

بررسی مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک*

علیرضا اسماعیل آبادی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

E-mail: aresmaili @ yahoo.com

چکیده

هر کدام از نظام‌های حقوقی، مسئولیت پزشک را از بُعدی بررسی کرده و به راهی رفته‌اند؛ برخی آن را از بُعد قراردادی بررسی می‌کنند و برخی دیگر، مسئولیت پزشک را قهری و تعهد پزشک به درمان را ناشی از حکم قانون و اخلاق می‌دانند. با این همه باید دید که در حقوق اسلامی، مسئولیت پزشک از کدام بُعد قابل دسترسی است؛ آیا مسئولیت پزشک قراردادی است یا این که پزشک به حکم شرع موظف است بیمار را درمان کند و چنانچه در اثر درمان، خسارتی به بار آید به حکم شرع باید آن را جبران سازد و آیا اساساً فقیهان به طرح و ارائه این گونه مباحث پرداخته‌اند و یا می‌توان چنین مباحثی را با دیدگاه‌های آنان منطبق ساخت؟ گرچه بررسی مسئولیت و به ویژه مسئولیت پزشک از بُعد قراردادی یا قهری در نظام حقوقی اسلام پیشینه‌ای ندارد، می‌توان با استفاده از آراء پراکنده صاحب‌نظران این رشته به نوعی، نظام حقوقی اسلام را با نظام‌های حقوقی مدرن در این موضوع هماهنگ ساخت.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت پزشک، مسئولیت قراردادی، مسئولیت قهری.

* - تاریخ وصول: ۸۲/۱۱/۱۸، تاریخ تصویب نهایی: ۸۳/۷/۲۲.

مقدمه

پزشکی، پیشینه‌ای بسیار دارد و از بدو تکوین انسان تاکنون در جوامع انسانی، گروهی بوده‌اند که همواره برای تندرستی و سلامت افراد جامعه کوشیده‌اند و هیچ کس به درستی نمی‌داند که نخستین بار، پزشکی از کجا، از چه زمانی و به دست چه کسی بنیان گذارده شده است. ولی این اندازه روشن است که نخستین بار، کاهنان و جادوگران با خواندن ورد و جادو تلاش می‌کردند تا خشم خدایان را فرو بنشانند؛ چه به باور آنان، خشم خدایان علت بیماری بود و از همین دوره‌هاست که واژه «طیب»، که ناظر به جنبه روحانی درمان است، پدید می‌آید (گودرزی، ۱۳۸۴). در این دوره‌ها، مسئولیت پزشک جایی نداشته است. اندک اندک با گسترش جوامع و افزایش تعداد پزشکان، مقرراتی گاه سخت و خشن (میک، صص ۶۱-۶۲) و گاه معتدل‌تر برای پزشکان وضع می‌گردد و کم کم اندیشه مسئولیت به قوانین راه می‌یابد و در ادامه، انواع مسئولیت‌ها از یکدیگر تفکیک می‌شود.

فقیهان نیز در حقوق اسلامی همواره و از دیرباز تلاش کرده‌اند تا به بررسی نوع مسئولیت پزشک بپردازند. با این همه این پرسش مطرح می‌گردد که پزشک در حقوق اسلامی تا چه اندازه مسئول دانسته می‌شود؟ آیا می‌توان پزشک را یک سره مسئول دانست و فعل متعارف و عادی او را (= درمان) ضمان آور تلقی کرد؟ و اساساً مبنای مسئولیت پزشک چیست؟ آیا الزام پزشک به جبران خسارت ناشی از قرارداد است و قرارداد پزشک و بیمار حکم می‌کند که پزشک، خسارت وارد آمده به بیمار را جبران کند یا این که پزشک به حکم شرع، ملزم و موظف به جبران خسارت است؟ به دیگر سخن، آیا مسئولیت پزشک در حقوق اسلامی از نوع قراردادی است و یا این که از بُعد غیرقراردادی (ضمان قهری) بررسی شده است؟

۱. مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی پزشک

در نظام حقوقی فرانسه، بلژیک، سوئیس، آلمان و مصر، مسئولیت مدنی پزشک از

بعد قراردادی بررسی شده و مسئولیت پزشک قراردادی دانسته شده است. بنابراین در این گونه نظامها، چنانچه در اثر درمان پزشک، بیمار متحمل خسارتی شود زیان دیده برای جبران خسارت خود باید بر اساس قواعد مسئولیت قراردادی اقامه دعوا کند و جبران زیان خود را بخواهد و برای پیدایش مسئولیت قراردادی تخت باید قراردادی صحیح میان پزشک و بیمار شکل بگیرد و سپس رابطه علت میان خسارت به بار آمده و نقض قرارداد وجود داشته باشد و اثبات این مهم بر عهده زیان دیده است.

رویه قضایی فرانسه تا مدتها، مسئولیت پزشک را غیر قراردادی می دانست و دادگاهها بیش از یک قرن در این باره با یکدیگر اختلاف نظر داشتند تا این که با صدور رأی ۲۰ مه ۱۹۳۶، مسئولیت پزشک قراردادی دانسته شد و به اختلاف نظر دادگاهها پایان داد و بدین ترتیب، تحولی در حقوق فرانسه پدید آمد (ورگ، ص ۴۳۱). دادگاههای بلژیک هم به دنبال صدور این رأی، آن را پذیرفتند و رابطه پزشک با بیمار را بر پایه قرارداد تجزیه و تحلیل کرده و مسئولیت پزشک را قراردادی دانسته‌اند (نیس، ص ۶۳). و بالاخره، دیوان تمیز مصر نیز در رأی ۱۹۶۹/۷/۳ با تبعیت از نظام حقوقی فرانسه، مسئولیت پزشک را قراردادی اعلام کرد (عابدین، ص ۴۹).

با این همه، این تحول تنها از بُعد نظری اهمیت دارد و از لحاظ عملی تأثیری به حال زیان دیده نداشت، زیرا در همه نظامها، تعهد پزشک در قبال بیمار، تعهد به وسیله دانسته شده است و نه تعهد به نتیجه. یعنی پزشک باید در چارچوب اوضاع و احوال حاکم و با رعایت اصول علمی ثابت و مسلم به تعهد خود عمل کند و تلاش کند تا بیمار تندرستی خود را باز یابد. بنابراین بیمار زیان دیده برای رسیدن به حق خود و دریافت خسارت از پزشک، باید تقصیر پزشک را به اثبات برساند.

نظام مسئولیت قهری در کشورهای تابع حقوق «کامن لا» مرسوم است

و طرفداران این نظام مسئولیت، معتقدند مسئولیت پزشک ناشی از تخلف از قرارداد نیست. چه، قرارداد موجود میان پزشک و بیمار الزام‌آور نیست. بنابراین الزام پزشک به جبران خسارت و تعهد او به درمان، ناشی از حکم قانون است (مارکسیتس و دیکین، ص ۲۶۰). ولی این بدان معنا نیست که مسئولیت پزشک در همه حال غیرقراردادی است. چه، این نظام حقوقی هم نتوانسته است نقش قرارداد را به کلی نادیده گیرد و در صورتی که بیمار به طور خصوصی با پزشک توافق کند و معالجاتی را پزشک انجام دهد، رابطه‌ای قراردادی میان پزشک و بیمار شکل گرفته است که نقض آن مسئولیت پزشک را به دنبال می‌آورد (کندی و گراب، ص ۲۸۸).

۲. مسئولیت پزشک در فقه اهل سنت

حقوق‌دانان اهل سنت میان پزشک متخصص و ماهر با پزشک جاهل تفاوت گذارده و برای هر کدام، حکمی جداگانه پیش‌بینی کرده‌اند:

۲-۱. پزشک جاهل

چنانچه فردی، خویشتن را پزشک معرفی کند و به درمان بیماران بپردازد بی آن که چیزی از طبابت بداند، مسئول است و صرف تصدی او به طبابت خطاست و ضمان‌آور، زیرا از پیامبر روایت شده که فرمودند: «من تطیب و لم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن» (أبو داود، ۱۹۵/۴ و ابن ابی شیبیه، ۴۲۰/۵). بنابراین، مسئولیت پزشک جاهل مسئولیتی مطلق است و صرف طبابت کردن او ضمان‌آور، چه، طبابت او منجر به ورود خسارتی بشود و چه، خسارتی به بار نیآورد (احمد سراج، صص ۱۱ - ۱۲). حتی پزشک جاهل به خاطر حفظ مصالح عمومی محجور 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 به خطر بیفتد (الزحیلی، ۴۴۹/۵ - ۴۵۰).

۲-۲. پزشک متخصص و ماهر

چنانچه پزشک متخصص و حاذق به مداوای بیماری پردازد و او را درمان کند، ولی بیمار در اثر درمان پزشک، جان سپارد و یا متحمل خسارتی مانند نقص عضو شود پزشک مسئول شناخته نمی‌شود. با این همه، فقیهان سنی در علت عدم مسئولیت پزشک متخصص و حاذق، با یکدیگر اختلاف نظر دارند و هر کدام علت عدم مسئولیت پزشک را متفاوت با دیگری ذکر کرده‌اند. ولی در مجموع به نظر می‌رسد علت عدم مسئولیت پزشک از نظر همه فقیهان سنی مذهب و پیشوایان مذاهب، حصول شرایط زیر باشد.

۲-۲-۱. تخصص و مهارت پزشک؛ پزشک باید متخصص و ماهر باشد. یعنی اگر پزشک تخصص لازم را نداشته باشد و به درمان بیماران پردازد، ضامن است. البته، پزشک متخصص هم علاوه بر داشتن حسن نیت و قصد درمان، باید اصول و مقررات فنی و اخلاقی حرفه خود را رعایت کند و با رعایت این اصول به درمان بیمار پردازد.

۲-۲-۲. اذن شرع؛ پزشک متخصص باید آن روش درمانی را در پیش گیرد که در شرع روا دانسته شده باشد. پس اگر به کار نامشروعی پردازد، مسئول است. مثلاً اگر مادری به جهت سقط جنین خود به پزشک مراجعه و پزشک نیز جنین را سقط کند، مسئول به شمار می‌آید و از این روست که گفته شده است: «اذن شرع و ضمان با هم جمع نمی‌شوند» (رستم باز اللبنانی، ۵۹/۱ - ۶۰).

۲-۲-۳. اذن بیمار و یا اولیاء بیمار؛ دخالت پزشک در کار درمان بدون کسب اذن از بیمار، مگر در موارد استثنایی، مسئولیت او را به دنبال دارد، زیرا در این صورت، عمل پزشک تعدی تلقی می‌گردد و ضمان آور است. بنابراین با جمع این شرایط، پزشک متخصص مسئولیتی در قبال خسارات ناشی از درمان ندارد و ضامن تلقی نمی‌شود (عوده، ۵۲۱/۱ - ۵۲۳ و شرف الدین، صص ۴۸ - ۵۰).

۲-۳. نظام مسئولیت پزشک متخصص

فقیهان سنی درباره این که مسئولیت پزشک قراردادی است یا قهری، اختلاف نظر دارند و هر دسته برای اثبات دیدگاه خود دلایلی ابراز کرده‌اند. گروهی معتقدند که مسئولیت پزشک متخصص، قهری است، زیرا اطلاق قاعده «ضمان الأدمی بالجناية لا بالعقد» دلالت بر آن دارد و مطابق مفاد این قاعده، پزشک در قبال زیانهایی که به نفس و یا به عضوی از اعضای بدن انسان وارد می‌آید، ضامن نیست، مگر آن که زیان دیده، خطای او را ثابت کند و این به معنای آن است که مسئولیت پزشک، قهری است، زیرا در مسئولیت قراردادی، صرف عدم حصول نتیجه مطلوب، نشان‌گر تقصیر متعهد است و زیان دیده برای جبران خسارت نیازی به اثبات تقصیر متعهد نمی‌بیند.

از سوی دیگر، برخی دیگر بر این باورند که مسئولیت پزشک قراردادی است و ماجرای که در مجمع الضمانات آمده، گویای این مدعاست: «فردی، حجامی را اجیر کرد تا دندان فاسدش را بکشد، او هم دندان را کشید، ولی صاحب دندان گفت: من نمی‌خواستم این دندان را بکنی. در این صورت، قول صاحب دندان مسموع است و حجام ضامن؛ این ماجرا، برقراردادی بودن مسئولیت دندان پزشک تأکید می‌کند و گویای آن است که حجام برای رهایی از مسئولیت ناشی از نقض قرارداد، باید دخالت قوه قاهره را به اثبات برساند (احمد سراج، صص ۴۳۶ - ۴۳۷).

به نظر می‌رسد این دیدگاه پیروان بیشتری دارد و با اصول حقوقی مدرن نیز هماهنگ‌تر باشد و آنچه که الزام به جبران خسارت می‌کند قرارداد موجود میان پزشک و بیمار است که البته، گاه «قرارداد اجاره» نامیده شده است و گاه، برخی از فقیهان برای تصحیح این قرارداد، به عنوان «جعل» به آن نگاه کرده‌اند (ابن تیمیه، ۲۰/۲۷۶).

اکنون که مسئولیت پزشک قراردادی دانسته شد باید دید تعهدات پزشک چه ماهیتی دارد. آیا پزشک متعهد می‌شود که بیمار را شفا دهد و سالم و تندرست، او را به دامان خانواده باز گرداند و یا متعهد می‌شود که تلاش و مراقبت خود را به کار گیرد تا

بیمار بهبود خود را باز یابد؟

به نظر می‌رسد که در حقوق اسلامی همانند حقوق غربی «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» چندان مشخص و روشن از یکدیگر تفکیک نشده‌اند، ولی این بدان معنا نیست که چنین چیزی در حقوق اسلامی جایگاهی ندارد (السنهوری، ۱۴۹/۶). چه، نشانه‌هایی وجود دارد که فقیهان به این موضوع پرداخته‌اند و چنین می‌نمایند که تعهد پزشک، تعهد به وسیله دانسته شده است. بنابراین پزشک متعهد نیست که بیمار را شفا دهد، زیرا شفای بیمار برای پزشک مقدر نیست و گناه خداوند، بیمار را به دست پزشک، بهبود و شفا می‌بخشد و گاه، هم بیمار جان می‌سپارد (ابن تیمیه، پیشین). افزون بر این در ماجرای قدیمی، فقهی به نام حلوانی، تعهد پزشک را به وسیله دانسته است:

«دخترکی از بام می‌افتد و سرش متورم می‌شود. بسیاری از جراحان می‌گویند اگر سر دختر را جراحی کنیم و بشکافیم، می‌میرد. ولی یکی از جراحان گفت: اگر امروز جراحی نشود، می‌میرد. من هم سر او را جراحی می‌کنم و سلامت او را تضمین می‌کنم. با این همه کودک پس از یکی، دو روز می‌میرد... چون از حلوانی می‌پرسند که آیا این نحوه تضمین درست است و آیا پزشک می‌تواند این گونه بگوید. حلوانی در پاسخ می‌گوید: چنین تضمینی درست نیست و پزشک نمی‌تواند چنین کاری بکند و تنها او متعهد است که بیمار را درمان کند و نمی‌تواند موفقیت‌آمیز بودن آن را تضمین کند؛ چرا که عوامل مختلفی بر کار درمان تأثیرگذار است. از این رو پزشک نمی‌تواند موفقیت‌آمیز بودن کار را تضمین کند (عودة، ۵۲۲/۱).

۳. مسئولیت پزشک در فقه شیعه

فقیهان شیعی نیز مانند سنیان درباره پزشک جاهل، مقصر و متخصص تفاوت گذارده‌اند و درباره هر کدام استدلالی متفاوت ارائه کرده‌اند. با وجود این، درباره پزشک جاهل و متخصص یک حکم داده‌اند و پزشکان را به طور مطلق مسئول دانسته‌اند.

۳-۱. پزشک جاهل

آگاهی به دانش پزشکی و تخصص داشتن در آن شرط تصدی به طبابت است و اگر فردی خویش را پزشک معرفی کند، بی آن که از پزشکی چیزی بداند، صرف تصدی او به کار درمان و طبابت، مسئولیت او را در پی دارد و ضمان آور خواهد بود؛ چرا که پزشک جاهل با جهل خود، جان انسانهای بی گناه را به مخاطره خواهد انداخت.

۳-۲. پزشک متخصص و ماهر

چنانچه پزشک دارای تخصص لازم باشد و با رعایت اصول و ضوابط حرفه‌ای خود به درمان بیماری بپردازد و در این رهگذر و در اثر درمان، بیمار بمیرد و یا متحمل خسارتی شود، این که چنین پزشکی که تمام توان خویش را به کار گرفته و برای بهبود یافتن بیمار تلاش کرده است، مسئول است یا نه، اختلافی است. گروهی - که اکثریت فقیهان را تشکیل می‌دهند - با استناد به دلایلی، پزشک را مسئول دانسته‌اند و به ضمان مطلق پزشک حکم داده‌اند و گروهی هم به انتقاد برخاسته‌اند و معتقدند پزشک مسئول به شمار نمی‌آید.

۳-۲-۱. دیدگاه غیر مشهور؛ این دسته از فقیهان برآنند که چنانچه پزشکی

متخصص و حاذق با رعایت اصول و مقررات فنی و حرفه‌ای، بیماران را درمان کند، ولی بیمار در اثر معالجه و به هنگام درمان، صدمه‌ای ببیند، پزشک مسئول نیست. ادله این فقیهان عبارتند از:

۳-۲-۱-۱. اصل برائت؛ اصل برائت مستلزم عدم ضمان و مسئولیت است؛ چرا

که در صورت مهارت داشتن پزشک و رعایت اصول علمی در معالجه بیمار، شک پدید می‌آید که آیا او ضامن و مسئول به شمار می‌آید یا نه. در این صورت، برائت حکم به عدم مسئولیت می‌دهد.

۳-۲-۱-۲. قاعده اذن؛ پزشک مأذون است و اذن به درمان دارد و این اذن، اعم

از این که شارع آن را داده باشد یا بیمار و یا کسان او ضمان را از بین می‌برد. در این موضوع هم از سویی، شارع به درمان اذن داده است و بدین ترتیب درمان که در شرع، کار مباحی تلقی می‌شود ضمان آور نیست. از سوی دیگر، اذن بیمار و یا اولیاء او به درمان، موجب می‌گردد که پزشک بتواند به درمان پردازد و مسئول خسارت تلقی نشود و حتی برخی از فقیهان به قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن هم هست» استناد کرده‌اند که در عرف هم منظور از کسب اذن از بیمار این است که چنانچه بیمار صدمه‌ای ببیند، پزشک مسئول تلقی نمی‌شود (شیرازی، ۷۶/۹۰؛ ابن ادریس، ۳۷۳/۳؛ مامقانی، صص ۵۲۰ - ۵۲۱؛ اصفهانی، محمدحسین، صص ۲۸۴ - ۲۸۵؛ آل کاشف الغطا، ۲/۲۱۹ - ۲۲۱؛ شیرازی، همان) از جمله فقیهانی هستند که پیرو این دیدگاهند.

۲ - ۲ - ۳. دیدگاه مشهور؛ مشهور بر آنند که پزشک متخصص و ماهر در همه حال مسئول است و حتی اگر مرتکب بی‌مبالاتی و تقصیری هم نشود ضامن است. این دسته آن چنان راه افراط پیموده‌اند که همه پزشکان و حتی دام‌پزشکان را نیز مسئول رفتار عادی و متعارف (درمان) خود دانسته‌اند. این دسته از فقیهان به دلایل ذیل استناد می‌کنند:

۱ - ۲ - ۲ - ۳. روایات؛ روایاتی وجود دارد که پزشک را مسئول رفتار متعارف خود دانسته است. امام صادق (ع) از امام علی (ع) روایات کرده‌اند که فرمودند: «هر کس به پزشکی یا دام‌پزشکی می‌پردازد باید بیش از درمان، از ولی بیمار یا صاحب بیمار برائت جویند، و گرنه ضامن است» و نیز فرموده‌اند: امام علی (ع) پزشک ختنه‌گری (ختانی) را که حشفه پسری را بریده بود، ضامن دانستند. بنابراین، مسئولیت پزشک مطلق است و نیاز به اثبات تقصیر او نیست و تنها راه رهایی از این مسئولیت مطلق، اخذ برائت است (حر عاملی، ۲۶۰/۲۹ - ۲۶۱). افزون بر این، روایات عامی هم وجود دارد که قاعده کلیی را بیان می‌کند مبنی بر این که «کلّ عاملٍ أعطیته اجرأ علی أن

یصلح فأفسد فهو ضامن» و این قاعده کلی، پزشک را هم ذر بر می‌گیرد. بنابراین پزشک، مطابق این قاعده مسئول رفتار عادی و متعارف خود است (حلی، ۳۱۹/۲).

۲-۲-۲. قواعد فقه؛ قواعد فقهی هم دلالت بر آن دارد که پزشک مسئول است. چه، مطابق قاعده اتلاف، پزشکی که به درمان می‌پردازد و بیمار در اثر معالجه او تلف می‌شود، این تلف متسبب به فعل پزشک است و ضمان پزشک را در پی دارد. از سوی دیگر، مطابق قاعده «لا یظل دم امرء مسلم» پزشک مسئول است. زیرا عدم مسئولیت پزشک، هدر رفتن خون مسلمانی را در پی دارد که در شرع ناروا است و بالاخره، لا ضرر حکم می‌کند که زیان وارد آمده به بیمار باید جبران شود و پزشک است که باید زیان را جبران سازد (نجفی، جواهر الکلام، ۴۵/۴۲).

۳-۲-۲. اجماع؛ به ادعای برخی از فقیهان، به اجماع فقیهان، پزشک مسئول زبانی است که در اثر معالجه به بیمار وارد می‌آید و باید آن را جبران کند (محقق حلی، ۴۲۲/۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۱۰/۱۰؛ ابن زهره، ص ۵۲۱).

۴-۲-۲. عدم اجرای اصل برائت در مسأله؛ اصل برائت در جایی جاری می‌گردد که دلیل اجتهادی بر اشتغال ذمه وجود نداشته باشد، در حالی که در این موضوع دلیل هست و ادله باب ضمان و اطلاقات آن، پزشک متخصص را در بر می‌گیرد. بنابراین نوبت به اصل برائت نمی‌رسد.

۵-۲-۲. عدم ملازمه میان اذن به درمان با اذن در اتلاف؛ اذن به درمان، اذن به اتلاف نیست. زیرا بیمار تنها به درمان خود اذن می‌دهد و هیچ بیماری جهت اتلاف اذن نمی‌دهد و عرف هم چنین ملازمه‌ای را در نمی‌یابد 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 یا جستجو و تتبع در مصادیق، می‌توان مواردی یافت که با وجود اذن، ضمان هم محقق شده است؛ مانند مقبوض بالسوم (المراغی، ۵۱۳/۲ - ۵۱۴).

۳-۲-۲-۶. روایی یک فعل و ضمان آور بودن آن؛ هیچ منافاتی هم میان قانونی بودن یک فعل و ضمان آور بودن آن وجود ندارد، زیرا معلم به لحاظ قانونی می‌تواند شاگرد را تنبیه و تأدیب کند و این کار به رغم آن که مشروع است، ضمان آور هم هست (عاملی، ۲۶۵/۷ و شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۲۷/۱۵ - ۳۲۸). بنابراین پزشک مسئول رفتار عادی خود و ضامن است و حتی باید خسارت یا دایه بیمار مصدوم و یا متوفی را بپردازد.

۳-۲-۳. نقد و ارزیابی این ادله

۳-۲-۳-۱. روایات؛ الف) روایت امام صادق که تنها راه رهایی پزشک از مسئولیت مطلق را اخذ برائت می‌داند، هم به جهت دلالت و هم به جهت سند مورد انتقاد قرار گرفته است. از سویی، در سلسله سند این روایت، سکونی و نوفلی قرار دارند که راویان ضعیفی تلقی می‌شوند. سکونی سنی مذهب است و از عامه روایت کرده و نوفلی هم با آن که شیعی بوده، در آخر عمر به غلو گراییده است (مقدس اردبیلی، ۲۲۹/۱۴ - ۲۳۰؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۲۲۸/۱۵ - ۲۲۹). از سوی دیگر، روایت ناظر به پزشک غیر ماهر است و برخی از صاحب نظران بدان اشاره و بیان کرده‌اند که در ادامه روایت قید «بعین اذا لم یکن ماهراً» و یا «اذا لم یکن ماهراً» هم آمده است (التمیمی المغربي، ۴۱۷/۲؛ النوری الطبرسی، ۳۲۵/۱۸). افزون بر این، بر فرض که بپذیریم شهرت، ضعف سندی و حتی دلالتی (عاملی، ۲۷۳/۱۰) را جبران می‌کند، باید گفت: روایت ناظر به اخذ برائت کلی و عام است. بدین معنا که تنها بیان می‌کند که پزشک می‌تواند در ضمن قرارداد معالجه و برای رفع مسئولیت احتمالی خود برائت بگیرد؛ زیرا شرط عدم مسئولیت و یا کاهش آن در همه قراردادهای مالی مشروع است. ولی جایی که مانند طبابت و درمان، حفظ جان مطرح می‌شود، به نظر می‌رسد درج شرط عدم مسئولیت در ضمن قرارداد باطل است. بنابراین، روایت تنها بیان می‌کند که درج شرط برائت در ضمن قرارداد معالجه صحیح است و در صورتی که موجبات

ضمان پدید آید، مسئولیت رفع می‌گردد (شیرازی، ۸۰/۹۰ - ۸۱؛ مقدس اردبیلی، ۲۳۰/۱۴؛ عاملی، ۲۷۳/۱۰).

ب) روایت امام علی (ع) که ختان را ضامن دانسته‌اند هم به گونه‌ای ناظر به پزشک مقصر و مفرط است. زیرا کدامین پزشک حاذق است که به جای بریدن قفله، حشفه را ببرد، در حالی که این دو با یکدیگر متفاوتند (ابن ادریس، ۳۷۳/۳).

ج) مطلقاً ادله ضمان، مانند «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ» (مانده 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 مراجعه در واقع به هلاک انداختن خود است که از آن نهی شده است (بقره/۱۹۵) و نیز اضرار به نفس است و به حکم «لا ضرر» آن هم نفی شده و روایاتی هم رسیده که به درمان کردن فرمان داده است: «تداووا فان الله لم ينزل داء إلا أنزل له دواء» (التیفاشی، ص ۱۶۳؛ العاملی، ۶۳۰/۲). بنابراین چگونه ممکن است معالجه مطلوب شارع باشد و در عین حال، موجب ضمان هم گردد و ادله ضمان هم آن را در بر گیرد.

دو دیگر آن که طبابت از نظر شرع، عملی مباح و جایز و حتی واجب است و گاه واجب عینی هم می‌گردد. بنابراین از نظر شرع افرادی که شایستگی طبابت را دارند گاه بر آنان واجب می‌شود که درمان بیماران را عهده‌دار شوند. واجب دانستن یک فعل و ضمان آور بودن آن با هم منافات دارد. چه، طبابت هم مانند قضاوت است و پزشک همانند قاضی و فقیه. همان گونه که خطای قاضیان و فقیهان، ضماتی در پی ندارد، پزشکان نیز نباید ضامن باشند و زیان متضرر باید از بیت المال جبران شود (شیرازی، ص ۷۴؛ مرعشی، ۱۵۴/۲ - ۱۵۵).

سه دیگر آن که روایاتی چند وجود دارد که بیان می‌کند که پزشک مسئول عمل متعارف خود و ضامن نیست، مانند روایت حمدان بن اسحاق (کلینی، ۵۳/۶)؛ روایت اسماعیل بن حسن، همان، ۱۹۳/۸ - ۱۹۴ و صحیحۃ أبان بن تغلب، همان، ۳۴۵/۸. امام

صادق در روایت اسماعیل بن حسن و در پاسخ او می‌فرمایند که شکافتن و سوزاندن زخم و استفاده از بعضی مواد سمی برای معالجه اشکالی ندارد، هر چند که گاهی منجر به مرگ بیمار شود و بدین ترتیب، ضمان پزشک را نگی می‌کنند. بدین ترتیب، نصی بر ضمان پزشک وجود ندارد و جریان اصل برائت به فوت خود باقی است.

۳-۲-۳. تلف منتسب به فعل پزشک نیست؛ پزشک مطابق تجربه‌ها و معلومات معمول زمان خود به مداوای بیماران می‌پردازد (نجفی، ۵۰/۴۳) و امروزه معلوم شده که برخی از درمانهای گذشته و شیوه‌های درمانی پیشین نه تنها مؤثر و سودمند نبوده که زیان‌بار بوده است و با افزوده شدن بر دانسته‌ها و یافته‌های بشر، علوم کامل‌تر می‌گردد. بنابراین در فرض مورد بحث هم تلف یا نقص عضو شدن بیمار منتسب به فعل پزشک نیست، بلکه پزشک، مباشر ورود ضرری است که سبب قوی‌تر آن نقص علم پزشکی است و طبق قاعده باید ضرر به سبب اقوی نسبت داده شود و مباشر از مسئولیت در امان بماند (کاتوزیان، ۳۲۰/۱).

۳-۲-۳-۱. اذن در معالجه، همانند اذن در سایر معاملات و قراردادهاست و هیچ تفاوتی میان قرارداد معالجه و دیگر قراردادها وجود ندارد. پس نمی‌توان گفت که اذن در معالجه، اذن به اتلاف نیست. زیرا در صورتی که بیمار به پزشک رجوع می‌کند نه تنها اذن به معالجه می‌دهد که گاه از او خواهش می‌کند تا درمان بیماریش را بر عهده گیرد و مبلغی هم به پزشک می‌پردازد. حال آن که در جایی که فرد، دیگری را اجیر می‌کند، اجیر امین است و ضامن نمی‌باشد، ولی در قرارداد معالجه، پزشک ضامن است و مسئولیت دارد (آل کاشف الغطاء، ۲۱۹/۲ - ۲۲۰).

افزون بر این، ضمان برای احترام مال مسلمان و عمل اوست و اگر فردی با رضایت خود، ضمان را بر دارد، در واقع احترام مال خود را برداشته است؛ بنابراین حکم به ضمان دلیلی ندارد. در فرض مذکور هم چنین است (المراعی، پیشین، ص ۵۱۴).

بالاخره این که اذن به درمان در صورتی مستلزم اذن به اتلاف نیست که ناظر به درمان واقعی باشد. یعنی اگر از پزشک خواسته شود که بیمار را واقعاً درمان کند، اذن به درمان، اذن به اتلاف نیست، ولی در درمان ظاهری و متعارف، اذن به درمان، اذن به اتلاف هم هست و در غیر این صورت، «تکلیف بما لا یطاق» است، چه در درمان، عوامل گوناگونی تأثیرگذار است که از کنترل پزشک خارج است و پزشک به آن اشرافی ندارد (مقدس اردبیلی، ۲۲۹/۱۴ و ۷۳/۱۰؛ اصفهانی، پیشین، صص ۲۸۴ - ۲۸۵ و مرعشی، صص ۱۵۴ - ۱۵۵).

۳-۲-۳-۴. در جایی که معلمی، شاگرد خود را تنبیه می‌کند و شاگرد در اثر تنبیه، متحمل خسارتی می‌گردد هم برخی معتقدند: تأدیب شاگرد، فقط به خاطر مصلحت طفل صورت می‌گیرد و کار معلم، هم پسندیده و حسن است و چه بسا که واجب باشد. بنابراین چنین فردی، شاگرد را به قصد احسان تأدیب می‌کند و مطابق «ما علی المحسنین من سبیل» (توبه/۹۱)، او هم ضامن نیست، حتی اگر تأدیب به تلف شدن طفل بیانجامد. بنابراین پزشکی که به قصد احسان، بیماران را مداوا می‌کند هم ضامن نیست (الاصفهانی، کشف اللثام، ۱۰۰/۲ و ۵۱۹/۷).

۳-۲-۳-۵. اجماعی که مشهور اقامه کرده‌اند پیروان چندانی ندارد و کمتر بدان استناد شده است. به نظر می‌رسد این اجماع، مدرکی است و مستند فقیهان در این اجماع، دلیل دیگری بوده است و فقیهان در اجماع خود بدان نظر داشته‌اند (مقدس اردبیلی، ۷۲/۱۰).

۳-۲-۳-۶. قاعده کلیی که در صحیحۃ حلبی (حر عاملی، ۱۴۷/۱۹) و صحیحۃ ابو صباح (همو، ۱۴۵/۱۹) آمده مبنی بر این که «کل عامل اعطیته اجرا علی آن یصلح فأفسد فهو ضامن» نیز که پزشک اجیر را در همه حال ضامن می‌داند، مورد انتقاد برخی از فقیهان قرار گرفته است. چه، از سویی این قاعده، ناظر به پزشکی است که در قبال دریافت دستمزد به درمان می‌پردازد و بیمار را درمان می‌کند و مطابق مفهوم آن، چنانچه

پزشکی تبرعاً به درمان بیماران پردازد، ضامن زیان و خسارت به بار آمده نخواهد بود؛ چون به خاطر مصلحت خود و اخذ اجرت بیمار را درمان نکرده و به خاطر مصلحت بیمار و به قصد احسان او را درمان کرده است (مقدس اردبیلی، ۱۰/۷۳).

از سوی دیگر، قول به ضمان در صورتی است که افساد ناشی از قصور و کوتاهی پزشک باشد و گرنه در صورتی که پزشکی بدون هیچ کوتاهی و بی‌مبالاتی، بیماری را درمان می‌کند و در اثر معالجه بیمار جان می‌سپارد، پزشک ضامن نیست، درست همانند موردی که فردی، چهارپایی را جهت حمل بار خود گرایه می‌کند و چهار پا در راه پایش لغزیده، کالا از بین می‌رود و یا معیوب می‌شود. در این صورت، صاحب چهارپا ضامن نیست. ولی اگر صاحب حیوان با زدن تازیانه بر پشت حیوان باعث شود که حیوان بلغزد و کالا از بین برود، صاحب حیوان ضامن است و باید تاوان بدهد. (آل کاشف الغطاء، ۲/۲۲۱). بدین ترتیب، پزشک ضامن و مسئول خسارت به بار آمده نیست، مگر آن که خود مرتکب بی‌مبالاتی شده باشد.

حاصل آن که به نظر می‌رسد دیدگاه مشهور قابل انتقاد است و باور به مسئولیت مطلق در شرایط کنونی که پزشکان دوره‌های آموزشی خاصی را در دانشگاه‌ها می‌گذرانند و دوره‌های فوق تخصصی را هم فرا می‌گیرند و پس از آن مجوز کار دریافت می‌دارند نه تنها کارآیی ندارد، که راه هر گونه خلاقیت را بر روی پزشکان می‌بندد و درست است که قول به ضمان مطلق در گذشته، هشداری به پزشک نمایان بوده و جلو سوء استفاده آنان را می‌گرفته، ولی امروزه، این فلسفه را از دست داده است و قابل انتقاد می‌نماید.

۴. نتیجه

پذیرش دیدگاه مشهور که معتقد است مسئولیت پزشک مطلق است، نظام مسئولیت پزشک متخصص را با پزشک جاهل برابر و یکسان می‌سازد و نمی‌توان

مسئولیت پزشک را در قالب قواعد قراردادی و یا قهری بررسی کرد. به نظر می‌رسد ادله این گروه انتقادپذیر است و دیدگاه غیرمشهور با اصول حقوقی هماهنگ‌تر است. بدین ترتیب باید دید مسئولیت پزشک در کدام نوع جای می‌گیرد.

برخی معتقدند که مسئولیت پزشک غیرقراردادی و پزشک به حکم شرع متعهد است زیان متضرر را جبران سازد و از همین روست که فقیهان مسئولیت پزشک را در کتاب «دیات» مورد بحث قرار داده‌اند. ولی در پاسخ باید گفت: نخست آن که بررسی مسئولیت پزشک در بحث دیات بدان معنا نیست که مسئولیت پزشک غیرقراردادی است؛ چه برخی از فقیهان از قراردادی بودن مسئولیت پزشک سخن به میان آورده‌اند و آن را «قرارداد اجاره» نامیده‌اند (نجفی، ۴۳/۴۷) و حتی همه فقیهان در کتاب اجاره هم به ضمان طبیب اشاره کرده‌اند. بنابراین صرف سیاق بحث نمی‌تواند نشانگر آن باشد که فقیهان مسئولیت پزشک را از نوع غیرقراردادی می‌دانند.

دو دیگر آن که بر فرض بپذیریم تعهد پزشک به جبران خسارت ناشی از حکم شرع است. توجیه شرط برائت به عنوان نمونه شرط عدم مسئولیت به سختی امکان‌پذیر است. زیرا امروزه پذیرفته شده است که درج شرط عدم مسئولیت در مسئولیت قراردادی امکان‌پذیر است و نه مسئولیت قهری. زیرا اراده‌های آفریننده قرارداد، درباره خسارتهای احتمالی آینده ناشی از تخلف از قرارداد تصمیم می‌گیرند و این چنین چیزی در مسئولیت قهری وجود ندارد.

سه دیگر آن که اساساً فقیهان مسئولیت‌ها را از یکدیگر تفکیک نکرده‌اند و تقسیم مسئولیت به قراردادی و قهری در فقه جایگاهی ندارد. در فقه اصل وحدت مسئولیت پذیرفته شده است و نه تعدد مسئولیت و آنچه در فقه در باب مسئولیت، اهمیت دارد، جبران خسارت متضرر است و در این امر فرقی میان مسئولیت قهری و قراردادی نیست و قاعده لا ضرر و لا ضرار، متضمن ضرورت تدارک زیان است، چه زیان ناشی از عدم اجرای قرارداد باشد و چه ناشی از ضمان قهری (جعفری تبار، صص ۵۹ - ۶۰).

بنابراین نمی‌توان از روش طرح مباحث فقیهان نتیجه گرفت که از نظر آنان، ضمان طبیب قراردادی است یا غیر قراردادی.

بالاخره آن که وقتی پزشک و بیمار با یکدیگر قراردادی منعقد می‌سازند مبنی بر معالجه بیمار و در این مورد با یکدیگر به توافق می‌رسند چرا نباید این قرارداد الزام‌آور باشد و نقض آن ضمان‌آور نباشد (طاهری، ص ۱۰۴) مگر نه این است که قراردادی شکل گرفته است و اطلاقات و عمومات عقود آن را در بر می‌گیرد، پس چرا نباید الزام‌آور باشد؟

بدین ترتیب باید بر آن بود که مسئولیت پزشک در فقه شیعه نیز قراردادی است و نقض آن موجب ضمان است. البته همان گونه که پیشتر اشاره شد، جایگاه تعهد «به وسیله» و تعهد به نتیجه در فقه روشن نیست و شاید هم ابهام‌آمیز بودن آن بر دیدگاه‌های ارائه شده نیز تأثیرگذار است. با این همه به نظر می‌رسد این مهم پذیرفتنی است که پزشک متعهد می‌شود مراقبت و مواظبت لازم از بیمار را به عمل آورد و مرگ و زندگی در دست خداست. ولی نباید این نکته را از نظر دور داشت که درست است مرگ و زندگی همگان به دست خداوند است، ولی امروزه با پیشرفت نسبی دانش پزشکی و وجود تجهیزات مدرن، پزشک در برخی درمانهای ساده و سطحی می‌تواند نتیجه عمل را تضمین کند و متعهد شود که نتیجه را محقق می‌سازد از همین روست که در حقوق فرانسه با آن که پزشک متعهد به مراقبت و مواظبت است و اصل بر «به وسیله» بودن تعهد پزشک است اما رویه قضایی با «به نتیجه» دانستن بسیاری از تعهدهای پزشکان، این اصل را تخصیص زده است و به نظر تخصیص اکثر می‌نماید. بنابراین امروزه به فضل پیشرفت دانش و گسترش ابزارها دیگر نمی‌توان تعهد پزشک به درمان سینه درد را تعهد «به وسیله» دانست و یا تعهد پزشک به تزریق خون سالم و مناسب را به وسیله دانست.

منابع

- آل كاشف الغطاء، محمد حسين؛ *تحرير المجلة*، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية (الميدرية)، ١٣٦٠ش.
- ابن ابي شيبة الكوفي، ابوبكر عبدالله بن محمد؛ *مصنف ابن ابي شيبة*، به كوشش كمال يوسف الحوت، بي جا، مكتبة الرشد، ١٤٠٩ق.
- ابن ادريس الحلبي، محمد؛ *كتاب السرائر*، تحقيق لجنة التحقيق، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، بي تا.
- ابن تيميه الحراني، تقى الدين احمد؛ *مجموعة الفتاوى*، بعثت بها وخرج احاديثها عامر الجزائر، أنور الباز، الرياض، مكتبة العبيكان، ١٤١٨ق.
- ابن زهره، ابو المكارم؛ *فقه استدلالى* (ترجمه بخش فقه غنية الشروع الى علمى الاصول و الفروع)، ترجمه، تحقيق و تحشيه مهدي انجوى نژاد، مشهد، دانشگاه فردوسى مشهد، ١٣٧٤ش.
- ابو داود؛ *سنن ابي داود*، تحقيق محمد محيى الدين عبدالحميد، بيروت، دار الفكر، بي تا.
- احمد سراج، محمد؛ *ضمان العدوان فى الفقه الاسلامي*، بيروت، مجد، ١٤١٤ق.
- الاصفهاني، بهاء الدين محمد بن الحسن بن محمد؛ *كشف اللثام*، قم، مكتبة آية الله العظمى المرعشى النجفى، ١٤٠٥ق.
- اصفهاني، محمد حسين؛ *بحوث فى الفقه: الاجارة*، تحقيق لجنة التحقيق، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٠٩ق.
- التميمي المغربي، قاضى ابن حنيفة النعمان بن محمد بن منصور بن احد بن حيون؛ *دعائم الاسلام و ذكر الحلال و الحرام و القضايا و الاحكام*، تحقيق أصف بن على اصغر فيضى، القاهرة، دار المعارف، بي تا.
- التيفاشي، احمد بن يوسف؛ *الشفاه فى الطب*، تحقيق عبدالمعطى امين قلعه جى، بيروت، دار المعرفة، ١٤٠٨ق.
- جعفرى تبار، حسن؛ *مسؤوليت مدنى سازندگان و فروشندگان کالا*، تهران، نشر دادگستر، ١٣٧٥ش.

- حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر؛ *تذکرة الفقهاء*، قم. منشورات المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار المرتضوية، بی تا.
- الحر العاملي، محمد بن الحسن، *وسائل الشيعة*، تحقيق مؤسسة آل البيت، بيروت، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۳ق/۱۹۹۳م.
- رستم باز اللبثاني، سليم؛ *شرح المجلة*، بيروت، دار الكتب العلمية، ۱۳۰۴ - ۱۳۰۵ق.
- الزحيلي، وهبة؛ *الفقه الاسلامي وأدلته*، بيروت، دار الفكر، ۱۴۰۵ق.
- السنهوري، عبدالرزاق؛ *مصادر الحق في الفقه الاسلامي*، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۹۵۳ - ۱۹۵۴م.
- شرف الدين؛ *الاحكام الشرعية*.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي الجعفي العاملي؛ *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، تصحيح و حاشيه سيد محمد كلانتر، نجف، منشورات جامعة النجف الدينية، بی تا.
- _____؛ *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، تحقيق مؤسسة المعارف الاسلامية، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية، ۱۴۱۹ق.
- شيرازي، سيد محمد؛ *الفقه: كتاب الديات*، بيروت، دار العلوم، ۱۴۰۹ق.
- طاهري، حبيب الله؛ "آيا طبيب ضامن است؟" نامه مفيد، سال چهارم، ش دوم (پياپی ۱۴، تابستان ۱۳۷۷ش).
- عابدين، محمد احمد؛ *التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية*، اسكندرية، دار المطبوعات، ۱۹۸۵م.
- عاملي، سيد محمد جواد؛ *مفتاح الكرامة*، قم، مؤسسة آل البيت، بی تا.
- عودة، عبدالقادر؛ *التشريع الجنائي للاسلام مقارنا بالقانون الوضعي*، بيروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۱۵ق.
- كاتوزبان، ناصر؛ *حقوق مدني الزام های خارج از قرارداد، ضمانان قهري، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ش.*
- گودرزي، فرامرزي، *پزشکی قانونی*، تهران، انتشارات انيشتين، ۱۳۷۷ش.
- الكليني، محمد بن يعقوب؛ *الكافي*، تصحيح و تعليق علي أكبر الغفاري، بيروت، دار صعب و دار التعارف، ۱۴۰۱ق.

- مامقانی، شیخ عبدالله؛ *مناهج المتقين*، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ١٤٠٤ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن الهذلی الحلی و ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسی، *النهاية و نکتها*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤١٢ق.
- مرعشی، محمد حسن؛ *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران، میزان، ١٣٧٣ش.
- المرعشی، السيد مير عبدالفتاح؛ *العناوين*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤١٨ق.
- مقدس اردبیلی، محمد بن احمد؛ *مجمع الفائدة و البرهان*، تحقیق مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤١٦ق.
- میک، تنوفیل؛ *قانون نامه حمورابی*، ترجمه کامیار عبدی، تهران، سازمان میراث فرهنگی کشور «پژوهشگاه»، ١٣٧٦ش.
- نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الكلام*، تصحیح و تحقیق رضا استادی، ج ٤٢، تهران، المكتبة الاسلامية، ١٤٠٤ق.
- النوری الطبرسی، میرزا حسین؛ *مستدرک الوسائل*، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ١٤٠٧ق.
- Kennedy, Ian & Andrew Grubb, *Principles of Medical Law*, New York, Oxford University Press, 1998.
- Markesinis, B. S & S.F. Deakin, *Tort Law*, New York, Oxford University Press, 1999.
- Nys, Herman, *Medical Law in Belgium*, London, Kluwer Law International, 1997.
- Verg Emmanuel & Gerges Ripert, *Encyclopedie Dalloz*, Rpertoire de droit Civil, Paris, Jurisprudence generale dalloz, 1953.