

عدم نیاز به اخذ برائت در عملیات جراحی و طبی

دکتر امیر حمزه سالارزائی* - صدیقه گلستان رو**

* دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، استادیار دانشگاه سیستان و بلوچستان
** دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

چکیده

مقدمه: از دیرباز این پرسش مطرح بوده است که آیا پزشک در صورت آسیب دیدن یا از بین رفتن بیمار در فرایند درمان ضامن است یا خیر؟
بحث: در این نوشتار پس از بررسی دو نظریه فقهای شیعه و ادله موافقان و مخالفان نتیجه گرفته شده است که ادله موافقان از اثبات این مدعا در مورد ضمان پزشک قاصر است. با توجه به اینکه در دنیای امروز، پزشک سال‌ها در دوره های عمومی و تخصصی به طور نظری و عملی کار می‌کند و در نهایت پس از فراغت از تحصیل نسبت به اجرای قواعد و نظام‌ها و مهارت‌های پزشکی با رعایت شؤن الهی و انسانی سوگند یاد می‌کند، اینکه قایل شویم: اصل بر ضمان پزشک است، دور از عدالت به نظر می‌رسد.
نتیجه‌گیری: البته در اینکه پزشک در فرایند درمان اگر تعدی و تفریط کرده باشد بدون شک ضامن است بحثی نیست لکن اصل بر ضمانت و مجبور به جبران خسارت بودن او (مستفاد از موادی از قانون مجازات اسلامی) محل تأمل بلکه محل اشکال است. به نظر می‌رسد در بازنگری جدید، اصل بر عدم ضمان یعنی عدم نیاز به اخذ برائت از پزشک باشد، این یعنی مفاد قاعده احسان که از موارد مسقط ضمان است.
واژگان کلیدی: پزشک، فقها، بیمار، ضمان، احسان.

پذیرش مقاله: ۱۳۸۶/۴/۲۰

وصول مقاله: ۱۳۸۵/۱۲/۱۴

نویسنده پاسخگو: زاهدان - خیابان دانشگاه - مجتمع مسکونی اساتید amir_hsalari@yahoo.com

مقدمه

لازم به ذکر است که فقها در ضمان پزشک جاهل، فاقد صلاحیت، غیرمأذون یا پزشکی که مرتکب تعدی و تفریط شده باشد اتفاق نظر دارند، اما اختلاف در مورد پزشک ماهر و متخصصی است که مأذون بوده و تعدی و تفریط نداشته است. در این زمینه دو قول مطرح شده است:

۱ - پزشک ضامن مالی دارد، مگر اینکه قبل از درمان خود را بری الذمه کند.

۲ - پزشک ضامن نیست.

قانون‌گذار جمهوری اسلامی به تبعیت از مشهور فقها، پزشک را ضامن دانسته است مگر اینکه قبل از شروع به درمان از بیمار یا ولی او برائت حاصل کرده باشد و این مسأله را در موادی از قانون مجازات اسلامی گنجانده است.

طبق ماده ۳۱۹، «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصا انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است».

طبق ماده ۶۰، «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او برائت حاصل نموده باشد ضامن خسارت جانی، یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن

در تاریخ بشریت نام پزشک همواره با زندگی و مرگ همراه بوده است؛ درمان، بهبودی و زندگی از یک سو، نقصان، مرگ و آسیب از سوی دیگر، همگی حاصل عملکرد پزشکان هستند و انسان ناگزیر باید به امر پزشکی، چگونگی کارکرد پزشکان و پیامدهای حاصل از آن توجه نماید و نتیجه این توجه، قوانین خاص حاکم بر جامعه پزشکی است؛ قوانینی که تعیین کننده وظیفه پزشک و بیمار در فرایند درمان هستند.

یکی از دغدغه‌های مهم پزشکان و بیماران بحث ضمان و عدم ضمان پزشک است مبنی بر اینکه در فرایند درمان مسؤولیت متوجه چه کسی و به چه میزان است؟

به عبارت دیگر آیا از بین رفتن یا آسیب دیدن بیمار مستوجب ضمان است و پزشک باید پاسخگوی خسارات ناشی از معالجه باشد یا آنکه او در مقام درمان از مسؤولیت میراست؟ در پاسخ به این پرسش نظریات علمی محققین و فقهای علم و فقه و حقوق کما بیش متفاوت است اگر چه در قانون یک رأی اخذ شده و مبنای قرار گرفته است لکن عمده فقهای شیعه دو قول را مطرح می‌کنند.

در چاه مباشر است. فقها در این حالت اختلاف دارند برخی سبب و برخی مباشر را ضامن می‌دانند و قول دیگر بیان می‌کند، مباشر ضامن است مگر این که سبب اقوی باشد (۱۴). مسقطات ضمان در فقه شیعه عبارتند از: احسان و استیمان. احسان به این معناست که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگران دست به کاری بزند اما موجب رسیدن خسارت به آنان شود ضامن نیست. محسن بودن مستلزم قصد احسان و تحقق نیکی است، یعنی علاوه بر قصد احسان، عمل شخص نیکوکار نیز مطابق با قوانین عقلی بوده و بنابر متعارف احسان محسوب شود (۱۵).

منظور از استیمان یا عدم ضمان امین این است که امین ضامن نیست مگر در صورت تعدی و تفریط. امین کسی است که از مالک یا شارع اذن داشته باشد از مالی به عنوان حفظ آن برای صاحبش یا بهره‌مندی از منافع آن استفاده کند، چنین شخصی در صورت اتلاف مال ضامن نیست مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد (۱۴). امین در صورت خیانت (تعدی و تفریط) ضامن است، یعنی اگر فعلی که ترک آن لازم است مورد عمل قرار گیرد (تعدی) یا فعلی که انجام آن ضروری است، انجام نشود (تفریط).
به هر شکل در این نوشتار ضمان پزشک با تکیه بر فقه امامیه بررسی خواهد شد.

بررسی ادله ضمان پزشک

به منظور اثبات ضمان پزشک، فقها به دلایلی استناد کرده‌اند از جمله:

۱ - روایت سکونی که از امیرالمؤمنین (ع) نقل می‌کند: «من تطیب او تبیطر، فلیأخذ البرائة ممن یلی له ذلک و إلا هو له ضامن» (۱۶). کسی که به معالجه انسان یا حیوان اقدام می‌کند باید از ولی بیمار برائت بگیرد وگرنه ضامن خواهد بود.

اشکال این روایت از ناحیه سند آن است، حتی فقهایی که به آن استناد کرده‌اند به ضعیف بودن آن به جهت وجود سکونی اشاره کرده‌اند (۱۷، ۱). در ضمن ضعف این روایت را نمی‌توان با عمل مشهور جبران شده دانست به جهت وجود روایات و اقوال مخالف که مورد عمل فقها قرار گرفته‌اند.

در دعائم‌الاسلام همین روایت بدون ذکر سند نقل شده با اضافه این قید که: «قال امیرالمؤمنین (ع)... و الا هو ضامن اذا لم یکن ماهرا» (۱۸) یعنی پزشک ضامن است در صورتی که ماهر نباشد. هر چند به علت عدم ذکر سند روایت مخدوش است اما روایت سکونی نیز به منظور استناد شرایط لازم را ندارد.

۲ - روایت دیگر: عن الصفار، عن ابراهیم بن هاشم عن نوفلی عن السکونی عن جعفر عن ابیه «ان علیا (ع) ضمن ختانا قطع حشفه غلام» (۱۶) امام علی (ع) ختنه‌کننده‌ای که حشفه پسر را قطع کرد ضامن دانست.

در پاسخ به این روایت باید گفت: قطع حشفه به علت تعدی یا

ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد».

طبق ماده ۳۲۱، «بیطار و دامپزشک گرچه متخصص باشد در معالجه حیوانی هر چند با اذن صاحب او باشد موجب خسارت شود ضامن است».

طبق ماده ۳۲۲، «هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از بیمار یا ولی او یا از صاحب حیوان براءت حاصل نماید عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود».

نویسنده در این مقاله با بررسی ادله موافقان و مخالفان ضمان پزشک در پی اثبات این مطلب است که پزشک ماهر و متخصص در صورت عدم تعدی و تفریط در امر معالجه ضامن خسارت‌های ناشی از آن نیست و نیازی به اخذ براءت ندارد؛ بنابراین با توجه به اتمام مهلت دوره آزمایشی قانون مجازات اسلامی در تاریخ ۸۵/۱۲/۱۲، به نظر نگارنده لازم است مواد ۶۰ و ۳۲۲ حذف شده و اطلاق مواد ۳۱۹ و ۳۲۱ نیز مقید شود.

موجبات و مسقطات ضمان

ضمان در لغت به معنای تعهد، مسؤولیت و کفالت است (۹). و در اصطلاح یعنی وجود اعتباری چیزی که از بین رفته بر عهده تلف‌کننده آن است و او موظف به بازگرداندن بدل آن به صاحبش است (۱۰). اما ضمان در واقع راهی برای جبران خسارت وارد شده به افراد است و از یک دیدگاه به دو قسم قراردادی و قهری تقسیم می‌شود. هرگاه بین خسارت دیده و مسبب آن قراردادی باشد و خسارت ناشی از نقض قرارداد بین آنها باشد، ضمان قراردادی به وجود می‌آید؛ اما اگر بین آنها چنین رابطه‌ای نباشد و ضمان به دلیل نقض تعهد قانون عمومی که اضرار به غیر را ممنوع می‌داند به وجود آید، ضمان قهری است (۱۱). پزشک همین که به درمان می‌پردازد به کاری دست می‌زند که با نظم عمومی ارتباط پیدا می‌کند و مسؤولیت او چهره قهری می‌یابد؛ به این معنی که اگر سبب ورود خسارتی شود بر طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی ضامن است (۱۲).

از دیدگاه فقه شیعه موجبات ضمان قهری سه چیز است؛ غصب، اتلاف و تسبیب. غصب به معنای استیلا بر مال دیگری به نحو عدوانی است؛ یعنی تجاوز به حق غیر از روی عمد و قصد. غاصب ضامن است. در توضیح اتلاف و تسبیب، هر کس مال غیر را بدون اذن او تلف کند ضامن است. محور مسؤولیت در این جا اضرار به غیر می‌باشد خواه عمد باشد یا غیر عمد. آنچه اهمیت دارد فاعل بودن شخص در اتلاف و صحت انتساب عمل به اوست که به دو صورت مطرح شده، یا شخص مباشر در اتلاف بوده و خود مستقیماً موجب اتلاف مال غیر شده (اتلاف) و یا آن که با واسطه شخص یا شیء دیگر سبب اتلاف شده است (تسبیب) (۱۳).

اما اگر سبب و مباشر با هم جمع شوند، به عنوان مثال؛ یک نفر در معبری چاهی حفر کند و شخص دومی با انداختن دیگری در چاه موجب مرگ او شود، در این صورت حفرکننده، سبب و پرت‌کننده

تفریط ختنه‌کننده و ضمان او ناشی از تقصیر بوده و او غضروف را بریده است، در نتیجه از محل بحث خارج است.

لازم به ذکر است، قانون مجازات اسلامی در ماده ۳۲۰، این مسأله را پذیرفته و بیان می‌دارد: «هرگاه ختنه‌کننده‌ای در اثر بریدن بیش از مقدار لازم موجب جنایت یا خسارت شود ضامن است اگر چه ماهر بوده باشد». اما با توجه به این که ختنه یک عمل پزشکی است به نظر می‌رسد ذکر این مسأله به عنوان یک ماده قانونی ضرورتی ندارد و می‌تواند ذیل ماده ۳۱۹ قرار گیرد.

۳- دلیل دیگری که مورد استناد فقها قرار گرفته این است که تلف بیمار مستند به فعل پزشک است (۱۷). در نتیجه او مباشر در اتلاف و ضامن است. صاحب شرح لمعه در این مورد می‌گوید: پزشک اگر معالجه‌اش موجب تلف شدن جان یا نقص عضو بیمار شود از مال خود ضامن دیه خواهد بود چون تلف، مستند به فعل اوست و خون هیچ مسلمانی هدر نمی‌رود به خاطر آنکه او قصد فعل را داشته، در نتیجه کار او شبهه عمد است، اگر چه احتیاط کرده و نهایت تلاش خود را به کار بسته و از بیمار خود نیز اذن گرفته باشد. چون در اینجا این امور نقشی در عدم ضمان ندارد و ضمان با خطای محض محقق می‌شود پس اینجا به طریق اولی ضامن است اگر چه از نظر ضامن (بین خطای محض و شبهه عمد) تفاوت وجود دارد (۱).

در پاسخ باید گفت؛ اولاً، هرچند اتلاف مال غیر در هر شرایطی عمد یا غیرعمد موجب ضمان است، اما عقل و عرف باید شخص را مسؤول و در نتیجه ضامن بداند و صحت انتساب نیز شرط است؛ در مورد پزشک وقتی همه توان علمی خود را به کار ببرد، بیمار ممکن است به دلایل مختلف آسیب ببیند همچون: پیشرفت بیماری، حساسیت، عوارض جانبی و ناخواسته داروها، شوک‌های عصبی و عوامل دیگر. به طور کلی به علت تکامل تدریجی علوم بشری علم پزشکی هنوز در حال پیشرفت بوده و با نقص‌هایی در مقام درمان همراه است؛ پزشک در فرآیند درمان به علم خود عمل می‌کند اما وقتی به علت مسایل پیش‌بینی نشده، بیمار دچار مشکلی شود چگونه می‌توان او را مسؤول این امر دانست؟ آیت الله صانعی در این مورد می‌گوید: پزشک معالج هرچند در کارش متخصص و دانا باشد در صورتی که از نظر علمی یا عملی کوتاهی کرده باشد ضامن و مسؤول است هر چند با اجازه اقدام به معالجه کرده باشد؛ چه رسد به اینکه بدون اجازه باشد. و اگر بیمار یا ولی بیمار به پزشک حاذق و متخصص اجازه معالجه داده باشند در صورت فوت بیمار (با فرض عدم تخلف از مقررات پزشکی) هر چند بعضی از فقها فرموده‌اند پزشک ضامن است اما به نظر اینجانب ضامن نیست چون تلف شدن بیمار و یا خسارت دیدن او ناشی از جهل دانش پزشکی است و پزشک تقصیر و قصوری نداشته و در حقیقت سبب اقوی از مباشر است. در بعضی روایات هم به این معنا اشاره شده است؛ گرچه بهتر است قبل از عمل جراحی برائت گرفته شود (۸).

ناگفته نماند اگر چه تلف و نقص خارج از توان پزشک است، اما نمی‌توان آن را قهری دانست، زیرا اگر پزشک اقدام به معالجه نکند،

ممکن است تلفی حاصل نشود؛ در حالیکه در اتلاف قهری، اراده و عمل اشخاص هیچ تأثیری ندارد.

ثانیاً با توجه به این استدلال، پزشک همواره در معرض ضمان قرار دارد که مستلزم عسر و حرج برای اوست، در حالی که این امر در اسلام بر طبق آیات قرآن همچون؛ «ماجعل علیکم فی الدین من حرج» (حج/۷۸) و روایات، نفی شده است (۱۴).

علاوه بر مسایل فوق، محل جریان قاعده اتلاف وقتی است که شخص، از صاحب مال اذن نداشته و به نحو غصبی یا بدون رضایت او در مالش تصرف کرده باشد (۱۴)، در حالیکه پزشک اذن صریح یا شاهد حال بیمار یا ولی او را برای تصرف دارد، پس محلی برای قاعده اتلاف و ضمان ناشی از آن نمی‌ماند.

۴- اجماع: ابن زهره در الغنیه آن را نقل می‌کند مبنی بر اینکه پزشک ضامن خسارت‌های ناشی از معالجه است (۳).

در ایراد بر آن می‌توان گفت: اولاً، این اجماع مدرکی است و ممکن است فقها در رأی خود به روایت سکونی - که به ضعف آن اشاره شد- استناد کرده باشند. در حالیکه اجماع دلیل لبی است و در علم اصول وقتی به عنوان یک دلیل مستقل مطرح می‌شود که دلیل لفظی نباشد، در اینجا به دلیل وجود ادله لفظی که مقدم هستند اجماع به عنوان یک دلیل مستقل مطرح نمی‌شود.

ثانیاً، اغلب فقها مخالفتی با ابن ادریس ندارند چون آنها اذن را ذکر نکرده‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۵؛ دیات/۶۲). در مفتاح الکرامه آمده است: عبارت قدما از قید اذن خالی است مانند عبارت المقنعه، النهایه، المراسم، الوسیله، الغنیه، و کشف الرموز، التبصره، اجاره التذکره والتحریر و الرشاد و الفوائد و الروض و جامع المقاصد و غیر آن (۱۹). صاحب جواهر علت عدم قید اذن را مطلقاً ادله ضمان می‌داند (۳). اما مطلقاً ادله ضمان از این مقام منصرف است مانند: «من قتل نفساً بغير نفس» و روایاتی که در باب دیات وارد شده است و در مورد طبیب معالج حاذق ظاهر نیست (۷).

علاوه بر پاسخ آیت‌الله شیرازی، باید گفت با توجه به اهمیت نقش اذن در ضمان یا عدم ضمان پزشک، نمی‌توان عدم ذکر آن را در قول پیشینیان نادیده گرفت؛ در نتیجه معلوم نیست محل اجماع چه بوده است. و گذشته از آن در برابر اجماع قول مخالف و نظر غیر مشهور قرار دارد، پس لازم است ادله دیگر مورد بررسی قرار گیرد. در مجموع از هیچ یک از این ادله، ضمان پزشک ماهر، متخصص و ماذون اثبات نمی‌شود.

بررسی ادله مخالفان ضمان پزشک

مخالفان ضمان پزشک ادله خود را به این شرح اقامه کرده اند:

۱- روایات

۱-۱. روایت اسماعیل بن حسن که طبیب بوده و می‌گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم؛ «من مردی از عرب هستم و طبابت من به رویه عربی است و هزینه درمان نیز نمی‌گیرم. آن حضرت فرمودند:

بعد از امکان هلاکت در بسیاری از موارد معالجه به جهت دارو (۷) هر چند در قاعده کلی «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» تردید وجود دارد، اما اذن در شیء حداقل اذن در لوازم قهری آن است و از آن جا که تلف و نقص از لوازم قهری عمل پزشک محسوب می‌شود؛ بیمار هنگام مراجعه به پزشک با علم به امکان عدم بهبودی و نقص، اذن به معالجه می‌دهد. رضایت آگاهانه و ارتکاز ذهنی به همین معناست، یعنی اینکه پزشک با دادن اطلاعات و آگاهی‌های لازم در رابطه با شیوه درمان و خطرات احتمالی آن به بیمار و کسب رضایت از او به معالجه اقدام کند. حال چگونه می‌توان پزشک را ضامن چیزی دانست که از حد توان او خارج بوده است؟

گذشته از آن، شخصی که مال غیر را تلف کند ضامن است مگر اینکه از صاحب آن مال یا شارع اذن در تصرف داشته باشد؛ یعنی امین باشد. طبیب، امین جان‌های مردم است و با اذن و رضایت بیمار به معالجه اقدام می‌کند، در نتیجه وقتی او در حد توان علمی خود تلاش کرده و هیچ گونه قصوری نداشته است آیا می‌توان او را ضامن دانست؟

اگر اشکال شود، با توجه به حدیث «لا یبطل دم امرء مسلم» (۱۶) خون هیچ مسلمانی باطل نمی‌شود؛ اذن نمی‌تواند رافع مسؤولیت باشد. باید گفت، احکام اسلام جمعی جملی است و در کنار یکدیگر به کمال مطلوب می‌رسند؛ هر چند این حدیث بر ضامن مالی پزشک اشعار دارد اما، اضرار و عسرو حرج در اسلام نفی شده است. پزشک در مقام یک انسان همواره با جان انسان‌ها در تماس است و او در حد توان علمی خود با تکیه بر عهد و سوگندی که یاد کرده است به منظور درمان بیماران تلاش می‌کند، در نتیجه لازمه اینکه پزشک مصداق حدیث فوق قرار گیرد این است که او همیشه در معرض ضامن مالی باشد که این مستلزم عسرو حرج و اضرار بلا جهت به اوست و او را در معرض فشار بالای ناشی از ضامن قرار می‌دهد.

۴ - اذن شرعی رافع ضامن است (۶). معالجه شرعاً جایز است در نتیجه ضمانی در پی ندارد.

یکی از فقها در پاسخ شهید ثانی که می‌گوید: «جایز بودن فعل منافاتی با ضامن ندارد، همچون زدن به قصد تأدیب که جایز است اما در صورت مرگ یا آسیب، دیه بر عهده تنبیه‌کننده قرار می‌گیرد» (۱) بیان می‌دارد؛ چیزی که در آن امکان مرگ در موارد بسیاری وجود دارد وقتی شرع آن را جایز بداند، بدون مقید کردن آن به ضامن، حاکی از نفی ضامن است (۷). لازم به ذکر است در تأدیب به ندرت ممکن است تنبیه شونده بمیرد یا آسیب ببیند، برخلاف طبابت که همواره این امکان وجود دارد و نمی‌توان آن را با تنبیه قیاس کرد. پس شارع با علم به امکان تلف و نقص در معالجه به آن اذن می‌دهد بدون قید ضامن که می‌تواند دال بر عدم ضامن باشد.

۵ - خطای پزشک همچون خطای فقها و قاضیان است که خطای آنها موجب ضامن بر آنها نیست و یا خطای مادران در دادن شیر یا ندادن و نپوشاندن او و غیر آن، به گونه‌ای که در موارد بسیار خطای

مانعی ندارد. عرض کردم: ما زخم را شکافته و با آتش می‌سوزانیم. فرمودند: باکی نیست. عرض کردم ما برای بیماران داروهای سمی تجویز می‌کنیم. فرمودند: مانعی ندارد. عرض کردم: ممکن است بیمار هم بمیرد. حضرت فرمودند: ولو بمیرد مانعی ندارد» (۱۶).

شبهه‌ای که در مورد این روایت وارد می‌شود به جهت اشاره به طبابت رایگان است و گفته می‌شود به جهت این قید، امام به عدم ضمان پزشک نظر داده‌اند. در پاسخ باید گفت: از آن جا که در سخن امام هیچ استدلالی به این مطلب نشده است و ایشان عدم ضمان را به صورت مطلق ذکر کرده‌اند در نتیجه نمی‌توان طبابت رایگان را علت سخن امام دانست.

۱-۲. روایت یونس بن یعقوب که می‌گوید: به حضرت صادق (ع) عرض کردم: «مردی دارویی را تجویز یا رگی را قطع می‌کند و ممکن است که از آن داروها یا قطع رگ نتیجه بگیرد و یا دارو و قطع رگ، بیمار را بکشد». حضرت فرمودند: «می‌تواند رگ را قطع و دارو را تجویز نماید» (۱۶).

این روایت دلالت واضحی است بر جواز اقدام به درمان با وجود خطرات احتمالی، بدون اینکه ضمانی داشته باشد.

۱-۳. «آنچه در کافی آمده است از حمدان (احمد) بن اسحاق که می‌گوید: پسری داشتم مبتلا به سنگ مثانه شد، پس به من گفتند علاج ندارد مگر اینکه او را جراحی کنی پس بدن او را شکافتم (جراحی کردم) مرد. شیعه گفتند در خون پسرت شریک هستی. گفت به (صاحب العسکر) ابی‌الحسن (ع) نوشتم پس نوشت: «ای احمد در آنچه کردی بر تو چیزی نیست، همانا تو فقط درمان او را می‌خواستی و اجل او در آنچه تو کردی بود» (۲۰).

ممکن است ایجاد شبهه شود مبنی بر اینکه روایت مربوط به پدر و پسر است؛ که می‌توان پاسخ داد: استدلال امام بر عدم ضامن عام است و از عموم این استدلال در ذیل روایت می‌توان به عدم ضامن پزشک استدلال کرد.

۲ - اصل بر براءت است (۶) وقتی پزشک متخصص باشد و تلاش خود را به کار گیرد؛ به این معنا که در شرایط مذکور وقتی پزشک در شرایط درمان قرار می‌گیرد در صورت شک در ضامن و عدم ضامن اصله البرائت جاری کرده، حکم به عدم ضامن او می‌دهیم.

اما اصله البرائت وقتی که دلیل بر اشتغال ذمه وجود دارد کنار می‌رود (۱). این اصل وقتی جاری می‌شود که دلیل اجتهادی نباشد؛ منظور شهید از دلیل بر اشتغال ذمه همان روایت سکونی است در حالی که خود ایشان به ضعف آن اشاره کرده و اعتماد بر اجماع را برای اثبات ضامن پزشک اولی می‌داند (۱). حال آنکه به اشکال اجماع نیز اشاره شد.

۳ - ضامن با داشتن اذن ساقط می‌شود. طبیب ضامن نیست زیرا اذن بیمار یا ولی او را برای معالجه دارد (۶).

صاحب جواهر در پاسخ می‌گوید: اذن در معالجه اذن در اتلاف نیست (۳). اما در عرف، اذن در علاج، اذن در لوازم آن است به ویژه

نمی‌آید زیرا او محسن است و بر نیکوکاران سیلی و تسلطی (یعنی ضمانی) نیست (۱۰). فقها ذیل این مسأله به نفی سیل از محسنین استناد می‌کنند که حاکی از نظر ایشان در رابطه با قاعده احسان و نفی هرگونه سبیل و ضمان از محسنین است. از آنجا که مهم‌ترین سند قاعده احسان آیه ۹۱ سوره توبه است که می‌فرماید «ما علی المحسنین من سبیل»، با توجه به آیه و اینکه سبیل نکره در سیاق نفی بوده و افاده عموم می‌کند می‌توان استدلال کرد که دامنه این قاعده محدود به ضمان مالی نیست.

نتیجه گیری

از مجموع بحث‌های مطرح شده می‌توان نتیجه‌گیری کرد که به دلیل اهمیت حرفه پزشکی در اجتماع و حساسیت عملکرد پزشک، درباره ضمان او بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و با توجه به ادله فقهی وارد شده در این مسأله و فتاوی فقها به این نتیجه می‌رسیم که ایشان در واقع دو نظر را مطرح می‌کنند:

۱ - اصل بر ضمان پزشک است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.
 ۲ - اصل بر عدم ضمان پزشک است. فقهای گروه اول با توجه به اینکه می‌دانند در صورت ضمان دانستن پزشک، ممکن است پزشک از معالجه سر باز زند و موجب بروز مشکلات فراوان در اجتماع شود، در ادامه بیان می‌کنند اصل بر ضمان پزشک است اما اگر قبل از شروع به درمان از بیمار یا ولی او برائت حاصل شود پزشک ضامن نیست. در حقیقت راهی به سوی عدم ضمان گشوده‌اند. اما گروه دوم از ابتدا اصل را بر عدم ضمان پزشک می‌دانند.

پس از بررسی نظریه‌های مختلف و دلایل آنها مشخص شد که نظریه «اصل اولیه بر عدم ضمان» از دقت نظر و قوت علمی بالاتری برخوردار است و متقابلاً نظریه ضمان به اقتضای عصر امروز دلایل و شواهد قابل اعتمادی به همراه ندارد. سرانجام، از آنجا که پزشک نقش برجسته‌ای در اجتماع دارد و اسلام با نظر به این مسأله طبابت را یک وظیفه شرعی دانسته، حکم به وجوب کفایی آن داده و آن را با اذن شرعی همراه کرده است. می‌توان گفت نظریه عدم ضمان پزشک و در نتیجه عدم نیاز به اخذ برائت قبل از اقدام به معالجه قوی‌تر است و پذیرش آن توسط قانون‌گذار می‌تواند دغدغه پزشک و بیمار را در فرآیند درمان از میان ببرد و ابهامات موجود را برطرف کند و این نیاز قهری جامعه انسانی را در یک جریان روان و شفاف قرار دهد.

مادران موجب بیماری طفل یا مرگ او می‌شود (۷).
 فقیه، قاضی، مادر و مانند آنها جملگی محسن هستند و به علت قصد احسان و اینکه عمل آنها نیز مطابق با موازین عقلی بوده خطای آنها موجب ضمان نیست. در یک معنا احسان مسقط ضمان است و مؤید آن آیه ۹۱ سوره مبارکه توبه است: «ما علی المحسنین من سبیل». پزشک را می‌توان مصداق این آیه دانست با توجه به اینکه فرد محسن ضامن نیست، اگر شخص قصد احسان داشته باشد و عمل او مطابق با موازین عقلی و بنابر متعارف، احسان محسوب شود و اقدام‌کننده در سنجش و بررسی عمل خود تقصیر و تسامحی نکرده باشد و فقط به قصد جلب منفعت به دیگری یا دفع ضرر از او اقدام کند چنانچه بر حسب تصادف قصد او با واقعیت منطبق نشود و در اثر عمل او به محسن الیه ضرری برسد، اقدام‌کننده ضامن نیست (۱۵).

اما در مورد پزشک، اگر بپذیریم که به دلیل مباشرت در اتلاف ضامن است و اذن بیمار و جواز شرعی نیز رافع ضمان او نیست باز هم نمی‌توان انکار کرد که پزشک محسن است زیرا او به منظور دفع ضرر از جان انسان و با اذن بیمار، با فرض اینکه سوء نیتی نیز ندارد، به معالجه اقدام می‌کند، به تعبیر میرزا حسن بجنوردی، کدامین احسان بالاتر از دفع ضرر از جان انسان است (۱۳). فرض بر این است که طبیب در فرآیند درمان تقصیری نداشته، با علم و تخصصی که طی سال‌ها تحصیل و گذراندن دوره‌های تخصصی بدست آورده و مطابق با قوانین و مقررات خاص پزشکی برای درمان بیماران اقدام می‌کند و بیمار به علتی دیگر که خارج از کنترل پزشک است آسیب دیده یا می‌میرد. با جمع شدن این شرایط نتیجه‌گیری می‌شود که پزشک محسن و در نتیجه مشمول قاعده احسان قرار گرفته و ضامن خسارات ناشی از معالجه نیست.

ذکر دو نکته در اینجا ضروری است؛ اول درباره اجرت گرفتن پزشک که شاید نقضی بر محسن بودن او باشد که باید گفت: اخذ اجرت منافاتی با ماهیت احسان ندارد، چون عمل هر انسان محترم است و نباید بدون اجر و مزد بماند و منعی برای گرفتن اجرت بر پایه احسان وارد نشده و فقها نیز به چنین منعی اشاره نکرده‌اند (۱۰).

اما دومین مسأله‌ای که مطرح می‌شود در مورد دامنه قاعده احسان است که آیا محدود به اموال و حقوق مالی است؟ فقها به این مسأله اشاره‌ای نکرده‌اند اما در باب حدود و تعزیرات می‌گویند: هرگاه مجرمی در اثر اجرای حد یا تعزیر کشته شود ضمانی بر حاکم به وجود

منابع

۱ - اسلامی، (بی تا)، ص ۴۲۱.
 ۲ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، جلد ۴۲، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م، ص ۴۶.

۱ - الجعفی العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیة، جلد سوم، مشهد، واریان نشر قدس رضوی، ۱۳۸۳، صص ۴۷۹-۴۸۰.

۲ - حلی، ابوالقاسم، (محقق حلی)، النهایه و نکتها، قم، موسسه نشر

- ۴ - خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، جلد دوم، نجف، مطبعه الاداب، (بی تا)، ص ۲۳۱.
- ۵ - خمینی، سید روح اله، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ دوم، قم، انتشارات دارالعلم، (بی تا)، ص ۶۸۹.
- ۶ - ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد السرائر، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامی (بی تا)، ص ۳۷۳.
- ۷ - حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۵ هـ ق) الفقه، کتاب دیات، قم، دارالقران الکریم، ۱۴۰۵ هـ ق، صص ۶۳، ۶۲.
- ۸ - صانعی، شیخ یوسف، استفتانات پزشکی، چاپ هشتم، قم، انتشارات میثم تمار، ۱۳۸۴، مسأله ۳۲۹.
- ۹ - ابن منظور افریقی، محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد هشتم، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۸ م، ص ۸۹.
- ۱۰ - محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، (۱۳۸۲)، صص ۴۹ تا ۲۷.
- ۱۱ - قدیمی، روح اله، ضمان پزشک (پایان نامه کارشناسی ارشد) زاهدان؛ دانشگاه سیستان و بلوچستان، (۱۳۸۵)، ص ۱۲.
- ۱۲ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشارات، ۱۳۷۶، ص ۱۸۸.
- ۱۳ - بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد دوم، قم، نشر هادی، ۱۳۷۷، ص ۳۱، ۳۲ و جلد چهارم ص ۱۵.
- ۱۴ - مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، جلد دوم، چاپ سوم، قم، مدرسه الامام امیر المومنین، (۱۴۱۱ هـ ق)، صص ۴۹ تا ۲۹۶.
- ۱۵ - محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، چاپ دوم، تهران، سمت، (۱۳۷۹)، صص ۲۶۴ تا ۲۷۴.
- ۱۶ - الحر العاملی، شیخ محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد نوزدهم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ هـ ق، ۱۹۴، ۱۹۵، ۱۰۴ جلد هفدهم ص ۱۷۶.
- ۱۷ - حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی حلال و الحرام، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۳۷۳، ص ۱۰۱۹ و ۱۰۳۸.
- ۱۸ - التمیمی المغربی، نعمان بن محمد بن منصور بن احمد بن حیون، دعائم الاسلام، جلد دوم، بیروت، دارالمعارف، (۱۹۶۳)، ص ۴۱۷.
- ۱۹ - حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العالمه، دمشق، (۱۳۳۱ هـ)، ص ۲۷۰.
- ۲۰ - کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، جلد ششم، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ص ۵۳.