



ضمان پزشک از منظر فقه امامیه

* خسرو حسین پور * سید فضل اله موسوی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۱/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۳/۱۶

چکیده

یکی از اساسی‌ترین نیازهای هر جامعه نیاز به پزشک است. به دلیل گریز ناپذیر بودن این نیاز و از طرفی تلف یا نقص ناشی از معالجه پزشک، ضمان پزشک از گذشته مورد توجه قرار گرفته است. بالتبع در فقه امامیه نیز بحث «ضمان پزشک» در ذیل بحث «ضمان» مورد مذاقه و بررسی از جنبه‌های مختلف قرار گرفته است. مشهور فقها معتقد هستند پزشک ضامن خسارات ناشی از معالجه می‌باشد هر چند در امر معالجه مأذون باشد و مرتکب تقصیر نیز نگردد و تنها راه عدم «ضمان پزشک» تحصیل براءت همراه با عدم تقصیر است. در مقابل این شهرت فتوایی، اقلیتی از فقها معتقدند با قیود مذکور پزشک ضامن نیست. هر دو گروه برای اثبات مدعای خود به دلایلی استناد کرده و در ضمن دلایل طرف مقابل را نیز پاسخ داده‌اند. در این نوشتار «ضمان پزشک» از منظر دو گروه اکثریت و اقلیت فقهای امامیه و دلایل هر کدام برای اثبات مدعای خود مورد ارزیابی و نقد قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: طبابت؛ ضمان پزشک؛ تحصیل براءت؛ اذن و رضایت بیمار؛ تقصیر.

*دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (مسئول مکاتبات).

*استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول).

مقدمه

در میان دانش‌های بشری، دانش پزشکی جایگاهی والا و پیشینه‌ای کهن دارد. در هیچ دوره‌ای، مردمان از دانش پزشکی بی‌نیاز نبوده و نیستند. در اهمیت آن همین بس که پیامبر(ص) می‌فرماید: «العلم علمان: علم الأبدان و علم الأبدان» (دانش دو گونه است: دانش دین‌ها و دانش بدن‌ها).^۱ دلیل این امر نیز کاملاً مبرهن است و آن اهمیت جسم و جان آدمی است. چنانکه امیرمؤمنان می‌فرماید: «بِالْعَاقِبَةِ تَوْجَدُ كَذَّةُ الْحَيَاةِ؛ لَذَّتْ زَنْدُغِي بَا عَافِيَتِ (سلامت) بَه دَسْتِ مِي آيِد». ^۲ به دلیل اهمیت سلامتی و تندرستی و نقش انسان سالم در تکامل و پویایی جامعه، طبابت واجب کفایی است تا جایی که امام صادق (ع) می‌فرماید: اهل هر سرزمینی برای امور دنیا و آخرتشان به سه چیز نیازمند هستند که اگر آن‌ها نباشند زندگی ناخوشایندی خواهند داشت: ۱- فقیهی که دارای علم و تقوا باشد، ۲- زمامدار خیرخواه و مورد اطاعت ۳- طبیبی که در کار خود آگاه و مورد اعتماد باشد.^۳ در دنیای مادی خاکی، انسان‌ها به علل مختلف با خطرات جسمی و جانی روبه‌رو می‌گردند که چاره‌ای جز معالجه و مراجعه به پزشک ندارند. در این حالت به دستور قرآن، روایات و عقل تلاش برای مداوا و معالجه واجب و بر افراد متخصص و آگاه در امر طبابت نیز شرعاً و اخلاقاً لازم است تمام تلاش خود را برای نجات افراد نیازمند به کار برند. با وجود این کاملاً روشن است که شفا به دست خداوند متعال می‌باشد و پزشک صرفاً وظیفه به کار بستن تمام تلاش خود در راه بهبودی بیمار را دارد. با این حال در حرمت جسم و جان انسان نیز جای هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای نیست و تعرض

۱. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، بحارالانوار، ج. ۱، بی‌جا، دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۳هـ.ق، ص ۲۲۰.

۲. عبدالواحد بن محمد تمیمی آمدی، غررالحکم و دررالکلم، محقق / مصحح: رجائی، سیدمهدی، قم، دارالکتاب الاسلامی، ۱۴۱۰هـ.ق، ص ۲۹۷، ح ۲۹.

۳. محمد باقر، مجلسی، پیشین، ج ۷۵، ص ۲۳۵.

به تمامیت جسمی دیگران ممنوع و حرام است. به همین دلیل مسئولیت پزشک در برابر جنایات ناشی از معالجه از دیرباز مورد توجه فقها قرار گرفته و یکی از مباحث مهم در بحث ضمان را به خود اختصاص داده است. اگر پزشک در امر معالجه مأذون یا ماهر نباشد و یا با وجود اذن و مهارت مرتکب تقصیر گردد در ضمان او شکی نیست و این امر مورد اتفاق تمامی فقهاست. اما اگر پزشک در معالجه مأذون و ماهر باشد و مرتکب تقصیر نیز نشود ولی اتفاقاً موجب تلف یا نقص عضو گردد در رابطه با ضمان او دو نظر وجود دارد. مشهور فقها با استناد به روایات و ادله‌ی دیگری قائل به ضمان پزشک می‌باشند مگر در صورتی که قبل از معالجه پزشک براءت تحصیل نموده باشد. در حالی که اقلیت فقها معتقدند در این صورت پزشک ضامن نخواهد بود. هر دو گروه نیز برای اثبات مدعای خود به دلایلی استناد نموده و دلایل طرف مقابل را مورد ارزیابی و نقد قرار داده‌اند که تفصیل آن‌ها در زیر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

گفتار اول: ذکر مورد اختلاف

در رابطه با مسئولیت پزشک حالات و فروض مختلفی را می‌توان در نظر گرفت. به طور کلی پزشک یا جاهل است یا حاذق، یا مقصر است یا غیر مقصر، یا مأذون است یا غیر مأذون؛ بود یا نبود هریک از موارد مذکور در مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک تأثیر دارد.

۱- ضمان طیب جاهل

شرط اول برای هر حرفه و پیشه‌ای علم و مهارت در آن رشته می‌باشد. تصدی شغل پزشکی و دیگر شعب مربوط به آن نیز از این قاعده مستثنی نیست بلکه علم و مهارت برای تصدی این مشاغل اهمیتی مضاعف دارد، بالاخص در امر پزشکی که پزشکان با جان و جسم افراد سروکار دارند و در حرمت جان و جسم افراد نیز هیچگونه شک و تردیدی وجود ندارد. بنابراین اگر کسی بدون آگاهی لازم به امر

طبابت پردازد و در این میان موجب تلف یا صدمه‌ای گردد ضامن خواهد بود. در این امر بین فقهای امامیه و عامه هیچ اختلاف نظری وجود ندارد و همه متفق القول هستند که چنانکه فردی، خود را پزشک معرفی کند و به درمان پردازد بدون آن که چیزی از طب بداند مسئول و ضامن است زیرا صرف تصدی او به طبابت خطاست. در قرآن کریم نیز از پیروی بدون علم و حتی عمل به ظن و گمان نیز نهی شده است و خداوند می‌فرماید: «لا تقف مالیس لک به علم» (اسراء / ۳۶) یا «ان الظن لایعنی من الحق شیئاً» (یونس / ۳۶). احادیثی نیز در این باب نقل شده است که تعدادی از آن‌ها عبارتند از:

الف: پیامبر (ص) فرموده‌اند: «من تطب و لم یعلم منه طب قبل ذلک فهو ضامن»^۱ یعنی هر کسی که به امر پزشکی پردازد و از قبل دانش آن را نیاموخته باشد ضامن و مسئول است.

ب: پیامبر (ص) فرموده‌اند: «من تطب و لم یکن بالطب معروفاً، فاصاب نفساً فمادونها، فهو ضامن»^۲ یعنی هر کس در حالی که به طبابت شناخته شده نیست، عهده دار آن گردد و موجب فوت کسی یا صدمه‌ای کمتر از آن شود، ضامن است.

ج: امیرالمؤمنین (ع) می‌فرمایند: «یجب علی الامام یحبس الفساق من العلماء، والجهال من اطباء»^۳ یعنی بر امام لازم است که عالمان فاسق و پزشکان جاهل را زندانی کند.

۲- ضمان طبیب مقصر

در صورتی که پزشک در امر طبابت مرتکب تقصیر شود ضامن است حتی اگر مأذون و حاذق باشد.

۱. محمد، محمدی ری شهری، دانشنامه احادیث پزشکی، ج. ۱، قم، مؤسسه علمی فرهنگی دارالحدیث، سازمان چاپ و نشر، ۱۳۸۵، ص ۶۸.

۲. همان.

۳. محمد بن علی، ابن بابویه (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج. ۳، قم، جماعه المدرسین الحوزه العلمیه، ۱۳۶۳هـ.ش، ص ۳۱.

در فقه در این باره اختلافی نیست و فقها بر آن اجماع دارند.^۱

۳- ضمان طبیب غیر مأذون

هرگاه پزشک بدون اذن معتبر مبادرت به معالجه نموده باشد و موجب خسارت گردد ضامن است حتی اگر ماهر و عالم باشد. اگر تصرف در مال کسی باید با اذن مالک و مجوز قانونی باشد (ماده ۳۰۸ قانون مدنی) به طریق اولی، اذن شخص برای آن که بدنش دستخوش دست اندازی پزشک شود نیز ضروری است.^۲ زیرا هیچ کس حق ندارد به تمامیت جسمی افراد بدون اذن شارع و افراد صدمه‌ای وارد نماید. در این امر نیز در فقه اختلافی نیست.^۳

بنابراین در مواردی که به دلیل سهل انگاری و عدم دقت کافی در شرایط بیمار، روند معالجه، ابزارهای پزشکی، حدود تأثیر داروها و ... خسارتی رخ می‌دهد، پزشک ضامن است و اختلاف نظری وجود ندارد. به عبارت دیگر بدیهی است چنان که طبیب صلاحیت و مهارت علمی و عملی لازم را نداشته و یا با وجود مهارت بدون اذن و اجازه بیمار یا ولی او، اقدام نماید و یا با وجود اذن، در معالجات خود کوتاهی کرده باشد و موجب تلف یا نقص عضو گردد ضامن است. در فقه در این موضوع اجماع وجود دارد و اختلافی نیست. زیرا طبیب جاهل، قاصر و مقصر در هر صورت ضامن است. با این حال سؤال اصلی و محل اختلاف این است که اگر طبیبی اذن داشته باشد، مهارت کافی را نیز به کار بسته باشد و رعایت کلیه موازین تخصصی و فنی را نیز نموده باشد ولی اتفاقاً اقدام وی موجب تلف یا نقص شده باشد؛ ضامن است

۱. محمد حسن نجفی جواهری، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج. ۴۳، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴هـ.ق، ص ۴۴.

۲. حسن، جعفری تبار، «از آستین طبیبان، قولی در مسؤلیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، ش ۴۱، ۱۳۷۷، ص ۶۳.

۳. محمد حسن نجفی جواهری، پیشین، ص ۴۵.

یا خیر؟ در زیر نظرات دو گروه مشهور و غیرمشهور، در این خصوص مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

گفتار دوم: مبانی فقهی ضمان پزشک

نظر مشهور در باب ضمان پزشک: در نظر اکثریت که گروه زیادی از فقهای متاخر و متقدم در آن هم نظر هستند مسئولیت پزشک به تعبیر امروزی مسئولیت مطلق (محض) می‌باشد. نظر اکثریت نظر مشهور فقهی است و حتی عده‌ای ادعای اجماع بر آن کرده‌اند. خلاصه این نظر به تعبیر محقق حلی چنین است: «اگر طبیبی با معالجه نمودن یک بیمار باعث فوت (یا نقص) او گردد، ضامن است اگر قاصر باشد یعنی عالم نباشد یا طفل یا دیوان‌های را بدون اذن ولی او معالجه کند یا شخص بالغی را بدون اذن او معالجه کند که منجر به فوت یا نقص او گردد ضامن است هر چند حاذق باشد. هم چنین اگر طبیب حاذق باشد و بیمار برای معالجه به او اذن داده باشد و در این حالت منجر به تلف بیمار شود، ضامن است.»^۱

نظر اقلیت در باب ضمان پزشک: غیر مشهور معتقد است که اگر پزشک حاذق و مأذون بوده و تمام تلاش خود را به کار برده باشد و در امر طبابت تقصیری نکرده باشد مسئول تلف یا نقص ناشی از معالجه نخواهد بود. محور این نظر، قول ابن ادریس می‌باشد. ابن ادریس نخستین فقیهی است که برخلاف گذشتگان خود فتوا داده و معتقد

۱. ابوالقاسم جعفر بن حسن محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج. ۴، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹هـ.ق، ص ۱۰۱۹.

۲. مضمون همین فتوا در فتاوی فقهای مشهور بعدی نیز آمده است به طور مثال شهیدثانی در این مورد می‌گوید: «پزشک ضامن خساراتی است که در اثر معالجه او وارد می‌آید اگر چه موارد احتیاط را رعایت کرده و تلاش خود را در این جهت به کار برده باشد و بیمار هم اذن داده باشد.» (عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ج. ۱۰، قم، انتشارات دآوری، چاپخانه امیر، ۱۴۱۰هـ.ق، ص ۱۰۸).

است که اگر پزشک با رضایت بیمار به معالجه او بپردازد و مرتکب تقصیر هم نشود، ضامن خسارات ناشی از معالجه نیست.^۱

گفتار سوم: دلایل و مستندات مشهور و غیرمشهور

دلایل مشهور: این دسته از فقها^۲ برای اثبات مدعای خود به دلایلی تمسک کرده‌اند که ذیلاً مورد بررسی قرار خواهند گرفت:

بند اول: قواعد فقه

در فقه قواعد عامی برای ضمان بیان گردیده که می‌تواند در مورد ضمان طیب نیز قابل استناد باشد. این قواعد عبارتند از:

الف: قاعده اتلاف

مهمترین دلیلی که مشهور فقها به آن استناد کرده و بر مبنای آن پزشک را ضامن زیان وارد بر بیمار می‌دانند قاعده اتلاف است^۳ زیرا تلف مستند به عمل پزشک می‌باشد و براساس قاعده اتلاف (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) هر کسی شخصاً یعنی بدون واسطه یا به وسیله و با واسطه، باعث تلف مال یا جان یا سلامت دیگری گردد ضامن و

۱. ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس، السرائر حلی، ج. ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰هـ.ق، ص ۳۷۳.

۲. از دیگر فقیهان این گروه می‌توان مقدس اردبیلی فقیه برجسته قرن دهم را نام برد ایشان برخلاف مشهور از نظریه‌ی ابن ادریس پیروی کرده و پزشکی را که با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد و تقصیری مرتکب نمی‌شود؛ مسئول زیان وارد بر بیمار نمی‌داند. ایشان در اثبات این ادعا می‌نویسد: اولاً؛ او مطابق علم خود عمل کرده و بیش از این تکلیفی ندارد. ضمن اینکه طبابت برای او شرعاً واجب بوده است؛ ثانیاً؛ شرعاً هر اتلافی ضمان آور نیست؛ ثالثاً؛ روایت ختان به مورد تعدی وی حمل می‌شود؛ رابعاً؛ اجماع اصحاب را باید به موردی حمل کرد که پزشک از بیمار رضایت نگرفته است (مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج. ۱۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۶هـ.ق، ص ۲۲۹).

۳. محمود، کاظمی، «جستاری نقادانه پیرامون نظریه مشهور فقهای امامیه در خصوص مسئولیت پزشک»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۴، ۱۳۸۹، ص ۲۸۹.

مسئول است و علم خواه علم به حکم یا علم به موضوع، تقصیر یا عدم تقصیر، قصد و عمد، اعم از قصد فعل و قصد نتیجه و عقل و بلوغ، تاثیری در این مسئولیت ندارد. یعنی در تمام موارد مذکور متلف ضامن است.^۱

ب: قاعده تسبیب

در فقه قاعده تسبیب به عنوان قاعده جداگانه‌ای مطرح نمی‌گردد و در ذیل قاعده اتلاف مورد بررسی قرار می‌گیرد. زیرا قاعده اتلاف هم شامل اتلاف بالمباشره (اتلاف) و هم اتلاف بالتسبیب (تسبیب) می‌باشد که هر دو نوع اتلاف نیز از موجبات ضمان است. منظور از اتلاف بالتسبیب عبارت است از این که کسی کاری کند که منجر به تلف مال یا جان یا عضو بدن دیگری شود. به طوری که اگر او این کار را نمی‌کرد تلف به وجود نمی‌آمد. البته در اتلاف بالتسبیب تقصیر شرط است و منظور از تقصیر نیز این است که احتیاطات لازم در حدود متعارف رعایت نشده باشد. در برخی از موارد اعمال طبیب از باب تسبیب می‌تواند موجب ضمان او گردد. به طور مثال اگر طبیبی تزریق آمپولی را به مریض تجویز کند و پرستار طبق دستور پزشک عمل کند و آمپول را به مریض تزریق کند و در اثر آن، مریض فوت کند یا نقص عضو پیدا کند یا فلج شود یا... در این صورت از باب اقوی بودن سبب از مباشر، طبیب ضامن است نه آن پرستاری که موظف به عمل کردن طبق دستور پزشک بوده است.^۳ مرحوم بجنوردی در کتاب قواعدالفقهیه در این خصوص می‌گویند: «هرگاه پزشکی دارویی برای بیمار تجویز کند و پرستار دارو را به بیمار بخوراند یا با سوزن تزریق کند و بیمار آسیب ببیند و یا بمیرد پرستار از باب مباشرت ضامن است ولی حق دارد به پزشک مراجعه کند

۱. ابوالحسن، محمدی، قواعد فقه، تهران، نشر میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۹، ص ۲۵.

۲. همان، ص ۳۰.

۳. البته اگر آمپول درست تجویز شده باشد ولی پرستار در تزریق دچار تقصیر شده باشد یا با وجود علم به اشتباه بودن تجویز پزشک، پرستار به آن عمل نماید، پرستار ضامن است و مسئولیت دارد زیرا در اینجا خسارت و صدمه مستند به پرستار است نه پزشک.

(خواه پزشک آگاه باشد یا ناآگاه باشد).^۱ در مثال اخیر ایشان هر دو قاعده اتلاف و غرور را اعمال و میان هر دو جمع کرده‌اند، پرستار را از جهت مباشرت در اتلاف و پزشک را از باب غار بودن مسئول دانسته‌اند.

حال سوالی که پیش می‌آید این است که اگر طبیب دستور استعمال دارویی را بدهد چه کسی ضامن است؟ امام خمینی در تحریرالوسیله در ذیل ضمان پزشک فرموده‌اند: «اگر به اصطلاح نسخه داده و مثلاً گفته باشد که فلان دواء برای مرض خوب است و یا گفته باشد دوائ تو فلان و فلان است بدون این که دستور بدهد که آن را بخور (و یا استعمال کن) اقوی آن است که ضامن نیست ولی (از آن جا که متعارف این است که طبیب دستور خوردن دواء را می‌دهد) ضامن بودنش بعید نیست.»^۲

ج: قاعده لاضرر

یکی از قواعد بسیار مهم فقهی قاعده «لاضرر» می‌باشد. آیات قرآنی که بر این قاعده دلالت دارند متعددند از جمله آیه ۲۳۳ سوره بقره که خداوند می‌فرماید: «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده» اگرچه آیه به پدر و مادر مربوط است ولی خصوصیت پدری و مادری در این حکم تاثیری ندارد و از آیه فهمیده می‌شود که ضرر زدن به دیگری ممنوع و نامشروع است. در مورد قاعده لاضرر روایات نیز در حد استفاضه وارد شده‌است.^۳

۱. سید محمد حسن، بجنوردی، القواعد الفقهیه، تحقیق از مهدی مهریزی - محمد حسن درایتی، ج. ۲، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ.ق، ص ۳۴.

۲. سید روح اله، خمینی، تحریرالوسیله، ج. ۲، نجف اشرف، مطبعه الآداب، چاپ دوم، ۱۳۹۰هـ.ق، ص ۵۶۰.

۳. امامیه به سه عبارت روایات مربوط به قاعده لاضرر را بیان کرده‌اند: ۱- «لاضرر و لاضرار» ۲- «لاضرر و لاضرار علی مومن» ۳- «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» و در کتب اهل سنت همگی به صورت «لاضرر و لاضرار» بیان شده است به استثنای ابن اثیر که به صورت «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» نقل کرده است. از نظر سند برخی از این روایات صحیحه و برخی موثقه‌اند.

و در مجموع اطمینان حاصل می‌شود که این روایات از معصوم صادر شده اند. ^۱طبیعتاً خساراتی که پزشک بر جان و جسم افراد در ضمن معالجه می‌زند می‌تواند مصداقی از ضرر باشد زیرا ضرر دارای معنای عرفی است و از این روی رجوع به کتب لغت برای فهم معنای آن لازم نیست و کافی است معیار عرف را در نظر بگیریم. ^۲در مورد مفاد حقوقی قاعده لاضرر قرائت‌های مختلفی وجود دارد. یکی از این قرائت‌ها نظر مرحوم نراقی است. به نظر ایشان استعمال «لا» در جمله لاضرر و لاضرار در معنای اصلی است با این قید که مقصود از ضرر، ضرر غیر متدارک است؛ یعنی ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد. ^۳بنا بر نظریه مرحوم نراقی، اضرار به غیر یکی از اسباب ضمان است؛ همانند اتلاف، تسبیب، غصب، و غرور. ^۴بنابراین طبق این قرائت از قاعده لاضرر، هر ضرری از ناحیه هر کسی بر کسی دیگر وارد شود باید جبران شود از جمله ضرری که از ناحیه طبیب بر مریض وارد می‌شود نیز باید جبران گردد.

د: قاعده لایبطل دم امرء مسلم

از آن جا که تلف، مستند به عمل طبیب است و خون انسان مسلمان هدر نمی‌رود، طبیب ضامن است و به تعبیر محقق حلی این شبهه است. ^۵به دلیل این که پزشک قصد انجام عمل را دارد ولیکن قصد جنایت ندارد عمل او شبیه عمد است. چون در اعمال

۱. عیسی، ولائی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص ۲۵۳.

۲. ابوالحسن، محمدی، پیشین، ص ۱۴۹.

۳. مرحوم نراقی می‌گوید: شارع مقدس با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر کرده است، یعنی هر کس که موجب ضرر و زیانی نسبت به غیر بشود، باید آن را جبران و تدارک کند و در نظر شارع موردی نیست که کسی به دیگری ضرر برساند و ملزم به جبران آن نباشد و به تعبیری، ضرر تدارک نشده یا غیر متدارک که ترتیب جبران آن داده نشود در اسلام وجود ندارد (نراقی، احمد، عوائد الایام، قم، مکتبه بصیرتی، چاپ سوم، ۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۱۸).

۴. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، ج. ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، نوبت چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ هـ.ق، ص ۱۴۶.

۵. محقق حلی، پیشین، ج ۴، ص ۱۰۱۹.

خطائی محض، ضمان و مسئولیت پذیرفته شده به طریق اولی تحقق مسئولیت در شبه عمد محل شک و تردید نخواهد بود،^۱ فلذا پزشک ضامن است.

بند دوم: روایات

الف: روایت سکونی از امام صادق (ع) از قول امیرالمومنین (ع)؛ که فرمودند: «من تطب او تبیطر فلیاخذ البراه من ولیه والا فهو ضامن»^۲ یعنی هرکسی که طبابت یا بیطاری (دامپزشکی) کند باید از ولی بیمار و صاحب حیوان برائت حاصل کند در غیر این صورت ضامن خواهد بود.

ب: روایت دیگر سکونی از امام صادق (ع) از پدرش که آن حضرت فرمودند: «ان علیا (ع) ضمن ختانا قطع حشفه غلام»^۳. یعنی، امام علی (ع) شخصی را که کودکی را ختنه کرده بود و بیش از مقدار لازم را بریده بود ضامن گردانید. براساس این دو روایت اطباء و دامپزشکان و حتی ختنه گر مسئول ورود زیان وارده خواهند بود.

ج: روایت حلبی از امام صادق (ع) که فرمودند: «کل اجیر یعطی الاجره علی ان یصلح فیفسد فهو ضامن» (هر اجیری که به او اجرت پردازی تا امری را اصلاح نماید اما آن را فاسد کند پس ضامن است).^۴ برخی فقها از این روایت که در مورد ضمان اجیر است برای ضمان پزشک استفاده کرده‌اند.^۵

۱. شهید ثانی، پیشین، ج ۱۰، ص ۱۰۸.

۲. محمد بن حسن حرعاملی، وسائل الشیعه، ج. ۲۹، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ هـ.ق، ص ۲۶۰.

۳. همان، ص ۲۶۱.

۴. محمد بن حسن حرعاملی، وسائل الشیعه پیشین، ص ۱۴۱.

۵. از میان فقیهانی که بحث ضمان طبیب را در کتاب الاجاره مطرح کرده‌اند و قواعد باب اجاره را بر آن حاکم دانسته‌اند می‌توان از محقق اصفهانی (الاجاره، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۲۸۵)؛ ضیاء‌الدین عراقی (شرح تبصره‌المتعلمین، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۴۶۷) و از معاصرین آیت الله مکارم شیرازی (بحوث فقهیه هامه، ۱۳۸۰، ص ۳۰۸) را نام برد.

بند سوم: اجماع

با بررسی آرای فقهای امامیه مشاهده می شود که غالب آنها با بیان الفاظی چون «لاخلاف»^۱، «اشبه»^۲، «الاقرب»^۳، «الاقوی»^۴، «الاشهر»^۵، راجع به مسئولیت پزشک حاذق، محتاط و ماذون اتفاق نظر دارند. یکی از کسانی که اجماع از وی نقل شده است، ابن زهره است که قبل از ابن ادریس می زیسته است و دیگری محقق حلی که بعد از ابن ادریس بوده است. شیخ محمد حسن نجفی در جواهر به نقل از محقق حلی می گوید: "الأصحاب متفقون علی أن الطیب یضمن ما یتلفه بعلاجه"^۶

دلایل غیر مشهور

گروه اقلیت برای اثبات مدعای خود به دلایلی استناد کرده اند که به شرح ذیل می باشند:

بند اول: اصل برائت

در صورتی که به تبحر و محتاط و ماذون بودن طبیب برای معالجه شک کنیم که آیا ضامن است یا نه، اصل بر برائت ذمه طبیب است^۷ زیرا هرگاه پس از مراجعه به ادله در تکلیف شرعی تردیدی حاصل شود، اصل برائت می گوید: تکلیف منتفی است.

۱. سید علی طباطبایی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، ج. ۱۶، قم، مؤسسه آل البيت عليهم الاسلام لاحیاء التراث، ۱۳۸۲هـ ش، ص ۳۷۴.
۲. نجفی، پیشین، ج ۴۳، ص ۴۶.
۳. سید ابوالقاسم، خویی، مبانی تکمله المنهاج، ج. ۲، قم، چاپخانه علمیه، چاپ دوم، ۱۳۹۶هـ ق، ص ۲۲۱.
۴. امام خمینی، پیشین، ص ۵۶۰.
۵. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج. ۱۵، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۹هـ ق، ص ۳۲۷.
۶. نجفی، پیشین، ج ۴۳، ص ۴۶.
۷. ابن ادریس، پیشین، ج ۳، ص ۳۷۳.

بند دوم: اذن بیمار یا ولی او برای معالجه

چون طبیب از طرف بیمار یا ولی او ماذون است نباید در صورت فوت بیمار یا نقص عضو، او ضامن باشد،^۱ زیرا اذن مانع ضمان است. این موضوع مطلبی واضح است و احتیاج به اثبات و استدلال ندارد. با این حال می‌توان به روایت «لایحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» برآن استدلال کرد. فقها این روایت را هم برای حرمت و حکم تکلیفی و هم برای ضمان و حکم وضعی به کار برده‌اند. بنابراین با داشتن اذن، هم تصرف در مال غیر، حلال است و هم اذن مانع پیدایش ضمان می‌شود. به طور مثال اگر کسی دیگری را مهمان کند یا مالی را به او تعارف کند ظاهر حال این است که میهمان و گیرنده‌ی مال تعارفی، ضامن نمی‌باشد.^۲ پس در این موارد هم که پزشک از سوی بیمار یا ولی او ماذون است در صورت تلف یا نقص ضامن نمی‌باشد.

بند سوم: اذن شرع و عقل

یعنی نباید کاری که عقلاً و شرعاً مجاز و مشروع است ضمان آور باشد، تا جایی که گفته شده «...ولعل الضابط فی الضمان وعدمه إذن الشارع وعدمه، فکل ما هو مأذون فیه شرعاً لیس فیه ضمان ما تلف لأجله... وکل ما هو غیر مأذون فیه ففیه الضمان...»^۳ یعنی «...و شاید ضابط در ثبوت ضمان و عدم ضمان، اذن شارع و عدم آن باشد؛ پس هر آنچه که شرعاً در آن اذن داده شده است، در آن به جهت تلف ناشی از آن ضمان ثابت نیست... و هر آن چه که در آن اذن داده نشده است ضمان ثابت است...» بنابراین چون مداوا و علاج بیمار شرعاً مجاز است نباید در صورت تلف یا نقص عضو برای طبیب ضمان آور باشد.

۱. همان.

۲. محمدی، پیشین، ص ۵۹.

۳. امام خمینی، پیشین، ص ۵۶۵.

بند چهارم: روایات

الف: اسماعیل بن حسن می‌گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم من مردی از عرب هستم که به علم پزشکی آشنا هستم و طبابت من، طب عربی است و پول هم نمی‌گیرم. حضرت فرمودند، مانعی ندارد. عرض کردم که ما زخم را شکافته و با آتش می‌سوزانیم، فرمود: باکی نیست. عرض کردم ما برای بیماران داروهای سمی تجویز می‌کنیم. فرمودند: مانعی ندارد. عرض کردم ممکن است بیمار بمیرد. فرمودند: ولو بمیرد اشکالی ندارد.^۱

ب: یونس بن یعقوب می‌گوید: به حضرت صادق (ع) عرض کردم مردی دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می‌کند و ممکن است که از آن دارو و یا قطع رگ نتیجه بگیرد و یا دارو و قطع رگ بیمار را بکشد حضرت فرمودند: می‌توان رگ را قطع کند و دارو تجویز نماید.^۲

ج: حمدان بن اسحاق می‌گوید: من فرزندی داشتم که مبتلا به سنگ (کلیه یا مثانه) شده بود به من گفتند که علاجی جز جراحی ندارد، هنگامی که او را جراحی کردم فرزندم مرد. بعضی از شیعیان به من گفتند تو شریک خون فرزندت هستی. ناچار نامه‌ای به امام حسن عسگری (ع) نوشتم و قضیه را برای او شرح دادم. حضرت در پاسخ فرمودند: بر تو هیچ چیزی نیست چرا که هدف تو معالجه بود ولی اجل او همان بود که تو انجام دادی.^۳

اقلیت با استناد به این روایات استدلال می‌کنند که طبیب در صورت اذن و عدم تقصیر ضامن نیست.

۱. شیخ ابی جعفر محمد بن یعقوب، کلینی، الروضة من الکافی، ج ۸، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ج دوم، ۱۳۸۹هـ.ق، ص ۱۹۳، حدیث ۲۲۹.

۲. همان، حدیث ۲۳۰.

۳. شیخ ابی جعفر محمد بن یعقوب کلینی، الاصول من الکافی، ج ۶، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۸هـ.ق، ج ۶، ص ۵۳.

بند پنجم: قاعده احسان (ما علی المحسنین من سبیل)

هرگاه کسی کار نیک انجام دهد و بدون تعدی و تفریط زبانی به بار آورد مسئول و ضامن نخواهد بود. اتلاف مال غیر اگرچه بدون تقصیر باشد موجب ضمان و مسئولیت است ولی اگر کسی به هنگام انجام کاری نیک، زبانی وارد کند ضامن نیست یعنی قاعده احسان مسقط ضمان است.^۱ بنابراین مبنای دیگری که درباره‌ی رفع مسئولیت پزشک می‌توان از محتوای کلام فقها براساس آیه شریفه (ما علی المحسنین من سبیل/ توبه/ ۹۱) به دست آورد، قاعده احسان است. البته شمول این قاعده به لحاظ انطباق مفهوم آن، با اعمالی که از روی حسن نیت و صداقت انجام می‌گیرد، بر مصادیق زیادی قابل تعمیم است که از آن جمله می‌توان عمل پزشک را نام برد.^۲ صاحب نظران مسائل فقهی غالباً کاربرد این قاعده را در مواردی می‌دانند که ضرری ناخواسته یا گریز ناپذیر به دلیل انجام عمل صادقانه و خیرخواهانه محقق شود. اگر طبیبی مطابق دانش طبابت با قصد و احتمال علاج وی دست به عملیات درمانی بزند و حاصل زحماتش برحسب اتفاق ضرری ناخواسته باشد مطابق این قاعده باید پزشک را به حال خود گذاشت و مسئولیتی متوجه او نکرد چون طبابت روی این مریض از موارد اعمال حسن است و در نتیجه طبیبی که کوتاهی نکرده است از مصادیق محسنین است.^۳ از احادیث نیز این گونه برداشت می‌شود؛ چون در غیر این صورت علاج بسیاری از بیماران به بن بست می‌کشد. یعنی اگر بیمار را به حال خود رها کنیم به سلامتی او خدشه وارد می‌شود ولی در صورت مداوا و جراحی احتمال نجات او هست. در اینجا بدون شک اقدام به معالجه او هر چند ممکن است ایجاد خطر کند، جایز است. شاهد این سخن روایات متعددی است از جمله روایت احمد بن اسحاق که ذکر گردید. یا در صحیح ابان بن

۱. محقق داماد، پیشین، ص ۲۹۹.

۲. سید محمد، موسوی بجنوردی، «مسئولیت مدنی و کیفری پزشک»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۹، ۱۳۷۲، ص ۴۲.

۳. همان، ج ۴، ص ۹.

تغلب از امام صادق (ع) روایت شده است: حضرت مسیح (ع) فرمود: کسی که معالجه مجروحی را ترک بکند، بی تردید در گناه با عوامل جراحت وی شریک است. زیرا جراح، فساد مجروح را اراده کرده است و تارک شفای مجروح را اراده نکرده است و هرگاه اصلاح وی را اراده نکند، اضطراراً فساد مجروح را اراده کرده است و حکمت را به نااهل نگویید که نادانید و از اهل آن نیز دریغ مدارید که گناهکارید و باید هر یک از شما همانند طیب باتجربه ای باشید که اگر موضع و مورد را برای مداوا یافت مداوا کند والا از درمان دست بر می‌دارد.^۱

با این حال در ذیل این مطلب یک سوال پیش می‌آید و آن عبارتست از این که آیا در مورد اتلاف، قاعده احسان جاری می‌شود یا نه؟ در اکثر متون فقهی ملاحظه می‌شود که قاعده احسان، قاعده «علی الید ما اخذت حتی تودیه» را تخصیص می‌زند، ولی قاعده‌ی اتلاف اطلاق احوالی دارد و حکم به ضمان بر روی عنوان متلف رفته است چه محسن باشد چه نباشد چه یدش ماذونه باشد چه غیر ماذونه. لکن به نظر می‌رسد قاعده اتلاف چنین اطلاقی نداشته باشد بلکه قاعده‌ی احسان حکومت واقعیه بر قاعده‌ی اتلاف دارد. بدین بیان که: اولاً، مدرک قاعده اتلاف «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» اطلاق ندارد، به جهت این که این کبرای کلی، متن روایت نیست بلکه اصطیادی است قهراً دلیل لبی است که اطلاق در آن راه ندارد؛ ثانیاً، «ما علی المحسنین من سبیل» عام آبی از تخصیص است، لسان آیه‌ی شریفه لسانی است که تخصیص بردار نیست به ویژه این معنی مودای حکم عقل عملی است. بنابراین محسن ولو این که تکویناً متلف باشد لکن تعبداً به جهت احسانش غیر متلف است. شارع مقدس در حیظه‌ی قانونی و تشریحی محسن را غیر متلف می‌داند و قهراً «ما علی المحسنین من

۱. سید محمد کلینی، پیشین، ۱۳۸۸هـ.ق، ج ۸، ص ۳۴۵، حدیث ۵۴۵.

۲. البته برخی قاعده اتلاف را روایت دانسته‌اند که نتیجه این اختلاف نظر در وسعت اعمال آن پیدا می‌شود بدین توضیح که اگر آن را روایت بدانیم، می‌توانیم از اطلاق یا عموم آن استفاده کنیم ولی اگر آن را روایت ندانیم، نمی‌توانیم از اطلاق یا عموم آن استفاده کنیم. (محمدی، پیشین، ص ۲۸)

سبیل» بر قاعده اتلاف حکومت واقعیه دارد که لباً همان تخصیص قاعده اتلاف است یعنی «المتلف غیر المحسن ضامن» پس بر پزشک ضمان ثابت نیست چون وی محسن است. با این حال به دلیل عام بودن قاعده «لایبطل دم امرء مسلم»، باید دیه را ثابت دانست و از آن جا که در این گونه موارد طبیب از باب قاعده احسان و وجوب معالجه اقدام کرده، دیه از بیت المال پرداخت می‌شود.

گفتار چهارم: ارزیابی و نقد ادله طرفین

ارزیابی و نقد ادله مشهور

بند اول: در مورد قاعده اتلاف باید گفت، درست است که قاعده اتلاف ناظر به حکم وضعی است و متلف در هر حال ضامن است اگر چه قاصد، بالغ و مقصر نباشد ولی اگر متلف تعدی نکرده باشد و در حدود اذن متعارف عمل نموده باشد باز هم ضامن است؟ مرحوم آل کاشف‌الغطاء در این باره می‌فرماید: «تعدی یعنی عدم اذن شرعی و مالکی در تمام اسباب ضمان (اعم از اتلاف و تسبیب، اجتماع سبب و مباشر) شرط می‌باشد.»^۱ پس اگر پزشک با اذن بیمار یا ولی او به معالجه بپردازد و از حدود اذن بیمار و متعارف تجاوز نکند، در صورت تلف و نقص عضو بیمار ضامن نبوده و قاعده اتلاف شامل آن نمی‌شود. صاحب‌مفتاح‌الکرامه نیز می‌گویند: «گاهی معالجه بیمار به وجوب کفایی بلکه عینی بر پزشک واجب می‌شود و شرعاً نیز این نکته به اثبات نرسیده که هر نوع اتلافی موجب ضمان است خصوصاً اگر آن اتلاف متعاقب انجام فعلی که به وجوب عینی یا کفایی، واجب و فاعل آن نیز مأذون است حاصل شده باشد...»^۲ مسئولیت پزشک و اجرای قاعده اتلاف منوط به احراز انتساب میان عامل ضرر

۱. موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۴۲.

۲. محمد حسین آل کاشف‌الغطاء، تحریر‌المجله، ج. ۱، تهران، مکتبه‌النجاح، ۱۳۵۹ هـ.ق، ص ۵۸.

۳. سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه، ج. ۱۰، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا، ص ۲۷۱.

و فعل زیان بار است. اما در مواردی که پزشک حاذق مأذون است و تقصیری هم مرتکب نمی‌شود، تلف و نقص بیمار پیش از آن که مستند به فعل پزشک باشد می‌توان گفت به عوارض خود بیماری، نقص دانش پزشکی و... مربوط است. زیرا تعهد پزشک همیشه تعهد به وسیله می‌باشد نه تعهد به نتیجه. شاید عبارت امام حسن عسگری (ع) در روایت احمد بن اسحاق که فرمودند: «تو خواهستی مداوا کنی ولی اجلش در این عمل بوده»^۱ بیانگر همین نکته باشد. زیرا کاملاً مبرهن است که شفا به دست خداوند باری تعالی است نه پزشک. از نظر اجتماعی نیز مسئول دانستن پزشک حاذق، مأذون و بدون تقصیر، قدرت ابتکار را از او گرفته و رغبت به این حرفه مفید و ضروری را کاهش می‌دهد. از نظر اخلاقی نیز چگونه می‌توان جزای احسان را به بدی داد و از انسانی که همه تلاش و دانش خود را در راه درمان به کار بسته است خسارت گرفت.^۲

بند دوم: تمسک به حدیث سکونی صحیح نیست زیرا در سلسله سند این روایت سکونی قرار دارد و او در علم رجال تضعیف شده و حدیث روایت شده از او نیز ضعیف می‌باشد و به همین دلیل شهید ثانی که خود طرفدار نظریه مشهور است دلیل آن را اجماع می‌داند و با عبارت «الاولی الاعتماد علی الاجماع لا علی الروایه لضعف سندها بالسکونی» بر این امر تصریح فرموده‌اند.^۳ در مقابل طرفداران قول مشهور به این ایراد چنین پاسخ می‌دهند که عمل مشهور جابر ضعف سند حدیث است یعنی، وقتی متن حدیث مورد پذیرش فقها قرار گرفته و به آن عمل کرده‌اند ضعف سند جبران می‌شود. زیرا عمل مشهور کاشف از وجود نص معتبری است که به فقها رسیده است و فقها براساس آن فتوا داده‌اند. زیرا این امر که بدون مستند شرعی فقها فتوا بدهند بعید است و حتماً آن‌ها دلیل قابل اعتنایی داشته‌اند.^۴

۱. حرعاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۲۱۲.

۲. سیاوش، شجاع پوریان، مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۷۳، ص ۷۳.

۳. شهید ثانی، پیشین، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۱۰، ص ۱۱۰.

۴. شیخ جعفر سبحانی، الموجز فی اصول الفقه، ج. ۲، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ دوم،

بند سوم: روایت سکونی از امام صادق (ع) «من تطبب او تبیطر... الخ» در برخی از کتب مثل مستدرک به نحو دیگری آمده است و بعد از کلمه «فهو ضامن» عبارت «اذا لم یکن ماهراً» آمده است و روایت فوق با این قید، منافاتی با نظر غیر مشهور که معتقدند پزشک غیر حاذق ضامن خساراتی است که به بیمار وارد شده است؛ ندارد.^۱

بند چهارم: در رد استدلال به حدیث «من تطبب أو تبیطر... الخ» گفته‌اند منظور از این روایت جایی است که طیبب جنایتی را بر غیر بالغ یا مجنون وارد کرده است یعنی مواردی که صلاحیت اذن دادن را نداشته که در این صورت باید از ولی او رضایت گرفته شود والا اگر بیمار عاقل و بالغ باشد و در حدود اذن عمل نماید، طیبب ضامن نیست.^۲ و لفظ ولی نیز دلالت بر اخذ برائت بعد از جنایت است نه قبل از آن. اما به ایراد اخیر پاسخ داده شده است که لفظ ولی در خبر برای این است که در صورت تلف، او خون بها را مطالبه می‌نماید. پس وقتی به دلیل ضرورت، ابراء قبل از استقرار حق، مشروع باشد انصراف دارد به کسی که در صورت وقوع مورد ابراء متولی مطالبه است. پس ابراء از جانب مریض، هیچ بعدی ندارد چرا که معالجه از افعال ماذون فیه و جایز است و مجنی علیه اگر اذن در جنایت بدهد ضامن ساقط می‌شود چه رسد به این که اذن معلق به فعل مباح باشد.^۳ بنابراین در اینجا منظور از ولی، ولی به معنای خاص خود نیست بلکه منظور کسی است که بر دیه سلطنت و ولایت دارد و مطالبه یا عدم مطالبه دیه در اختیار اوست.

بند پنجم: روایت «من تطبب او تبیطر... الخ» ناظر به اخذ برائت کلی و عام است. بدین معنا که تنها بیان می‌کند که پزشک می‌تواند در ضمن قرارداد معالجه و برای رفع

۱۴۲۰ هـ.ق، ص ۲۷۳.

۱. میرزا حسین، نوری طبرسی، مستدرک الوسایل، ج ۱۸، بیروت، مؤسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث،

۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۳۲۵.

۲. ابن ادریس، پیشین، ص ۳۷۳.

۳. محقق حلی، النهایة و نکتها، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه

قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق، ص ۴۲۱.

مسئولیت احتمالی خود برائت بگیرد. به عبارت دیگر درج شرط برائت در ضمن قرارداد معالجه صحیح است و در صورتی که موجبات ضمان پدید آید مسئولیت رفع می‌گردد.^۱

بند ششم: روایت دیگر سکونی، که امیرالمؤمنین شخصی را که انسانی را ختنه کرده و بیش از مقدار لازم بریده بود را ضامن گردانید، فایده‌ای در اثبات مدعای مشهور ندارد. ظاهر روایت، موردی است که ختان مرتکب تقصیر شده است. از آن جا که او بیش از مقدار لازم بریده است مرتکب تعدی شده و مسئول است. این مورد خارج از بحث است. زیرا غیر مشهور در صورت تعدی و تفریط، پزشک را ضامن می‌داند.^۲ در حالی که موضوع بحث، موردی است که پزشک مرتکب تقصیری نشده باشد. در مقابل فقهای طرفدار مشهور در پاسخ گفته‌اند این ادعا یک احتمال است، و برعکس این احتمال نیز وجود دارد که روایت شامل موردی که ختان تعدی و تفریط نیز نکرده باشد، گردد.^۳ در رد این پاسخ می‌توان گفت: دلالت روایت بر هیچ یک از دو احتمال مسلم نیست و در واقع معنای آن مجهول است، در نتیجه نمی‌توان به آن استناد کرد، به ویژه این که در مورد بحث برای اثبات شق اکثر از دو احتمال، به روایت استناد شده است. در حالی که چنین استدلالی درست نیست و باید آن را به قدر متیقن حمل یا از عداد دلایل خارج کرد.^۴

بند هفتم: به اعتقاد برخی از فقها، صحیحه حلبی، در باب مسئولیت اجیر نسبت به فساد لباسی است که برای رنگرزی به او داده شده، و نمی‌توان از آن برای ضمان پزشک استفاده کرد. زیرا اصلاح و افساد که در این روایت آمده است، در مورد معالجه، تحت قدرت پزشک نیست تا تحت موضوع اجاره قرار گیرد. زیرا شفای بیمار از افعال

۱. حسینی عاملی، پیشین، ج ۱۰، ص ۲۷۲؛ مقدس اردبیلی، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۳۰.

۲. همان، ص ۲۲۹.

۳. طباطبائی، پیشین، ج ۱۶، ص ۳۸۴.

۴. کاظمی، پیشین، ص ۲۹۸.

اختیاری او نیست و پزشک قادر به آن نمی‌باشد. بنابراین از این روایت تنها می‌توان ضمان پزشک را در فرض ارتکاب تقصیر استنباط کرد نه ضمان مطلق.^۱

بند هشتم: ایرادی که نسبت به اجماع وارد شده این است که اساساً اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی طبق نظر برخی از فقها حجت نیست. به عقیده مشهور این ایراد نیز مردود است زیرا یقیناً اجماع یکی از ادله است. لذا اجماع در این مسأله مدرکی نیست، زیرا اگر اجماع بنا بر قول آنان، در این مسئله مدرکی باشد نشان دهنده این است که حدیث سکونی معتبر است درحالی که طبق نظر مشهور، سند حدیث، به دلیل وجود سکونی ضعیف است و نمی‌توان به آن استناد کرد پس اجماع مدرکی نیست.^۲ ضمن این که این اجماع مقید به مأذون نیست و اساساً در کتب فقهی متقدم که بر ضمان طیب نظر داده‌اند قید اذن دیده نمی‌شود بلکه به صورت مطلق نقل شده که پزشک ضامن زیان ناشی از معالجه است. بر این اساس در فرضی که پزشک بدون رضایت بیمار اقدام به معالجه می‌کند یقیناً ضامن عواقب ناشی از معالجه است و این مورد جزء موضوع اجماع است ولی در موردی که پزشک با رضایت بیمار به معالجه می‌پردازد در شمول اجماع بر این مورد تردید وجود دارد و باید حمل به موردی شود که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد.^۳

ارزیابی و نقد ادله غیر مشهور

بند اول: در خصوص دلیل اول ابن ادریس که به اصل برائت استناد جسته بود، گفته شده است؛ اصل برائت جزء اصول عملیه است و اصول از لحاظ قوه اثباتی، از دلیل اجتهادی (کتاب، سنت، عقل و اجماع) ضعیف‌تر است. با وجود دلیل اجتهادی که حکم واقعی را تعیین می‌کند مجالی برای رجوع به اصول عملیه باقی نمی‌ماند. زیرا «الاصل

۱. رشتی، میرزا حبیب اله، کتاب الاجاره، قم، بی تا، ص ۳۳۵.

۲. زهرا، حق محمدی فرد؛ موسوی بجنوردی، سید محمد، «مسئولیت مدنی و کیفری پزشک با تکیه بر آرای امام خمینی»، فصلنامه پژوهش‌نامه متین، ش ۳۴ و ۳۵، ۱۳۸۶، ص ۵۴.

۳. حسینی عاملی، پیشین، ج ۱۰، ص ۲۷۱.

۱۲۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و ششم، تابستان ۱۳۹۶

دلیل حیث لا دلیل» و در این مورد چون دلیل شرعی از جمله روایات و اجماع بر ضمان پزشک وجود دارد دیگر مجال به اصل براءت نمی‌رسد. بنابراین با وجود ادله لفظیه نوبت به اصول عملیه از قبیل اصل براءت نمی‌رسد و با وجود دلیل اشتغال ذمه اصل براءت جاری نمی‌شود و اشتغال ذمه پزشک نسبت به جبران صدماتی که به بیمار وارد می‌شود ثابت می‌گردد. شهید ثانی در جواب و رد اصل براءت می‌فرماید: «و فیه ان اصالة البرائه تنقطع بدلیل الشغل»^۱.

بند دوم: در پاسخ به دلیل دوم که اذن بیمار، موجب رفع ضمان پزشک و همانند اذن شخص در اتلاف مال دانسته شده‌است، گفته شده؛ اذن بیمار یا ولی او اذن در اتلاف یا نقص عضو نیست تا گفته شود خود مریض اذن داده، تا در صورت تلف، پزشک مسئول نباشد، بلکه اذن وی اذن در درمان و معالجه بیماری است. ^۲ لذا شهید ثانی می‌فرماید: «...و الاذن فی العلاج لا فی الاتلاف...»^۳

بند سوم: در خصوص دلیل سوم مبنی بر این که چون معالجه از نظر شرعی اذن داده شده است پس نباید ضمان آور باشد، گفته شده است؛ اگر چه در غالب موارد، کاری که شرعاً مجاز است، ضمان آور نیست ولی این قاعده کلیت ندارد و در همه موارد جاری نمی‌شود زیرا جواز عمل منافاتی با ضمان آور بودن آن ندارد، و این دو ملازم یکدیگر نیستند. جواز و عدم جواز عمل، حکم تکلیفی و ضمان، حکم وضعی

۱. شهید ثانی، پیشین، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۱۰، ص ۱۰۹.

۲. همان، ص ۱۱۰.

۳. به نظر می‌رسد نزاع بین مشهور و غیر مشهور فقها، (در کفایت و عدم کفایت رضایت بیمار برای رفع مسئولیت پزشک غیر مقصر) یک نزاع صغروی است والا در کبرای قضیه اختلافی نیست؛ یعنی مشهور و غیر مشهور پذیرفته‌اند که هرگاه رضایت بیمار به زیان‌های ناشی از معالجه و عمل پزشکی، احراز شود پزشک معالجه که مرتکب تقصیر نشده است، ضامن نیست. ولی در این که از اذن به معالجه می‌توان رضایت به زیان را احراز کرد، اختلاف دارند. مشهور برخلاف و غیر مشهور، اذن به معالجه را، رضایت به زیان ندانسته و برای احراز آن شرط براءت را لازم می‌دانند. (کاظمی، پیشین، ص

است. ممکن است به لحاظ تکلیفی عمل مباح، اما از لحاظ وضعی ضمان آور باشد لذا هیچ منافاتی بین ماذون بودن شخص در کاری و مسئول بودن وی نیست. (الجواز لا ینافی الضمان) مانند کسی که کودک را به منظور تادیب و تربیت تنبیه می‌کند، که عمل مجاز است ولی ممکن است موجب ضمان ضارب گردد. شهید ثانی در جواب این دلیل غیر مشهور می‌فرماید: «...و لا منافاة بین الجواز و الضمان، کالضارب للتأدیب...»^۱ یا در حدیث امیر المومنین که ختان را ضامن دانست با این که ختنه شرعاً واجب است و ختنه‌گر قطعاً مجاز به انجام چنین کاری هست ولی وقتی موجب خسارت شد، امیرالمومنین او را ضامن دانست.

بند چهارم: فقهای طرفدار قول مشهور در مقابل روایات استنادی که از سوی طرف داران قول غیر مشهور مطرح شده است بیان می‌کنند روایت اسماعیل بن حسن، ناظر به ضمان یا عدم ضمان نمی‌باشد بلکه ناظر به جواز اقدام معالجه صرف نظر از نتایج آن می‌باشد. به عبارت دیگر این روایات فقط در مقام بیان این امر بوده است که حتی با احتمال فوت بیمار نیز امکان اقدام به معالجه وجود دارد اما این که اگر بیمار فوت یا نقص عضو پیدا کرد ضمان دارد یا ندارد بحث دیگری است. در روایت حمدان بن اسحاق نیز، که امام می‌فرمایند: بر تو هیچ چیزی نیست چرا که هدف تو معالجه بود ولی اجل او همان بود که تو انجام دادی، ناظر به عدم ضمان نیست بلکه ناظر به نفی عقاب اخروی است.^۲ ضمن این که در این مورد طبیب، پدر مریض بوده و شاید همین موضوع، موثر در حکم بوده است.

نتیجتاً باید گفت ظاهراً دلایل قول مشهور قوی‌تر و طبق ادله اولیه، حکم به ضمان طبیب اقوی است خصوصاً به دلیل نکته‌ای که از حدیث سکونی استفاده می‌شود و آن این که اگر طبیب از نظر شرع ضامن نبود، چرا امیرالمومنین برای عدم ضمان طبیب، به

۱. شهید ثانی، پیشین، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۱۱۰.

۲. سید جعفر، مرتضی عاملی، الآداب الطبیه فی الاسلام، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۲ هـ.ق، ص ۹۶.

اخذ برائت متوسل شده و راه چاره را نشان داد، خوب بود که بگوید طیب ضامن نیست. توسل به تحصیل برائت، دلیل بر این است که طیب اولاً و بالذات ضامن است و ثانیاً و بالعرض، با اخذ برائت ضامن نیست. بر مبنای این دلایل اکثر فقهای بعد از ابن ادریس تحت تاثیر و نفوذ فتوای شیخ طوسی به جمع طرفداران مشهور پیوسته و سعی کرده‌اند دلایل ابن ادریس را پاسخ دهند ولی به مرور به ویژه بعد از صاحب جواهر گرایش به سمت نظریه ابن ادریس بیشتر شده و فقها به مخالفت با نظریه مشهور پرداختند. با وجود این می‌توان گفت، مهمترین دلیل برای عدم ضمان پزشک حاذق و ماذون، ضرورت‌های زندگی اجتماعی در عصر حاضر می‌باشد. برپا بودن جامعه و چرخیدن نهادهای آن به آثار ناشی از سلامت جسمی و روحی افراد وابسته است. لذا جامعه از بدو تکوین به طیب و طبابت به لحاظ فایده به دیده احترام نگریسته و بزرگترین مصالح از نظر هر مذهبی حفظ و سلامت نفس اعم از جان و عضو است. به همین دلیل در حدیث نبوی نیز علم به دو بخش علم الابدان (طبابت) و علم الادیان تقسیم شده است.^۱ به نظر می‌رسد وقتی انجام فعلی مثل معالجه برای جامعه‌ی اسلامی واجب شد و صاحب صلاحیتی نیز با عمل به فنون طبابت به نمایندگی از جامعه با اخذ رضایت و عدم تقصیر، خود را مکلف به انجام دید بعید است در قبال عواقب ناگوار، مسئولیت جزایی یا مدنی پیدا نماید، چون منتفع اصلی عمل پزشک، مریض و جامعه است و به دلیل اهمیت همین مصالح است که طبابت واجب کفایی است و مطابق قاعده مهم فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم»؛ به عبارت دیگر قائل به ضامن بودن طیب در این گونه موارد اسائیه‌ی به «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» است که قاعده‌ای عقلی و شرعی است. مطلقاً ادله‌ی ضمان نیز، مانند «من قتل نفساً بغير نفس» (مائده/ ۳۲) و دیگر روایت‌هایی که در باب دیات آمده است، پزشک متخصص را در بر نمی‌گیرد و از آن منصرف است. زیرا اولاً مراجعه به پزشک برای درمان واجب است؛ چه عدم

۱. حق محمدی فرد و موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۵۵.

۲. علامه مجلسی، پیشین، ج ۱، ص ۲۲۰.

مراجعه در واقع به هلاکت انداختن خود است که از آن نهی شده است. (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ، بقره/ ۱۹۵) و روایاتی هم وجود دارد که به درمان کردن فرمان داده است از جمله پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «تداووا، فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ لَمْ يَنْزِلْ دَاءً إِلَّا وَأَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً.»^۱ بنابراین چگونه ممکن است معالجه، مطلوب شارع باشد و در عین حال موجب ضمان گردد و ادله ضمان آن را در برگیرد. ثانیاً درمان به عوامل مختلفی بستگی دارد که برخی از آنها مادی هستند و در دست پزشک، و برخی عوامل تأثیرگذار هستند که از کنترل پزشک خارج هستند و پزشک به آنها اشرافی ندارد که در این صورت ضامن دانستن پزشک مأذون، حاذق، بدون تقصیر «تکلیف بما لا یطاق» است که عقلاً قبیح است و آن چه که عقلاً قبیح است از نظر شارع که رئیس عقلاست هم قبیح خواهد بود. از طرفی طبق قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» نیز ممنوعات هنگام ضرورت مباح و مجاز می‌گردد. حکم اولیه منع تصرف و آسیب به تمامیت جسمانی دیگران است اما هنگام ضرورت معالجه و مراجعه بیماران به پزشکان (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ) و از طرفی وجوب معالجه برای افراد متخصص و آگاه به امور پزشکی و توصیه مؤکد به این امر در آیات و روایات از جمله «...وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده/ ۳۲)؛ تحمیل ضمان بر پزشکان حاذق، مأذون و غیر مقصر خلاف این قاعده نیز می‌باشد. ضمن این که طبق قواعد فقهی و حقوقی امانت یکی از مسقطات ضمان است. تصرف پزشک بر جسم بیمار، هم اذن بیمار و شرع را دارد و هم تصرف پزشک به مصلحت شخص بیمار می‌باشد. بنابراین پزشک بر جسم بیمار به مثابه امین شرعی و مالکی است و چون امین ضامن آنچه که در تحت ید امانی اوست نمی‌باشد، تا زمانی که پزشک در راستای معالجه، خطای پزشکی مرتکب نشده باشد مسئول خسارات وارده بر بیمار نخواهد بود. لذا با عنایت به موارد فوق الاشعار عدم ضمان طبیب مأذون ماهر غیر مقصر منطقی و اقوی به نظر می‌رسد.

۱. همان، ج ۵۹، ص ۶۶.

۲. کَلِمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ وَ كَلِمَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ = قاعده ملازمه

گفتار پنجم: بررسی مساله براءت

براءت همانند ابراء از ریشه عربی «ب ر ء» گرفته شده و مصدر است و هر دو هم به مفهوم عام «رها ساختن، معاف داشتن از تکلیف، اتهام، زیان و مسئولیت آمده‌اند». «براءة الذمّة» یا «براءة» در اصطلاح فقهی به معنی «فقدان تعهد» است؛ مثلاً «بیع البرائه» بیعی است که در آن فروشنده در صورت وجود نقص یا عیب در مبیع از هرگونه تعهد و مسئولیتی در برابر خریدار آزاد است. بحث براءت در اصول فقه اهمیت بسیار دارد. بنابر نظریه کلی و عامّ اصول فقه که در کتب معتبر این علم مذکور است، مفهوم براءت بیان این اصل است که ذمه انسان اساساً آزاد از تکلیف است (الأصلُ براءة الذمّة). مراد از این اصل می‌تواند این باشد که «انسان فقط مکلف به تکالیفی است که خداوند تعیین کرده است»، یا «در صورت نبودن دلیلی حاکی از تکلیف و تعهد، فرض بر آزاد بودن است». بنابراین خالی بودن ذمه شخص را از تعهد «براءت» گویند خواه اساساً ذمه شخص در مقابل شخص معین دیگری از اول مشغول نبوده باشد، یا مشغول بوده و فارغ شده باشد. به طور مثال اگر مریض که اذن جراحی را به پزشک داده است بگوید که اگر در اثر درمان تلف یا مصدوم شدم، هیچگونه مسئولیتی متوجه پزشک نخواهد بود و پزشک هم با توجه به این امر و شرط درمان او را قبول کند، در صورت بروز صدمه یا نقص عضو یا حتی مرگ و احراز رعایت موازین علمی و فنی مسئولیتی متوجه پزشک نخواهد بود. حال اگر بیمار پزشک را پیش از اقدام به درمان ابراء کند درباره تاثیر براءت در سقوط ضمان طبیب دو نظر مطرح شده است:

۱- دیدگاه غیر مشهور: این دسته از فقیهان معتقدند اخذ براءت از بیمار توسط پزشک آن هم پیش از درمان به دلایل زیر صحیح نیست:

۱. دانشنامه جهان اسلام، زیر نظر غلامعلی حداد عادل، ج. ۲، تهران، بنیاد دایره المعارف اسلامی، ۱۳۷۵، ص ۴۲۲.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۸، ص ۱۰۸.

بند اول: ضعف مستند حکم: مستند حکم مشهور، روایتی از امام صادق (ع) است که به لحاظ سند قابل انتقاد است؛ در سند این روایت (من تطب او تبيطر... الخ) که بر ابراء دلالت می‌کند، سکونی قرار دارد که ضعیف است.^۱

بند دوم: ابراء ما لم یجب: این عمل مصداق قاعده معروف «ابراء ما لم یجب» است. یعنی اسقاط حق قبل از ثبوت آن است. زیرا هنوز خسارتی رخ نداده است که بیمار یا ولی بیمار بخواهد آن را از ذمه طیب اسقاط کند. به تعبیر شهید ثانی ابراء حقیقتاً صدق نمی‌کند، مگر پس از ثبوت حق، زیرا ابراء اسقاط حقی است که در ذمه ثابت شده باشد و این که در روایت ذکر شده که پزشک از ولی درخواست برائت می‌کند به همین نکته اشاره دارد. زیرا، ولی قبل از وقوع جنایت حقی ندارد که بتواند آن را از بین ببرد.^۲

۲- دیدگاه مشهور: مشهور فقها قائل به صحت ابراء و عدم ضمان طیب در صورت اخذ برائت می‌باشند. این دسته از صاحب نظران برآنند که چنان که بیمار به هنگام درمان، متحمل خساراتی شود پزشک مسئول است مگر آن که پیش از درمان از بیمار برائت گرفته باشد. این نظر در میان فقهای امامیه از چنان مقبولیتی برخوردار است که مرحوم ابن زهره در کتاب خود نسبت به این حکم ادعای اجماع کرده و در میان سایر فقها نیز از امور مشهور می‌باشد.^۳ دلایل دیدگاه مشهور عبارتند از:

بند اول: مفاد روایت امام صادق (ع) که امیرالمومنین (ع) فرمودند: «من تطب او تبيطر فليأخذ البراءة من وليه والافهو له ضامن».^۴

بند دوم: ضرورت طبابت: احتیاج و نیاز مردم به پزشکی ضروری است چون نمی‌توان از معالجه چشم‌پوشی کرد و از طرفی پزشک هم اگر بداند که در هر حال ضامن است هر چند معالجه ضروری باشد به آن اقدام نمی‌کند، بنابراین مقتضی

۱. شهید ثانی، پیشین، ج ۱۰، ص ۱۱۰.

۲. همان، ص ۱۱۲.

۳. نجفی، پیشین، ج ۴۳، ص ۴۷.

۴. حرعاملی، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۶۰.

حکمت این است که برای انجام این امر ضروری براءت‌الذمه توسط بیمار صحیح باشد.^۱

بند سوم: از آن جا که ابراء شرطی است که ضمن قرارداد استفاده از خدمت پزشکی مطرح می‌گردد به «مقتضای المومنون عند شروطهم» لازم الاتباع است. همان طور که می‌توان در ضمن عقد بیع به عنوان مثال تمام اختیارات را اسقاط کرد در حالی که بعضی از اختیارات از قبیل خیار مجلس، حیوان، تاخیر ثمن با آن جام معامله زمینه آن‌ها فراهم می‌شود. پس برای اسقاط حق، ثبوت قطعی آن لازم نیست بلکه همین اندازه که زمینه ثبوت آن فراهم گردد می‌توان آن را ساقط کرد. در مورد مداوای بیمار زمینه‌های ثبوت آن حاصل است هر چند قبل از اقدام به معالجه و مداوا باشد.^۲

بنابراین به نظر می‌رسد دلایل کسانی که معتقد هستند که تحصیل براءت پیش از معالجه صحیح و مسقط ضمان می‌باشد؛ قابل قبول‌تر باشد. اکنون این سوال پیش می‌آید که این براءت باید از چه کسی گرفته شود؟ براءت قبل از هر کس از خود بیمار گرفته می‌شود مگر در چند صورت: بالغ نباشد، عاقل نباشد، و یا با وجود کمال عقلی و بلوغی اجازه گرفتن ممکن نباشد مثل موارد فوری و ضروری که در این صورت از ولی او براءت گرفته خواهد شد. امام خمینی در این باره می‌فرماید: «ظاهراً در صورتی که مریض قبل از معالجه، طبیب را بری الذمه کند و نیز صاحب حیوان قبل از بیطاری، بیطار را بری الذمه کند و ولی کودک قبل از ختنه کردن اگر ختنه کننده را بری الذمه کند؛ ذمه او بری خواهد بود، و علی‌الظاهر در ابراء مریض این قید معتبر است که بالغ و عاقل باشد و معالجه به کشته شدن وی نینجامد و هم چنین ولی کودک و صاحب حیوان باید بالغ و عاقل باشند، در صورتی که منجر به قتل کودک و حیوان شود. ولی بعید نیست ابراء مریض در برداشتن ضمان از عهده طبیب در صورتی که عقلش کامل باشد حتی در معالجه‌ای که به قتل نینجامد کافی باشد، لکن نزدیک تر به احتیاط آن

۱. محقق‌حلی، پیشین، ۱۴۰۹هـ.ق، ج ۴، ص ۱۰۲۰.

۲. نجفی، پیشین، ج ۴۳، ص ۴۶.

است که با این حال طبیب از مریض (و ورثه او) و از صاحب حیوان حلالیت بخواهد.^۱

حال با پذیرش صحت براءت، تفاوت براءت و اذن چیست؟ از نظر قانون باید بین براءت و اذن تفاوت قائل شد. اذن، رضایت بیمار به معالجه و درمانش از سوی پزشک است. این اذن با مسئولیت مدنی پزشک منافاتی ندارد اگرچه مسئولیت کیفری او را بی‌گمان از بین می‌برد. اما براءت، ایقاعی است که بر طبق آن، بیمار، ذمه‌ی پزشک را در صورتی که خسارتی رخ دهد ابراء می‌کند.^۲ به نظر می‌رسد شرط براءت همان است که امروزه می‌گویند عمل با رضایت و رعایت نظامات باشد. یعنی پزشک قبل از شروع به درمان هم معایب و هم مزایای عمل و درمان را بگوید تا فرد آزادانه انتخاب کند. وقتی عمل با این کیفیت انجام شد و نظامات رعایت گردید پزشک دیگر مسئول نیست. شرط براءت طریقی برای گفتن مزایا و معایب عملی می‌باشد والا به خودی خود ویژگی خاصی ندارد. بنابراین براءت ماهیتی برتر از اذن است؛ یعنی هر براءتی دربردارنده‌ی اذن به درمان است اما هر اذنی شامل براءت نیست. نتیجتاً در جمع میان رضایت و براءت باید گفت، رضایت ناظر به مسئولیت کیفری است و براءت ناظر به مسئولیت مدنی؛ بنابراین با وجود رضایت بیمار، عمل درمان توسط پزشک جرم نیست، اما پزشک مسئول خسارات ناشی از درمان خواهد بود که با اخذ براءت؛ این نوع مسئولیت نیز از بین می‌رود. پس براءت حاکی از رضایت و اذن بیمار نیز هست. کوتاه سخن آنکه، اذن ناظر بر حکم تکلیفی حرمت تصرف در نفس دیگری و براءت ناظر بر حکم وضعی همان ضمان است، اما شرط براءت حاکی از رضایت بیمار نیز هست.

۱. امام خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۵۶۱.

۲. جعفری تبار، پیشین، ص ۶۵.

گفتار ششم: اثر اثباتی تحصیل براءت

تا وقتی پزشک، براءت نگرفته است بیمار از آوردن دلیل بر تقصیر او معاف است و پزشک است که باید بروز حادثه را به علتی خارجی نسبت دهد. اما پس از گرفتن براءت وضع مدعی و مدعی علیه تغییر می‌کند. با این حال اخذ براءت پزشک را از مسئولیت بری نمی‌کند بلکه بیمار می‌تواند با اثبات تقصیر او، به جبران خسارت خود برسد.^۱ زیرا مسئولیتی که در نتیجه‌ی تقصیر برای اشخاص به وجود می‌آید با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد. به بیان دیگر قوانین مربوط به مسئولیت کسی که مرتکب تعدی و تفریط شده است، به دلیل ارتباط با نظم عمومی در زمره قوانین امری است. پس به وسیله‌ی قراردادهای خصوصی نمی‌توان از اجرای این قوانین پرهیز کرد و مسئولیت را از بین برد یا از آن کاست.^۲ بنابراین شرط براءت، پزشک را از نتایج مسئولیت ناشی از تقصیر وی معاف نمی‌نماید و اگر پزشک در مراقبت‌های معموله رعایت موازین علمی را ننموده باشد؛ علی‌رغم براءت قبلی، مقصر و ضامن جبران خسارت خواهد بود.^۳

نتیجه‌گیری

زمانی که از مسئولیت پزشک صحبت می‌شود، منظور صدمات و خساراتی است که از معالجه پزشک ناشی می‌گردد و اثبات این که آیا پزشک در این موارد سبب جنایت می‌باشد و می‌توان او را مسئول دانست یا خیر؟ به دلیل اهمیت و نیاز به پزشکی در هر جامعه‌ای و از طرفی خسارات ناشی از معالجه، مسئولیت پزشک از گذشته مورد بررسی

۱. جعفری تبار، پیشین، ص ۶۷.

۲. ناصر، کاتوزیان، وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶.

۳. ایرج، گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات مجده، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۱، ص ۹۰.

و توجه فقها قرار گرفته است. در خصوص ضمان پزشک دو دیدگاه عمده توسط فقها مطرح گشته است؛ نظر مشهور که تعداد زیادی از فقهای متقدم و متاخر در آن هم نظر هستند، معتقدند که پزشک ضامن خسارات ناشی از معالجه می باشد هر چند ماذون و ماهر باشد و در امر طبابت نیز مرتکب تقصیر و قصور نگردد. به عبارت دیگر این گروه از فقیهان، پزشک را در برابر خسارات ناشی از درمان به طور مطلق ضامن می دانند. در مقابل، گروه اقلیت که در صدر آنها ابن ادریس قرار دارد معتقدند که پزشک در صورت اذن و مهارت و عدم تقصیر ضامن نیست. هر دو گروه برای اثبات مدعای خود به دلایلی استناد می کنند و دلایل و مستندات طرف مقابل را مورد نقد قرار می دهند که ظاهراً دلایل گروه اکثریت از نظر مبانی فقهی و حقوقی قوی تر به نظر می رسد. وانگهی مهمترین دلیل برای عدم ضمان پزشک همانطور که برخی از فقها نیز اشاره نموده اند ضرورت های زندگی اجتماعی است به طوری که با تحمیل چنین مسئولیت مطلق بر پزشکان، جرات معالجه از پزشکان گرفته می شود و مانعی بزرگ در راه پیشرفت دانش پزشکی و نجات بیمارانی است که نجاتشان بر پزشکان شرعاً واجب و اجری بیکران دارد و به تعبیر قرآن «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده/۳۲) بنابراین با تمسک به قواعدی مانند «عسر و حرج»، «اضطرار»، «مصلحت» و... علاوه بر روایات و ادله دیگر، می توان نظر گروه اقلیت را تقویت و ارجح دانست. ضمن اینکه در مواردی که پزشک ماذون و حاذق است و در امر طبابت مرتکب تقصیر و قصور نمی گردد اما اتفاقاً موجب خسارت و صدمه می گردد رابطه ی انتساب بین عمل پزشک و این خسارات نیست زیرا شفای بیماران به عوامل مختلفی بستگی دارد و پزشک یکی از عوامل شفای بیمار است و شفای حقیقی به دست خداوند متعال است. همانطور که قرآن کریم از حضرت ابراهیم (ع) نقل می کند که فرمود: «وَ إِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِين» (شعراء/۸۰) و چون بیمار شوم، او (خداوند) شفایم می دهد. که نشانگر این است که شفا به دست خداوند است و پزشک صرفاً وظیفه دارد تمام تلاش خود را به کار برد. فقهای مشهور تنها راه عدم مسئولیت پزشک را تحصیل براءت می دانند در حالی که

گروهی که پزشک حاذق و ماذون را ضامن نمی‌دانند نیازی به اخذ براءت نمی‌بینند. به عبارت دیگر گروهی که هم اذن و هم براءت را برای عدم مسئولیت شرط می‌دانند؛ اذن را رضایت بیمار به معالجه از سوی پزشک می‌دانند که مسئولیت کیفری را منتفی می‌کند اما با تحصیل براءت، پزشک ذمه خود را از خسارات احتمالی بری می‌کند. البته در تمام مواردی که براءت اخذ می‌شود منوط به عدم تقصیر است و در صورت تقصیر، پزشک ضامن است حتی اگر براءت تحصیل کرده باشد. علی‌ایحال به نظر می‌رسد اختلاف مشهور و غیر مشهور یک اختلاف صغروی است که ناشی از عدم تبیین دقیق محل نزاع می‌باشد. بدین معنی که اگر پزشک یا دامپزشک در معالجات خود اذن یا علم و تخصص نداشته باشد یا با وجود اذن و علم مرتکب تقصیر شود ضامن است و در این موارد اختلافی نیست زیرا مسئولیت در این موارد بدیهی است و نیازی به تفسیر و توضیح ندارد و قدر مشترک مشهور و غیر مشهور ضامن بودن پزشک غیرماذون، غیر ماهر و مقصر می‌باشد. اما گاهی این موارد با یکدیگر خلط و منشا اختلاف گردیده است که نیاز است در استناد به روایت این مطلب مدنظر قرار گیرد که منظور، پزشک مقصر و غیر ماذون و غیر ماهر است یا مطلق هر پزشکی؟

یکی دیگر از مواردی که منشا اختلاف بین مشهور و غیر مشهور گردیده است بحث اذن است. گروه اقلیت معتقدند اذن مسقط ضمان است اما گروه مشهور معتقدند این اذن، اذن در معالجه است نه اتلاف. بنابراین اگر کاشف به عمل آید که اذن در معالجه، اذن در اتلاف نیز هست پزشک مسئول نیست و نیازی به اخذ براءت نمی‌باشد. به نظر می‌رسد غیر مشهور که نیازی به اخذ براءت نمی‌داند اذن را در معنای اذن در اتلاف نیز می‌داند. در حالی که فقهای مشهور و غیر مشهور در این رابطه نیز به طور شفاف بحث نکرده‌اند که منظورشان از اذن، اذن در معالجه و اتلاف است یا تنها اذن در معالجه. به عبارت دیگر وقتی مشهور، پزشک ماذون را ضامن خسارات می‌داند آیا این پزشک، پزشک ماذون در معالجه و اتلاف است یا فقط ماذون در معالجه؟

در نهایت اگر بخواهیم نظر مشهور و غیر مشهور در باب ضمان پزشک را با نظرات حقوقی تطبیق بدهیم باید بگوییم نظر مشهور همان نظریه مسئولیت (ایجاد خطر) و نظریه‌ی غیر مشهور همان نظریه تقصیر در زمینه مبانی مسئولیت مدنی می‌باشد. قانونگذار کشور ما نیز در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نظریه مشهور در باب مسئولیت پزشک را پذیرفته بود اما در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، با عدول از مبنای پیشین خود نظریه غیر مشهور را پذیرفته است که اقدامی قابل تقدیر است. فلذا با توجه به جمیع دلایلی که شرح آن گذشت و با توجه به جوانب مختلف امر از جمله عدالت، دیدگاه غیر مشهور، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

۱۳۲.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره سی و ششم، تابستان ۱۳۹۶

منابع و مأخذ

الف: کتب فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج. ۱، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۸.
۳. دانشنامه جهان اسلام، زیر نظر غلامعلی حداد عادل، ج. ۲، تهران، بنیاد دایره المعارف اسلامی، ۱۳۷۵.
۴. شجاع پوریان، سیاوش، مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۵. کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۹۰.
۶. گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات مجد، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۱.
۷. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، ج. ۱ و ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، نوبت چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶هـ.ق.
۸. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، نشر میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۹.
۹. محمدی ری شهری، محمد، دانشنامه احادیث پزشکی، ج. ۱، قم، مؤسسه علمی فرهنگی دارالحدیث، سازمان چاپ و نشر، ۱۳۸۵.
۱۰. ولائی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.

ب: کتب عربی

۱۱. ابن بابویه (شیخ صدوق)، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، ج. ۳، قم، جماعه المدرسین الحوزه العلمیه، ۱۳۶۳هـ.ش.

ضمان پزشکی از منظر فقه امامیه.....۱۳۳

۱۲. اصفهانی، شیخ محمد حسین، الاجاره، قم، مؤسسه النشر الاسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ دوم، ۱۴۰۹هـ.ق.
۱۳. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، ج. ۱، تهران، مکتبه النجاح، ۱۳۵۹هـ.ق.
۱۴. بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، تحقیق از مهدی مهریزی محمد حسن درایتی، ج. ۲ و ۴، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ.ق = ۱۳۷۷ هـ.ش.
۱۵. تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد، غرر الحکم و درر الکلم، محقق مصحح: رجائی، سید مهدی، قم، دارالکتاب الاسلامی، نوبت چاپ دوم، ۱۴۱۰هـ.ق.
۱۶. حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج. ۱۰، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۷. حسینی مراغه‌ای، عبدالفتاح، العناوین، ج. ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۷هـ.ق.
۱۸. حرعاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج. ۱۵، ۱۹ و ۲۹، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۶هـ.ق = ۱۳۷۴هـ.ش.
۱۹. حلبی، حمزه بن علی بن زهره، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، چاپخانه اعتماد، ۱۴۱۷هـ.ق.
۲۰. حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن أحمد بن إدیس، السرائر، ج. ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰هـ.ق.
۲۱. خمینی، سید روح اله، تحریر الوسیله، ج. ۲، نجف اشرف، مطبعه الآداب، چاپ دوم، ۱۳۹۰هـ.ق.
۲۲. خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج. ۲، قم، چاپخانه علمیه، چاپ دوم، ۱۳۹۶هـ.ق.
۲۳. رشتی، میرزا حبیب اله، کتاب الاجاره، قم، بی تا.

١٣٤.....تحقيقات حقوقى تطبيقى ايران و بين الملل، سال دهم، شماره سى و ششم، تابستان ١٣٩٦

٢٤. سبحانى، شيخ جعفر، الموجز فى اصول الفقه، ج. ٢، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ دوم، ١٤٢٠هـ.ق.

٢٥. طباطبايى، سيد على، رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل، ج. ١٦، قم، مؤسسه آل البيت عليهم الاسلام لاحياء التراث، ١٣٨٢هـ.ش.

٢٦. عاملى، زين الدين بن على (شهيد ثانى)، الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه، ج. ١٠، قم، انتشارات داورى، چاپخانه امير، ١٤١٠هـ.ق.

٢٧. -----، مسالك الافهام، ج. ١٥، قم، مؤسسه معارف اسلامى، ١٤١٩هـ.ق.

٢٨. عراقى، آقا ضياء الدين على بن ملا محمد، شرح تبصره المتعلمين، ج. ٥، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٤هـ.ق.

٢٩. كلينى، شيخ أبى جعفر محمد بن يعقوب، الروضه من الكافى، ج. ٨، تهران، دارالكتب الاسلاميه، چ دوم، ١٣٨٩هـ.ق.

٣٠. -----، الاصول من الكافى، ج. ٦ و ٨، دارالكتب الاسلاميه، تهران، چاپ سوم، ١٣٨٨هـ.ق.

٣١. محقق حلى، ابوالقاسم جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، ج. ٤، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ١٤٠٩هـ.ق.

٣٢. -----، النهايه و نكتها، ج. ٣، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ١٤١٢هـ.ق.

٣٣. مجلسى، محمد باقر بن محمد تقى، بحار الانوار، ج. ١، ٥٩ و ٧٥، بى جا، دار احياء التراث العربى، چاپ دوم، ١٤٠٣هـ.ق.

٣٤. مرتضى عاملى، سيد جعفر، الآداب الطبيه فى الاسلام، قم، جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ دوم، ١٤٠٢هـ.ق.

٣٥. مقدس اردبيلى، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان، ج. ١٤، قم، مؤسسه النشر الاسلامى التابعه لجماعه المدرسين، ١٤١٦هـ.ق.

ضمان پزشک از منظر فقه امامیه.....۱۳۵

۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه هامه، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۳۸۰ هـ.ش.

۳۷. نراقی، احمد، عوائد الایام، قم، مکتبه بصیرتی، چاپ سوم، ۱۴۰۸ هـ.ق.

۳۸. نجفی جواهری، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج. ۴۳، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۴ هـ.ق.

۳۹. نوری طبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسایل، ج ۱۸، بیروت، مؤسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ.ق.

ج: مقالات

۴۰. جعفری تبار، حسن، «از آستین طیبیان، قوی در مسئولیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، ش ۴۱، ۱۳۷۷.

۴۱. حق محمدی فرد، زهرا؛ موسوی بجنوردی، سید محمد، «مسئولیت مدنی و کیفری پزشک با تکیه بر آرای امام خمینی»، فصلنامه پژوهش نامه متین، ش ۳۴ و ۳۵، ۱۳۸۶.

۴۲. کاظمی، محمود، «جستاری نقادانه پیرامون نظریه مشهور فقهای امامیه در خصوص مسئولیت پزشک»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۴، ۱۳۸۹.

۴۳. موسوی بجنوردی، سید محمد، «مسئولیت مدنی و کیفری پزشک»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۹، ۱۳۷۲.