مهم صحه می‌گذارد. بنابراین، وقتی اذن همیشه متضمن ابراء پزشک نیست و پزشک در صورت ایراد خسارت باید جبران نماید، به دلیل اولی رجوع از تصرفات ترخیص مسبق توسط بیمار باعث ضمان پزشک است.

- سلطه بر نفس و استدلال به ضمان پزشک

در برخی از روایات تسلط بر نفس به‌عنوان یک قاعده فقهی مطرح گردیده است و بیان می‌کنند که «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم»؛ لذا بیمار می‌تواند بر نفس خود نیز مسلط باشد. برخی شبهه دفع اضرار را برای دخالت پزشک در درمان مطرح کرده‌اند؛ در پاسخ باید بیان کرد که هر زمان که بیمار رجوع از تصرفات پزشک (درمان) در مال و نفس خود (بدن) را اعلام می‌کند و باتوجه به اصل عدم سلطه بر نفس دیگری، پزشک وظیفه‌ای ندارد بلکه می‌توان دخالت درمان در توسط پزشک را نوعی اضرار به خود تعبیر کنیم؛ لذا پزشک مسئول خساراتی است که به بیمار وارد می‌کند. براین اساس، در صورت مخالفت بیمار با درمان یا رجوع از اذن ابتدایی، با استناد به ادله سلطه بر نفس، پزشک مجاز به درمان و تصرف در بدن بیمار نیست.

- رد شبهه دارئه و استدلال به ضمان پزشک

در پاسخ تقریر اول قائلین به عدم ضمان پزشک و استدلال به قاعده درء و دفع ضمانت به دلیل اذن ابتدایی، باید بیان کرد که رجوع از اذن باعث فساد اذن می‌گردد؛ چنانچه در وصیت

و احساس گرایی پزشک در درمان بیمار در هم تنیده‌اند و با یکدیگر تعامل متقابل دارند و نباید هیچ‌کدام از آن‌ها مطلق و از هم منفک شوند، زیرا انسان آمیزه‌ای از عقل و احساس است. افزون‌براین، باتوجه‌به این‌که در حوزه سلامت و درمان خطرپذیری پزشک ممنوع است و این‌که گاهی مواردی پیش‌می‌آید که پزشک ناگزیر از خطرپذیری است، بنابراین پرداختن به قاعده ضرورت «الضرورات تبیح المحظورات» مطرح می‌شود. البته باید این معیار را مد نظر گرفت که اباحه محظور تا زمانی است که ضرورت باقی باشد، زیرا مجوز ارتکاب محظور تا زمان وجود ضرورت است و با رفع ضرورت مجوزی برای بعد آن نیست [۱۸]. معیار دیگر خطرپذیری درمانی با وجود داروهای مؤثر، درمان قبل از رسیدن به تسلط کامل بر امور پزشکی [۳۰] و خطرپذیری با درمان براساس روش‌های قدیمی ممنوع است. براین‌اساس، در صورتی که با تصمیم کادر پزشکی و با وجود رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار، انجام درمان ضروری باشد، در صورت بروز مشکل و ایراد خسارت، وزارت بهداشت به نمایندگی از دولت جبران خسارت را بر عهده بگیرد.

قائل شدن به عدم رجوع از اذن در عقد لازم

در صورت قائل شدن به رجوع از اذن، و افزون براین، پایبندی مسئولیت اخلاقی پزشکی در درمان و غیره عدم رجوع را در عقد لازمی شرط کند. قانون مدنی در زمینه اذن و رجوع از اذن به هیچ یک از دو نظریه بالا تصریحی نکرده است. این مهم باعث رفع تعارضات در زمینه ابراء پزشک یا ضمان وی می‌گردد.

پیشنهادات

باتوجه‌به وصیت‌نامه امام خمینی (ره)، عقلانیت اسلامی خواستگاه اصلی وضع قوانین و نیز ارزش‌ها و فضایل اخلاقی می‌باشد که با حیات فردی و اجتماعی انسان مماس و مرتبط هستند؛ افزون‌براین، عقلانیت و احساس گرایی پزشک در درمان بیمار در هم تنیده‌اند و با یکدیگر تعامل متقابل دارند و نباید هیچ کدام از آن‌ها مطلق و از هم منفک شوند، زیرا انسان آمیزه‌ای از عقل و احساس است. باتوجه‌به این‌که در حوزه سلامت و درمان، خطرپذیری پزشک ممنوع است و این‌که گاهی مواردی پیش‌می‌آید که پزشک ناگزیر از خطرپذیری است، بنابراین پرداختن به قاعده ضرورت «الضرورات تبیح المحظورات» مطرح می‌گردد. بنابراین شایسته است قانونگذار راهکار مسئولیت دولت در قبال اقدامات پزشک یا قائل شدن به عدم رجوع از اذن در عقد لازم رفع تعارضات در زمینه ابراء پزشک یا ضمان وی مرتفع سازد.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر نشان می‌دهد:

ترخیص مسبق بیمار با استناد به سلطنت بر اموال و نفس خود، حکمی عقلایی می‌باشد و عقلاً از سلطنت، ملکیت را برداشت می‌کنند. این سخن در منابع دیگر فقهی نیز مشهود است. همچنین، ضروری که بر آن غرض عقلایی مترتب شود، عرفاً بر آن ضرر اطلاق نمی‌گردد. براین‌اساس امتناع از درمان توسط پزشک در صورت رجوع بیمار از اذن سابق دارای مسئولیت برای پزشک می‌باشد و تصمیم بیمار محترم است.

- اصل خودمختاری و قاعده اقدام

مطابق این اصل بیمار حق دارد در تمام مراحل درمان ضمن آگاه شدن از جزئیات درمان، تصمیمی را که اتخاذ می‌کند بر مبنای درمان باشد. براین‌اساس کادر پزشکی نمی‌تواند بدون رضایت آزادانه بیمار یا نماینده قانونی آن اقدامی انجام دهد. درارتباط با رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار، کادر درمان باید به نظر بیمار احترام بگذارد؛ لذا هرگاه برخلاف اذن بیمار که از اذن خود رجوع کرده، اعمالی درمانی انجام دهند، درحقیقت طبق قاعده اقدام، مسئولیت از بیمار به پزشک منتقل می‌گردد.

احکام وضعی

بعد از مشخص شدن نظریه نگارنده در ارتباط با حکم تکلیفی پزشک در صورت رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار، با این سؤال روبه‌رو هستیم که رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بیمار چه آثار وضعی بر پزشک و بیمارستان دارد؟ به‌نظر می‌رسد براساس اثبات ید و استیلا بر مال غیر (بدن بیمار) که موجب مسئولیت و ضمان بر شخص صاحب ید خواهد داشت، طبق نظر مشهور فقها، قائل به ثبوت جبران خسارت توسط پزشک و بیمارستان هستند. نگارنده در ادامه راهکاری برای جمع بین این دو، نظریه‌ای ارائه می‌نماید. بر این اساس انتفای شبهه، تبعاً جریان قاعده درء را در مسئله متنازع فیه سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود.

راهکار جمع میان مسئولیت پزشک و جبران خسارت بیمار

ضمن ضروری بودن امر طبابت برای پزشک و احسان بر بیمار برای جلوگیری از هلاکت و اضرار به خود با تمام پاسخ‌هایی که در این زمینه و عدم ابراء پزشک ارائه شد، نگارنده درصدد بیان راهکاری برای جمع بین اصول و وظایف پزشک و تأثیر رجوع از رضایت و اذن بیمار می‌باشد.

راهکار مسئولیت دولت در قبال اقدامات پزشک

بیان راهکار مسئولیت دولت در قبال اقدامات پزشک در صورت جلوگیری از ضرر مریض منطقی به نظر می‌رسد، زیرا براساس وصیت‌نامه امام خمینی (ره) عقلانیت اسلامی خواستگاه اصلی وضع قوانین و نیز ارزش‌ها و فضایل اخلاقی می‌باشد که با حیات فردی و اجتماعی انسان مماس و مرتبط هستند. عقلانیت

اثبات ید بر مال (بدن) غیر است؛ بنابراین در صورت امتناع پزشک از درمان (تصرف)، در حکم غصب محقق می‌گردد.

- به نظر می‌رسد ماهیت حقوقی بین پزشک و بیمار چیزی غیر از واقعه حقوقی، عمل حقوقی، عقد یا ایقاع بودن باشد. اگر اصل استقلال و عدم سلطه اقتضاء دارد تا تصرف در مال منوط به نیابت باشد.

- نگارنده معتقد است که عدم توانایی بیمار در نیابت از جنس و کالت نیست و همچنان که کسی که استنابه در حفظ یا تصرف را به دیگری می‌دهد به هر دلیلی مثل کهولت سن و یا حبس، استنابه آنها مشکلی ندارد. بنابراین عدم توانایی شامل توانایی مادی در امر پزشکی نمی‌شود و عدم توانایی اعتباری مدنظر باشد.

- رابطه پزشک و بیمار با رد ودیعه و امانت توسط مستودع و امین که از مصادیق در حکم غصب می‌باشند انطباق بیشتری دارد.

ملاحظات اخلاقی

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

در این مطالعه هیچ آزمایشی بر روی نمونه های انسانی یا حیوانی انجام نشد. بنابراین نیازی به ملاحظات اخلاقی نبود.

حامی مالی

این پژوهش هیچ‌گونه کمک مالی از سازمانی‌های دولتی، خصوصی و غیرانتفاعی دریافت نکرده است.

تعارض منافع

بنابر اظهار نویسندگان، این مقاله تعارض منافع ندارد.

- شتاب‌زدگی و بی‌تجربگی قانون‌گذار در زمینه مسئولیت پزشک و اذن بیمار، ابهام‌هایی را در تدوین قانون به وجود آورده است.

- قانون‌گذار تمام توجه را به اذن و عدم اذن بیمار اختصاص داده و نسبت به رجوع بیمار از اذن سابق در درمان ساکت می‌باشد.

- از نگاه این تحقیق در مرحله درمان حاکمیت اراده بیمار بالاخص در رجوع از اذن ابتدایی به‌عنوان یکی از طرفین رابطه، ضروری و غیر قابل سلب به نظر می‌رسد.

- عدم امتناع پزشک از درمان در صورت رجوع از اذن مسبق بیمار، باعث حکم تکلیفی ضمان و حکم وضعی جبران خسارت بیمار توسط پزشک است.

- مسئولیت پزشک با وجود استحسان‌هایی که مطرح کرده‌اند، برای مقابله با اصاله الظهور کافی نیست.

- پزشکان برای رد مسئولیت ضمان از خود به وجود شبهه داره، مسئولیت اخلاقی پزشک و عقد لازم بودن قرارداد فی مابین پزشک و بیمار و عدم قبول رجوع اذن بیمار از درمان اشاره کرده‌اند.

- قائلین به ضمان پزشک با استناد به به قیاس اولویت، استصحاب، رد شبهه داره، بنای عقلاء، اصل خودمختاری و مواد ۱۰۸ و ۱۲۱ قانون مدنی، مسئولیت پزشک را در صورت رجوع بیمار از اذن مسبق پابرجا می‌دانند.

- مسئولیت بیمارستان در خصوص قصور پزشکان با مبانی فقهی قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» مطابقت داشته و مبتنی بر دو تئوری و کالت ظاهری و مسئولیت نیابتی مطرح می‌باشد.

- ماده ۳۵ قانون مدنی با توجه به کلمه «مالکیت» که در آن قید گردیده چنین مستفاد می‌گردد که فرض حقوقی مذکور در خصوص اعیان است، ولی قانون مزبور به پیروی از اکثر فقهای امامیه، موضوع را به حقوق نیز توسعه داده است.

- دیدگاه نگارنده در این مقاله بر این نظریه استوار می‌باشد که تصرف در اعضای بیمار توسط پزشک تلقی به تصرف در مال و نحوه جبران خسارت آن هم به دلیل ضمانت اجرای آن می‌باشد.

- این دیدگاه در رد ادعای مالیت اعضای بدن اظهار می‌کند که زمانی که انسان حق تصرف بر بدن خود را به دست می‌آورد، لذا آن بدن مال شمرده می‌شود. اقتصاددانان با قابلیت انتقال، ارزش مال از طریق بازار مبادله، شروط اختصاص به شخص و مفید بودن برای نیازهای مادی و داشتن نفع و فایده بالقوه برای تحقق مالیت، معتقدند که می‌توان تلقی و اعتبار مال بودن بدن انسان را نمود.

- نگارنده معتقد است که مسئولیت پزشک با شق دوم ماده ۳۰۸ ق. م منطبق است، لذا تصرف پزشک در درمان، برابر با

References

- [1] Sadeghi M H. Criminal liability of doctors. J Epistemological Stud. 1993; 4:35.
- [2] Sa'di H. Ahmadi M. khodayar H. [Fundamentals of quittance and responsibility in case of committing an error in Shiite Jurisprudence (Persian)]. Med Figh Q. 2012; 2(3-4): 127-86. [\[Link\]](#)
- [3] Mahmoud Abd al-Rahman B. [Mojam estelahat (Arabic)]. Beirut: Al-Tarath Arabi; 1993.
- [4] Hashemi M. [The culture of jurisprudence according to the religion of the Ahl al-Bayt (Persian)]. Qom: Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence; 2003. [\[Link\]](#)
- [5] Taheri H. [Civil law (Persian)]. Qom: Office of Islamic Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom; 1996. [\[Link\]](#)
- [6] Najafi MH. [Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam (Arabic)]. Mashhad: Al-Imam Sahib Al-Zaman Institute; 2000. [\[Link\]](#)
- [7] Thani Sh. [Masalak al-Afham fi Sharh Sharia al-Islam (Arabic)]. Publisher: Islamic Knowledge Foundation; 2002. [\[Link\]](#)
- [8] Humairi N. [Shams al-Ulum wa Dawa 'al-Kalam al-Arab min al-Kalum (Arabic)]. Mashhad: Astan Qods Central Library; 1983. [\[Link\]](#)
- [9] Makarem Shirazi N. [Medical Jurisprudence (Persian)]. Qom: Qom Islamic Propaganda Office Publications; 2006.
- [10] Qurashi A. [Dictionary of the Quran (Arabic)]. Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiyya; 1976. [\[Link\]](#)
- [11] Isfahani S. [Vasilato Alnejat (Arabic)]. Najaf: Mataba Mortazavieh; 1940. [\[Link\]](#)
- [12] Najafi Sahib al-Jawahir M. [Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam (Arabic)]. Beirut : Dar Ihyaa al-Tarath al-Arabi; 1993.
- [13] Naraqhi M. [Anis Al-Tajjar(Arabic). Tehran: Dina; 2013. [\[Link\]](#)
- [14] Langroudi M. [Legal terminology (Persian)]. Tehran: Ganj Sokhan Publications; 1991.
- [15] Maraghi M. Anavino Al-Osol va Ghavaninol al-Fosul (Arabic)]. Qom: Jamiat Modaresin; 1997. [\[Link\]](#)
- [16] Yazdi M. [Ghavaed feqh (Persian)]. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center; 2009. [\[Link\]](#)
- [17] Shahidi M. [Hoghogh-e- madani (Persian)]. Qom: Daftar Tablighat Islami Publications; 2012.
- [18] Khansari SA. [Jame 'al-Madarak fi Sharh Mukhtasar al-Nafi' (Arabic)]. Tehran: Maktabato al-Sadogh; 1976. [\[Link\]](#)
- [19] Maraghi M. [Titles (Arabic)]. Qom: Jamiat Modaresin; 1996.
- [20] Khomeini R. [Tahrir al-Wasila(Persian)]. Qom: Daftar-e-Islami Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom; 2004.
- [21] Katozian N. [Civil liability (Persian)]. Tehran: Mizan; 1999.
- [22] Tabatabai Yazdi M. [Al-Urwa Al-Wathqi (Arabic)]. Beirut: Dar Al-Tafsir Institute; 1988. [\[Link\]](#)
- [23] Emami H. [Civil law (Persian)]. Tehran: Islamic Publications; 2011.
- [24] Yazdi M. [Ghavaed feqh (Persian)]. Qom: Daftar Tablighat Islami Publications; 2009.
- [25] Hosseini Ameli M. [Muftah al-Karama (Arabic)]. Qom: Al-Bayt Institute; 1996.
- [26] Safaei M. [Hoghogh-e- Madani (Persian)]. Qom: Daftar Tablighat Islami ; 2011.
- [27] Ameli Shahid Thani Z. [Al-Rawdha al-Bahiyya in the explanation of the people of Damascus (Arabic)]. Tehran: Davari Bookstore; 1989.
- [28] Wajdani Fakhr Q. [Al-Jawahir Al-Fakhriya in Sharh Al-Rawdah Al-Bahiyya (Arabic)]. Qom: Samaa Qalam Publications ;2005.
- [29] Keshavarz B. [Analytical study of the new law of landlord-tenant relations approved in 1997 (Persian)]. 2010; 176.
- [30] Rouhani S. [Fiqh al-Sadiq (Arabic)]. Imam Sadegh (AS) School; 1991.