**اشاره**

**در شريعت اسلام فراگيرى علوم مورد نياز جامعه از قبيل علم طب واجب كفايى بوده و بر تمامى كسانى كه توان و امكانات و زمينه تحصيل چنين علمى را دارند واجب است تا حد رفع نياز، آن را فراگيرند و نياز جامعه را برطرف كنند.**

**در دستورات اسلامى به بهداشت و امور پزشكى توجه خاصى مبذول شده و بهداشت از ارزش والايى برخوردار است تا جايى كه «علم الابدان‏» در كنار «علم الاديان‏» قرار مى‏گيرد چنانكه رسول‏خدا«صلى الله عليه وآله وسلم‏» فرمود: «العلم علمان: علم الابدان و علم الاديان.» (2)**

**از سويى بر بيماران واجب است در صورت ابتلا به امراضى كه اگر به طبيب مراجعه نكنند ممكن است موجب هلاكت آنان و يا نقص عضو و يا قوه اى از قواى جسمانى آنان گردد، به طبيب مراجعه و خود را معالجه كنند و حق تعلل و كوتاهى را ندارند. دليل اين مطلب، حديث: لا ضرر و لاضرار.» (3) و آيه: «و لا تلقوا بايديكم الى التهلكه‏» (بقره / 195) و احاديثى ديگر از قبيل: «تداووا فان الذى انزل الداء انزل الدواء.» و «ان موسى عليه السلام مرض فعاده بنو اسرائيل و وصفواها له دواء فامتنع منه، فاوحى الله اليه ان الله يامره بذلك و الا لم يشغه‏» (4) و رواياتى ديگر كه نياز به نقل همه آنها نيست.**

**از سوى ديگر بر طبيب نيز علاج امراضى كه اگر از معالجه آن امتناع نمايد، موجب هلاكت‏يا نقص عضو و قواى جسمانى مى‏گردد، واجب است و امتناع و خوددارى از علاج علاوه بر حرمت، ضمان نيز دارد. در حديثى ابان بن تغلب از امام صادق عليه السلام نقل مى‏كند كه آن حضرت فرمود: عيسى مسيح عليه السلام چنين مى‏فرمود: اگر طبيبى مداواى مجروحى را ترك كند (يعنى از معالجه جراحات بدن مريض به هر دليلى امتناع ورزد) با وارد كننده جرح، شريك است چرا كه شخص وارد كننده جرح قصد فساد (و آزار رسانى) مجروح را داشته است و آن كسى هم كه توانايى مداوا را دارد ولى از معالج امتناع مى‏ورزد فساد او را طالب است، (5) يعنى همانطورى كه وارد كننده جرح مقصر و ضامن است، طبيب ممتنع نيز ضامن است. بنابراين طبيب حق امتناع از معالجه را ندارد.**

**با وجود اينكه طبيب و طبابت در بينش اسلامى و همچنين در جوامع بشرى در طول تاريخ از منزلت والايى برخورد بوده و هست، و در عين حال بر بيماران واجب است‏به آنان براى علاج امراضشان مراجعه نمايند، و بر آنان نيز علاج بيمار واجب و امتناع از آن حرام است، بالاخره طبيب يك انسان است و از مقام عصمت‏برخوردار نيست و مانند هر انسان ديگرى ممكن است مرتكب خطا يا اشتباه شود، و در بعضى از مواقع نيز على‏رغم سعى و تلاش پزشك و عدم وقوع هر گونه اشتباهى ممكن است معالجات پزشك منجر به ايراد خسارات مالى و جانى بيمار گردد. اينك سؤال اين است كه آيا طبيب مسئول اعمال خويش و ضامن جبران خسارات وارده مى‏باشد يا نه خطاى طبيب ضمان آور نيست و بر فرض اگر ضمانى داشته باشد همانند خطاى قاضى بايد از بيت المال پرداخت‏شود؟**

**براى پاسخ روشن به اين سؤال بايد نخست محدوده بحث از جهات گوناگون (از قبيل اينكه: منظور از ضمان، ضمان قهرى است‏يا قرار دادى؟ و يا منظور از طبيب، طبيب جاهل است‏يا حاذق؟ خطاكار و مقصر است‏يا محتاط و بى تقصير؟ و بالاخره عمل طبيب مصداق خطاى محض است‏يا شبه عمد؟ و امثال اينها) روشن شود، و پس از روشن شدن محدوده بحث، آنگاه ضمان و عدم ضمان طبيب طبق ادله بررسى شود تا معلوم گردد كه طبيب ضامن است‏يا نه، و بر فرض ضمان، آيا راهى براى سقوط ضمان وجود دارد كه بالاخره ذمه طبيب از ضمان برى شود يا نه؟ لذا در اين مقاله اين مبحث تحت عناوين ذيل مورد توجه و بررسى قرار مى‏گيرد: 1 - تعيين محدوده بحث. 2 - اثبات ضمان طبيب. 3 - عوامل سقوط ضمان طبيب.**

**1 - تعيين محدوده بحث**

**در ذيل اين عنوان ابتدا بايد معناى ضمان طبيب روشن گردد و سپس معلوم گردد كه منظور از طبيب كدام طبيب است؟ حاذق يا جاهل، مقصر يا محتاط؟ و همچنين بايد روشن گردد كه تنها برخى از اطبا مانند جراحان ضامن اند يا همه اطبا، اعم از طبيب عمومى يا متخصص، جراح يا غير آن و اعم از از روان پزشكان و غير آنها، و آيا عمل طبيب كه ضمان آور است مصداق خطاى محض است‏يا ...؟**

**الف - معانى ضمان و موارد استعمال آن**

**كلمه ضمان، در اصطلاح فقها به معناى «تعهد» و بر عهده گرفتن است و در حقوق كنونى احيانا مرادف با «مسئوليت‏» نيز به كار مى‏رود. موارد استعمال ضمان و مشتقات آن در فقه و حقوق مدنى چندان است كه به دشوارى مى‏توان همه موارد و معانى گوناگون را برشمرد، ولى تقسيم اين موارد و گروه بندى معانى مشابه، مى‏تواند به شناخت مفهوم ضمان كمك شايانى كند.**

**1. ضمان ناشى از عقد: ضمان ناشى از عقد همان ضمان قراردادى است كه مثلا در عقد بيع، فروشنده و خريدار در مقابل يكديگر ضامن هستند، يعنى بايع متعهد و ضامن است كه مبيع را به مشترى تسليم نمايد، چنانكه مشترى نيز متعهد و ضامن است كه ثمن را به بايع بپردازد و در صورت مستحق للغير در آمدن هر يك از مبيع و ثمن بايع و مشترى ضامن درك آن مى‏باشند و بالاخره ضمان عقدى همان است كه در اصطلاح حقوق كنونى از آن به مسئوليت قراردادى ياد مى‏كنند.**

**2. ضمان قهرى: عبارت است از مسئوليت انجام امرى يا جبران ضررى كه بدون وجود هر گونه قرار داد و عقدى بين اشخاص به طور قهرى و به حكم قانون حاصل مى‏شود، مانند ضمان ناشى از غضب، اتلاف، تسبيب و امثال اينها. قدر مشترك اين گروه از ضمان، ناخواسته بودن آنها است‏يعنى ضامن قصد ندارد خود را ملتزم به امرى نمايد، لكن قانون اين مسؤوليت را بر او تحميل مى‏كند.**

**3. عقد ضمان: عقد ضمان طبق ماده 684 ق. م. «عبارت است از اينكه شخصى مالى را كه بر ذمه ديگرى است‏به عهده بگيرد ...» و اين نوعى انتقال دين بوده كه با عقد مزبور، دين از ذمه مديون اصلى به ذمه ضامن منتقل شود.**

**پس از روشن شدن معانى ضمان و موارد استعمال آن، اينك مى‏خواهم ببينم كه ضمان طبيب با كدام يك از اين سه معنا قابل تطبيق است، آيا ضمان عقدى و قرار دادى است؟ ياعقد ضمان است كه ضمان و مسئوليتى كه بر عهده ديگرى بوده و به وسيله عقدى به خود انتقال داده است؟ يا اينكه هيچ يك از اين دو نيست‏بلكه ضمان قهرى و الزامى خارج از قرار داد است؟ معلوم است كه ضمان طبيب از قبيل ضمان قهرى است، يعنى ضمان ناخواسته اى است كه طبق قانون بر او تحميل مى‏گردد، چون طبيب با كسى چنين قرارى نبسته است كه اگر خسارتى وارد شده من آن را جبران مى‏كنم و يا عقدى در ميان نيست كه بر اساس آن عقد و قرار بتوان طبيب را ملزم نمود.**

**در سال 1833 م. موضوع مسئوليت پزشكان در ديوان كشور فرانسه مطرح گرديد و ديوان كشور فرانسه راى داد كه دو ماده 1382 و 1383 قانون مدنى فرانسه كه مربوط به ضمان قهرى است‏به طور كامل قابل تطبيق بر مسئوليت پزشك است. بنابراين مسئوليت طبيب قهرى است، از آن زمان به بعد محاكم فرانسه بر اين مبنا حكم مى‏كردند، تا اينكه در سال 1936 مجددا موضوع مسئوليت پزشكان در ديوان كشور فرانسه مطرح گرديد. ديوان كشور اين بار راى به قراردادى بودن ضمان طبيب داد، زيرا بالاخره بين طبيب و بيمار قرار داد معالجه وجود دارد، گر چه قرارداد معالجه تعهد به شفاى بيمار نيست، لكن قرار داد اقتضا مى‏كند كه تلاش صادقانه و آگاهانه كه از وجدانى آگاه سرچشمه مى‏گيرد و با اصول علمى ثابت هماهنگ باشد به كار بندد و اخلاق طبيب به آنچه كه عقد بر وى تحميل كرده است ولو اينكه غير عمدى باشد موجب مسئوليت قراردادى شود. (6)**

**ولى حق اين است كه قرار داد معالجه باعث ضمان نمى‏گردد، چون اگر طبيب طبق قرارداد عمل نكند مقصر است و طبيب مقصر قطعا ضامن است و آن از محدوده بحث‏خارج است و اگر حاذق بود و تمام توانش را نيز به كار گرفته است اما منجر به مرگ بيمار شد، قرارداد معالجه نمى‏تواند ضمان آور باشد تا ضمان او ضمان قراردادى باشد، بلى ممكن است ضمان قهرى داشته باشد كه بايد به آن بپردازيم.**

**ب - ضمان كدام طبيب ضامن است؟**

**منظور از طبيب از يكسو قطعا قشر خاصى از طبيب نمى‏باشد. يعنى بحث ضمان طبيب، اختصاص به جراحان، يا پزشكان عمومى يا روانپزشكان يا دامپزشكان ندارد، بلكه هر طبيبى مسئول اعمال خود و ملزم به جبران خسارات وارده جانى و مالى مى‏باشد، يعنى اگر از ادله، ضمان طبيب استفاده شد، فرقى نمى‏كند كه يك طبيب عمومى با تجويز دارويى موجب تلف يا نقص عضو مريض گردد و يا يك جراح متخصص در اثر عمل جراحى قلب يا مغز و يا ...باعث تلف آن شخص گردد و يا روانپزشكى دراثر دادن برق در چند جلسه، به مريض و يا تجويز داروئى مريض خود را ناقص و يا از بين ببرد و يا دامپزشكى در اثر معالجات خود حيوان را تلف نمايد، ضامن خواهد بود.**

**از سوى ديگر يقينا اين بحث كه طبيب ضامن است‏يا نه؟ مخصوص برخى از اطبا است‏يعنى در طبيب حاذق محتاط كه همه تلاش خود را به كار بسته است اين بحث مطرح است كه آيا ضامن است‏يا نه؟ وگرنه ضمان طبيب قاصر يا مقصر قطعى است و كسى به عدم ضمان آنها نظر نداده و محل خلاف هم نيست تا مورد بحث قرار گيرد كه ذيلا به نحو اختصار به آنها اشاره مى‏شود.**

**ضمان طبيب جاهل**

**حذاقت و دانايى شرط اول و ركن ركين طبابت است، و تصدى شغل پزشكى و دامپزشكى و ديگر شعب مربوط به آن اگر بدون آگاهى لازم باشد و موجب مرگ يا ضايعه اى در عضو يا قوه اى از قواى انسان شود، فرد ضامن ديه نفس يا عضو آسيب ديده خواهد بود.**

**در اين رابطه نظر فقهاى شيعه و سنى و حقوقدانان هماهنگ بوده و روايات وارده از طرق شيعه و سنى دليل بر اين مطلب است، به عنوان نمونه به برخى از آنها اشاره مى‏كنيم:**

**در حديثى از اميرالمؤمنين عليه السلام روايت‏شده است كه فرمود:**

**«بر امام واجب است كه علماى فاسق و پزشكان جاهل و ... را زندانى كند.» (7)**

**زيرا علماى فاسد عقايد و دين مردم و پزشكان جاهل جسم مردم را تباه و فاسد مى‏كنند، پزشكان جاهل نه تنها دردهاى جسمى و روانى افراد جامعه را تخفيف نمى‏دهند بلكه بر آنها مى‏افزايند و گاه ممكن است آنها را تا سر حد مرگ بكشانند.**

**در حديثى ديگر از رسول خدا صلى الله عليه وآله وسلم هم نقل شده:**

**«من تطبب و لم يكن بالطب معروفا فهو ضامن‏» (8) يعنى كسى كه به امر پزشكى بپردازد و از قبل دانش آن را نياموخته باشد ضامن و مسئول است.**

**در قرآن كريم نيز از عمل به ظن و گمان مخصوصا در كارهاى مهم از قبيل جان و سلامت انسان بشدت نهى شده و گفته شد: «لا تقف ما ليس لك به علم‏» (9) و در آيه ديگر گفته شد: «ان الظن لا يغنى من الحق شيئا» (10) بنابراين كارها بايد براساس علم و آگاهى صورت گيرد نه ظن و تخمين و گمان.**

**بر اساس ضوابط فقهى و قاعده ضمان نيز وقتى افراد جاهل و نا آگاه مبادرت به خدمات پزشكى نمايند و به جاى اصلاح بيمار و علاج بيمارى او باعث فساد و تباهى او گردند بايد در قبال اعمال خويش مسئول باشند و اگر طبابت آنها منجر به فوت بيمار گردد، ضامن ديه نيز خواهند بود. فقها در اين باره اتفاق نظر دارند (11) .**

**در تبصره 3 ماده 295 قانون مجازات اسلامى آمده است: هر گاه بر اثر «عدم مهارت‏» قتل يا ضرب يا جرح واقع شود در حكم شبه عمد است و جانى مسئول پرداخت ديه است.**

**به هر حال در مسئوليت و ضمان طبيب جاهل ترديدى نيست و بحث مقال ما هرگز مربوط به آن نخواهد بود.**

**ضمان طبيب مقصر**

**طبق اجماع فقهاى شيعه هر گاه طبيب حاذق و دانايى در اثر سهل انگارى و بى توجهى مرتكب خطاى پزشكى شود و از اين جهت‏به بيمار صدمه اى وارد شود، ضامن خواهد بود، گرچه معالجه وى با اذن بيمار يا ولى او باشد. (12) و چون مسئوليت طبيب سهل انگار و بى مبالات از بديهيات و امور مسلم فقهى است لذا فقها در اين رابطه كمتر به بررسى پرداخته اند، زيرا تمامى قواعد و ادله ضمان در اين صورت مصداق دارد.**

**بنابراين طبيب هر چند ماهر و متخصص در علم و عمل باشد، طبق عرف پزشكى موظف است هنگام درمان از لحظه مراجعه تا اتمام اقدامات تشخيص و درمانى، كليه موازين علمى و متعارف را در جهت‏بهبود بيمار به كار گيرد، و در غير اين صورت هر گاه بيمار متحمل خساراتى اعم از جانى و مالى و مادى و معنوى شود، طبيب مسئول است. گر چه معالجه با اذن بيمار يا ولى او انجام شده و حتى قبل از درمان برائت نيز كسب كرده باشد، زيرا اذن و برائت دليل بر جارى بودن كوتاهى و سهل انگارى طبيب نمى‏شود.**

**بنابراين بحث اينكه: آيا طبيب ضامن است‏يانه؟ صرفا در پيرامون طبيب حاذق و ماهرى است كه تمام توان خود را در عرف پزشكى به كار گرفته، لكن تلاش او مثمر ثمر واقع نشده است و مريض در حين معالجه فوت كرده و يا نقص عضو پيدا كرده و يا قوه اى از قواى خود را از دست داده است وگرنه طبيب جاهل يا سهل انگار و مقصر قطعا ضامن است.**

**خطاى محض، ضمنا مقصود از خطاى طبيب، خطاى محض نيست كه ديه بر عاقله باشد، زيرا عمل طبيب از قبيل شبه عمد است نه خطاى محض، زيرا در خطاى محض، شخص هرگز قصد انجام آن كار را ندارد. مثلا سرگرم پاك كردن تفنگ خود مى‏باشد ولى ناگهان تيرى از آن شليك مى‏شود و تصادفا به انسانى برخورد كرده و او را مى‏كشد. در اين صورت قتل خطايى محض صادق است، ولى در شبه عمد طرف قصد انجام فعل را دارد. لكن به منظور ديگرى غير از قتل و تصادفا منجر به قتل مى‏شود، مثلا معلمى شاگرد خود را به قصد تاديب كتك مى‏زند ولى تصادفا منجر به قتل مى‏شود و به تعبير ديگر در شبه عمد شخص، در فعل خود عامد است ولى در قصد خود خاطى. لذا معالجه طبيب روى بيمار چون با قصد و عمد انجام مى‏گيرد مثلا عمل جراحى روى مريض انجام مى‏گيرد لكن نه به قصد قتل بلكه به قصد علاج و درمان، اما تصادفا منجر به فوت بيمار مى‏گردد. در اينجا شبه عمد است و ديه بايد از مال خود طبيب پرداخته شود نه عاقله، ضمنا خطاى طبيب را همانند خطاى قاضى نمى‏دانند تا ديه از بيت المال پرداخت‏شود، بلكه بايد از مال طبيب پرداخت‏شود.**

**2 - اثبات ضمان طبيب**

**طبابت در ديدگاه مسلمانان، اولا: يك مسئوليت و تعهد دينى و ضرورت اجتماعى انسانى است كه امكان تساهل در آن وجود ندارد و يكى از واجبات كفايى است. ثانيا: حكمى عقلى است زيرا براى بقاى نوع انسان و تخفيف رنجها و بلايا نقش اصلى را دارد. ثالثا: پزشكى يك رسالت اخلاقى است و نجات دادن يك شخص، همسان و بمنزله نجات همه افراد جامعه است: «من احياها فكانما احيا الناس جميعا» (13) لذا پزشكى كه قادر به معالجه باشد و از آن خوددارى نمايد فاقد اخلاق انسانى است (14) و به تعبير حضرت عيسى مسيح عليه السلام با وارد كننده جرح بر مجروح، شريك است. (15)**

**حال با توجه به اهميت و جايگاه والاى امر طبابت و معالجه، اگر طبيبى حاذق تمام تلاش و سعى خود را در راه علاج بيمار صرف كند، اما نهايتا معالجه منجر به فايده اى نشده و مريض دچار نقص عضو شده يا بميرد، در اين صورت بايد ديد فقها و حقوقدانان در قوانين موضوعه چه نظرى داده اند آيا چنين طبيبى ضامن است‏يا ضامن نيست؟**

**مشهور فقهاى شيعه و حقوقدانان قايل به ضمان هستند و طبيب را ضامن مى‏دانند و عده اى نيز حكم به عدم ضمان كرده اند، اينك بايد به دلايل و مستندات دو گروه نظر كنيم و ببينيم حق با كدام قول است.**

**الف - نظر مشهور: (ضمان طبيب)**

**مشهور فقهاى اماميه بر اين عقيده‏اند كه هر گاه معالجه طبيب فوت، يا زيان بدنى بيمار را در پى داشته باشد، طبيب ضامن است گر چه در امر طبابت‏حاذق متبحر بوده و معالجه نيز با اذن بيمار و يا ولى او باشد. (16)**

**شهيد اول در متن لمعه مى‏فرمايد:**

**«الطبيب يضمن فى ماله ما يتلف بعلاجه و ان احتاط و اجتهد و اذن المريض.» (يعنى در صورتى كه معالجه طبيب منتهى به تلف جانى و يا نقص عضو گردد، ضامن است گر چه نهايت كوشش و سعى و احتياط را نموده و معالجه نيز به اذن بيمار باشد.)**

**مشهور براى اثبات مدعاى خود به دلايلى تمسك كرده اند كه ذيلا به آنها اشاره مى‏شود:**

**1 - روايات**

**روايت‏سكونى از امام صادق عليه السلام و او از اميرالمؤمنين عليه السلام كه فرمود:**

**«من تطبب او تبيطر فلياخذ البرائة من وليه و الا فهو له ضامن‏» (17) كسى كه طبابت‏يا بيطارى مى‏كند بايد قبلا از ولى بيمار و صاحب حيوان برائت‏حاصل نمايد و گرنه ضامن خواهد بود.**

**روايت ديگرى از سكونى از امام صادق عليه السلام و از پدرش كه آن حضرت فرمود:**

**«ان عليا عليه السلام ضمن ختانا قطع حشفه غلام‏» (18) (على عليه السلام شخصى را كه كودكى را ختنه كرده بود و بيش از مقدار لازم بريده بود، ضامن گردانيد).**

**بنابراين براساس اين دو روايت اطبا عموما خواه طبيب انسان باشند و خواه طبيب حيوان (دامپزشك) و حتى ختنه گر مسئول اعمال خود بوده و در صورت ورود زيان ضامن خواهند بود.**

**2 - قواعد فقه و حقوق (19)**

**عمل طبيب مشمول برخى از قواعد فقه و حقوق است كه شخص را ضامن و مسئول مى‏دانند از قبيل:**

**قاعده اتلاف: كه به نحو عموم مى‏گويد: هر كسى باعث تلف مال يا جان يا سلامت ديگرى گردد، ضامن است. و مى‏دانيم كه در اين قاعده، قصد و عدم قصد، عقل و عدم عقل، بلوغ و عدم بلوغ، علم و جهل، تاثيرى ندارند يعنى در تمام موارد متلف ضامن است‏بنابراين كار طبيب كه باعث تلف جان يا مال يا قوه اى از قواى جسمانى و يا نقص عضو مى‏گردد طبيب ضامن است و چون قصد اتلاف نداشت مصداق شبه عمد است.**

**قاعده تسبيب: در بعضى از موارد با كار طبيب تطبيق مى‏كند مثلا اگر طبيبى تزريق آمپولى را به مريض تجويز كرده و پرستار طبق دستور پزشك عمل كند و آن آمپول را به مريض تزريق نمايد و در اثر آن، مريض فوت كرده و يا نقص عضوى پيدا كند مثلا فلج‏يا كور شود، در اين صورت از باب اقوى بودن سبب از مباشر، طبيب ضامن است نه آن پرستارى كه موظف به عمل كردن طبق دستور پزشك است.**

**قاعده غرور: در بعضى از موارد طبيب طبق قاعده غرور ضامن است، در جايى كه طبيب دارويى را براى مريض تجويز كرده و نسخه مى‏نويسد و مريض به اعتماد نظر طبيب طبق دستور دارو را تهيه و مصرف مى‏كند به اميد اينكه با مصرف دارو دردش درمان و مرضش معالجه مى‏شود، لكن مصرف دارو باعث فوت يا نقص عضو و يا خسارت ديگرى مى‏گردد. در اين صورت طبيب مصداق «غار» و مريض مغرور است لذا طبق قاعده غرور و حديث معروف نبوى «المغرور يرجع الى من غره‏» مريض يا ورثه او در صورت فوت مى‏توانند به طبيب مراجعه نمايند.**

**قاعده لاضرر: طبق اين قاعده هر ضررى از ناحيه هر كسى بر كسى وارد شود بايد جبران شود، از جمله ضررى كه از ناحيه طبيب بر مريض وارد مى‏شود بايد جبران گردد.**

**3 - اجماع**

**بعضى از فقها در اين مساله ادعاى اجماع نيز كرده اند و يا تعبير به «لا خلاف‏» نموده‏اند (20) . و حتى شهيد ثانى در شرح لمعه عمده دليل را اجماع دانسته است.**

**بر همين اساس و تبعيت از مشهور است كه حقوقدانان اسلامى در قانون مجازات اسلامى موادى را به اين موضوع اختصاص داده اند از قبيل:**

**ماده 319: «هر گاه طبيبى گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه هايى كه شخصا انجام مى‏دهد يا دستور آن را صادر مى‏كند هر چند با اذن مريض يا ولى او باشد باعث تلف جان يا نقص عضو يا خسارت مالى شود ضامن است‏».**

**ماده 320: «هر گاه ختنه كننده در اثر بريدن بيش از مقدار لازم موجب جنايت‏يا خسارت شود، ضامن است گرچه ماهر بوده باشد».**

**ماده 321: «هر گاه بيطار و دامپزشك گرچه متخصص باشد در معالجه حيوانى هر چند با اذن صاحب او باشد موجب خسارت شود ضامن است‏».**

**بنابراين طبق قوانين موضوعه نيز طبيب هر چند حاذق و ماذون از ناحيه مريض يا ولى مريض باشد و احتياط را نيز مراعات كرده باشد، ضامن است.**

**ب - نظر غير مشهور (عدم ضمان طبيب):**

**در مقابل نظر مشهور، عده اى از فقها از قبيل ابن ادريس از قدماى اصحاب در كتاب سرائر (21) و آية‏الله سيد محمد شيرازى در كتاب «الفقه‏» (22) از معاصرين و برخى از حقوقدانان (23) به عدم ضمان طبيب حاذق محتاط معتقدند. اين گروه نيز براى خود دلايلى دارند كه ذيلا به آنها اشاره مى‏شود:**

**1 - اصل برائت، يعنى در صورت تبحر و محتاط و ماذون بودن طبيب براى معالجه شك داريم كه ضامن است‏يا نه، اصل برائت ذمه طبيب است.**

**2 - اذن بيمار يا ولى او بر معالجه، يعنى چون طبيب از طرف بيمار يا ولى او ماذون است، نبايد در صورت فوت بيمار يا نقص عضو او ضامن باشد.**

**3 - اذن شرع و عقل، يعنى نبايد كارى كه عقلا و شرعا مجاز و مشروع است ضمان آور باشد، تا جايى كه گفته شد: «كل ما هو ماذون شرعا ليس فيه ضمان ما تلف لاجله. و كل ما هو غير ماذون فيه، ففيه الضمان‏». (24) بنابراين چون مداوا و علاج بيمار شرعا مجاز است نبايد در صورت تلف يا نقص عضو براى طبيب ضمان آور باشد.**

**4 - روايات وارده از معصومين عليهم السلام، كه از آنها عدم ضمان طبيب استفاده مى‏شود مانند:**

**روايت اسماعيل بن حسن (كه طبيب بود) مى‏گويد: به امام صادق عليه السلام عرض كردم من مرد عربم كه به علم پزشكى آشنا هستم و طبابت من عربى است و پول معاينه هم نمى‏گيرم، حضرت فرمودند: مانعى ندارد، عرض كردم: ما زخم را شكافته و با آتش مى‏سوزانيم؟ فرمود: باكى نيست، عرض كردم: ما براى بيماران داروهاى سمى تجويز مى‏كنيم؟ فرمود: مانعى ندارد. عرض كردم: ممكن است‏بيمار بميرد، فرمودند: ولو بيمرد». (25)**

**روايت‏يونس بن يعقوب كه مى‏گويد: به امام صادق عليه السلام عرض كردم: مردى (طبيبى) دارويى را تجويز كرده و يا رگى را قطع مى‏كند و ممكن است از آن دارو و يا قطع رگ نتيجه بگيرد و يا آن دارو و قطع رگ بيمار را بكشد؟ حضرت فرمودند: مى‏تواند رگ را قطع و دارو را تجويز نمايد. (26)**

**روايت احمد بن اسحاق كه مى‏گويد: من فرزندى داشتم كه مبتلا به سنگ (كليه يا مثانه) شده بود، به من گفتند كه علاجى جز جراحى ندارد، هنگامى كه او را جراحى كردم، فورا مرد، بعضى از شيعيان به من گفتند: تو شريك خون فرزندت هستى، ناچار نامه اى به امام عسكرى عليه السلام نوشته و ماوقع را براى او شرح دادم، حضرت در پاسخ نوشتند: بر تو چيزى نيست چرا كه هدف تو معالجه بود ولى اجل او در همان بود كه تو انجام دادى. (27)**

**از اين روايات نيز استفاده مى‏شود كه طبيب ضامن نيست.**

**ارزيابى دلايل دو گروه:**

**با مراجعه به كتب فقه و كلمات فقها معلوم مى‏شود كه بر ادله طرفين ايراد و خدشه وارد كرده‏اند، ولى در مجموع ايرادات وارده بر دلايل مشهور قابل رد و ايرادات وارده بر نظر غير مشهور قويتر به نظر مى‏رسد، لذا به نظر نگارنده نظر مشهور طبق ادله معتبر تر و با قواعد سازگارتر است.**

**يكى از ايرادات (28) بر مستند مشهور اين است كه تمسك به حديث‏سكونى صحيح نيست چون سكونى در علم رجال تضعيف شده و حديث، به خاطر سكونى ضعيف است. پاسخ اين ايراد اين است كه عمل مشهور جابر ضعف سند حديث است، يعنى وقتى متن حديث مورد پذيرش فقها قرار گرفته و به آن عمل كرده اند ضعف سند جبران مى‏شود.**

**نسبت‏به روايت دوم يعنى ضمان ختنه گر نيز ايراد شده: اين در جايى بوده كه ختان تعدى كرده است. در حالى كه در روايت هيچ سخن از تعدى و تفريط نيست. و يا در اجماع خدشه وارد كرده اند كه اساسا اجماع طبق نظر بعضى از فقها حجت نيست. اين سخن نيز مردود است زيرا يقينا اجماع يكى از ادله است گرچه ممكن است نظر يك فقيه چيز ديگرى باشد و اجماع در اين مساله مدركى نيز نيست كه بعضيها ادعا كرده اند، البته اگر در جايى اصل وجود اجماع محقق و معلوم نباشد و يا مدركى بودنش مسلم باشد، بحث ديگرى است. ولى آقايان از يك سو مى‏گويند روايت ضعيف و قابل عمل نيست، از سوى ديگر مى‏گويند فقها در طول تاريخ به خاطر اين روايت ضعيف، اجماع بر ضمان طبيب نمودند، حداقل اگر اجماع مدركى باشد نشانگر اين معناست كه روايت در نظر فقها معتبر بوده و آن را قابل عمل مى‏دانستند و هر چند روايت را ضعيف مى‏دانستند. پس اجماع خود دليل مستقلى است، چون معقول نيست فقها به خاطر يك روايت ضعيف در طول تاريخ بر ضمان طبيب اجماع نمايند.**

**ايرادات وارده بر دلايل غير مشهور (29) :**

**دليل اول، يعنى اصل برائت‏بر اهل فن مخفى نيست كه با وجود ادله لفظيه نوبت‏به اصل عملى از قبيل اصل برائت نمى‏رسد.**

**دليل دوم، يعنى اذن بيمار يا اذن ولى او، اين دليل نيز مورد قبول نيست زيرا اذن در معالجه اذن در اتلاف يا نقص عضو نيست تا گفته شود خود مريض اذن داده و اساسا آيا مريض مى‏تواند به طبيب اذن در اتلاف و نقص عضو دهد؟**

**دليل سوم يعنى اذن شرعى، در پيرامون اين دليل گفته مى‏شود، گرچه در غالب موارد كارى كه شرعا مجاز است ضمان آور نيست ولى اين كليت ندارد لذا با اينكه زدن براى تاديب از ناحيه معلم ياپدر شرعا جايز است اگر منجر به تلف يا نقص عضوى شود ضمان آور است و روشن تر از همه اينكه با اينكه ختنه شرعا واجب است و ختنه گر قطعا مجاز به انجام چنين كارى هست وقتى موجب خسارت شد، اميرالمؤمنين عليه السلام او را ضامن دانست.**

**دليل چهارم يعنى روايات (روايت اسماعيل بن حسن و يونس بن يعقوب و احمد بن اسحاق)، اساسا ناظر به ضمان يا عدم ضمان نيستند بلكه ناظر به جواز اقدام بر معالجه ولو منجر به فوت بيمار شود مى‏باشند يعنى اين روايات در مقام بيان اين جهت‏بودند كه حتى با احتمال فوت نيز مى‏توان اقدام به معالجه نمود، اما اينكه اگر بيمار فوت و يا نقص عضو پيدا كرد ضمان دارد يا ندارد بحث ديگرى است، خصوصا در روايت احمدبن اسحاق طبيب پدر مريض بود. بنابراين طبق ادله حكم به ضمان طبيب اقوى است، خصوصا به خاطر نكته اى كه از حديث‏سكونى استفاده مى‏شود و آن اينكه اگر طبيب از نظر شرع ضامن نبود، چرا على عليه السلام براى عدم ضمان طبيب به اخذ برائت متوسل شده و راه چاره نشان داد، خوب بود كه بگويد طبيب ضامن نيست. در ابتدا، متذكر شديم محور بحث هم طبيب جاهل يا مقصر نيست كه شما بگوييد اخذ برائت مربوط به آنها است، توسل به تحصيل برائت دليل بر اين است كه طبيب اولا و بالذات ضامن است و ثانيا و بالعرض يعنى با اخذ برائت ضامن نيست كه بحث‏بعدى ما است.**

**3 - عوامل سقوط ضمان طبيب**

**چنانكه ملاحظه كرده ايد از يك سو، طبيب طبق قواعد و ادله، ضامن است. از سوى ديگر مى‏دانيم كه اگر طبيبى بداند كه در صورت فوت بيمار يا نقص عضو بايد ديه بپردازد، هيچ گاه حاضر به معالجه بيمار نخواهد شد و قهرا بيماران در وضع بدى قرار خواهند گرفت و علاج بيمار كه يك حكم الهى و عقلى است ترك خواهد شد، لذا بايد براى اين جهت فكرى كرد، تاكنون راههايى براى آن در نظر گرفته شد كه بر اساس آن طبيب ضامن نخواهد بود كه ذيلا به آنها اشاره مى‏شود.**

**1 - تحصيل برائت: (30)**

**فقهاء به اتفاق معتقدند: تحصيل برائت از مريض يا ولى مريض قبل از درمان مسقط ضمان است، عمده دليل آن همان روايت‏سكونى است كه امام صادق عليه السلام از اميرالمؤمنين عليه السلام نقل كرد كه طبيب ضامن است مگر اينكه برائت گرفته باشد: «من تطبب او تبيطر فلياخذ البرائة من وليه و الا فهو له ضامن‏» تنها ايرادى كه در اخذ برائت قبل از درمان هست، اين است كه اين عمل به تعبير فقهاء مصداق قاعده معروف اسقاط مالم يجب است‏يعنى اسقاط حق قبل از ثبوت آن است، زيرا هنوز خسارتى رخ نداده است كه بيمار يا ولى بيمار بخواهد آن را از ذمه طبيب اسقاط كند.**

**اين ايراد از دو طريق پاسخ داده مى‏شود:**

**اولا براى اسقاط حق ثبوت قطعى آن لازم نيست‏بلكه همين اندازه كه زمينه ثبوت آن فراهم گردد مى‏توان آن را ساقط كرد، در مورد مداواى بيمار زمينه هاى ثبوت آن حاصل است، هر چند قبل از اقدام به معالجه و مداوا باشد.**

**ثانيا: اسقاط اين حق مى‏تواند به عنوان «شرط ضمن عقد» در مساله معالجه مريض در آيد، يعنى همانطورى كه مى‏توان در ضمن عقد بيع مثلا تمام خيارات را اسقاط كرد در حالى كه بعضى از خيارات از قبيل خيار مجلس، حيوان و تاخير ثمن، با انجام معامله زمينه آنها فراهم مى‏شود، در باب علاج بيمار نيز در ضمن عقد اجاره طبيب براى مداواى بيمار مى‏توان آن حق را اسقاط كرد. بنابراين با توجه به ضرورت علاج و عدم تمكين طبيب براى معالجه در صورت ضمان، چاره اى جز صحت‏برائت نيست.**

**سئوال: حال كه معلوم شد تحصيل برائت مسقط ضمان است، اين سؤال پيش مى‏آيد كه اين برائت‏بايد از چه كسى گرفته شود**

**پاسخ: برائت قبل از هر كس از خود بيمار گرفته مى‏شود مگر در چند صورت: بالغ نباشد، عاقل نباشد، و يا با وجود كمال عقلى و بلوغى ممكن نباشد، مثل اينكه مريضى كه عمل جراحى او پنجاه درصد خطرى است‏شما بخواهيد به مريض بگوييد كه وضع شما اين است اين كار از لحاظ روانى تاثير سوء داشته و ممكن است‏خطر را قطعى نمايد. در اين موارد بايد از ولى بيمار برائت گرفته شود، و منظور از ولى، پدر يا جد پدرى است و اگر آنها نباشند، حاكم شرع و اگر دسترسى به حاكم نبود (كه اغلب اين چنين است) بستگان نزديك او كه از لحاظ عقل و درايت كامل و از لحاظ تقوى مورد وثوق اند، از باب عدول مؤمنين امر ولايت مريض را به عهده مى‏گيرند.**

**2 - عرف و عادت**

**عده اى معتقدند كه از قديم الايام رسم بر اين بوده است كه پزشكان در مقابل مرگ يا نقص جسمى و روحى بيماران مسئوليتى نداشته اند و عرف و عادت خود به عنوان يكى از مبانى حقوق سبب معافيت پزشك از مسئوليت ضررهاى ناشى از انجام طبابت مى‏باشد.**

**ولى حق اين است كه هر چند عرف و عادت و آداب و رسوم محلى در قديم به عنوان مصدر قانونى شناخته مى‏شدند، ولى امروزه ديگر آن تاثير را ندارند يعنى با وجود قوانين عام و خاص ديگر عرف و عادت نمى‏تواند منشا حكم يا حقى باشد و يا حق ثابتى را سلب نمايد لذا در ماده 3 قانون آيين دادرسى مدنى آمده است: دادگاه ها بايد بر اساس قوانين موضوعه حكم نمايند، پس با وجود قوانين نوبت‏به عرف و عادت نمى‏رسد و قوانين هم طبيب را ضامن مى‏دانند.**

**3 - فقدان عمد و سوء نيت**

**طرفداران اين نظريه مى‏گويند: چون پزشك با هدف و انگيزه انسانى به معالجه و جراحى مريض مى‏پردازد ديگر نبايد مسئول شناخته شود.**

**اين نظريه ممكن است در مواردى توجيه گر معافيت از مسئوليت كيفرى پزشك باشد، يعنى نمى‏توان پزشك را قصاص كرد، ولى نمى‏تواند مبنايى براى معافيت پزشك از مسئوليت مدنى گردد، چنانكه در ضمن بيان دلايل ضمان پزشك گفته شد در قاعده اتلاف عمد و قصد تاثيرى نداشته و تقصير نقشى را بازى نمى‏كند، بلكه همينكه رابطه سببيت‏بين كار شخص و تلف موجود باشد براى ايجاد ضمان كافى است. بنابراين عمد و قصد در مسئوليتهاى كيفرى ممكن است نقش داشته باشد ولى در مدنى نقشى ندارد.**

**4 - رضايت‏بيمار**

**بعضى ها عقيده دارند كه اذن و رضايت‏بيمار در معالجه باعث‏سقوط ضمان از طبيب است. (31) ولى چنانكه قبلا هم اشاره شد اذن و رضايت‏بيمار در علاج، اذن و رضايت در اتلاف يا نقص عضو نيست و رضاى بيمار اصل مشروعيت عمل طبيب را ثابت مى‏كند نه سقوط ضمان، در صورت تلف مواد 319 و 321 قانون مجازات اسلامى صريح در اين امر است.**

**حاصل آنكه در بين عوامل ياد شده تنها تحصيل برائت است كه مسقط ضمان است نه امور ديگر لذا مقنن در قانون مجازات اسلامى تنها به تحصيل برائت اشاره كرده و در روايت نيز به تحصيل برائت اكتفا نموده است. قانون مجازات اسلامى در ماده 322 چنين مى‏گويد:**

**«هر گاه طبيب يا بيطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مريض يا ولى او يا از صاحب حيوان برائت‏حاصل نمايد، عهده دار خسارت پديد آمده نخواهد بود».**

**جمع بندى**

**با بررسيهايى كه انجام گرفته معلوم شد كه طبيب هر چند حاذق و ماهر و محتاط باشد اگر در اثر طبابت و معالجه او بيمار تلف شود يا نقص عضوى حاصل شود و يا قوه اى از قوا را از قبيل قوه باصره يا سامعه و يا ... از دست‏بدهد و همچنين خسارات مالى حاصله از طريق معالجه بى ثمر و يا خطايى را، ضامن خواهد بود و بايد از مال خود خسارات را جبران نمايد.**

**ولى چون اين عمل موجب عسر جرح در جامعه مى‏شود و علاج بيمار را با مشكل مواجه مى‏سازد، چرا كه طبيب در صورت ضمان، حاضر به معالجه نخواهد شد، در صدد علاج برآمده و راههايى را براى سقوط ضمان طبيب پيشنهاد كرده‏اند كه تنها راه تحصيل برائت‏شرعا و قانونا مورد پذيرش قرار گرفته است. لذا لازم است اطبا قبل از درمان، از مريض يا ولى او و همچنين دامپزشك از صاحب حيوان برائت كسب نمايد كه امروزه در بيمارستانها اين عمل رايج است.**

**پى‏نوشتها:**

**1- عضو هيئت علمى مجتمع آموزش عالى قم وابسته به دانشگاه تهران.**

**2- روضه كافى، ص 245.**

**3- حديث كافى، ج 5، ص 292، حديث 1.**

**4- جواهر الكلام، ج 43، ص 50.**

**5- روضه كافى، حديث‏شماره 545.**

**6- مسئوليت مدنى ناشى از خطاى شغلى پزشك از شجاعپوريان، ص 6-35 به نقل از المسؤوليته الاطباء دكتر ابراشى.**

**7- وسائل الشيعه، ج 18، ص 221.**

**8- كنزالعمال، ج 10، ص 15.**

**9- اسراء/ 36.**

**10- يونس 36.**

**11- شرايع، محقق كتاب الديات; جواهر الكلام، ج 43، ص 44; مجمع البرهان، محقق اردبيلى، كتاب الديات، رياض‏المسائل ج 2، ص 596 و ...**

**12- ر.ك: جواهر، ج 43، ص 44; مجمع البرهان، اردبيلى، كتاب الديات، ص 1; تحرير الوسيله، ج 2، ص 561، مساله 5 و مبانى تكملهة المنهاج، ج 2، ص 221، مساله 224.**

**13- مائده: 32.**

**14- مسؤوليت مدنى پزشك، ص 69.**

**15- روضه كافى، حديث 545.**

**16- ر.ك: جواهر الكلام، ج 43، ص 45; جامع المدارك، خوانسارى، ج 6، ص 188; منتاح الكرامه، ج 10، ص 270; لمعه و شرح لمعه، ج 2، كتاب الديات; تحرير الوسيله، ج 2، كتاب الديات موجبات ضمان، مساله 4; الفقه، سيد محمدحسين شيرازى، ج 90، ص 74 و مبانى تكمله المنهاج آقاى خويى، ج 2، كتاب الديات، مساله 224 و ...**

**17- وسائل‏الشيعه، ج 19، ص 195، باب 24 از ابواب موجبات الضمان، حديث 1 و 2.**

**18- همان**

**19- براى آگاهى بيشتر به اين قواعد به كتابهايى از قبيل: قواعد الفقهيه آقاى ميرحسن بجنوردى و آقاى مكارم شيرازى و مسئوليت مدنى دكتر كاتوزيان، و حقوق مدنى، ج 2، اثر نگارنده مراجعه كنيد.**

**20- جواهر الكلام، ج 43، ص 46 و شرايع محقق حلى، و مبانى تكمله المنهاج، ج 2، ص 221 و غنيه ابن زهره و شهيد ثانى در شرح لمعه و ...**

**21- سرائر، كتاب الحدود، باب النفوس.**

**22- الفقه، ج 90، ص 76.**

**23- مسؤوليت مدنى پزك، از شجاعپوريان زير نظر دكتر كاتوزيان.**

**24- تحرير الوسيله، ج 2، ص 565.**

**25- روضه كافى، ص 4-193، حديث 229 و 230.**

**26- همان.**

**27- كافى، ج 6، ص 53.**

**28- براى آگاهى بر ايرادات، به كتاب «الفقه‏» شيرازى، ج 90 و مسئوليت مدنى پزشك از شجاعپوريان مراجعه نماييد.**

**29- ر.ك: جواهر الكلام، ج 43 و جامع المدارك، ج 6 و ...**

**30- جواهر الكلام، ج 43، ص 44; لمعه و شرح لمعه، كتاب الديات; سرائر، كتاب الديات; تحريرالوسيله، ج 2، كتاب الديات; جامع المدارك، ج 6، كتاب الديات; مبانى تكملة المنهاج، ج 2، كتاب الديات و ...**

**31- پاره اى از اين مباحث از كتاب مسئوليت مدنى پزشك شجاعپوريان نقل شده البته با اختلاف نظرى كه هست.**