

نگاه تطبیقی به ضمان طیب در مذاهب اسلامی

نویسنده: علیرضا اسماعیل آبادی

پزشکی، از گذشته تاکنون، دوره‌های گوناگونی را پشت سر گذاشته است و پزشکان، طی این دوره‌ها تجربه‌های بسیاری را اندوخته‌اند همواره ایشان در جوامع انسانی، از احترام برخوردار بوده‌اند و پزشکی حرفه‌ای مقدس به شمار آمده است. بدین ترتیب، قانون‌گذاران نیز توانسته‌اند آن را نادیده‌گیرند و برای کنترل و ساماندهی این حرفه‌گاه حکمی سخت‌گیرانه و گاه حکمی معتدلانه داده‌اند؛ چه از سویی تن آدمی شریف است و به مخاطره انداختن آن گناهی نابخشودنی به شمار می‌آید که زیان وارد بر آن را باید جبران کرد تا هیچ‌زیانی جبران نشده نماند، و از سوی دیگر، نبود افرادی که درد بیماران را تسکین می‌دهند و آلام آنان را برطرف می‌سازند نیز به بیکر جامعه زیان وارد می‌آورد و جامعه را به مخاطره می‌اندازد که خوشایند هیچ قانون‌گذاری نیست. از این رو، قانون‌گذاران برای جمع این دو مصلحت، گاه جانب مصلح فردی را ننگه داشته‌اند و حکمی سخت درباره پزشکان مقرر کرده‌اند و گاه مصلح اجتماعی را مد نظر داشته‌اند و به اعتدال حکم داده‌اند. فقیهان از گذشته تاکنون، این اصل را پذیرفته‌اند که هیچ‌کس نباید به دیگری زیان برساند و هیچ‌زیانی نباید جبران نشده باقی بماند. این اصل، در مسائل مختلف سودمند بوده و چنان‌که در فقه مطرح شده، خسارت متضرر باید جبران شود؛ خواه خسارت ناشی از قرارداد باشد، یا نه.

بنابراین، هیچ پزشکی نمی‌تواند به همنوع نیازمند خود زیان برساند و تندرستی او را به مخاطره افکند و گرنه مسئول و پاسخ‌گویی عمل خود خواهد بود و باید تاوان آن را بپردازد. ولی آیا الزام پزشک به جبران خسارت، ناشی از قرارداد است و یا آن که پزشک، به حکم قانون و شرع، مکلف به جبران خسارت می‌شود؟

۱. مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی عبارت است از: تعهدی که در نتیجه تخلف از مفاد قراردادی خصوصی برای اشخاص ایجاد می‌شود. ۱. بنابراین، جهت پیدایش چنین مسئولیتی باید قراردادی صحیح وجود داشته باشد و نقض آن موجب مسئولیت می‌گردد؛ یعنی پزشک باید بر پایه قراردادی صحیح به درمان بیمار بپردازد و تخلف از آن قرارداد، مسئولیت پزشک را به دنبال دارد. بدین ترتیب، جهت پیدایش مسئولیت قراردادی، دو رکن وجود قرارداد صحیح و تخلف از مفاد قرارداد و رابطه علیت میان خسارت و نقض قرارداد، لازم است.

در نظام حقوقی آلمان، سوئیس، فرانسه، بلژیک و مصر، مسئولیت مدنی پزشک، قراردادی دانسته شده و از این بُعد بررسی شده است. رویه قضایی فرانسه مدت‌ها، مسئولیت پزشک را نیز قراردادی می‌دانست و قرارداد میان پزشک و

بیمار را نادیده می گرفت، تا این که نخستین بار رأی ۲۰ مه ۱۹۳۶ م، مسئولیت پزشک را قراردادی دانست و بدین ترتیب، تحولی عظیم در دکترین حقوق فرانسه پدید آمد. ۲

به دنبال این تحول دادگاههای بلژیک به تبعیت از فرانسه تا سال ۱۹۳۶، مسئولیت پزشک را غیر قراردادی می دانستند، ولی به دنبال صدور رأی ۲۰ مه ۱۹۳۶ در فرانسه، دادگاههای بلژیک هم پذیرفتند که رابطه پزشک با بیمار بر پایه قرارداد است و نقض این قرارداد، مسئولیت پزشک را به دنبال دارد. ۳ و دیوان تمیز مصر نیز در رأی ۱۹۶۹/۷/۳ از نظام حقوقی فرانسه پیروی کرد. ۴

با این همه این تحول از لحاظ نظری بود و از لحاظ عملی، تأثیر چندانی نداشت؛ زیرا این رأی، اعلام کرد که تعهد پزشک تعهد به وسیله است و پزشک باید در چارچوب اوضاع و احوال حاکم و با رعایت اصول علمی ثابت و مسلم به تعهد خود عمل کند. بنابراین، بیمار هم چنان باید برای رسیدن به جبران خسارت خود، تقصیر پزشک را به اثبات رساند.

۲. مسئولیت قهری

مطابق این نوع نظریه مرسوم در کشورهای تابع حقوق کامن لا، مسئولیت پزشک غیر قراردادی به شمار می آید و تعهد پزشک به جبران خسارت، ناشی از حکم قانون و ملزم به جبران خسارت وارد بر بیمار است. بنابراین، نقش قرارداد نادیده گرفته می شود و مسئولیت پزشک کمتر از بُعد قراردادی بررسی شده می شود. ۵ با این همه، در این نظام حقوقی هم پذیرفته شده است: (هنگامی که معالجه یا سایر مراقبت های پزشکی به طور خصوصی انجام گیرد، یک رابطه قراردادی میان پزشک و بیمار به وجود می آید که نقض آن مسئولیت متخلف را به دنبال دارد). ۶

۳. ضمان طیب در فقه

انواع مسئولیت ها و دیدگاه نظام های حقوقی درباره ماهیت مسئولیت پزشک گفته شد. اکنون باید دید که در فقه مذاهب اسلامی کدام دیدگاه پذیرفته شده است و کدام یک را می توان تقویت کرد. بنابراین، نخست فقه اهل سنت بررسی می شود و در ادامه دیدگاه شیعه می آید.

الف. ضمان طیب در فقه اهل سنت: فقیهان اهل سنت میان پزشک متخصص و ماهر با پزشک غیر متخصص تفاوت گذارده اند و برای هر کدام، حکمی جداگانه پیش بینی کرده اند.

۱. پزشک جاهل: چنانچه فردی، خویشتن را پزشک معرفی کند و به درمان بیمار پرداختد، بی آن که چیزی از طبابت بداند، مسئول است و صرف تصدی او به طبابت خطا به شمار می رود و ضمان او را به دنبال دارد؛ زیرا از پیامبر روایت شده که فرمود:

(مَنْ تَطَبَّبَ وَ لَمْ يُعَلِّمْ مَنْهُ طَبَّ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُوَ ضَامِنٌ)

هرکس پیش از آن که سابقه پزشکی داشته باشد، بدان پرداختد، ضامن است. ۷.

بنابراین، مسئولیت طبیب جاهل، مسئولیت مطلق است و صرف طبابت کردن ضمان نمی آورد؛ چه طبابت او منجر به ورود خسارتی بشود و چه خسارتی به بار نیآورد، ۸ زیرا چنین فردی از اشتغال به طبابت ممنوع است و نباید بیمار را مداوا کند و حتی به دلیل حفظ مصالح عمومی، چنین فردی مجبور دانسته شده است و حاکم باید از باب (امر به معروف و نهی از منکر) از اشتغال این گونه افراد به طبابت جلوگیری کند تا مبادا جان و مال مردم در خطر بیفتد. ۹.

۲. پزشک متخصص و حاذق: چنانچه پزشک متخصص و حاذق به مداوای بیماری پرداختد و او را درمان کند، ولی بیمار بر اثر فعل پزشک، جان سپارد و یا اقدام پزشک، نتایج زیان باری برای بیمار در پی داشته باشد، پزشک مسئول شناخته نمی شود. با این همه، فقیهان سنی در علت عدم مسئولیت چنین پزشکی با یکدیگر اختلاف دارند: حنفیان مسئولیت پزشک را به دو دلیل ساقط می دانند:

اول. ضرورت اجتماعی؛ زیرا نیاز بسیاری به کار پزشک وجود دارد و رفع مسئولیت از پزشک، موجب تشویق پزشکان به امر مداوا و درمان خواهد بود. در نتیجه، پزشک بدون ترس و واهمه از مسئولیت به کار مشغول می شود و در غیر این صورت، به جامعه زیان سنگینی وارد می آید؛

دوم. اذن بیمار یا ولی او؛ بیمار با دادن اذن به پزشک، او را از مسئولیت بری می کند. بنابراین، چنانچه پزشکی با رعایت اصول علمی و با پای بندی به مقررات، بیماری را مداوا کند و در نتیجه آن، بیمار بمیرد، پزشک مسئول نیست. ۱۰.

شافعیان معتقدند: در صورتی که بیمار زیان جبران ناپذیری ببیند، زیان دیده و یا کسان او نمی توانند قصاص پزشک را بخواهند و یا از او درخواست دیه کنند، زیرا پزشک با به کار بستن اصول علمی، فنی، رعایت مقررات و با کسب اذن از بیمار، به درمان او پرداخته و قصد اضرار هم نداشته بلکه قصدش، بهبود یافتن بیمار بوده است. بنابراین، در مقابل خطای خود مسئول نیست. ۱۱.

حنبلیان هم معتقدند: اگر پزشک دامپزشک، متخصص و دارای مهارت لازم باشد و مرتکب خطایی شود که منجر به تلف با نقص عضو بیمار گردد، مسئول نیست؛ زیرا فعل مباحی را انجام داده که به تلف و نقص عضو انجامیده است و همان گونه که اگر خود محکوم بر اثر اجرای حد بمیرد، ضارب یا مأمور اجرای حکم ضامن نیست، در این جا نیز پزشک ضامن و مسئول به شمار نمی آید. ۱۲.

سراجم، مالکيان بر آن اند که: به دليل وجود اذن شرع و اذن بيمار، پزشک مسئول به شمار نمی آيد؛ زیرا اذن شرع موجب اباحه و مشروعيت اشتغال به حرفه پزشکی است و اذن بيمار به پزشک نیز سبب می شود تا پزشک بتواند به معالجه بيمار پردازد و برای مداوی او تلاش کند. بنابراین، پزشک با داشتن اين دو شرط و رعایت اصول فنی، مسئوليتی ديگر نخواهد داشت. ۱۳.

بدین ترتیب، به نظر می رسد که در میان اهل سنت، عدم مسئوليت پزشک منوط به حصول شرايط زیر است:

الف. پزشک، متخصص و ماهر باشد؛ يعنی اگر پزشک، تخصص لازم را نداشته باشد و يا فردی ناآگاه و جاهل به امور پزشکی به مداوی بيماران پردازد، ضامن است و البته، پزشک متخصص هم در معالجه خود، بايد علاوه بر داشتن حسن نیت و قصد درمان، اصول و مقررات فنی و اخلاقی حرفه خود را رعایت کند.

ب. اذن شرع؛ چنانچه پزشک متخصصی به کار غير مشروع پردازد، مسئول است. برای نمونه: اگر مادری برای سقط جنين خود به نزد پزشک برود و پزشک نیز جنين را سقط کند، مسئول به شمار می آيد. به همین دليل، گفته شده است: (اذن شرع و ضمان با هم جمع نمی شوند). ۱۴.

ج. اذن بيمار و يا اولیای بيمار؛ دخالت پزشک در کار درمان بدون اذن بيمار، مگر در موارد استثنایي، مسئوليت او را به دنبال دارد؛ زیرا در اين صورت، عمل پزشک از چارچوب اباحه و مشروعيت، خارج شده، تعدی تلقی می شود. ۱۵.

با اين همه، فقيهان اهل سنت نیز در اين که مسئوليت پزشک قراردادی است يا غير قراردادی، با يکديگر اختلاف نظر دارند؛ گروهی معتقدند: مسئوليت پزشک قهري است، زیرا اطلاق قاعده فقهي (ضمان الآدمی بالجناية لا بالعقد) بر آن دلالت دارد و مفاد اين قاعده چنین است: پزشک در قبال زيان هايی که به نفس و يا به عضوی از اعضای بدن انسان وارد می آورد، ضامن نیست، مگر آن که زيان ديده، خطای او را ثابت کند و اين به معنای غير قراردادی بودن مسئوليت پزشک است؛ زیرا در ضمان قراردادی صرف عدم حصول نتیجه مطلوب تقصير متعهد را نشان می دهد و زيان ديده برای جبران خسارت خود، نيازی به اثبات تقصير متعهد نمی بيند؛ درست به عکس مسئوليت قراردادی.

از سوی ديگر، گروهی معتقدند که مسئوليت پزشک قراردادی است و اين به ذهن مانوس تر می نمايد؛ زیرا زيان ديده بايد اثبات کند که میان او و پزشک رابطه قراردادی وجود داشته است و پزشک هم اين رابطه را نادیده انگاشته، خلاف آن عمل کرده است. داستانی در مجمع الضمانات اين ديده را تأييد می کند:

(فردی، حجامی را اجير کرد تا دندان او را بکشد. او هم دندان را کند، ولی صاحب دندان گفت: من نمی خواستم که اين دندان را بکنی. در اين صورت، قول صاحب دندان مسموع است و حجام ضامن است).

اين داستان بيان می کند که حجام مطابق قرارداد و در چارچوب آن اقدام کرده و به علت نقض آن قرارداد، مسئول شناخته شده است؛ زیرا به جای دندان فاسد و پوسيده که موضوع قرارداد بوده، دندان سالم را کنده است. ۱۶.

به نظر می‌رسد: این دیدگاه، پیروان بیشتری دارد و مسئولیت پزشک در فقه اهل سنت از بُعد قراردادی بررسی شده است. البته این قرارداد را گاه (اجاره) نامیده‌اند و گاه برخی از طریق (جعاله) به تصحیح قرارداد پزشک با بیمار پرداخته‌اند. ۱۷.

حال اگر مسئولیت پزشک قراردادی دانسته شود، باید دید که تعهدات پزشک چه ماهیتی دارد؛ به دیگر سخن، آیا پزشک متعهد می‌شود که بیمار را مانند وضعیت پیشین خود سالم و تندرست تحویل خانواده دهد و در واقع، تعهد پزشک تعهد به نتیجه است و یا این که پزشک متعهد می‌شود که تلاش و مراقبت خود را به کار گیرد تا بیمار، بهبودی خود را باز یابد؟

به نظر می‌رسد که در فقه اسلامی همانند حقوق غربی، (تعهد به وسیله) و (تعهد به نتیجه) چندان مشخص و روشن، تفکیک نشده است، ولی این بدان معنی نیست که اصلاً وجود ندارد؛ ۱۸ زیرا نشانه‌هایی وجود دارد که فقیهان به این موضوع پرداخته‌اند و می‌توان گفت که تعهد پزشک، تعهد به وسیله است و پزشک نمی‌تواند متعهد شود که بیمار را به طور کامل درمان کند و شفا دهد؛ زیرا شفای بیمار برای پزشک مقدور نیست که گاه خداوند بیمار را به دست پزشک شفا می‌دهد و گاهی هم شفا نمی‌دهد. ۱۹ بنابراین، نمی‌توان پذیرفت که تعهد پزشک در درمان بیمار، تعهد به نتیجه است.

در ماجرای کهن یکی از فقیهان به نام حلوانی، تعهد پزشک را از نوع تعهد به وسیله دانسته است:

(دختری از بام می‌افتد و سرش متورم می‌شود. بسیاری از جراحان می‌گویند اگر سر دخترک را جراحی کنیم و بشکافیم می‌میرد، ولی یکی از جراحان می‌گوید اگر امروز جراحی نشود می‌میرد و من هم سر او را جراحی می‌کنم و سلامتی اش را بدو باز می‌گردانم. با این همه، کودک پس از یک یا دو روز درمی‌گذرد... چون از حلوانی می‌پرسند که اگر پزشک بگوید: چنانچه بیمار بمیرد من ضامنم و سلامتی بیمار را تضمین کند آیا این تضمین صحیح است، حلوانی در پاسخ می‌گوید: پزشک نمی‌تواند ضمانت کند و ضامن هم نیست.) ۲۰

چرا که او متعهد است بیمار را درمان کند، نه این که درمان بیمار موفقیت آمیز هم باشد. بنابراین، تعهد پزشک در درمان بیمار، تعهد به وسیله است و پزشک تنها تعهد می‌کند که تمام تلاش و کوشش خود را به کار گیرد تا بیمار سلامتی خود را باز یابد، وگرنه مرگ و زندگی همگان به دست خداوند است و پزشک نمی‌تواند تضمین کند که بیمار حتماً از مرگ می‌رهد و سلامتی خود را باز می‌یابد.

ب. ضامن طیب در فقه شیعه: فقیهان شیعی برخلاف سنیان، چندان به نوع مسئولیت پزشک پرداخته‌اند و تنها برخی از نام‌داران اشاره‌ای به مسئولیت پزشک کرده‌اند؛ نجفی در کتاب (جواهر الکلام) به ظاهر از قراردادی بودن مسئولیت پزشک سخن گفته است و نوع قرارداد پزشک و بیمار را قرارداد (اجاره) می‌نامد. ۲۱ با این همه، در همه کتاب‌های فقهی

هم در کتاب (اجاره) و هم در کتاب (دیات) مسئولیت پزشک بررسی شده و اختلاف هایی را برانگیخته که در ادامه خواهد آمد.

۱. پزشک جاهل: فقیهان شیعی به مانند اهل سنت معتقدند که آگاهی به دانش پزشکی و تخصص و مهارت یافتن در آن، شرط تصدی و اشتغال بدان است و چنانچه فردی خویشتن را پزشک معرفی کند، بی آن که از پزشکی چیزی بداند، صرف تصدی او به پزشکی موجب مسئولیت می شود و ضمان می آورد؛ زیرا پزشک نه تنها با جان و مال مردم سروکار دارد که با آبروی آنان هم درگیر است و پزشک جاهل علاوه بر این که از درد و رنج بیمار نخواهد کاست، بر آن هم خواهد افزود و با جهل خود، جان انسان های بی گناه را به مخاطره خواهد انداخت و در حدیثی از امیرمؤمنان روایت شده که فرموده اند: (بر امام واجب است که علمای فاسق و پزشکان جاهل و... را زندانی کند). ۲۲

۲. پزشک متخصص و ماهر: بی گمان، زندگی بشر با درد، رنج و بیماری آمیخته است و بشر خاکی تا هنگامی که در این دنیا به سر می برد، باید با دردها و رنج های بسیاری بستیزد و زیان ها را از خود دور سازد؛ چرا که زیان رساندن به خود و خویشتن را به هلاکت انداختن، ۲۳ کاری است ناروا.

از سوی دیگر، بشر تا هنگامی که در این سرای خاکی می زید، ناچار باید دردها و بیماری های آن را هم به جان بخرد و در عین حال، در رفع آن چاره اندیشد و بکوشد؛ زیرا باز به او فرمان داده شده که به هنگام درد، خویشتن را درمان کند و با رجوع به کارشناسان فن، درد را برطرف سازد. ۲۴

حال اگر کارشناس و متخصص فن (پزشک متخصص)، تمام تلاش و کوشش خود را در راه درمان بیمار به کار گیرد و با حسن نیت به درمان و مداوای بیمار پردازد، ولی بیمار به جای بهبودی جان ببازد و یا درمان منجر به نقص عضو او شود، آیا پزشک متخصص که تمام توان خویش را برای بهبودی بیمار به کار بسته است، مسئول به شمار می آید؟

فقیهان شیعی، در پاسخ به این پرسش بر دو گروه شده اند: گروهی با مسئول دانستن پزشک متخصص، انتقاد دیگران را برانگیخته اند و منتقدان نیز تلاش کرده اند تا ضمن پاسخ گویی به انتقاد دیدگاه مقابل، ادله آنان را هم نقد کرده، از شدت حکم اندکی بکاهند.

الف. دیدگاه غیر مشهور: این دسته از فقیهان که در رأس آنان، فقیهی چون (ابن ادریس حلی) قرار دارد، معتقدند:

در صورتی که پزشک پس از طی دوره های آموزشی و کسب گواهی نامه تخصصی با اجازه مقامات رسمی به شغل پزشکی پردازد و با رعایت اصول و مقررات فنی و اخلاقی، بیماران خود را درمان کند، ولی بیمار بر اثر معالجه پزشک، صدمه ای بیند، پزشک مسئول خسارت نیست؛ زیرا:

۱. اصل براءت مستلزم عدم ضمان و مسئولیت است؛ چرا که درباره پزشکی که مهارت دارد و اصول علمی را در معالجه بیمار رعایت می کند، شک پدید می آید که آیا او ضامن و مسئول به شمار می آید، یا نه. در این صورت، اصل براءت، حکم به عدم مسئولیت می دهد. ۲۵

۲. اذن شرع؛ شارع به درمان اذن داده است و کار مباح شرعی و مجاز ضمان آور نخواهد بود. در واقع، ضمان و مسئولیت با جواز و اباحه شرعی جمع نمی شود.

۳. اذن بیمار یا ولی بیمار به درمان؛ در صورتی که پزشک با کسب اذن از بیمار و یا از بستگان و اولیای او به درمان بپردازد و از این رهگذر، بیمار بمیرد و یا متحمل زیان سنگینی شود، پزشک مسئول نیست؛ چه او با اذن بیمار، به درمان اقدام کرده ۲۶ و همان گونه که گفته شده است: (اذن در شیء، مستلزم اذن در لوازم آن هم هست) و در عرف هم منظور از کسب اذن از بیمار این است که چنانچه بیمار صدمه ای ببیند، پزشک مسئول تلقی نمی شود و عرف از کسب اذن چیزی جز این نمی فهمد. ۲۷

ب. دیدگاه مشهور: مشهور بر آن اند که پزشک متخصص و ماهر، چنانچه مرتکب هیچ تقصیری نشود و اصول علمی و فنی حرفه خود را هم رعایت کند، ولی بر اثر معالجه، بیمار متحمل خسارتی شود، پزشک مسئول است؛ زیرا:

۱. روایاتی وجود دارد که پزشک را مسئول رفتار متعارف خود دانسته است؛ امام صادق از امام علی (ع) روایت کرده اند که فرمود:

(هرکس که به پزشکی یا دامپزشکی می پردازد، باید پیش از درمان، از ولی بیمار یا صاحب حیوان براءت جوید وگرنه ضامن است.)

و نیز فرموده اند:

(امام علی (ع) پزشک ختنه گری (ختان) را که حشفه پسری را بریده بود، ضامن دانستند.) ۲۸

بنابراین، مسئولیت پزشک مطلق است و او همواره مسئول فعل خود به شمار می رود تنها راه رهایی از این مسئولیت، اخذ براءت است.

۲. قواعد فقهی هم دلالت بر آن دارد که پزشک مسئول است؛ زیرا مطابق قاعده اتلاف، هرکس مال دیگری را تلف کند، مسئول جبران آن به شمار می آید و در صورتی که بیمار بر اثر درمان، متحمل زیانی گردد و یا تلف شود، تلف مستند به فعل پزشک خواهد بود و چون او مباشر تلف است، خودش هم باید زیان وارد به بیمار را جبران کند.

از سوی دیگر، قاعده (لایبطل دم امرء مسلم؛ خون هیچ مسلمانی نباید هدر رود.) هم مستلزم مسئول دانستن پزشک است؛ زیرا عدم مسئولیت پزشک، هدر رفتن خون مسلمان را که در شرع ناروا دانسته شده، به دنبال دارد و سرانجام، لاضرر حکم می کند که زیان وارد به بیمار جبران نشده باقی نماند و پزشک باید این زیان را جبران کند. ۲۹

۳. برخی از فقیهان نیز به اجماع تمسک جسته اند و معتقدند: در این مسئله اجماع فقیهان بر آن است که پزشک مسئول تلقی می شود؛ ابن زهره در غنیه و محقق حلّی در نکت النهایة، به این راه رفته اند. ۳۰

۴. اصل براءت در جایی جاری می گردد که دلیل اجتهادی بر اشتغال ذمه وجود نداشته باشد، حال آن که در این مورد دلیل وجود دارد و ادله باب ضمان، پزشک متخصص را دربرمی گیرد. بنابراین، نوبت به اصل براءت نمی رسد.

۵. اذن به درمان، اذن به اتلاف نیست. به عبارت دیگر، بیمار به مداوای خود اذن می دهد و نه به اتلاف، و عرف نیز هیچ ملازمه ای میان اذن به درمان و اتلاف در نمی یابد و حتی اذن به خودی خود، هیچ گاه مسقط ضمان نیست؛ زیرا ماهیت اذن، رخصت در تصرف است؛ اعم از این که به نحو ضمان باشد و یا به نحو عدم ضمان و با جست و جو و تتبع در مصادیق، می توان مواردی یافت که با وجود اذن، ضمان هم محقق شده است؛ مانند: مقبوض بالسوم. ۳۱

۶. هیچ منافاتی میان قانونی بودن یک فعل و مسئولیت آور بودن آن وجود ندارد؛ زیرا معلم به لحاظ قانونی می تواند شاگرد خود را تنبیه و تأدیب کند و این کار با آن که مشروع است، ضمان نیز می آورد. ۳۲

بنابراین پزشک مسئول رفتار عادی خود بوده، چون به هنگام درمان، قصد فعل را دارد، ولی تحقق نتیجه (مرگ بیمار) را نمی خواهد و نسبت به نتیجه، قاصد به شمار نمی آید. پس باید دیه پردازد و در واقع مرتکب قتل شبه عمد تلقی می شود.

ج. نقد و ارزیابی ادله مشهور:

۱. روایت (مَنْ تَطَبَّ...), روایتی است که هم به دلیل دلالت و هم سند مورد انتقاد قرار گرفته است؛ زیرا از سویی در سلسله سند این روایت، دو راوی قرار دارند که هیچ کدام موثق نیستند؛ سکونی، راوی سنی مذهب بوده و از عامه روایت کرده و نوفلی شیعی که در اواخر عمر خود به غلو گراییده است. بنابراین، شاید فقیهان در صدور حکم به این روایت توجه نکرده اند و مطابق اصل فتوی داده اند. ۳۳

از سوی دیگر، روایت ناظر به پزشک غیر ماهر است؛ زیرا نویسنده دعائم الاسلام و مستدرک الوسائل در ادامه حدیث عبارت: (یعنی اذا لم یکن ماهراً) و (اذا لم یکن ماهراً) را هم آورده اند. بدین ترتیب، با پذیرش این قید روایت ناظر به پزشک متخصص نیست و پزشک غیر متخصص را دربرمی گیرد. ۳۴

افزون بر این و بر فرض که بپذیریم: شهرت، ضعف سندی و حتی دلالی روایت را جبران می کند، باید گفت: روایت ناظر به اخذ براءت کلی و عام است. بدین معنی که اگر در حین درمان بیمار، خسارتی به بار آید و موجبات ضمان فراهم باشد. پزشک مسئول به شمار نیاید. بنابراین، پزشک برای رفع مسئولیت احتمالی خود براءت می جوید و روایت می خواهد مشروعیت آن را در ضمن قرارداد درمان بیان کند؛ زیرا شرط عدم مسئولیت و یا کاهش مسئولیت در همه قراردادهای مالی، مشروع است و همگان آن را پذیرفته اند و تنها در جایی که مانند قرارداد معالجه، پای جان و حفظ حیات به میان می آید، احتیاط ها بیشتر می گردد و ممکن است به نظر آید که درج شرط عدم مسئولیت در ضمن قرارداد معالجه باطل است. بنابراین، شارع خواسته که بر مشروعیت آن در ضمن قرارداد معالجه صحه بگذارد. ۳۵ و روایت، تنها مشروعیت شرط براءت را گونه ای از شرط عدم مسئولیت در قرارداد بیان می کند.

۲. روایت امام علی (ع) که ختان را ضامن دانسته اند نیز به گونه ای ناظر به پزشک مقصر است؛ چرا که کدامین پزشک متخصص به جای بریدن قفله، حشفه پسر بچه را می برد در حالی که این دو با یکدیگر متفاوت اند و قفله باید بریده شود؟ ۳۶

۳. مطلقاً ادله ضمان مانند: (من قتل نفساً بغير نفس) ۳۷ و دیگر روایت هایی که در باب دیات آمده است، پزشک متخصص و ماهر را دربرنی گیرد و از آن منصرف است؛ زیرا رجوع بیمار به پزشک برای درمان، واجب بوده و معالجه مستحب یا واجب که مطلوب شارع است، چگونه می تواند موجب ضمان گردد و ادله ضمان آن را دربرگیرد. توضیح این که زیان رساندن به خود و به هلاکت انداختن خود نفی شده است و هیچ فردی؛ چه بیمار و چه غیر آن، نمی تواند خود را به دست خویشتن به هلاکت اندازد و باید برای معالجه به کارشناسی رجوع کند تا درد را از خود بزدايد. بنابراین، چگونه رجوع به پزشک واجب و یا حتی مستحب باشد، در حالی که ضمان آور ۳۸ نیز به شمار آید؟

۴. پس اگر معلوم شود که نصی بر ضمان پزشک وجود ندارد، جریان اصل براءت به قوت خود باقی است و می توان بدان استناد کرد.

۵. تلف منتسب به فعل پزشک نیست؛ چرا که پزشک مطابق تجربه ها و معلومات معمول زمان خود به مداوای بیمار اقدام می کند و لازم نیست که فراتر از آن چیزی بداند و این مهم از سوی برخی از فقیهان پذیرفته شده است ۳۹ و امروزه می بینیم که بسیاری از درمان های گذشته جای خود را به شیوه های درمانی جدید داده و زیان بار بودن آن هم به اثبات رسیده است. پس در واقع، هر روز بر داده ها و یافته های بشر افزوده می گردد و در فرض مورد بحث نیز تلف و نقص عضو شدن بیمار منتسب به نقص دانش پزشکی است، نه آن که منتسب به فعل پزشک باشد؛ زیرا او همه تلاش خود را به کار گرفته تا بیمار تندرستی خود را باز یابد و مطابق اصول و مقررات فنی حرفه خود عمل کرده، ولی بیمار جان باخته است. بنابراین، تلف منتسب به سببی اقوی از مباشر به شمار می آید.

۶. اذن در معالجه، همانند اذن در سایر معاملات و قراردادهاست و هیچ تفاوتی میان قرارداد معالجه و سایر قراردادها وجود ندارد. بنابراین، نمی توان گفت که اذن در معالجه، اذن به اتلاف نیست؛ زیرا اول آن که اذن عبارت است از: اجازه و رخصت مالک و فرد در حکم مالک به تصرف و اثبات ید بر مال ۴۰ و در این صورت که بیمار خود به پزشک رجوع می کند و اذن به معالجه می دهد و حتی از او هم خواهش می کند که درمان بیماری اش را برعهده گیرد و مبلغی به پزشک می پردازد، چگونه می توان پذیرفت که پزشک ضامن باشد؟ مگر نه این است که در معاملات و سایر قراردادها، اجیر امین به شمار می آید و (ما علی الامین الا الیمین)؟ چرا پزشک که به خواهش بیمار، درمان او را برعهده گرفته، ضامن دانسته شود؟ ۴۱

دوم آن که ضمان برای احترام گذاردن به مال مسلمان و عمل اوست و اگر فردی با رضایت خود ضمان را بردارد، در واقع احترام مال خود را برداشته است و بنابراین، حکم به ضمان دلیلی ندارد. در این فرض هم بیمار که خواسته است پزشک درمان او را برعهده گیرد و اذن می دهد، ضمان را برمی دارد. ۴۲

سوم آن که درست است که بیمار اذن به درمان می دهد و نه اذن به اتلاف، ولی این اذن، ناظر به درمان و علاج واقعی است؛ یعنی جایی که بیمار از پزشک می خواهد او را واقعاً معالجه کند، حال آن که چنین چیزی (تکلیف بما لایطاق) است و همان گونه که گفته شد: پزشک متعهد است که به صورت متعارف، بیمار را درمان کند و این چنین معالجه ای، تلف را هم به دنبال دارد. بنابراین، اذن به درمان که اتلافی در پی نداشته باشد، ناظر به درمان واقعی است ۴۳ و اگر نپذیریم که موضوع ضمان، مداوای واقعی به شمار می آید بلکه مداوای ظاهری و متعارف است، باب طبابت و درمان بیماری ها بسته خواهد شد.

۷. شارع، پزشک را مکلف کرده است که با درمان و مداوای بیمار، جان آنان را نجات دهد و از مرگ برهاند. و هرچند طبابت واجب کفایی به شمار می آید، گاه واجب عینی می گردد. اگر طبابت و درمان بیمار کار مباح و روایی است، دیگر ضمان آور نخواهد بود، به ویژه آن که در کار طبابت بسیاری بر اثر درمان می میرند و البته، دلیلی بر ضمان هم وجود ندارد. بنابراین، جواز شرعی با ضمان آور بودن آن منافات دارد؛ زیرا طبابت هم مانند فقاهاست و قضاوت است و همان گونه که خطای قاضیان و فقیهان ضمانی به دنبال ندارد و ضمان متوجه آنان نیست، طبیبان هم باید ضامن عمل خود نباشند و زیان متضرر باید از بیت المال جبران شود. ۴۴

۸. در جایی که معلمی، شاگرد خود را تأدیب کند و شاگرد بمیرد و یا دچار نقص عضو شود، فقیهان به ضمان معلم یا مؤدب حکم داده اند، در حالی که او نه قصد فعل را دارد و نه قصد تحقق نتیجه. بنابراین، در فرضی که فرد قصد فعل دارد، ولی قصد تحقق نتیجه را ندارد، به طریق اولی ضامن است. در پاسخ به این استدلال باید گفت: تأدیب شاگرد فقط برای مصلحت طفل صورت می گیرد و کار معلم پسندیده است و چه بسا واجب دانسته شود. بنابراین، چنین فردی به قصد

احسان، شاگرد را تأدیب می کند و مطابق قاعده (ما علی المحسنین من سبیل) او هم ضامن نیست و حتی اگر تأدیب، منجر به تلف شود. ۴۵ در نتیجه، این مسئله هم اختلافی است و نمی توان بدان استناد کرد.

۹. اجماعی که از سوی مشهور اقامه شده، تنها توسط ابن زهره و محقق حلی نقل شده است و در میان فقیهان طرف دار بسیاری ندارد؛ زیرا به نظر می رسد که این اجماع مدرکی است و فقیهان در اجماع خود به دلیلی روایی و یا اصلی نظر داشته اند و چنین اجماعی به اثبات نرسیده است.

۱۰. دلیلی وجود دارد که هر فردی برای انجام کاری اجیر شود و بخواهد که چیزی را اصلاح کند، ولی آن را خراب کند و به اصطلاح افساد کند، ضامن است و در صحیحہ حلبی این قاعده کلی از امام صادق (ع) نقل شده که فرموده اند: (کل عامل اعطیتہ اجراً علی أن یصلح فأفسد فهو ضامن). ۴۶ این قاعده، قاعده ای کلی است که دلالت بر ضمان مطلق دارد و صحیحہ ابوصباح ۴۷ هم حاوی چنین قاعده ای است و مطابق این گونه روایات که با قاعده اتلاف سازگارند، پزشکی که اجیر می شود، در همه حال ضامن است؛ اعم از این که تقصیری مرتکب شود یا تقصیری مرتکب نشود. چند نکته در این باره می توان گفت: نخست آن که این گونه روایات ناظر به پزشکی است که در مقابل دریافت اجرت، دست به کار می شود و بیمار را درمان می کند و مطابق مفهوم این روایات، چنانچه پزشکی تبرعاً به کار درمان بیماران پردازد، ضامن زیان و خسارت نخواهد بود؛ ۴۸ چرا که چنین پزشکی، محسن است و محسن هم ضامن نیست.

دوم آن که همان گونه که برخی از فقیهان به درستی دریافتند، قول به ضمان در صورتی است که فرد با قصور و کوتاهی کردن، موجب افساد شود و گرنه در جایی که پزشکی بدون هیچ گونه کوتاهی و بی مبالاتی، بیماری را درمان می کند و بر اثر درمان، بیمار جان می سپارد، پزشک ضامن نیست. از این روست که فقیهان معتقدند: در موردی که فرد چهارپایی را برای حمل کالای خود اجاره کند و چهارپا پایش بلغزد و کالا از بین برود یا معیوب شود، صاحب چهارپا ضامن نیست، ولی در صورتی که صاحب چهارپا با تازیانه زدن بر پشت حیوان، موجبات لغزیدن حیوان را فراهم آورد، ضامن است و باید تاوان بدهد. ۴۹ بدین ترتیب، در این فرض هم باید بر آن بود که اگر پزشک با بی مبالاتی خود زمینه خسارت را فراهم آورد، خود ضامن است.

۱۱. روایاتی وجود دارد که مسئول نبودن پزشک را بیان می کند:

الف. روایت اسماعیل بن حسن که طبیب بود؛ می گوید: به امام صادق (ع) گفتم: من مردی عرب هستم که به دانش پزشکی آشنایم و در برابر آن هم پولی نمی گیرم. حضرت فرمودند: مانعی ندارد. گفتم: من زخم را شکافته، با آتش می سوزانم؟ فرمود: اشکال ندارد. عرض کردم: ما برای بیماران، این داروهای سمی را تجویز می کنیم؟ فرمودند: اشکالی ندارد. گفتم: شاید بیمار بمیرد. فرمودند: حتی اگر بمیرد. ۵۰

ب. روایت احمد بن اسحاق؛ احمد گوید: من فرزندی داشتم که مبتلا به سنگ (کلیه یا مثانه) بود. به من گفتند: تنها راه چاره، جراحی است. پس چون او را جراحی کردم، جان سپرد. پس از آن شیعیان گفتند: تو شریک خون فرزندت هستی.

ناگزیر نامه ای به امام عسکری نوشتم. امام پاسخ گفتند: ای احمد، در کاری که کرده ای چیزی بر عهده ات نیست؛ زیرا خواسته ای درمانش کنی و اجلس در آن بود که تو انجام دادی. ۵۱

ج. روایت یونس بن یعقوب؛ وی گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: مردی، دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می کند و ممکن است از آن دارو و یا قطع رگ، نتیجه بگیرد و یا آن دارو و قطع رگ بیمار را بکشد؟ حضرت فرمودند: می تواند رگ را ببرد و دارو را تجویز کند. ۵۲ همه این روایات دلالت بر آن دارد که پزشک در قبال فعل خود مسئول به شمار نمی آید.

۴. نتیجه

الف. حاصل آن که به نظر می رسد قول به عدم ضمان پزشک منطقی تر می نماید و دلیلی برای ضمان به نظر نمی رسد و معتقد شدن به مسئولیت مطلق و پذیرش اصل ضمان مطلق که مشهور بر آن اند، انتقادپذیر می نماید. بدین ترتیب، می توان پذیرفت که مسئولیت پزشک در فقه شیعه نیز قراردادی است و پزشک براساس قرارداد صحیحی که میان او و بیمار شکل گرفته است، به درمان بیمار می پردازد و متعهد می شود که همه تلاش و کوشش خود را به کار گیرد تا بیمار تندرستی خود را باز یابد و چنانچه مرتکب تقصیری شود، زیان دیده باید با اثبات خطای پزشک جبران خسارت خود را بخواهد.

ب. البته می توان میان دو نظریه مشهور و غیر مشهور هم به گونه ای سازگاری پدید آورد؛ بدین گونه که دیدگاه مشهور که پزشک را ضامن می داند، به صورتی حمل شود که پزشک مأذون نیست و دیدگاه غیر مشهور، ناظر به صورتی است که پزشک مأذون به شمار آید و چنین پزشکی ضامن نیست. ۵۳ با این همه باید گفت که به درستی معلوم نیست که فایده اذن چیست و آیا اساساً مشهور به این نکته توجه داشته اند یا نه و از بررسی دیدگاه های فقیهان برمی آید که اذن در گفته های آنان جایگاه مبهمی دارد؛ زیرا برخی از آنان، صرف اذن را برای عدم ضمان بسنده دیده اند، ۵۴ ولی برخی دیگر، علاوه بر اذن، اخذ براءت را هم لازم دانسته اند. ۵۵ بنابراین، جایگاه این بحث به درستی روشن نیست و به نظر می رسد که این اتهام بر دیدگاه آنان هم تأثیر گذاردن است.

ج. در گذشته قول به ضمان مطلق یا مسئولیت مطلق، هشدار می بود به پزشک نمایانی که به طبابت می پرداختند و جان و مال بیماران را به بازیچه می گرفتند، ولی امروزه که پزشکان طی کسب مدارج دانشگاهی و گذراندن دوره های تخصصی به درمان بیماران می پردازند، این عامل و هشدار، کارآیی خود را از دست داده است و معتقد شدن به چنین دیدگاهی، زیان هایی به جامعه می رساند و سبب کم اقبالی به دانش پزشکی می گردد و انگیزه پزشکان را از بین می برد.