

موجبات ضمان طبیب ناشی از اعمال و رفتار آن از منظر فقه و حقوق

محمد جواد صمیمی^۱

چکیده

بررسی اعمال و رفتار طبیب، در تشخیص مسؤلیت یا عدم مسؤلیت وی، از اهمیت فراوانی برخوردار بوده و در عرصه حقوق کیفری، از مسائل اساسی به حساب می‌آید. باید اذعان کرد که در این مورد سابقه پژوهشی مستقلی به خصوص به صورت تطبیقی از دیدگاه فقه و حقوق وجود ندارد. از این رو، تبیین ماهیت رفتار طبیب و روشن شدن گونه‌های فعل و ترک فعل وی، در جریان معالجات طبی، برای طبیبان و حقوقدانان و قضات، نقش علمی و کاربردی دارد؛ زیرا تعیین نوع مسؤلیت طبیب مبتنی بر تبیین گونه‌های اعمال وی می‌باشد. از این رو، سؤال اصلی تحقیق حاضر، این است که ماهیت و گونه‌های اعمال و رفتار طبیب چیست؟ برای یافتن پاسخ سؤال مذکور، دیدگاه‌های فقیهان و حقوقدانان مورد بررسی قرار گرفته است و نتایج حاصل از آن نشان می‌دهد که رفتار طبیب، گونه‌های مختلفی دارد، بدین بیان که گاهی به شکل سخت و زمانی به نحو نرم تبارز می‌نماید که این دو نحوه رفتار پزشکی، در قالب فعل یا ترک فعل، به صورت مباشرت، تسبیب یا معاونت، محقق می‌گردد و با توجه به نوع درمان بیمار توسط طبیب، رفتار وی، حسب مورد گاهی ملازمه با قتل دارد و گاهی ندارد. در مواردی که اعمال طبیب ملازمه داشته باشد؛ این ملازمه حسب مورد؛ ذاتاً یا عادتاً یا نوعاً و یا نادراً کشنده است. معیار احراز ملازمه فوق، عرف خاص طب و پزشکی بوده و حکم نیز بر اساس تشخیص عرف خاص صادر خواهد شد. بنابراین، نگارنده در تحقیق حاضر، صرفاً موجبات ضمان ناشی از حالات مختلف اعمال طبیب را از حیث فعل و ترک فعل، آن هم با توجه به مهارت و عدم مهارت، تخصص و عدم تخصص داشتن طبیب، برای آگاهی حقوقدانان، قضات و اطباء و پزشکان، مورد بررسی قرار داده است.

کلید واژگان: موجبات ضمان، ماهیت اعمال و رفتار طبیب، فعل، ترک فعل، مباشرت، تسبیب، معاونت.

مقدمه

موضوع این پژوهش، بررسی اسباب و موجبات ضمان طبیب (پزشک) ناشی از اعمال و رفتار آن است، آنهم از لحاظ اینکه رفتار وی فعل است یا ترک فعل، آیا به نحو مباشرت است یا تسبیب و یا معاونت. آیا عمل طبیب ذاتاً کشنده است یا نوعاً و یا نادراً؟ بررسی این مسأله «با قطع نظر از مسئولیت مدنی و کیفری بودن آن»، از مسائل اساسی در عرصه حقوق کیفری، به حساب می‌آید؛ زیرا روشن شدن گونه‌های فعل و ترک فعل پزشک، در جریان معالجات طبی، برای پزشکان و حقوقدانان و قضات محاکم، از اهمیت خاصی برخوردار می‌باشد. بنابراین؛ در این نوشتار صرفاً به بررسی موجبات ضمان طبیب و پزشک که از حالات گوناگون اعمال و رفتار پزشک ناشی می‌شود و ملازمه اعمال و رفتار طبیب و پزشک با قتل، به منظور آگاهی اطباء و پزشکان، حقوقدانان و قضات، پرداخته شده است. اما این که طبیب و پزشک نسبت به کدام نوع اعمال و رفتار، مسئولیت کیفری و یا مسئولیت مدنی دارد، در این مقاله مورد بحث نیست.

بنابراین، راجع به ماهیت اعمال و رفتار پزشک، در روند درمان بیمار، برحسب مورد، حالات مختلفی مطرح است. یعنی رفتار پزشک فارغ از مسئولیت و عدم مسئولیت کیفری و مدنی، گاهی ذاتاً و زمانی عاتاً و یا نوعاً و زمانی هم نادراً کشنده است. و هریک از فروض مذکور، ممکن است، به نحو مباشرت، تسبیب و یا به صورت معاونت، محقق گردد. با توجه به انواع گوناگون اعمال و رفتار پزشک، طبعاً نوع مسئولیت وی نیز طبق مقررات پزشکی، متفاوت خواهد بود. یعنی این که پزشک در کدام مورد از حالات فوق، مسئولیت دارد، طبق مقررات خاص پزشکی و به تشخیص عرف خاص حوزه پزشکی خواهد بود. بنابراین، در این تحقیق، صرفاً به تبیین انواع و حالات گوناگون اعمال و رفتار پزشکی و موجبات ضمان ناشی از آن؛ به منظور آشنایی پزشکان و قضات و غیره؛ پرداخته شده است؛ اما تشخیص موضوع و مصداق به عهده پزشکان و بیان حکم آن به عهده فقیهان است. تبیین حالات مختلف اعمال پزشکی در روشن شدن موضوع و این که در چه حالاتی پزشک مسئولیت دارد و در چه مواردی مسئولیت ندارد، به تشخیص پزشکان می‌باشد. و در صورت که مسئولیت داشتند، بیان حکم آن به عهده فقیهان است.

برهمن اساس، با مطالعاتی که در رابطه با اعمال پزشک، انجام شد، روشن می‌گردد که گونه‌های اعمال پزشک، در کتاب‌ها و پایان‌نامه‌ها و حتی در مقالات، به ویژه به صورت تطبیقی از دیدگاه فقه و حقوق، بحثی صورت نگرفته است. از این رو، پژوهش حاضر کاملاً بدیع و یک ابتکار جدید به حساب می‌آید. بنابراین سؤال اصلی این است که موجبات ضمان پزشک کدام‌اند و ماهیت اعمال و رفتار پزشک چیست؟ پاسخ این سؤال را باید در فقه و حقوق جستجو کرد. اما قبل از پرداختن به اصل بحث، تبیین مفاهیم کلیدی لازم است؛ زیرا روشن شدن واژه‌ها، زمینه

ساز تبیین اصل موضوع در هر تحقیق است. بنابراین در ذیل به صورت اختصار به برخی واژه‌ها اشاره می‌گردد:

الف: مفاهیم

(۱) مفهوم ماهیت

ماهیت از نظر لغوی به معانی مختلف، مانند بود، جوهر، وجود، هستی، چگونگی، چیستی، حقیقت، واقعیت و هویت، آمده است. اما در اصطلاح یعنی ذات و چیستی یک شیء است که در جواب «این چیست؟» می‌آید. ماهیت و وجود دو موضوع علم فلسفه می‌باشند. به حد و اندازه‌ای که وجود به خود می‌گیرد یا آن موجود را به آن نام می‌شناسند ماهیت آن موجود می‌گویند. در این تحقیق، منظور از ماهیت، صرفاً بیان وجود گونه‌های اعمال و رفتار پزشک است. بنابراین، در این تحقیق منظور از چیستی، بیان انواع مختلف اعمال و رفتار پزشکی است یعنی این که اعمال پزشک ماهیتاً از کدام نوع اعمال و رفتاری است که در این تحقیق بیان گردیده است. بعبارت دیگر در مواجهه با اشیاء خارجی، دو مفهوم از آنها بدست می‌آوریم: مفهوم هستی (وجود) و مفهوم چیستی (ماهیت). مفهوم نخست با توجه به اشتراک معنوی مفهوم وجود، در همه موارد یکسان است و بر همه اشیای خارجی به یک معنا صدق می‌کند و اما مفاهیم ماهوی، مفاهیمی هستند که هرکدام از آنها به بخش خاصی از اشیاء اختصاص دارد و بر همه آنها قابل تطبیق نیست، بعضی از اشیاء خاک و برخی آب و گروهی انسان هستند (علی شیروانی، بی تا: ۱۵۷-۱۵۸).

(۲) اعمال و رفتار

رفتار در لغت به معنای حرکت عضوی از اعضای بدن از روی اراده، است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۴۷۱). رفتار در اصطلاح فقهی و حقوقی نیز از معنای لغوی پیروی شده، به معنای فعل و ترک فعل آمده است (سعدی ابوجیب، ۱۴۰۸: ۲۶۲). چنانکه در بند ۲ ماده ۴ کد جزای افغانستان مقرر گردیده: «عمل: عبارت از فعل یا ترک فعل می‌باشد». پس ترک فعل نیز مصداق عمل و رفتار است. منظور از فعل، هر حرکتی بدنی است که تجلی خارجی داشته باشد (آقایی نیا، ۱۳۸۵: ۳۱). مراد از ترک فعل، خودداری از انجام فعلی است که شخص، مکلف به انجام آن بوده و در صورت ترک آن، رفتار مجرمانه محسوب می‌شود (سلطانی، ۱۳۹۱: ج ۲، ۴۷)؛ زیرا رفتار پزشک «فعل و ترک فعل»، تشکیل دهنده عنصر مادی جرم است (همان). تکوین عنصر مادی جرم، متوقف بر شرایط زیر است: «موضوع جرم، وسیله، فعل و ترک فعل مرتکب، نتیجه، رابطه مباشرت، سببیت یا معاونت» (صادقی، ۱۳۸۳: ۳۹)، عنصر مادی غالباً با فعل مثبت محقق می‌گردد اما گاهی با ترک فعل نیز محقق می‌شود؛ زیرا همان گونه که حادثه مجرمانه در اثر فعل ایجابی واقع می‌شود، در اثر

ترک فعل نیز ممکن است واقع شود (قیاسی و دیگران، ۱۳۸۸: ۱۱۲ و ۱۱۳). ترک فعل خود بر سه قسم است: مجرد ترک فعل، ترک فعل مسبوق به فعل ایجابی و ترک فعل مسبوق به وجود قرارداد. در قسم اول؛ بدون تردید تارک فعل را نمی‌توان قاتل به شمار آورد. در قسم دوم؛ تارک فعل، در صورت وجود ضوابط قتل عمدی، قاتل عمدی محسوب می‌شود. اما در قسم سوم؛ اختلاف است. در اینکه هرگاه شخصی با انجام فعلی از رفتار یک انسان متعارف تجاوز نماید، مرتکب تقصیر شده است، تردیدی وجود ندارد. اما آیا خودداری از فعل معین نیز در صورتی که زیانبار باشد، تقصیر محسوب می‌شود یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت: در مواردی که قانون حکم خاصی را پیش‌بینی نکرده است اما عرف مردم انجام عملی را برای رعایت حقوق دیگران و حمایت از آنان ضروری می‌شمارد، ترک آن عمل و رفتار از مصادیق تقصیر شمرده شده و موجب ضمان می‌گردد.

بنابراین، باتوجه به عناصر مادی و معنوی مؤثر در فعل و ترک فعل، ماهیت رفتار پزشک عبارت است از: حالات و گونه‌های فعل و ترک فعل نسبت به بیمار، که ممکن است به نحو مباشرت یا به نحو تسبیب و با به صورت معاونت محقق گردد باتوجه به این تعریف، عمل و رفتار پزشک در جریان معالجات طبی، از دو جهت قابل بررسی است: جهت اول: آنجایی که پزشک فعلی را انجام می‌دهد مانند شکافتن قلب بیمار که در جریان درمان بیمار، پزشک معالج وی، علی‌رغم رعایت تمام مقررات پزشکی و قانونی، موجب آسیب یا مرگ بیمار می‌گردد. جهت دوم: آنجایی که پزشک فعلی را که به موجب قانون یا تعهد، ملزم به انجام آن است، ترک نموده و در نتیجه موجب مرگ بیمار گردد، و این رفتار پزشک (فعل و ترک فعل)، به شیوه‌های مختلفی (شروع، مباشرت، تسبیب و معاونت)، انجام می‌شود و در نهایت میزان نقش رفتار پزشک در وقوع حادثه، در فرایند درمان بیمار، مورد بررسی قرار گرفته است که عبارتند از: (ذاتاً کشنده، نوعاً کشنده، عادتاً کشنده یا نادراً کشنده بودن). بنابراین سؤال اصلی تحقیق حاضر این است: ماهیت و گونه‌های رفتار پزشک کدام‌اند؟ در پاسخ می‌توان گفت که برحسب مورد، برای اعمال و رفتار پزشک حالات گوناگونی در فقه و حقوق مطرح گردیده که در ذیل به آنها پرداخته شده است.

ب: ماهیت رفتار طبیب از لحاظ فعل و ترک فعل

ماهیت رفتار پزشک، در مورد معالجه بیمار، به طور کلی بر دو نوع هستند. یک نوع به صورت سخت، انجام می‌شود، مانند شکافتن قلب، مغز و امثال اینها. به گونه‌ای که ممکن است عمل سخت پزشک، منجر به مرگ بیمار گردد. نوع دیگری از رفتار پزشک، نرم انجام می‌گیرد، مانند تجویز دارو و امثال آن، این دو نوع از رفتار پزشک، هر یک بر دو قسم هستند: یک قسم به صورت فعل ایجابی است یعنی پزشک مباشرتاً کاری را انجام می‌دهد. قسم دیگر به شکل ترک فعل انجام می‌گیرد. مانند آنجایی که پزشک در روند عملیات جراحی، کاری را که باید انجام می‌داد ترک نموده و

در نتیجه بیمار فوت نماید. در ذیل به این دو قسم از اعمال پزشک، به تفصیل به صورت جدا گانه، پرداخته شده است.

(۱) جنبه ایجابی فعل پزشک

جنبه ایجابی فعل پزشک، اغلباً با فعل مثبت محقق می‌گردد مانند عمل جراحی قلب، به گونه‌ای که به مرگ بیمار منتهی شود. بدین ترتیب رفتار فیزیکی پزشک، عبارت است از: عمل جراحی یا تجویز دارو و یا دستور پزشک. مرگ یا آسیب حاصله از عملیات جراحی، در تحقق نوع حادثه نقش اصلی را ایفا کرده و طبق مقررات قانونی و عرف پزشکی مسئولیت خاص خود را در پی خواهد داشت. لذا اگر صدمات حاصله، قتل باشد، در صورت که رفتار پزشک با قتل ملازمه ذاتی، غالبی یا عادی، داشته باشد، با وجود این که، پزشک تمام مقررات قانونی و معیارهای علمی و تخصصی را رعایت نکرده و در نتیجه، عمل وی منجر به صدمه بیمار گردیده باشد، قتل یا آسیب جسمی بر بیمار، عمدی بوده موجب ضمان است. در این صورت پزشک مسئول شناخته می‌شود (صادقی، ۱۳۸۳: ۱۸۹). مسئولیت وی در جریان اقدامات درمانی از دو جهت قابل بررسی است:

جهت اول: مسئولیت پزشک نسبت به نفس فعل طبابت و جراحی است. آنجای که اقدامات درمانی به وسیله وی صورت می‌گیرد، در واقع نوعی تصرف در نفس دیگری است که جواز مشروعیت آن متوقف بر وجود شرایطی است (همان). یعنی، هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست (کد جزای افغانستان، ۱۳۹۶: ۱۱۷). قانونگذار در این ماده در مقام بیان شرایط تصرف در نفس دیگران به عنوان درمان بوده و نفس فعل طبابت را صرف نظر از نتایج احتمالی آن مورد توجه قرار داده است. بنابراین هر اقدام طبی، فقط با وجود شرایط فوق یعنی پزشک اگر با رضایت بیمار یا اولیای قانونی آن، رعایت موازین فنی و علمی و مقررات قانونی، اقدام به درمان کند و در نتیجه بیمار آسیب ببیند، در این صورت، پزشک مسئولیت کیفری نخواهد داشت؛ زیرا وی تمام مقررات علمی، فنی، تخصصی و قانونی را رعایت کرده است. لکن در صورت فقدان هر یک از شرایط مذکور، پزشک نسبت به نفس درمان و فعل ارتكابی ضامن خواهد بود.

جهت دوم: مسئولیت پزشک نسبت به جنایات ناشی از درمان است. چنانکه گفتیم نفس فعل طبابت با وجود شرایط ذکر شده ضمان آور نخواهد بود. اما اگر این اقدامات به رغم رعایت لازمه و عدم وجود خطای جزایی اتفاقاً موجب مرگ بیمار گردد، آیا می‌توان پزشک را نسبت به نتیجه ضامن دانست؟ در پاسخ به این پرسش، اختلاف وجود دارد. برخی قائل به عدم ضمان شده چنین استدلال نموده‌اند که طبیب شرعاً و قانوناً موظف به درمان بیمار بوده و تمام شرایط لازم را هم رعایت کرده است. بنابراین پزشک ضامن نیست؛ زیرا اولاً ضامن شمردن پزشک موجب سد باب طبابت می‌شود

و ثانیاً طبیب در فعل خود محسن بوده و نکوکار را نمی‌توان ضامن شمرد (ابن ادرس، ۱۴۱۰: ج ۳/۳۷۳). اما برخی دیگر، براین نظرند که پزشک نسبت به تلف نفس یا عضو بیمار مسئول است؛ زیرا تلف مستند به فعل اوست (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵/۳۲۷). به نظر می‌رسد که در فرض مذکور، دیدگاه عدم مسئولیت پزشک درست است؛ زیرا پزشکی که تمام شرایط لازم را رعایت کرده و با این وجود نتیجه درمان منفی بوده، در این صورت مسئولیت متوجه پزشک نخواهد بود. البته فعل پزشک گونه‌های مختلفی دارد که هرکدام حکم خاص خودش را دارد، که برای روشن شدن موضوع، به نمونه‌های از آن در ذیل اشاره می‌گردد.

۱-۱. عملیات جراحی

یکی از گونه‌های رفتار سخت پزشک، عملیات جراحی است. جراحی یکی از شیوه‌های درمانی در پزشکی و دندانپزشکی و دامپزشکی است. البته به دانش و تکنیک‌های این شیوه نیز جراحی گفته می‌شود. در این روش معمولاً از برش برای برداشتن بخشی از بدن (مانند کیسه صفرا، لوزه یا آپاندیس) یا بافت عفونی یا سرطانی یا کار گذاشتن وسیله‌ای (مانند پروتز یا دریچه مصنوعی) یا دستکاری و اصلاح نقصی (مانند دوختن آنوریسم یا باز کردن رگ) استفاده می‌شود. جراح به فرد متبحر در جراحی گفته می‌شود که در زبان فارسی به آن «صحت بخشی داخلی» اطلاق می‌گردد.

بنابراین، جراحی عبارت است از هرگونه عملی در جهت تشخیص یا درمان بیماری‌ها، آسیب‌ها و ناهنجاری‌ها که مستلزم شکافتن پوست یا مخاط باشد. عمل جراحی روی بیمار به منظور مداوا کردن وی یا پیشگیری از بیماری به وسیله پزشک حاذق، در فرض لازم بودن چنین کاری جایز، بلکه در صورت توقف زندگی و سلامت بیمار بر آن واجب است.

باتوجه به بیان فوق، عمل جراحی، اعمال و رفتار سخت پزشک است. در موارد که پزشک، اقدام به عمل جراحی می‌کند به گونه‌ای که ذاتاً کشنده است مانند آنجای که پزشک اقدام به برداشتن عضو حیاتی، مثل قلب و کبد از پیکر بیمار مبتلا به مرگ مغزی، منجر به مرگ حتمی او خواهد شد، هرچند که بیمار مبتلا به مرگ مغزی برگشت ناپذیر است (عباسی، ۱۳۸۸: ۱۲۴). یعنی مرگ مغزی اساساً همان مرگ است و زندگی برگشت ناپذیر است لذا مرگ مغزی با کما متفاوت است و در حالت مرگ مغزی تمام قسمت‌های مغز از بین رفته است و امکان تنفس بدون دستگاه تنفس مصنوعی وجود ندارد ولی در حالت کما، خود فرد بدون دستگاه می‌تواند تنفس بکشد. لذا در این صورت اگر مورد عمل جراحی قلب بیمار باشد در این صورت رفتار پزشک، از نظر عرفی، با قتل ملازمه ذاتی دارد. برای اثبات مطلب فوق، برخی از حقوقدانان، رفتار پزشک را درجای که موضوع عمل جراحی قلب باشد، ذاتاً کشنده می‌دانند (صادیقی، ۱۳۸۳: ۱۹۰)؛ زیرا هر نوع عمل جراحی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و

علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود. در موارد فوری أخذ رضایت ضروری نیست (کد جزای افغانستان، ۱۳۹۶: ۱۱۷). قانونگذار در این ماده، در مقام بیان شرایط جواز تصرف در نفس دیگران به عنوان معالجه بوده و نفس فعل طبابت را صرف نظر از نتایج احتمالی آن مورد توجه قرار داده و یکی از شرایط اساسی رفع مسئولیت کیفری پزشک، مشروع بودن اعمال مذکور دانسته شده است. بنابراین عملیات جراحی و هر اقدام پزشکی دیگر که برای معالجه بیمار صورت می‌گیرد فقط در صورتی که آن اقدامات مشروع بوده و با اذن و رضایت بیمار یا ولی او و بدون خطای جزایی انجام شود، جرم و جنایت محسوب نمی‌گردد. لکن، در صورت فقدان هریک از شرایط مذکور، پزشک نسبت به نفس درمان و فعل ارتكابی ضامن خواهد بود (صادیقی، ۱۳۸۳: ۱۹۰).

۲-۱. تجویز دارو

یکی دیگر از رفتار پزشک که جنبه ایجابی دارد و بعضاً ممکن است دارای ویژگی شدت باشد، تجویز دارو است. زیرا تجویز برخی داروها مانند دادن پاد زهر برای بعضی بیماری‌ها، از گونه‌های رفتار سخت پزشک به حساب می‌آید. اگر پزشک بنا به اصرار بیمار، دارویی تجویز نماید، در صورت ایجاد عارضه، مسئول کیست؟ با علم باینکه داروی مذکور مضر است تجویز آن جائز نمی‌باشد (صافی، ۱۳۹۵: ۱۰). با توجه به اینکه ممکن است جان بیمار به طور اورژانس در خطر باشد و زمانی جهت تعیین حساسیت فرد به دارویی خاص وجود نداشته باشد، اگر با تجویز دارو، بیمار به آن حساسیت پیدا کرده و دچار عوارض شدید و یا مرگ شود، با این وجود، تجویز دارو جایز است و عرفاً معالجه بیمار شمرده می‌شود، ولی اگر با دادن دارو نیز احتمال خطر جانی وجود دارد در صورتی که احتمال آن عقلانی و بهبود بیمار بدون آن دارو محتمل باشد تجویز دارو جائز نیست ولی اگر خطر جانی برای بیمار در صورت ترک تجویز دارو محتمل باشد، در این صورت دادن دارو بقصد معالجه عقلانی جائز است ولی پزشک باید جهت اطلاع، به بیمار یا اولیای آنها بگوید (همان).

بنابراین، اگر باتوجه به علوم امروزی، امکان تعیین حساسیت یک دارو وجود نداشته باشد و اگر مرض، خطر جانی نداشته باشد و تجویز دارو احتمالاً خطر جانی نداشته باشد تجویز آن جائز نیست و اگر پزشک به بیمار جریان را بگوید و بیمار خودش از داروها استفاده کند، در این صورت پزشک مسئول نیست. و اگر بیماری خطر جانی فوری داشته باشد و خطر آن در دارو احتمالی باشد با وجود اینکه احتمال تأثیر دارو در علاج معتنا به باشد و دارو منحصر بآن باشد عقلاً اقدام می‌کنند. ولی پزشک باید به بیمار بگوید که خودش اقدام کند (همان، ص ۱۱). با توجه به علوم امروزی، اگر بدانیم یا احتمال بدهیم که نجات جان بیمار وابسته به مصرف داروهای خاصی می‌باشد که مضرند و با تجویز پزشک، شخص بیمار دچار یک یا چند مورد از این عوارض شود، در این صورت اگر بیمار

هم آگاه از این جریان و راضی به اقدام باشد و در معالجه بیمار الا هم فالاهم رعایت شود ظاهراً اشکال ندارد (همان: ۱۱ و ۱۲).

۱-۳. دستور پزشک

یکی دیگر از رفتارهای پزشک، دستور وی به بیمار یا به پرستاران که در روند درمان بیمار با پزشک معالج همیاری می نمایند، می باشد. در اینجا این سؤال مطرح است که ماهیت و گونه های دستور پزشک معالج چیست؟ در پاسخ باید گفت دستور پزشک اقسامی دارد که در ذیل مورد بررسی قرار گرفته است. باید توجه داشت که قانونگذاران دنیا از دیر باز، یگ قاعده کلی را اعلام کرده اند که هیچ کس نباید به دیگران ضرر بزند؛ هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند و حقوق از اقدامی که هدف آن اضرار به دیگری است حمایت نمی کند. لذا پزشکانی که با صدور دستوراتی، موجب اضرار به بیماران شده و دارای مسئولیت کیفری و یا مسئولیت مدنی هستند (قانون مجازات ایران، ۱۳۹۲: ۴۹۶). چنانکه در ماده مزبور تصریح گردیده: «پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می نماید، در صورت تلف یا صدمه بدنی ضامن است مگر آنکه مطابق تبصره ماده (۴۹۵) این قانون عمل نماید» (همان).

دستورات پزشک بر سه قسم است: ۱- دستورات کتبی مانند نوشتن نسخه برای بیمار و یا نوشتن نحوه تزریقات برای پرستاران و امثال آنها. ۲- دستورات شفاهی، مانند توصیه های برای بیمار و سایر کسانی که در روند معالجه بیمار دخیل هستند. البته دستورات فقط توسط افراد با صلاحیت که گروه و عنوان آنها در کادر پزشکی و مقررات مشخص شده است، پذیرفته می باشد، همه دستورات شفاهی باید تاریخ دار باشد و نام دستور دهنده و ردیف و عنوان فرد دریافت کننده نیز باید مشخص شود. دستورات شفاهی پزشک به پرستار باید به هنگام عیادت و ویزیت مجدد پزشک امضا شوند و پرستار یا سایر اعضای خانواده پزشکی بدین ترتیب مسئولیت خود را نسبت به نوع دستور، انجام داده باشد به لحاظ احتمال اشتباه لازم است دستورات شفاهی را به حداقل برسانیم. ۳- دستورات تلفنی: این نوع دستورات معمولاً بین پزشک و پرستار تبادل می شود. دستورات تلفنی بایستی توسط تکرار واضح گردد و سپس پرستار دستورات پزشک را در فرم خاصی به عنوان سند دائمی ثبت نموده و آن را امضاء کند.

بنابراین، پرستاران برای پیشگیری از اشتباه احتمالی در امر دستورات تلفنی پزشک، نکات ذیل را باید مورد توجه قرار دهند: ۱- چنانچه پزشک در دادن دستورات تلفنی عجله داشت حتماً سؤالاتی را دسته بندی و در زمان گرفتن دستورات از پزشک مطرح نمایند تا از سوء تفاهم پیشگیری شود. ۲- به طور وضوح نام بیمار، شماره اتاق و تشخیص پزشکی بیمار را مشخص کنند. ۳- هر دستوری را که پزشک تجویز نموده مجدداً تکرار شود. تاریخ و زمان دستورات تلفنی توسط پرستاران مسئول، دقیق

ثبت گردد. ۴- نام بیمار، پرستار و پزشک در دستور، کامل ذکر گردد. ۵- لازم است دستورات تلفنی و حتی دستورات شفاهی توسط دو نفر پرستار تأیید و بوسیله هر دو نفر امضاء گردد. با توجه به مطالب فوق، پزشک اگر مرتکب قصور یا تقصیر گردد، یعنی دستوراتی که پزشک داده، اگر با معیارهای فنی و علمی و با مقررات قانونی، منطبق نبوده و در نتیجه‌ای دستورات وی، بیمار آسیب ببیند، پزشک ضامن خواهد بود هر چند از بیمار برائت اخذ کرده باشد.

۲) جنبه منفی «ترک فعل»

برخی از رفتار پزشک جنبه منفی دارد یعنی به صورت ترک فعل، تبارز می‌کنند. بنابراین ترک فعل در اصطلاح، عبارت است از: «رفتار مجرمانه منفی، که به صورت خودداری از انجام وظیفه‌ای است که قانون برای افراد مشخص می‌کند» (ولیدی، ۱۳۸۸: ۲۰۰). مانند ترک فعل در حین انجام عمل و تخلف از انجام وظیفه قانونی، علمی، فنی و تخصصی. هر یک از این فروض مذکور به ترتیب ذیل مورد بررسی قرار گرفته‌اند:

۱-۲. ترک فعل در حین انجام عمل

در واقع این نوع رفتار، ترک فعالیت خاص از جانب شخص مسئول است که نوعی امتناع و خودداری از انجام وظیفه‌ای معین است. برای مثال پزشکی به هنگام عمل جراحی، از استفاده به موقع، دارو و سایر ابزارهای که برای بیمار لازم است، خودداری می‌کند و یا آمپولی که باید به بیمار تزریق می‌کرد، آن را ترک کند و در نتیجه منجر به مرگ بیمار یا موجب آسیب جسمی آن گردد، در این صورت پزشک ضامن است. همچنین عدم توصیه‌های لازم در مورد دارویی که خود پزشک تجویز کرده، موجب اضرار بیمار گردد، در این صورت نیز پزشک ضامن است. از این رو؛ موارد مذکور، تکالیف و وظایفی هستند که پزشک ملزم به رعایت آنها است، حالا که ترک کرده در واقع مرتکب اهمال و بی‌احتیاطی شده است. لذا پزشک مسئول زیان‌های ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی می‌باشد؛ زیرا هر شخصی مکلف است کاری را که شروع کرده است بدون اضرار به دیگران انجام دهد و خودداری در ضمن انجام کار، مستلزم بی‌احتیاطی است و موجب اضرار دیگران می‌شود بنابراین؛ خودداری محض بشمار نمی‌رود و برای شخص ایجاد مسئولیت می‌کند.

بنابراین، طبق ماده ۴ کد جزای افغانستان، اشخاصی که به انجام خدمات عامه مؤظف شده باشند. اگر به انگیزه جرمی: که عبارت از محرک درونی جهت انجام عمل جرمی یا امتناع از مکلفیت قانونی می‌باشد. یا بر اثر اهمال: که عبارت است از ترک عملی که باید انجام داده می‌شد خواه از روی قصد باشد یا خطا. یا بر اثر غفلت و بی‌پروایی به نحوی که به عدم اجرای آنچه شخص مکلف به اجرای آن است، منتج گردد. و یا بدلیل بی‌احتیاطی: که عبارت است از انجام عملی که نباید انجام داده می‌شد به نحوی که شخص به ترک آن توانایی داشته و بداند که عمل وی منجر به

وقوع حادثه خواهد شد. و یا به سبب بی‌مبالاتی؛ که عبارت است از انجام ندادن عملی که باید انجام داده می‌شد به نحوی که شخص به انجام دادن آن توانایی داشته و بداند که ترک فعل وی منجر به وقوع حادثه خواهد شد. در همه‌ای موارد فوق، اشخاص متخلف، مسئولیت دارد.

بنابراین؛ جرم ترک فعل عبارت از این است که شخصی عامداً و قاصداً فعلی ایجابی را که قانوناً یا براساس تعهد قبلی، ملزم به انجام آن شده باشد، ترک کند. ترک فعل منتهی به سلب حیات از دیگری اعم از آن که انجام آن، وظیفه تارک بوده یا نه، در هر دو حالت با وجود شرایطی، در قوانین کیفری جرم انگاری شده است. در حالت اول، که شخص در برابر دیگری تعهد و وظیفه‌ای ندارد، نه از بابت قتل قربانی، بلکه ترک کننده به موجب ماده ۵۶۴ کد جزا، کسی که از کمک و مساعدت با بیمار خودداری کند. ترک فعل وی منجر به وقوع حادثه خواهد شد و در نتیجه این ترک فعل مسئولیت آور است. در حالت دوم؛ که شخص تارک، برحسب قانون، قرارداد و یا حرفه‌ای خود وظیفه داشته، که مانع از تأثیر اسباب وقوع قتل علیه قربانی شود، چنانچه عمداً وظیفه‌ای خود را به قصد قتل قربانی ترک کند، عمل وی قتل عمدی و مشمول ماده فوق خواهد بود. مانند پزشکی که قانوناً یا براساس تعهد قبلی، وظیفه‌ای درمان و معالجه بیماری را بر عهده داشته ولی ترک وظیفه کرده است. ترک فعل ناشی از عدم انجام وظیفه و بی‌مبالاتی، اگر منجر به قتل بیمار گردد، در حکم جرم قتل عمدی می‌باشد. در این خصوص، عرف بین رفتار پزشک و مرگ بیمار، رابطه علیت برقرار می‌کند، هرچند از نظر مادی بین این دو رابطه علیت وجود ندارد ولی از لحاظ معنوی می‌شود رابطه برقرار نمود. از این رو؛ عنصر معنوی به عنوان یکی از پایه‌های اساسی در جرایم عمدی، به نیت باطنی و خواست مجرمانه مرتکب (صادقی، ۱۳۸۳: ۱۸۳) و قصد سلب حیات یا ایراد صدمه به قربانی، تعبیر شده است (میر محمد صادقی، ۱۳۸۹: ۹۷).

اما در صورت که قصد وقوع جنایت بر مجنی علیه را نداشته باشد و هر چند قصد فعل واقع شده را داشته باشد در این صورت جنایت غیر عمدی و یا شبه عمد خواهد بود (صادقی، ۱۳۸۳: ۱۸۳). با این توضیح روشن می‌گردد که عنصر روانی جرایم ناشی از تخلفات پزشکی، عبارت از: «بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم رعایت نظامات دولتی و پزشکی و عدم مهارت می‌باشد» (آقایی‌نیا، ۱۳۸۵: ۲۱۷). موارد مذکور در حقیقت مصادیق تقصیر است و تقصیر بر دو قسم است: تقصیر مدنی و تقصیر کیفری (عباسی، ۱۳۸۸: ۴۹-۵۱). در امور پزشکی، ملاک تشخیص خطا و تقصیر پزشک، عرف حاکم بر امور پزشکی و رعایت استانداردهای شناخته شده پزشکی است و تفاوتی نمی‌کند که تقصیر ناشی از قرارداد با بیمار باشد و یا عدم رعایت مقررات و موازین قانونی باشد. آنچه در احراز تقصیر پزشک، نقش دارد، این است که رفتار مادی زیان آوری از او سر بزند که منتهی به قتل یا آسیب دیگری بر بیمار گردد، اعم از اینکه رفتار او ناشی از فعل مثبت یعنی انجام

دادن کاری یا ناشی از یک فعل منفی یعنی خودداری از انجام وظیفه‌ای معین باشد (همان: ۵۹). از این رو؛ تقصیر نقش اساسی در ماهیت رفتار پزشک دارد؛ زیرا اگر تقصیر جزایی وجود داشته باشد قتل ممکن است عمد یا شبه عمد و اگر وجود نداشته باشد قتل، خطای محض تلقی خواهد شد.

تقصیر یا خطای کیفری به موجب تبصره ۲ ماده ۱۸۸ و تبصره ۱۵ ماده ۴ کد جزا، تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود. بنابراین مستفاد از ماده فوق، تقصیر عبارت از نقض تعهدی است که شخص به موجب قانون یا قرارداد و یا عرف، بر عهده دارد (پاد، ۱۳۴۷: ج ۱، ۱۶۷). هر چند قانونگذار خطای کیفری را به شش دسته تقسیم نموده است؛ اما همه این واژه‌ها از یک وضع روانی حکایت دارند و آن غفلت و یا عدم پیش‌بینی واقعه‌ای است که مرتکب می‌توانست با اندکی دور اندیشی و احتیاط، از آن اجتناب نماید. اگرچه همه این واژه‌ها از حیث ماهیت، اثر حقوقی واحدی بر آنها مترتب می‌شود؛ اما از آنجایی که دادگاه‌ها مکلفند در هر مورد، نوع خطای شخص را تعیین نمایند، به تعریف هریک می‌پردازیم.

بی‌احتیاطی عبارت است از: انجام کاری که عرف عدم انجام آن را از مرتکب انتظار داشته است (صادقی، ۱۳۸۳: ۲۲۱). مانند تزریق کردن آمپولی که بیمار با آن حساسیت دارد و عرف پزشکی می‌گوید نباید بدون آزمایش، آمپول حساسیت زا را به بیمار تزریق کرد ولی اگر تزریق کند و بیمار آسیب ببیند، پزشک ضامن خواهد بود. بنابراین بی‌احتیاطی یعنی عدم توجه شخص به نتایج کاری که عادتاً و عرفاً قابل پیش‌بینی است و در اثر آن، ضرر و زیان به دیگری وارد آید. مرجع تشخیص بی‌احتیاطی عرف خاص است (شامبیاتی، ۱۳۹۳: ج ۱/ ۱۰۲). مثلاً پزشکی که می‌داند بیمار، تکلیف قلبی دارد با این وجود غفلت کرده و به عمل جراحی می‌پردازد و در نتیجه آن، بیمار فوت می‌کند؛ در اینجا پزشک، مرتکب بی‌احتیاطی شده است؛ زیرا عرفاً چنین حادثه‌ای قابل پیش‌بینی است. و اگر این پزشک کمی در مورد کار خویش می‌اندیشید که چه نتیجه‌ای در بر خواهد داشت، اقدام به چنین عمل جراحی نمی‌کرد (پاد، ۱۳۴۷: ج ۱، ۱۶۹).

بی‌مبالاتی عبارت است از: عدم انجام کاری که عرف انجام آن را از مرتکب انتظار داشته است (صادقی، پیشین: ۲۲۱ و ۲۲۲). مانند بستن زخم بیمار که پزشک باید انجام دهد ولی ترک کرده و در نتیجه بر اثر خون ریزی شدید بیمار فوت نماید و یا آسیب جسمی ببیند، پزشک ضامن است. بنابراین ملاک در تشخیص بی‌مبالاتی نیز، فهم عرف است به طوری که باید احتراز از فعل یا ترک فعلی که در جریان انجام امری از او سر زده است، در آن شرایط خاص عرفاً ضروری تشخیص گردد (همان: ۲۲۲). به عبارت دیگر؛ بی‌مبالاتی همان بی‌احتیاطی به صورت ترک فعل و خودداری از انجام عمل است (همان: ۱۶۸). مانند اینکه پزشک می‌داند بر اثر عمل جراحی، بیمار دچار آسیب

خاصی خواهد شد و با این وجود بدون اعلام پی‌آمد عمل جراحی به بیمار، از وی اذن می‌گیرد و اقدام به عمل جراحی می‌نماید و از این طریق موجب آسیب یا فوت بیمار می‌گردد (ولیدی، ۱۳۸۸: ۲۴۴). بی‌مبالاتی، غفلت، سهل‌انگاری و اهمال، از نظر معنی مترادفند (شامبیاتی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۱۰۶) و مرجع تشخیص بی‌مبالاتی عرف حاکم بر امور پزشکی و رعایت استانداردهای شناخته شده پزشکی است.

عدم مهارت یعنی نداشتن توانایی جسمانی، علمی و روانی در انجام دادن کاری که حسن انجام آن مستلزم توانایی‌های مذکور است. مثلاً پزشکی که در یک عمل جراحی توانایی فوق‌را ندارد و با این وجود مبادرت به انجام آن نموده و موجب مرگ یا نقص عضو بیمار شود، ضامن عدم مهارت خود می‌باشد. عدم مهارت، گاهی بدنی است همچون نداشتن چابکی و ورزیدگی لازم و گاهی روانی است نظیر نادانی و عدم اطلاع. عدم مهارت گاهی منشأ تقصیرهای دیگر مانند بی‌احتیاطی نیز می‌گردد (اردبیلی، ۱۳۸۲: ج ۲، ۵۳). مانند پزشکی که بدون آگاهی و آشنایی با فنون پزشکی، به این کار می‌پردازد و به دلیل آنکه عملاً قادر به پیشگیری از صدمه احتمالی نیست، بی‌احتیاط نیز تلقی می‌گردد.

مراد از نظامات دولتی، کلیه مقرراتی است که از طرف مقامات صلاحیتدار به صورت قانون، تصویب نامه، آیین نامه یا دستور الزامی صادر می‌شود و اشخاص مکلف به رعایت آن هستند (ولیدی، ۱۳۸۸: ۲۴۵). چنانکه قانونگذار برای حفظ سلامت جامعه و نظم عمومی مقرر داشته که تخلف از نظامات و مقررات دولتی که موجب ایراد صدمه به دیگران شود، نیز نوعی خطا محسوب می‌شود و مرتکب را در معرض مسؤولیت و مجازات قرار می‌دهد (قاسم زاده، ۱۳۷۷: شماره‌های ۱۱، ۱۰ و ۶۷). نادیده گرفتن این مقررات به هر دلیل، چنانچه به نتیجه مجرمانه‌ای منتهی گردد موجب خطای کیفری خواهد بود. بدیهی است که خطای کیفری و مصادیق آن قابل تعمیم بر اجزاء آن است که یکی از مصادیق آن خطای پزشکی می‌باشد (عباسی، ۱۳۸۸: ۳۳). مانند پزشکی که بدون توجه به مقررات و نظامات دولتی، اقدام به عمل جراحی کند. نقض این مقررات حتی اگر نتیجه‌ای در بر نداشته باشد به عنوان تخلف قابل تعقیب خواهد بود. تشخیص عدم رعایت نظامات دولتی با عرف نبوده بلکه زمانی که دادگاه این امر را احراز نماید، مرتکب، خطا کار و مقصر شناخته می‌شود (شامبیاتی، ۱۳۹۳: ۱۰۵).

به نظر می‌رسد، تقصیر با آن مصادیقی که برایش ذکر شد، در واقع تشکیل دهنده عنصر روانی جرم در عملیات پزشکی است. با این وجود تقصیر نقش اساسی در ماهیت قتل دارد؛ زیرا اگر تقصیر جزایی وجود داشته باشد قتل شبه عمد و اگر وجود نداشته باشد قتل خطایی محض خواهد بود. بنابراین مبنای رکن روانی در جرائم عمدی، فعالیت ذهنی مثبت به ارتکاب علل ممنوعه قانونی است

و در مورد مبنای رکن معنوی در جرائم غیر عمدی باید گفت: در پاره‌ای از موارد قانونگذار به دلیل ضرورت‌های ناشی از زندگی اجتماعی و پیشرفت و تحول جامعه بشری، ناچار به مجازات مرتکبان جرائم غیر عمدی می‌گردد. در این صورت: معیار تشخیص رکن روانی در جرائم عمدی، شخصی است؛ یعنی قاضی با بررسی حالات روانی و اوضاع و احوال شخص مرتکب حکم می‌دهد ولی در جرائم غیر عمدی، ملاک او از رکن معنوی، نوعی و عینی است؛ یعنی ملاک عینی برای تشخیص قرار داده می‌شود که تخطی از آن، ملاک تحقق رکن معنوی است (قیاسی و دیگران، ۱۳۸۸: ج ۲/ ۲۹۱). مانند جرایم پزشکی که ملاک احراز رکن روانی، نوعی و عینی است نه شخصی.

۲-۲. تخلف از انجام وظیفه قانونی خاص

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که با وجود چه شرایطی می‌توان ترک کننده عمل را دارای مسئولیت کیفری و مستحق مجازات دانست؟ به نظر برخی از حقوقدانان صرف خوداری از انجام کار، منجر به مسئولیت کیفری برای ترک کننده نمی‌شود و باید شرایطی، هم زمان وجود داشته باشد تا بتوان تارک را قابل مجازات دانست. این شرایط در ذیل به اختصار توضیح داده می‌شود.

الف- وجود یک وظیفه قانونی: منظور از قانون فقط قانون جزا نمی‌باشد بلکه سایر قوانین لازم‌الاجرا را نیز در بر می‌گیرد. برای مثال طبق قانون مجازات ایران: «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته و ترک کرده است جنایت حاصل، به او مستند می‌شود و حسب مورد، عمدی، شبه‌عمدی، یا خطای محض است، مانند این که پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند ضامن است» (قانون مجازات اسلامی ایران، ۱۳۹۲، ماده ۲۹۵).

ب- وجود رابطه سببیت میان ترک فعل و نتیجه حاصله: در صورتی می‌توان تارک فعل را مسئول ایجاد جرم دانست که جرم در اثر ترک فعل وی حاصل شده باشد. و عامل مستقل دیگری باعث بوجود آمدن جرم نشده باشد، مثلاً پزشکی که علی‌رغم وظیفه قانونی خود از درمان مصدومی که به شدت در سانحه تصادف رانندگی صدمه دیده است، خوداری می‌کند و در نتیجه مصدوم فوت می‌کند، دلیل مرگ را نمی‌توان پزشک و مسئولین بیمارستان را محسوب کرد، چرا که دلیل مرگ مصدومیت ناشی از تصادف بوده و راننده فراری که به جای کمک صحنه حادثه را ترک کرده حسب مورد، مرتکب قتل عمد یا غیرعمد شده است، اما پزشک نیز مجازات تعزیری خواهد داشت؛ زیرا از انجام وظیفه خویش امتناع ورزیده است.

ج- تارک فعل توانایی اقدام جهت جلوگیری از وقوع جرم را دارا باشد: این مطلب در ماده ۲۲۳ کد جزا، خوداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی نیز ذکر شده است. مثلاً پزشکی که شاهد تلف شدن مصدوم است، اما اقدام به درمان وی نمی‌کند، تنها در صورتی قاتل محسوب

می‌شود که توانایی معالجه وی را داشته باشد، اما اگر پزشک توانایی درمان بیماری را نداشته باشد و به طریق دیگر هم نتواند وی را نجات دهد، هیچ‌گونه مسئولیت کیفری متوجه پزشک نیست.

د- وجود عنصر روانی: یعنی ترک‌کننده فعل، عمدتاً و از روی سوء نیت مجرمانه از انجام وظیفه خود سرباز زند، البته ضرورت وجود عنصر روانی در جایی است که بخواهیم فرد را دارای مسئولیت کیفری تلقی نماییم، و گرنه در بسیاری از مواردی که نتیجه به خاطر ترک وظیفه، آن هم نه به طور عمدی، بلکه از روی غفلت و سهل‌انگاری صورت می‌گیرد، پزشک باید خسارت وارده را جبران نماید. به عبارت بهتر در اکثر موارد برای چنین فردی مجازاتهای بدنی و زندان و از این قبیل که برای جرایم عمدی در نظر گرفته می‌شود، تعیین نمی‌گردد، بلکه وی تنها به پرداخت جریمه مالی محکوم می‌شود (نوربها، ۱۳۸۵: ۱۶۳).

۲-۳. خودداری محض بدون وجود تکلیف قانونی خاص

یکی از انواع ترک فعل پزشک ترک محض است: یعنی مسبوق به تعهد و تکلیف قانونی نیست. سؤالی که در اینجا مطرح است این است که آیا جرم‌انگاری ترک فعل بدون وجود تکلیف قانونی خاص، امکان دارد؟ در پاسخ می‌توان گفت: مکاتب مادی منحصراً ضرر به مصالح مادی افراد و جامعه را به عنوان ملاک و مبنای وضع این نوع جرایم مدنظر قرار می‌دهند، ولی اسلام علاوه بر مصالح مادی، مصالح معنوی را نیز ملاک و مبنای وضع این‌گونه جرایم مورد توجه قرار داده است. ملاک جرم‌انگاری در جرایم ترک فعل محض، در اغلب موارد نیکی به دیگران و ایجاد حس تعاون و همکاری در میان افراد جامعه است (باهری، ۱۳۸۰: ۲۰۴)؛ یعنی قانونگذار به منظور تقویت حس تعاون و جلوگیری از قصور و بی‌تفاوتی افراد در قبال درد و رنج دیگران و مصالح جامعه، افراد را به انجام بعضی از افعال ملزم می‌نماید و در صورت امتناع، آن را جرم و قابل مجازات اعلام می‌کند. حال آنکه مبنای جرم‌انگاری در جرایم فعل ناشی از ترک فعل، علاوه بر هدف تقویت حس تعاون و همکاری، عدم اضرار به حیات و تمامیت جسمانی افراد است.

اما برخی بر عکس ادعای فوق، ترک فعل محض را جرم ندانسته و چنین استدلال کرده‌اند: ترک فعل و امتناع، امر عدمی است و نمی‌تواند سبب امر وجودی یعنی نتیجه مجرمانه واقع شود. در واقع، ترک فعل امر عدمی است و چیزی که حقیقت آن عدم باشد، قابلیت ایجاد امر وجودی را ندارد. مثلاً؛ قتل یک پدیده وجودی است و هرگز از امر عدمی ناشی نمی‌شود (خویی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۲، ۶). بنابراین، خودداری پزشک از معالجه بیمار، یک امر عدمی است و مرگ بیمار که پدیده وجودی است، نمی‌تواند مستند به آن باشد.

نقد دیدگاه فوق: ترک فعل و امتناع در اینجا به معنای کف نفس و خودداری از انجام عمل است که پدیده وجودی و مستند به اراده انسان است، نه ترک فعل صرف که امر عدمی و بلا تأثیر می‌باشد.

به بیان دیگر، اراده یکی از عناصر امتناع و نیرویی نفسانی است که ماهیت ایجابی دارد؛ از این رو، اگر یکی از عناصر امتناع، امر ایجابی شد، سبب می شود که امتناع ماهیت ایجابی به خود بگیرد؛ چراکه منطقی نیست یکی از عناصر پدیده ای ایجابی باشد و بعد گفته شود که مجموع آن پدیده سلبی است. در واقع، ترک فعل بر دو نوع است: گاهی با اراده مثبت انجام می شود و گاهی صرف عدم انجام است بدون اینکه اراده وجود داشته باشد. مثلاً، پزشکی که اقدام به درمان بیمار نمی کند، گاهی زمینه انجام کار برایش فراهم شده و او با اراده، از معالجه بیمار خودداری می کند که در حقیقت، یک حرکت ارادی است «کف نفس». از این رو، برخی حقوقدانان می گویند: امتناع همانند فعل، یک رفتار ارادی است یعنی گاهی اراده، انسان را به انجام عملی وادار می کند و گاهی مانع از انجام آن می شود (زراعت، ۱۳۸۵: ۶۶/کامل سعید، ۲۰۵ و ۲۰۶). از این رو، خودداری پزشک از درمان، به اندازه فعل کشنده مثبت در مرگ بیمار نقش دارد. علاوه بر آن، ترک فعل، یعنی فقدان مانع از تأثیر، جزئی از علت تامه است. فلاسفه گفته اند: علت تامه مرکب از مقتضی (سبب) و شرط می باشد و شرط هم به شرط وجودی و عدمی تقسیم می گردد (مصباح یزدی، ۱۳۷۹: ج ۲، ۹ / مطهری، ۱۳۷۶: ج ۵، ۳۹۹). تارک فعل می توانست با ایجاد مانع از قتل جلوگیری کند ولی چنین نکرد. بنابراین، در وقوع قتل، نقش دارد. اما اینکه در چه شرایط تأثیر تارک فعل از نظر عرف به سرحد علت تامه می رسد، به گونه ای که قتل مستند به او باشد، در مباحث بعدی روشن خواهد شد. بنابراین می توان گفت، عنصر مادی گاهی با ترک فعل محقق می گردد؛ زیرا همان گونه که حادثه مجرمانه در اثر فعل ایجابی واقع می شود، در اثر ترک فعل نیز ممکن است واقع شود (قیاسی، ۱۳۸۸: ج ۲، ۱۱۲).

۳) مقایسه فعل و ترک فعل پزشک

باتوجه به مباحثی که پیشتر، راجع به فعل و ترک فعل پزشک بیان گردید، ماهیت و وجوه اختلاف به خوبی میان فعل و ترک فعل روشن شده و در ذیل به آنها اشاره می گردد:

الف- جرم فعل، همان گونه که از عنوانش پیداست، رفتار مجرمانه ایجابی و مثبت است که مجرم با عمل خودش باعث نوعی دگرگونی در محدوده خاصی از عالم خارج می گردد. مثلاً، بیماری، بر اثر عمل جراحی، فوت می کند. ولی جرم ترک فعل، رفتار مجرمانه منفی است؛ یعنی پزشک از انجام وظیفه قانونی خویش خودداری می کند. مثلاً در مورد بیماری که لازم است عمل جراحی شود، ولی پزشک از آن امتناع می ورزد و در نتیجه منجر به مرگ بیمار می گردد. در این صورت وی ضامن است.

ب- جرم فعل در مواردی تحقق پیدا می کند که قانونگذار از انجام عملی نهی کرده باشد و در صورت مخالفت، این جرم به وقوع می پیوندد. مبنای جرم انگاری در جرایم ایجابی، عدم اضرار به

منافع فردی و اجتماعی است (اباذری، ۱۳۷۹: ۲۲)؛ یعنی عقل حکم می‌کند که افراد از دست زدن به اعمالی منع شوند که به حیات، مال و حیثیت افراد ضرر می‌رساند و نظم و امنیت اجتماعی را در معرض اختلال و نابودی قرار می‌دهد. ولی جرم ترک فعل در صورتی واقع می‌شود که قانونگذار، افراد جامعه را به انجام کاری ملزم کرده باشد و امتناع آنان از امتثال آن تکلیف، موجب وقوع جرم ترک فعل ایجابی می‌گردد (زکی، ۱۹۹۶م، ۱۴۳ و ۱۴۴).

ج: موجبات ضمان طبیب در جریان معالجه بیمار

موجبات ضمان در باب اعمال و رفتار پزشک، متعدد است. گاهی مقدمات درمان را به صورت ناقص، فراهم می‌کند و در نتیجه حادثه ایجاد می‌شود طبق قوانین کیفری یک نوع شروع به جرم، محسوب می‌گردد. زمانی به تنهایی تصمیم به انجام عمل مجرمانه یا ترک وظیفه قانونی می‌گیرد، و در اصطلاح حقوقی آن عمل را با «مباشرت» خود انجام می‌دهد (نوربها، ۱۳۸۵: ۱۹۱). و گاهی رفتار پزشک به گونه‌ای است که تسبیب و یا معاونت، در وقوع حادثه به حساب می‌آید.

در هر حال مبنای ضمان پزشک، استناد عرفی عمل زیان بار به او است؛ زیرا اصل پاسخگو بودن اشخاص در قبال عملکرد خود یک اصل مسلم عقلایی و عرفی است که قابل انکار یا مناقشه نیست. بر این اساس شخص نسبت به اعمالی مسئول است که عرفاً به او استناد دارد؛ زیرا علم حقوق یک علم عرفی است و تمام موضوعات آن از عرف گرفته می‌شود. و قواعدی فقهی نیز همانند «لاضرر»، «اتلاف»، «تسبیب»، «مباشرت» و «معاونت» از مهمترین مبانی مسئولیت مدنی و کیفری، در فقه بشمار می‌روند. برآیند این قواعد آن است که در نظام حقوقی اسلام هیچ ضرری نباید بدون جبران بماند. آنچه از فقه و نظام حقوقی استنباط می‌شود آن است که هیچ زیانی نباید بدون جبران باقی بماند. به این ترتیب؛ باتوجه به قواعد فقهی و حقوقی، رفتار پزشک در تحقق حادثه «تحقق رکن مادی حادثه»، مراحل و شیوه‌های گوناگونی را سپری می‌کند که عبارتند از: شروع، مباشرت، تسبیب و معاونت، که در ذیل به تبیین آنها پرداخته شده است.

۱) شروع

مرحله شروع به جرم، به مرحله‌ای اطلاق می‌گردد که مرتکب از یک طرف اقدامات مقدماتی را انجام داده و عملیات اجرایی را آغاز کرده است، به گونه‌ای که اگر مانعی به وجود نیاید، حادثه قطعاً واقع خواهد شد (قیاسی و دیگران، ۱۳۸۸: ج ۲، ۱۱۸). از این تعریف استفاده می‌شود که یکی از شیوه‌های دخالت پزشک در وقوع حادثه، شروع به عملیات غیر علمی و فنی پزشکی است. در این مرحله پزشک اگر شرایط لازم را رعایت نکرده و با این وجود اقدامات مقدماتی را انجام داده و عملیات اجرایی را آغاز کرده باشد، به گونه‌ای که اگر مانعی به وجود نیاید، حادثه قطعاً انجام خواهد شد. در اینجا این سؤال مطرح است: آیا شروع به معالجه، که منجر به وقوع حادثه گردد، برای پزشک

ضمان آور است یا خیر؟ در پاسخ نظرات مختلفی ارائه گردیده است. اما آنچه که درست به نظر می‌رسد این است: از آنجای که معیار شروع به اجرا را اعمالی می‌داند که حاکی از یک اراده و تصمیم غیر علمی و معیاری باشد، به گونه‌ای که نشان دهد کسی که تا این مرحله پیش آمده است، بدون تردید مراحل بعدی را نیز اشتباه خواهد پیمود (همان: ۱۲۰). چنانکه در ماده ۱۲۲ قانون مجازات ایران، مصوب ۱۳۹۲، مقرر گردیده: «هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح (که در ذیل این ماده آمده) مجازات می‌شود.» بنابراین؛ شروع به انجام عملیات پزشکی در صورتی که منجر به آسیب و یا مرگ بیمار گردد، پزشک معالجه‌ای که بدون در نظر داشت شرایط لازم، اقدام به معالجه کرده باشد، ضامن خواهد بود.

۲) مباشرت

یکی دیگر از شیوه‌های دخالت پزشک در وقوع حادثه، مباشرت است. این شیوه دخالت، هنگامی است که بتوان حادثه را ولو از طریق فراهم آوردن علل، مستقیماً به شخص پزشک نسبت داد. در میان عواملی که منجر به وقوع حادثه می‌شوند، مباشرت نقش علت وقوع آن را دارد. یعنی اگر علت باشد معلول نیز محقق می‌شود. پس مباشرت عبارت است از: علت اصلی حادثه که اگر او نمی‌بود حادثه نیز واقع نمی‌شد (ساریخانی، ۱۳۹۱: ۱۳۴). چنانکه در قانون مجازات ایران چنین آمده است: «مباشرت آن است که جنایت مستقیماً توسط خود مرتکب واقع شود» (قانون مجازات ایران، ۱۳۹۲: ۴۹۴). در فقه نیز چنین آمده: «مقصود از مباشرت آن است که فعل از کسی صادر شود، خواه بدون وسیله خارجی مانند خفه کردن کسی با دست یا زدن با دست و خواه با وسیله مانند انداختن تیر و زدن با چاقو و نظایر آن از اعمالی که موجب می‌شود عرفاً تلف را به مرتکب نسبت دهند» (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق: ج ۴، ۱۸۳). اعمال یاد شده چنانچه با قصد قتل یا جرح انجام گیرد مرتکب را قصاص می‌کنند. و اگر قصد ایجاد علت تلف را نداشته باشد در این صورت است که عمل انجام یافته از مصادیق خطا یا شبه عمد به حساب آمده و موجب دیه خواهد شد. بنابراین مباشرت به کسی گفته می‌شود که رفتار مادی و معنوی او با توصیف قانونی جرم کاملاً مطابقت داشته و نسبت فاعل به فعل مستقیماً و بلا واسطه باشد (اردبیلی، ۱۳۸۹: ۲۷). بنابراین، رفتار پزشکی که مستقیماً و بدون واسطه منجر به مرگ بیمار گردد، در صورتی که شرایط لازم (معیارهای علمی و قانونی) را رعایت نکرده باشد در این صورت وی ضامن خواهد بود.

۳) تسبیب

یکی دیگر از شیوه‌های دخالت پزشک در وقوع حادثه، سببیت است. در تعریف سبب گفته شده: «سبب عبارت از علت ناقصه یا علت با واسطه است نه علت تامه وقوع حادثه» (ساریخانی، ۱۳۹۱:

۱۳۴). در تأیید این تعریف، قانونگذار ایران، مقرر داشته است: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند» (قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲: ۵۰۶). بنابراین، پزشک در صورتی مسئول تلقی می‌شود که به سبب معالجه غیر علمی وی، حائثه پدید آمده باشد و در غیر آن مسئول نخواهد بود. به این بیان، پزشک معالج اگر بدون اذن ولی، دیوانه یا کودکی را معالجه کند یا بدون اذن شخص بالغ عاقل به درمان او پردازد یا حتی با اذن آنان این کار را بکند لیکن در حرفه‌اش مهارت کافی نداشته باشد یا مهارت دارد اما معیارهای علمی و قانونی را رعایت نکرده باشد، در این صورت، بدون اشکال، در همه این صور مسئول پرداخت خسارت بیمار، خواهد بود؛ زیرا اعمال پزشک در چنین مواردی، شبه عمد است. اما اگر بیمار عاقل و بالغ، به پزشک اذن درمان دهد و اتفاقاً معالجه سبب مرگ وی شود در این حالت در ضمان پزشک اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی او را ضامن دانسته و برخی دیگر از او نفی ضمان کرده‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ۲۶۰). به نظر می‌رسد که در فرض مذکور، دیدگاه عدم ضمان نزدیک به صواب است. بنابراین، کسی که به معالجه انسان اقدام می‌کند باید از ولی بیمار برائت بگیرد و گرنه ضامن خواهد بود.

در بررسی مقایسه‌ای میان مباشر، سبب و شرط، به نظر می‌رسد از مجموع مباحثی که راجع به آنها مطرح گردید، تفاوت این سه عامل، به خوبی آشکار می‌گردد، به این بیان که مباشر یعنی فاعل جرم که به طور مستقیم اقدام به انجام عمل نموده؛ اما سبب درست در نقطه‌ای مقابل مباشر قرار دارد، که به صورت غیر مستقیم در ایجاد یک حادثه تأثیر داشته باشد، به گونه‌ای که امکان نسبت دادن حادثه به آن وجود داشته باشد. در فقه اسلامی، هرکدام از سبب، علت و شرط، به گونه‌ای تعریف شده‌اند که تفاوت آنها از هم دیگر به خوبی آشکار می‌گردد. سبب در اصطلاح حقوقی عبارت است از: «اقدامی که با واسطه عامل دیگر به صورت غیر مستقیم در ایجاد یک حادثه تأثیر داشته باشد» (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷، ۴۸). برخی در تعریف سبب گفته‌اند: «سبب یعنی هر عملی که تلف به آن نسبت داده شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۲، ۱۶۳). در ارتباط با تعریف شرط، علامه حلی در قواعد الاحکام به این مضمون بیان نموده است: «شرط یعنی تأثیر علت موقوف بر آن است و لکن مدخلیتی در علیت و تولید ندارد، لذا فاعل شرط، قصاص نمی‌شود ولی ضامن دیه است، به شرطی که عدواناً باشد و دیه هم متوجه به فاعل شرط است نه بعاقله (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ۵۸۹). برخی از فقهاء، سبب و شرط را با یکدیگر شبیه می‌دانند؛ زیرا، هر دو مانند هم تأثیر در تحقق جنایت مانند مرگ ندارند، بلکه مؤثر در تأثیر علت جنایت می‌باشند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ۹۵). بسیاری از فقهاء، بین سبب و مباشرت خلط کرده و مثال‌هایی را که احیاناً ارتباط با

مباشرت پیدا می‌کند، به سبب ارتباط داده‌اند (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ق: ج ۱، ۱۲۰). بنابراین از مجموع مطالبی که راجع به علت، شرط و سبب بیان شد می‌توان به این نتیجه رسید؛ آنجای که پزشک مستقیماً علت حادثه را ایجاد می‌سازد (علت یا مباشر) و در مواردی به طور غیر مستقیم باعث وقوع حادثه، می‌شود (سبب) و یا اینکه شرایط تأثیر عوامل فوق را در حصول حادثه فراهم می‌کند به نحوی که تحقق حادثه متوقف بر وجود آن است، (شرط) نامیده می‌شود.

۴) معاونت

معاونت تجلی رفتار کسانی است که بدون مداخله مستقیم در عملیات اجرایی حادثه، مباشر اصلی را در ارتکاب حادثه، مساعدت می‌نمایند. بنابراین در تعریف معاونت چنین آمده است: «معاونت عبارت است از تحریک عامل اصلی جرم و یا کمک در تهیه مقدمات یا لواحق جرم با علم و تسهیل در اجرای آن و به طور کلی کمک عالمانه به مباشر جرم از طرف غیر مباشر» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۶۶۹). این تعریف چندان گویا به نظر نمی‌رسد بلکه واضح و در عین حال مختصر تعریفی است که یکی از حقوقدانان ارائه داده چنین می‌نویسد: «معاون کسی است که با علم و عمد، مجرم را قبل از ارتکاب یا مقارن ارتکاب جرم به یکی از طرق مختلف مساعدت و یاری نماید به شرط اینکه در عملیات مادی جرم شرکت نداشته باشد» (ساریخانی، ۱۳۹۱: ۱۳۵). در فقه نیز مانند حقوق، از معاونت در جرم آشکارا سخنی به میان نیامده، ولی در آموزه‌های دینی، رگه‌های از آن را می‌توان یافت؛ برای نمونه در قرآن به همپاری در کارهای شایسته، سفارش و از معاونت در کارهای بد باز داشته است: در نیکوکاری با یکدیگر همکاری کنید، و در گناه و تعدی دستیار هم نشوید» (سوره مائده: ۲).

د: میزان نقش رفتار طبیب در تحقق حادثه در فرایند معالجه بیمار

در رابطه با میزان نقش اعمال و رفتار پزشک در تحقق حادثه، در فقه و حقوق، دیدگاه‌های مختلفی ارائه گردیده است. در اینجا سؤال این است که میزان نقش رفتار پزشک در تحقق حادثه چگونه است و چه ملازمه با قتل دارد؟ در پاسخ به این سؤال، آراء فقهاء و حقوقدانان در ذیل مورد بررسی قرار گرفته است.

بررسی میزان نقش رفتار پزشک در تحقق حادثه، یک بحث ماهوی است. از لحاظ این که آیا ماهیت رفتار پزشک، ذاتاً یا عادتاً و یا نوعاً و یا نادراً کشنده است؟ در پاسخ باید گفت: ماهیت و نوع رفتار پزشک، بستگی به مورد عمل پزشک دارد، زیرا مثلاً اگر مورد عمل جراحی قلب بیمار باشد در این صورت رفتار پزشک، از نظر عرفی، با قتل ملازمه ذاتی یا نوعی دارد. اما اگر موضوع عمل، جراحی آپاندیس باشد در این صورت نادراً کشنده است. در هر صورت ملاک تشخیص نوع ملازمه رفتار پزشک با قتل یا با سایر خسارت‌های وارده بر بیمار، تشخیص عرف خاص پزشکی

است. نقش عرف در تشخیص بسیاری از موضوعات غیر قابل انکار است (حجت، ۱۳۹۰: ۱۰۸). بنابراین؛ در رابطه با ماهیت و نوع رفتار پزشکی، دیدگاه‌های فقهی و حقوقی، در ذیل مورد بررسی قرار گرفته است.

(۱) ذاتاً کشنده

در موارد که پزشک، اقدام به عمل جراحی می‌کند به گونه‌ای که ذاتاً کشنده است مانند آنجای که پزشک اقدام به برداشتن عضو حیاتی، مثل قلب و کبد از پیکر بیمار مبتلا به مرگ مغزی، منجر به مرگ حتمی او خواهد شد، هرچند که بیمار مبتلا به مرگ مغزی برگشت ناپذیر است (عباسی، ۱۳۸۸: ۱۲۴). یعنی مرگ مغزی اساساً همان مرگ است و زندگی برگشت ناپذیر است. به عبارت دیگر، اگر مورد عمل جراحی قلب بیمار باشد در این صورت رفتار پزشک، از نظر عرفی، با قتل ملازمه ذاتی دارد. چنانکه در ماده ۵۵۴ کد جزای افغانستان، به طور کلی در این رابطه اینگونه مقرر داشته است: «شخصی که به اثر خطای ناشی از اهمال، غفلت، بی احتیاطی و یا در اثر عدم مراعات مقررات قانونی، سبب قتل دیگری گردد، مرتکب قتل خطا شده مطابق احکام این فصل مجازات می‌گردد». اما قانونگذار ایران در این مورد تصریح داشته: «هرگاه آسیبی به شخصی وارد کند به گونه‌ای که وی را در حکم مرده قرار دهد و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال دیگری با انجام رفتاری به حیات غیر مستقر او پایان دهد، نفر اول قصاص می‌شود و نفر دوم به مجازات جنایت بر میت محکوم می‌گردد» (قانون مجازات اسلامی ایران، ۱۳۷۵: ۲۱۷). برای اثبات مطلب فوق، برخی از حقوقدانان، رفتار پزشک را در جای که موضوع عمل جراحی قلب باشد، ذاتاً کشنده می‌دانند (هادی صادقی، ۱۳۸۳: ۱۹۰). زیرا طبق قانون ایران ارتکاب رفتاری که در قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

الف- در صورتی که ارتکاب رفتار به حکم یا اجازه قانون باشد؛

ب- در صورتی که ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم لازم باشد؛

پ- در صورتی که ارتکاب رفتار به امر قانونی مقام ذی صلاح باشد و امر مذکور خلاف شرع نباشد؛

ت- 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. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست» (قانون مجازات اسلامی ایران، ۱۳۹۲، ماده ۱۵۸).

اما طبق قانون افغانستان نیز ارتکاب عمل در حالات ذیل که به رضایت مجنی علیه واقع شده باشد، جرم شمرده نمی‌شود:

۱- در حالت اجرای عملیات جراحی یا سایر اقدامات ضروری طبی به موافقه مریض، همسر، ولی،

وصی یا اقارب الی درجه سوم، مشروط بر این که مطابق اصول فنی حرفه طبابت صورت گرفته باشد.

۲- اجرای عملیات عاجل جراحی که مطابق اصول فنی حرفه طبابت صورت گرفته باشد.

محل استناد ما در این ماده قانونی، این است که قانونگذاران در این مواد فوق، در مقام بیان شرایط جواز تصرف در نفس دیگران به عنوان معالجه و درمان بوده و نفس فعل طبابت را صرف نظر از نتایج احتمالی آن مورد توجه قرار داده است. بنابراین عملیات جراحی و هر اقدام پزشکی دیگر که روی بیمار صورت می‌گیرد فقط در صورتی که آن اقدامات مشروع بوده و با اذن و رضایت بیمار یا ولی او و بدون خطای جزایی انجام شود، جرم و جنایت محسوب نمی‌گردد. لکن، در صورت فقدان هریک از شرایط مذکور، پزشک نسبت به نفس درمان و فعل ارتكابی ضامن خواهد بود (هادی صادقی، ۱۳۸۳: ۱۹۰).

با توجه به توضیحات فوق، اعمال و رفتار پزشک را برحسب موضع حساس بیمار تشخیص می‌دهند یعنی در حقیقت فعل و رفتار پزشک برحسب مورد، به چهار دسته تقسیم می‌شود. یکسری اعمال و رفتار پزشک ذاتاً و ماهیتاً کشنده هستند مانند شکافتن قلب یا شکافتن جمجمه بیمار. و یکسری اعمال و رفتار پزشک غالباً و عادتاً کشنده است مانند شکافتن شکم بیمار جهت جراحی آپاندیس. و یکسری اعمال و رفتار پزشک نوعاً کشنده است مانند عمل جراحی سطحی بیمارانی که تکلیف قلبی یا فشار بالای دارد. و موادی هم نادراً کشنده است مانند تجویز دارو برای بیمار که اتفاقاً منجر به مرگ شود. در همه‌ای این حالات فوق، در صورت که پزشک معیارهای علمی و فنی را رعایت نموده و طبق مقررات قانونی عمل نموده باشد، مسئولیت نداشته و ضامن نیست.

۲) عادتاً کشنده

در بعضی موارد رفتار پزشک، عادتاً و غالباً کشنده است. یعنی در برخی موارد، معیار تشخیص کشنده بودن و نبودن اعمال و رفتار پزشک به گونه‌ای است که اگر یک انسان متعارف متوسط را در نظر بگیریم، و نسبت به او کشنده بود می‌گوییم رفتار وی عادتاً کشنده است (سلطانی، ۱۳۹۱: ج ۲، ۱۴۹). مانند اینکه پزشک شخصاً، به طور مستقیم و بی‌واسطه اعمالی را انجام دهد، مانند جراحی که در نتیجه عمل خود، جراحی به بدن بیمار وارد کند که منتهی به مرگ بیمار گردد، چنانکه قانونگذار افغانستان در ماده ۱۱۷ کد جزا و قانونگذار ایران در ذیل ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، اعمال و رفتار پزشک را در هنگام معالجاتی که انجام می‌دهد و اگر موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین علمی و فنی باشد. به نظر می‌رسد حتی در صورت رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی، پزشک اگر آگاه و عالم به عادتاً کشنده بودن عمل جراحی باشد، و با این وجود با قصد درمان اقدام به عمل جراحی نماید، ضامن خواهد بود؛ زیرا پزشک مباشر آگاه و عالم به عادتاً و غالباً کشنده بودن عمل خویش بوده است و

علاوه بر آن استناد عرفی نیز بین رفتار پزشک مباشر و مرگ بیمار وجود دارد. در این رابطه عده‌ای از حقوقدانان می‌گویند: «در مباشرت، همین که رابطه علیت عرفی بین کار شخص و تلف، موجود باشد برای مباشر ایجاد مسئولیت می‌کند و لزومی ندارد که تقصیر او نیز احراز شود. در تمیز مباشر از سایر کسانی که زمینه تلف را فراهم آورده‌اند، بهترین معیار داوری عرف است» (کاتوزیان، بی تا: ش ۴۴) به نظر می‌رسد که بیان این دسته از حقوقدانان ناظر به این است که رفتار پزشک در روند عملیات جراحی بیمار، که عادتاً و غالباً کشنده است، در صورتی که پزشک با رعایت موازین علمی و مقررات دولتی، چاره جز اقدام به عمل جراحی ندارد با وجود که احتمال می‌دهد که بیمار با این عمل ممکن است فوت کند، در این صورت پزشک مسئولیت ندارد اما اگر راه چاره دیگری غیر از عمل وجود داشته باشد با این حال پزشک اقدام به عمل کرده باشد در این صورت پزشک مسئولیت دارد. این امر از کلام اکثر فقهاء قابل استنباط است به عنوان نمونه صاحب جواهر^(۶) چنین بیان داشته است: «قتل عمد محقق می‌شود آن جای که شخص بالغ و عاقل قصد زدن را داشته باشد اما قصد قتل (قصد نتیجه) را نداشته باشد ولی وسیله به گونه‌ای است که غالباً کشنده است» (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۲، ۱۲). باتوجه به این بیان، پزشک در صورتی که راهی جز عمل جراحی ندارد یعنی اگر جراحی نکند بیمار می‌میرد و در عین حال می‌داند که عمل نیز ممکن است منجر به مرگ شود؛ در این صورت عمل پزشک مسئولیت بدنبال ندارد.

برخی از فقهاء بیانی دارند که ناظر به نوعاً کشنده بودن رفتار پزشک است، و آن این است: طبیب عالم و حاذق و مأذون از جانب بیمار یا ولی او، اقدام به عمل جراحی روی شکم بیمار، کند. اگر بیمار در اثر معالجه طبیب فوت کند، در صورتی که عرف مرگ را به طبیب استناد دهد، طبیب ضامن است؛ زیرا عمل پزشک غالباً و عادتاً کشنده است (فیض کاشانی، بی تا: ج ۲، ۱۱۶)؛ زیرا عمل پزشک در صورت عدم رعایت مقررات قانونی و عدم رعایت معیارهای علمی، از نظر عرفی غالباً و عادتاً کشنده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۹، ۷۹۹). در این صورت قتل شبیه عمد محقق می‌شود. البته عادتاً کشنده بودن خود سه صورت دارد که گاهی ممکن است به اعتبار نفس عمل و رفتار پزشک باشد و گاهی ممکن است به اعتبار وسیله باشد و مواردی ممکن است به اعتبار حساس بودن موضع عمل باشد و جای هم ممکن است به اعتبار وضعیت جسمی و روحی بیمار باشد.

۳) نوعاً کشنده

گاهی رفتار پزشک نوعاً کشنده است. قانونگذار در قانون مجازات اسلامی، در مواردی، به اصطلاح «کار نوعاً کشنده» اشاره نموده است اما معیار و ضوابط تشخیص آن و یا حد اقل ضوابط «کشنده نبودن» را تعیین نکرده است تا بر مبنای آن «کشنده بودن» کار قابل تشخیص باشد حال سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که مقصود از «کار نوعاً کشنده» چیست؟ آیا نوعاً کشنده

بودن، از حیث خود آن کار مورد توجه قرار گیرد و یا اینکه برای تعیین آن باید به سایر عوامل دیگر همانند وضعیت قاتل و مقتول نیز توجه کرد؟ در پاسخ باید گفت اقدام به برخی رفتار و یا استفاده از بعضی وسایل که نسبت به هرکس کشنده می‌باشد، به آن نوعاً کشنده گفته می‌شود (سپهوند، ۱۳۸۶: ۴۷). مثلاً در مواردی که قاتل قصد کشتن را ندارد و کاری را که انجام می‌دهد نوعاً کشنده نیست ولی نسبت به طرف، بر اثر بیماری یا پیری یا ناتوانی و امثال آنها نوعاً کشنده است و قاتل نیز آگاه باشد (گلدوزیان، ۱۳۸۸: ۲۶). از ماده ۲۶۵ کد جزای افغانستان استفاده می‌شود، شخصی که از وسایل کشنده، در طبابت استفاده نماید به حبس ابد و در صورت قتل به اعدام محکوم می‌گردد. طبق قانون ایران نیز هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده، یا نظیر آن، می‌گردد، هرچند قصد ارتکاب آن را ندارد» (قانون مجازات اسلامی ایران، ۱۳۹۲: ۲۹۰) حسب مورد مجازات می‌گردد. باتوجه به اینکه این ماده قانونی نیز ضابطه عمدی تلقی شدن جنایت را «کار نوعاً موجب جنایت واقع شدن» می‌داند و هیچ اشاره‌ای به اینکه معیار آن کدام است، نکرده است. بنابر مراتب فوق ملاحظه می‌شود در حال حاضر نیز رویه قضایی همانند گذشته در مورد ماهیت کاری که انجام می‌شود و اینکه نوعاً کشنده است تغییری ننموده و «کار نوعاً کشنده» را باتوجه به نوع وسایل، محل اصابت و وضعیت مقتول تعیین می‌کند؛ زیرا کار، حالتی فیزیکی است و بدون وسیله قابل تصور نمی‌باشد. بنابراین با وجود تغییر اصلاح «آلت قتاله» به «کار نوعاً کشنده» رویه قضایی هنوز «وسیله» را ملاک تشخیص نوع کار و عمدی بودن قتل می‌داند (سپهوند، ۱۳۸۶: ۶۹). ولی به نظر می‌رسد که هنوز همان ابهامات در خصوص تشخیص «کار نوعاً موجب جنایت واقع شدن» و مصادیق آن به قوت خود باقی خواهد بود. بنابر این ابتدا باید به فقه و نظریات فقهی و سپس به قانون و نظریات حقوقدانان توجه شود و از مجموع نظرات معتبر فقهی، و مستندات قانونی فصل مشترکی را به عنوان ضابطه «کار نوعاً کشنده» تعیین و تبیین نمود که در ذیل به این امر پرداخته می‌شود.

به نظر می‌رسد که در فقه ضابطه (فعل) «رفتار نوعاً کشنده» مشخص نشده است و اگر ضابطه‌ای نیز بیان شده، بسیار مبهم است. فقهاء بیشتر به صورت موردی به ذکر مصادیق پرداخته‌اند ولی می‌توان از مصادیق مذکور ضابطه و معیاری را بدست آورد و سپس قدر متیقن را استخراج کرد. برخی از فقهاء چنین می‌نویسند: «یتحقق العمد بقصد البالغ العاقل إلى القتل بما يقتل غالباً» اشکال و اختلافی نیست در اینکه قتل عمد تحقق پیدا می‌کند با قصد شخص بالغ و عاقل، به کشتن کسی به وسیله آلتی که غالباً کشنده است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴، ۱۸۰). صاحب جواهر در شرح این عبارت اضافه کرده می‌فرماید: «یتحقق العمد بقصد الضرب بما يقتل غالباً عالماً به و إن لم يقصد القتل» یعنی قتل عمد تحقق پیدا می‌کند به قصد زدن با چیزی که معمولاً کشنده باشد با علم به کشنده بودن آن، اگر چه قصد قتل هم نداشته باشد؛ زیرا قصد فعل مزبور مانند قصد قتل

است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۲، ۱۲). به بیان دیگر «قصاص ثابت می‌شود به کشتن انسان محترم؛ بلکه اظهار از ادله این است که عمد با قصد چیزی که عادتاً کشنده است تحقق می‌یابد و لو مرتکب ابتدائاً قصد قتل نداشته باشد» (خویی، ۱۴۲۲ق: ج ۲، ۳). اما در بعض موارد، عمل و رفتار طبیب با وجود رعایت تمام مقررات لازم، ملازمه با نوعاً کشنده بدن دارد، در آنجای که بیمار را معالجه می‌کند و به اثر بی احتیاطی و تقصیر پزشک، یا به اثر عدم رعایت معیارهای علمی و فنی، در روند معالجه، بیمار فوت می‌کند، در این صورت عمل طبیب نوعاً کشنده است؛ زیرا عرف مرگ را به عمل طبیب استناد می‌دهد (محسینی قندهاری، ۱۴۲۴ق: ج ۱، ۱۸).

بنابراین، در خصوص کار نوعاً کشنده، بین حقوقدانان اختلاف عقیده فاحشی وجود دارد به نحوی که عده معتقد هستند که کار یا فعل نوعاً کشنده، مفهوم عام و صرف نظر از آلت یا وسیله قتاله یا غیر قتاله می‌باشد یعنی آنکه ممکن است «کار» به اعتبار وسیله ارتکاب و یا موضع ارتکاب و یا نحوه ارتکاب، کشنده محسوب گردد و ضرورتی ندارد که حتماً آلت قتاله باشد. پس رابطه بین آلت قتاله و فعل نوعاً کشنده، رابطه عموم و خصوص مطلق است به نحوی که آلت قتاله از مصادیق فعل نوعاً کشنده می‌باشد اما فعل نوعاً کشنده منحصر به آلت و یا وسیله قتاله نمی‌باشد و در واقع به کارگیری اصطلاح کار نوعاً کشنده به این منظور است که بر مقامات قضایی و دادگاه معلوم گردد که مرتکب، آلت را به طرف کدام قسمت حساس از بدن مجنی علیه وارد کرده است تا به این وسیله به نحوه عمل ناشی از اندیشه و فکر مجرمانه مرتکب پی‌برند (شامبیاتی، ۱۳۹۳: ج ۱، ۹۲)؛ این نوع برداشت از عبارت «فعل نوعاً کشنده» با واقعیت تطبیق ندارد (همان: ۹۳).

برخی از حقوقدانان می‌گویند: پزشکی که مبادرت به عمل جراحی بیمار می‌نماید، در حالی که خون از بدن بیمار جاری است و می‌داند که در صورت بستن زخم وی، بیمار خواهد مرد، با این وجود بدون بستن زخم یا توقف خونریزی، وی را رها می‌نماید تا به مرگ بیمار منتهی گردد، مرتکب قتل عمد گردیده است و یا مثل آنجای که پزشکی پس از مشاهده تست آمپول پنی‌سیلین که نشان دهنده حساسیت بیمار نسبت به ماده دارویی است، با این وجود، آمپول را به بیمار تزریق می‌نماید (عباسی، ۱۳۸۸: ۲۴). و یا دستور تزریق آن را صادر می‌کند، عمل وی قتل عمد و از مصادیق بند ب ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد چنانکه مقرر داشته می‌گوید: «هرگاه مرتکب، عمداً کاری را انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌گردد، هرچند قصد ارتکاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود». در این موارد مذکور رفتار پزشک نوعاً کشنده به حساب می‌آیند. همچنین پزشکی که می‌داند بیمار او، پیر مرد است مبتلا به بیماری قلبی و در صورتی که وی را جهت عمل جراحی پروستات بیهوش نماید خواهد مرد و با این وجود، مبادرت به چنین عملی نماید (عباسی،

۱۳۸۸: ۲۴)؛ عمل وی نوعاً کُشنده خواهد بود. باید توجه داشت در هر کجا رفتار پزشک نوعاً کُشنده باشد و نظامات و مقررات قانونی و احتیاط لازم را هم رعایت نکند، عمل وی از مصادیق قتل عمد خواهد بود. به تعبیر فقهاء اگر شخص عملش نوعاً کُشنده باشد می‌توان به جای آلت قتاله به کار برد.

طبق بند (ب) ماده ۲۹۰ که بیان داشته است: اگر شخصی عمداً کاری کند که نوعاً کُشنده باشد، چنانچه عملش سبب قتل شود، هرچند قصد قتل نداشته باشد باز هم قتل، عمدی محسوب می‌شود. قانونگذار در معنای وسیع‌تری عبارت «عملاً کُشنده» را به کار برده است که این حاکی از آن است که اگر شخص رفتار کُشنده را انجام می‌دهد، چه آلت به کار بگیرد یا نگیرد؛ مثلاً اگر فردی شخصی را از بلندی و ارتفاع غیر متعارفی پرت کند در اینجا این فرد آلت قتاله را به کار نبرده اما کارش نوعاً کُشنده است. همچنین رابطه کار نوعاً کُشنده با آلت قتاله عموم خصوص مطلق است یعنی ممکن است انسان کاری را انجام دهد که در انجام آن کار از هیچ آلتی استفاده نکرده باشد ولی نوعاً کُشنده باشد. همچنین ممکن است شخص آلتی را به کار ببرد که این آلت حتماً باید خاصیت کُشندگی را داشته باشد. در اینجا این سؤال مطرح خواهد شد که تأثیر علم و آگاهی پزشک بر کُشنده بودن و نبودن عملش چگونه است؟ در پاسخ به این سؤال که آیا شخص باید علم داشته باشد به این که عملی که انجام داده کُشنده است یا آلتی که به کار برده (مثل چوب، سرنیزه، پنجه بوکس) قتاله است یا نه؟، در جواب باید گفت: هم شخص باید بداند که عملش نوعاً کُشنده است و هم به موضع حساسی که در قانون پیش‌بینی شده است، اصابت کند تا بشود گفت قتل، عمدی است. نوعاً کُشنده بودن نیز خود سه صورت دارد که عبارتند از اینکه نوعاً کُشنده بودن گاهی ممکن است به اعتبار نفس رفتار پزشک باشد و گاهی ممکن است به اعتبار وسیله باشد و مواردی ممکن است به اعتبار حساس بودن موضع باشد و جای هم ممکن است به اعتبار وضعیت جسمی و روحی بیمار باشد.

۴) نادراً کُشنده

گاهی رفتار پزشک در روند معالجه و درمان، نادراً کُشنده است. یعنی رفتار وی ذاتاً، عاتاً و نوعاً کُشنده نیست اما به ندرت و به صورت اتفاقی منجر به فوت بیمار می‌گردد. مانند آنجای که طبیب اگر قصد فعل داشته باشد ولی قصد نتیجه را نداشته باشد مثلاً قصد عمل جراحی را داشته ولی در روند عملیات جراحی دچار خطاء «تقصیر» شده است. در این صورت حتی اگر از بیمار اذن گرفته باشد، حسب مورد طبیب ضامن جبران خسارت و یا دیه می‌باشد زیرا قتل در این گونه موارد شبهه عمد تلقی می‌گردد. زیرا فعل و عمل طبیب نادراً کُشنده است و در موردی که عمل کُشنده باشد، معیار شبهه عمد که قصد فعل منهای قصد نتیجه باشد، تحقق پیدا کرده و طبیب ضامن دیه خواهد بود. اما برخی می‌گویند طبیب ضامن نیست؛ زیرا وی با اذن بیمار و با رعایت مقررات و با علم و

آگاهی اقدام به درمان کرده است و فعل و عمل وی هم جایز و مشروع بوده است لذا اصل برائت جاری می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ۴۱۸). زیرا نادراً کشنده بودن عمل پزشک، با رعایت مهارت‌های علمی، فنی و مقررات قانون، باعث تحقق قتل عمد یا شبه عمد نمی‌گردد.

یکی از حقوقدانان در این رابطه چنین بیان داشته‌اند: عمل و فعل پزشک نادراً کشنده است. مانند آنجای که پزشک مباشرتاً بیماری را به طور متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود (عباسی، ۱۳۸۸: ۲۶). چنانکه طبیعی مباشرتاً بیماری را به طور متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود (همان: ۲۶). در این صورت رفتار پزشک از موارد، نادراً کشنده خواهد بود. همچنین، از بیانات بسیاری از فقهاء استفاده می‌شود که رفتار پزشک گاهی نادراً کشنده است مثل آن جای که پزشک قصد عمل جراحی را دارد که آن عمل نادراً کشنده است. چنانکه برخی از فقهاء فرموده‌اند: «اگر قصد فعلی را بکند که آن فعل نادراً کشنده است و در نتیجه، قتل اتفاق بی‌افتد در این صورت اشهر ثبوت قصاص است» (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۲، ۱۲). به تعبیر دیگر، اگر طبیب عالم، حاذق و ماهر در حرفه‌اش باشد و تمام مقررات لازم را نیز رعایت کرده باشد و با این وجود بیمار در جریان درمان بر اثر بی‌احتیاطی و غفلت، اتفاقاً بیمار فوت کند در این صورت عرفاً گفته می‌شود که عمل پزشک نادراً کشنده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ۳۲۶). به نظر می‌رسد که در این صورت پزشک ضامن دیه خواهد بود؛ زیرا اگرچه پزشک عمل و رفتاری را که غالباً کشنده نیست، بدون قصد کشتن بلکه به قصد درمان بیمار انجام دهد؛ ولی بر اثر غفلت و بی‌احتیاطی بیمار آسیب ببیند و یا فوت کند؛ پزشک ضامن است.

به عبارت دیگر، اگر طبیعی قصد معالجه بیماری را داشته باشد و اتفاقاً شخص بیمار فوت کند و نیز اگر کسی، دیگری را ختنه کند و بیش از حد معین ببرد و طرف بمیرد، در تمام موارد فوق، عمل فاعل شبه عمدی می‌باشد (خمینی، بی‌تا: ج ۲، ۵۵۴). برخی دیگر، در باره ضمان پزشکی که در معالجات خود کتاهی کرده است، هرچند بیمار اذن در معالجه داده باشد، ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۳، ۴۴). لکن در باره مسئولیت طبیعی که با وجود اذن در معالجه و رعایت کلیه موازین تخصصی اقدام وی اتفاقاً موجب تلف شده است، اختلاف نموده‌اند. عده‌ای در فرض مذکور بر عدم ضمان پزشک نظر دارد؛ زیرا ضمن آنکه اصل، دلالت بر برائت ذمه و عدم اشتغال دارد چنین استدلال کرده است که طبیب شرعاً موظف به درمان بیمار بوده و در این راه نسبت به حصول نتیجه بهبودی بیمار، متعهد نشده است. بلکه بر پزشک لازم است که سعی و تلاش لازم را در حدود متعارف به منظور معالجه بیمار معمول دارد. و در غیر این صورت مسئول شمردن طبیب موجب سد باب طبابت و امتناع پزشکان از درمان می‌گردد. مضافاً بر اینکه طبیب در فعل خویش محسن بوده و با اقدامات درمانی خود در باره بیمار احسان و نیکی می‌کند و

نکوکار را نمی‌توان مسؤل شمرد: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه: ۹۱)، یعنی بر نیکوکاران ایرادی نیست. بنابراین ضمان به دلیل وجود اذن و مشروعیت فعل طبابت ساقط می‌گردد (ابن ادرس، ۱۴۱۰: ج ۳، ۳۷۳). از طرف دیگر به موجب دیدگاه مشهور فقهاء، طبیب نسبت به تلف نفس یا عضو بیمار مسؤل است، زیرا تلف عرفاً مستند به فعل اوست. این دسته از فقهاء در رد دلایل قائلین به عدم ضمان پزشک، می‌گویند: تمسک به اصل برائت با وجود دلیل اشتغال ذمه بلا وجه است؛ زیرا در این موارد اصل جاری نمی‌شود، به علاوه اذن بیمار اذن در درمان است و نه در تلف. از این رو، اذن وی در سقوط ضمان تلف، مؤثر نبوده و بین اذن و ضمان نیز منافاتی نیست، همچنانکه مسؤلیت کسی که به قصد ادب کردن موجب جنایت بر دیگری می‌شود، پذیرفته شده است. در باره این دیدگاه، بدون توجه به دیدگاه ابن ادریس، ادعای اجماع شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ۳۲۷). بنابراین رفتار پزشکی که نادراً کشنده است ولو قصد قتل را هم نداشته بلکه قصد درمان را داشته باشد، در صورتی که اتفاقاً منجر به مرگ بیمار گردد، قتل عمد محقق شده و طبیب ضامن است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ۱۸۰ / محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ۲۹۲). عده‌ای دیگر معتقدند بر اینکه ملاک در مشروعیت قصاص، قصد قتل است، و اگر قصد قتل نباشد ولی رفتار مرتکب به گونه‌ای باشد که نادراً کشنده است در این صورت قصاص مرتکب محل اختلاف است (کاشانی، ۱۴۱۰ق: ص ۳). البته باید توجه داشت که نادراً کشنده بودن، نیز خود سه صورت دارد که عبارتند از اینکه نادراً کشنده بودن گاهی ممکن است به اعتبار نفس رفتار پزشک باشد و گاهی ممکن است به اعتبار وسیله باشد و مواردی ممکن است به اعتبار حساس بودن موضع باشد و جای هم ممکن است به اعتبار وضعیت جسمی و روحی بیمار باشد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که راجع به ماهیت اعمال و رفتار پزشک، شیوه‌های دخالت پزشک در فرایند معالجه و میزان نقش رفتار وی در تحقق حادثه، بررسی شد، به نتایج زیر می‌توان دست یافت:

۱- در اعمال پزشک، در روند درمان بیمار، برحسب مورد، حالات مختلفی مطرح است. یعنی نفس اعمال پزشکی گاهی ذاتاً و زمانی عاتاً و یا نوعاً و یا نادراً کشنده است. و هریک از فروع مذکور، ممکن است، به نحو مباشرت، تسبیب و یا به صورت معاونت، محقق گردد. با توجه به انواع گوناگون اعمال و رفتار پزشک، طبعاً نوع مسؤلیت وی نیز طبق مقررات پزشکی، متفاوت خواهد بود. یعنی این که پزشک در کدام مورد از حالات فوق، مسؤلیت دارد، طبق مقررات قانونی و عرف خاص پزشکی خواهد بود. بنابراین، در این تحقیق، صرفاً به تبیین انواع و حالات گوناگون اعمال پزشکی و موجبات ضمان پزشک، به منظور آشنایی پزشکان و قضات و غیره؛ پرداخته شده است. بر همین اساس، مباحثی که در تحقیق حاضر، راجع به اعمال پزشک، انجام شد، روشن می‌گردد که

اعمال پزشک، حسب مورد به گونه‌های مختلفی قابل تقسیم بندی است. یعنی انواع مختلف اعمال پزشک، از فعل و ترک فعل نسبت به بیمار، که ممکن است به نحو مباشرت یا به نحو تسبیب و با به صورت معاونت، ناشی می‌گردد که گاهی ذاتاً کشنده است و زمانی نوعاً و یا عادتاً کشنده است. در چنین حالات مختلف، ضمان و عدم ضمان پزشک بستگی به رعایت و عدم رعایت مقررات قانونی، فنی و علمی، دارد.

۲- منظور از فعل پزشک، هر حرکتی بدنی است که تجلی خارجی داشته باشد، و مراد از ترک فعل، خودداری از انجام فعلی است که پزشک، مکلف به انجام آن بوده و در صورت ترک آن، رفتار مجرمانه محسوب می‌شود؛ زیرا اعمال و رفتار پزشک، در صورت عدم رعایت شرایط لازم پزشکی و قانونی، تشکیل دهنده عنصر مادی جرم خواهد بود. عنصر مادی غالباً با انجام فعل محقق می‌گردد اما گاهی با ترک فعل نیز محقق می‌شود و تارک فعل، در صورتی مسؤول پنداشته می‌شود که از وظیفه قانونی خود سرباز زده باشد.

۳- اعمال و رفتار پزشک در جراحی‌های مانند جراحی قلبی و مغزی و غیره، که ذاتاً یا غالباً و نوعاً کشنده است. اگر پزشک شرایط لازم مانند تخصص، علم و مهارت آن را نداشته باشد و با این وجود اقدام به عمل جراحی نماید قطعاً مسئولیت کیفری خواهد داشت؛ زیرا در این صورت پزشک فعلی را انجام می‌دهد که تبصر و تخصص آن را ندارد مانند شکافتن قلب بیمار که غالباً منجر به مرگ بیمار می‌گردد.

۴- رفتارهای منفی پزشک نیز در اعمال جراحی‌ها، نوعاً کشنده است؛ زیرا پزشک فعلی را که به موجب قانون یا تعهد، ملزم به انجام آن است، اگر ترک نماید، غالباً کشنده است. بنابراین، رفتار پزشک به شیوه‌های مختلفی (شروع، مباشرت، تسبیب و معاونت)، انجام می‌شود که حسب مورد انواع ملازمه میان اعمال پزشک و بیمار، وجود دارد که عبارت از: ذاتاً کشنده، نوعاً کشنده، عادتاً کشنده یا نادراً کشنده بودن، است و با این وجود، پزشک مهارت‌های لازم را دارا بوده و با رعایت مقررات قانونی اقدام به معالجه بیمار می‌کند، در این صورت ضامن نیست اما اگر پزشک شرایط لازم مانند تخصص، علم و مهارت آن را نداشته باشد و یا مقررات قانونی را رعایت نکند، در این صورت ضامن خواهد بود.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابادری، منصور، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران، خط سوم، ۱۳۷۹.
۳. ابن ادریس، محمد، (حلی)، السرائر، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ دوم، ۱۴۱۰ق.
۴. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، دو جلد، انتشارات میزان، چاپ پنجم: ۱۳۸۲.
۵. آقایی نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، تهران: نشر میزان، چ دوم، ۱۳۸۵.
۶. باهری، محمد و دیگران، نگرشی بر حقوق جزا عمومی، ۱۳۸۰.
۷. پاد، ابراهیم؛ حقوق کیفری اختصاصی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۷.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، (یک جلدی، تهران: گنج دانش، چ پازدهم، ۱۳۸۴.
۹. حجت، مبین، نظریه قبلیت استناد در مبانی مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چ اول، ۱۳۹۰.
۱۰. حسنی، محمود نجیب، شرح قانون العقوبات القسم العام، بیروت، دارالنهضة العربیه، ۱۹۸۴م.
۱۱. عاملی، سید جواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، (دار إحياء التراث العربی، بیروت، لبنان، چ اول، بی تا.
۱۲. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیلة، ۲ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، چ اول، بی تا.
۱۳. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.
۱۴. زراعت، عباس، حقوق جزای اختصاصی (۱) جرایم علیه اشخاص، ۱۳۸۵.
۱۵. ساریخانی، عادل، حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: دانشگاه پیام نور، چ اول، ۱۳۹۱.
۱۶. سپهوند، امیرخان، حقوق کیفری اختصاصی (۱)، تهران، انتشارات مجد، چ اول، ۱۳۸۶.
۱۷. سعدی ابو جیب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، در یکجلد، دار الفکر، دمشق - سوریه، چ دوم، ۱۴۰۸ق.
۱۸. شامیاتی، هوشنگ، حقوق جزای اختصاصی (۱)، تهران، انتشارات مجد، چ دوم، ۱۳۹۳.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین، (عاملی)، مسالک الأفهام، (مؤسسه المعارف الإسلامية، قم، چ اول، ۱۴۱۳ق.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین، (عاملی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ۱۰ جلد، قم: کتابفروشی داورى، چ اول، ۱۴۱۰ق.
۲۱. صادقی، محمد هادی، جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر میزان، چاپ: هفتم، ۱۳۸۳.

۲۲. صافی گلپایگانی، لطف الله، استفتاءات پزشکی، در یک جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، چ اول، ۱۴۱۵ق.
۲۳. عباسی، محمود، حقوق جزای پزشکی، تهران: دانشگاه علوم پزشکی، انتشارات حقوقی، چ اول، ۱۳۸۸.
۲۴. _____، مسئولیت پزشکی، تهران: مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی، انتشارات حقوقی، چ اول، ۱۳۸۸.
۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحکام، دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۴۱۳ق.
۲۶. علی شیروانی، شرح مصطلحات فلسفی بدایة الحکمة و نهاية الحکمة، بی تا.
۲۷. قاسم زاده، سید مرتضی؛ تجزیه و تحلیل مفهوم عنصر روانی جرم، فصلنامه دیدگاه های حقوقی، تابستان و پاییز ۱۳۷۷.
۲۸. کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۳۹۶.
۲۹. قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۹۲.
۳۰. قیاسی، جلال الدین و دیگران، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ اول، ۱۳۸۸.
۳۱. کامل سعید، شرح الاحکام العامة فی قانون العقوبات، بیروت، العملية الدولية و دارالقافة للنشر و التوزیع، ۲۰۰۲م.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ضمان قهری - مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران بی تا.
۳۳. گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای اختصاصی (۱-۲-۳)، تهران: نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۸.
۳۴. محسنی، محمد آصف (قندهاری)، الفقه و مسائل طیبیة، ۲ جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم، چ اول، ۱۴۲۴ق.
۳۵. محقق حلی، نجم الدین، جعفر، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، مؤسسة المطبوعات الدینیة، قم، چ ششم، ۱۴۱۸ق.
۳۶. _____، شرائع الإسلام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چ دوم، ۱۴۰۸ق
۳۷. زکی، محمد، ابوعامر، قانون الالعقوبات، القسم العام، مصر، اراجمعة الجديدة للنشر اسکندری، ۱۹۹۶.
۳۸. مدنی کاشانی، آقا رضا، کتاب القصاص للمفقهاء و الخواص، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چ دوم، ۱۴۱۰ق.
۳۹. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن، دیدگاه های نو در حقوق، (نشر میزان، تهران، چ دوم، ۱۴۲۷ق.
۴۰. موسوی، سید ابوالقاسم (خوئی)، مبانی تکملة المنهاج، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، قم، چ

اول، ۱۴۲۲ق.

۴۱. میر محمد صادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر میزان، چ پنجم، ۱۳۸۹.

۴۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام ۴۳ جلد، دار احیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، چ هفتم،

۱۴۰۴ق.

۴۳. نوربها، رضا، زمينه حقوق جزای عمومی، تهران، نشر دادآفرین، چ هفدهم، ۱۳۸۵.

۴۴. ولیدی، محمد صالح، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر جنگل، چ اول، ۱۳۸۸.