

مسئولیت کیفری و مدنی پزشک

سید محمد موسوی بجنوردی^۱

چکیده: در این مقاله ابتدا دیدگاه فقهای عظام اعم از شیعه یا سنی با رعایت شرایطی دربارهٔ دو مبنای طبابت واجب کفایی است، و «قاعده احسان» بررسی شده است. سپس نگارنده به مسئولیت کیفری یک پزشک از لحاظ تعریف این اصطلاح، مواد قانونی و ... توجه کرده است.

در پایان اقوال فقهای عظام در مورد مسئولیت مدنی همچنین شرایط عدم مسئولیت پزشکی و مسأله برائت مورد دقت واقع شده است.

کلیدواژه‌ها: قاعده احسان، طبابت واجب کفایی است، مسئولیت پزشکی، مسأله برائت، مسئولیت مدنی.

تاریخچه پزشکی بشر از بدو تکوین انسان تاکنون در صحنهٔ پیکار برای تندرستی و سالم زیستی اهمیت ویژه‌ای دارد. در اینکه چه زمان و در کجا و به وسیلهٔ چه کسی بنیان علم طب و جراحی به نفع بشر گذاشته شده، حرفها بسیار است ولی قدر مسلم اینکه کشف علم طبابت را نمی‌توان در یک قوم یا ملتی خاص محدود

۱. مدیر گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی پژوهشکدهٔ امام خمینی و انقلاب اسلامی، دانشیار و عضو هیأت علمی

و محصور کرد. جادوگران یمن تا کاهنان بابل در آفرینش این دانش حیرت‌انگیز و حیاتی بشر شریکند، چه بسا اقوامی که روزگاری با استفاده از اصول و قواعد علوم پزشکی دردها و آلام دردمندان زمان را مداوا می‌کردند و در کشاکش تهاجمات طومار حیاتشان به هم پیچیده و از صحنه حیات فراموش شده‌اند ولی دانش آنان در قالب موازین علمی نسل در نسل به بازماندگان و اقوام دیگر انتقال یافته و در مسیر جاویدان تاریخ به راه خود ادامه می‌دهد.

هدف نهایی علم طبابت، پیشگیری و درمان مرض و صدمه، آسوده کردن دردمندان و رهایی آنها از چنگال بیماری است. اگر در گذشته مردم و حکیمان بر اساس نیاز روابط خود را تنظیم می‌کردند و از این گذر تا حدی از آلام دردمندان تسکین می‌یافت، امروزه از یکطرف با وجود پیشرفتهایی شگرف که نصیب علم پزشکی شده تا حدی که عمیقتر از گذشته به ایراد جرح و قطع نسوج بدن جهت سلامت می‌پردازند و از طرف دیگر با دخالت قوای حاکم که باگذشت زمان سعی بر این دارد تمامی رفتارهای فرد در اجتماع را تحت قواعد خاصی درآورد تا هرکس به حقوق و تکالیف خود اهتمام ورزد، رابطه بیمار و پزشک تحت نظم و قانون درآمده است که در بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی به برخی از این روابط اشاره می‌کند. علی القاعده ایراد جرح با هر قصد و انگیزه‌ای خلاف قانون است و مرتکب آن تحت تعقیب و مجازات قرار می‌گیرد. اینکه افراد خاصی به امتیاز حرفه‌شان مصون از آن باشند استثنا و خلاف قاعده‌ای است که نیاز به نص قانونی دارد، به همین لحاظ این ماده در مقام شمردن شرایطی جهت عدم تعقیب کیفری اشخاص واجد صلاحیتی است که اعمال طبی یا جراحی انجام می‌دهند

که در واقع انجام این اعمال مبتنی بر دو اذن قانونگذار و بیمار است. مسأله دیگر مسئولیت مدنی این اشخاص در صورت تشدید بیماری در اثر عملیات پزشکی علی‌رغم رعایت موازین علمی و فنی و نظامات دولتی است که ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی صراحتاً در رفع مسئولیت کیفری پزشک برآمده اما مسئولیت مدنی پزشک را مرتفع نساخته است. به هر حال در تجزیه و تحلیل مانحن فیه از دو جنبه نظری و قانونی به بحث پرداخته شده است.

دیدگاه فقهای عظام

فقهای عظام اعم از شیعه یا اهل سنت بر اساس مبانی و اصول نشأت گرفته از دین مبین اسلام با رعایت شرایطی به ارتفاع مسئولیت پزشک قائل شده‌اند که قبل از پرداختن به نظریات آنها، به بررسی دو مبنا می‌پردازیم:

الف. طبابت «واجب کفایی» است: برپا بودن جامعه و چرخیدن نهادهای آن به آثار ناشی از سلامت جسمی و روحی افراد وابسته است. لذا جامعه از بدو تکوین به طبیب و طبابت به لحاظ فایده به دیده احترام نگریسته و بزرگترین مصالح از نظر هر مذهبی (از جمله اسلام) حفظ و سلامت نفس اعم از جان و عضو است. به همین جهت طبابت از ضروریات و نیازمندیهای زندگی اجتماعی محسوب می‌شود که بزرگان دین در مقام ارزشگذاری و اهمیت دادن به آن، علم را به دو بخش علم الأبدان (طبابت) و علم الأبدان (الهیات) تقسیم کرده‌اند [کلینی ۱۴۱۳ ج ۱: ۳۷]. فقها نیز در بحث واجب کفایی به عنوان مثال متعرض

۲. «وَمَنْ أَخْبَاهَا نَكَأْنَا أَخْيَا النَّاسِ جَمِيعًا» [مانده: ۳۲].

آن شده‌اند. بدین تفصیل که جامعه و اعضای آن باید خود را در قبال امراضی که سلامت هر فرد را تهدید می‌کند، مسئول ببینند ولی در صورتی که عضوی از این جامعه تحت عنوان پزشک که متخصص این امور است در صدد رفع این خطر برآمد دیگر تکلیف از عهده دیگران ساقط می‌شود. حال مسأله این است که اگر در اثر این فعل طبیب، خساراتی به بار آید از دید این بحث، طبیب تا چه اندازه‌ای مسئول است؟ به نظر می‌رسد وقتی انجام فعلی مثل معالجه برای جامعه اسلامی واجب شد و صاحب صلاحیتی نیز با عمل به فنون طبابت به نمایندگی از جامعه با أخذ رضایت و برائت قبلی خود را مکلف به انجام آن دید، بعید است در قبال عواقب ناگواری، مسئولیت جزایی یا مدنی پیدا نماید، چون منتفع اصلی عمل پزشک، مریض و جامعه است و مطابق این قاعده مهم فقهی «مَنْ لَه الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغَرْمُ» [جعفری لنگرودی ۱۳۷۷: ۱۷۸۷].^۳

اگر قرار است جبران خسارتی شود متوجه خود مریض و جامعه می‌باشد. البته اکثر فقها وارد بحثی بدین شکل نگردیده‌اند، ولی عبدالقادر عوده در کتاب خود [۱۳۷۳ ج ۱: ۳۳۱] با بیان قاعده کلی، مستنبط از فقه اهل سنت، در خصوص مسئولیت پزشک معتقد است که وقتی چیزی واجب شد و مقید به هیچ شرطی نگردید در صورتی که عمل به آن موجب خسارت گردد، مسئولیتی متوجه پزشک نخواهد بود.

ب. قاعده احسان: مبنای دیگری که در مورد رفع مسئولیت پزشک می‌توان از محتوای کلام فقها بر اساس آیه شریفه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» [توبه: ۹۱]

۳. کسی که بهره می‌برد، خسارات هم به عهده اوست.

به دست آورد، قاعده احسان است. البته شمول این قاعده به لحاظ انطباق مفهوم آن با اعمالی که از روی حُسن نیت و صداقت انجام می‌گیرد، بر مصادیق زیادی قابل تعمیم است که از جمله آنها می‌توان عمل پزشک را نام برد. صاحب‌نظران مسائل فقهی غالباً کاربرد این قاعده را در مواردی می‌دانند که ضرری ناخواسته یا گریزناپذیر به دلیل انجام عمل صادقانه و خیرخواهانه‌ای محقق شود [کلینی ۱۴۱۳ ج ۶: ۴۸].

یعنی در مانحن فیه اگر طبیبی مطابق دانش طبابت و تحصیل براءت از مریض با قصد و احتمال علاج وی دست به عملیات درمانی بزند و حاصل زحماتش برحسب اتفاق پیشامد و ضرری ناخواسته باشد مطابق این قاعده باید پزشک را به حال خود گذاشت و مسئولیتی متوجه او نکرد چون طبابت روی این مریض از موارد اَعْمالِ حَسَن است و در نتیجه طبیبی که تعدی و تفریط نکرده است از مصادیق محسنین می‌باشد.^۴ از احادیث زیر این برداشت می‌شود چون در غیر این صورت علاج بسیاری از بیماران به بن‌بست می‌گردد یعنی اگر بیمار را به حال خود رها کنیم خدشه در سلامتی او ایجاد می‌گردد ولی در صورت مداوا و جراحی احتمال نجات او هست، در اینجا بدون شک اقدام به معالجه او هر چند ممکن است موجب خطر گردد جایز است، شاهد این سخن روایات متعددی است که از ائمه معصومین^(ع) در این زمینه نقل شده است؛ از جمله روایتی که احمد بن اسحاق نقل می‌کند: «فرزندی داشتم که گرفتار سنگ کلیه یا مثانه شد به من گفتند تو شریک خون فرزندان هستی ناچار نامه‌ای به امام حسن عسگری^(ع)

۴. برای مزید آشنایی با قاعده احسان رجوع شود به: [موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۴: ۱۳۷۲-۳۱-۴۳].

نوشتیم، حضرت در جواب فرمودند: تکلیفی بر عهده شما به خاطر آنچه که انجام دادی نیست، هدف تو معالجه بود ولی اجل او در آن بوده که انجام شده» [کلینی ۱۴۱۳ ج ۶: ۵۳]

حدیث دیگری از امام صادق^(ع) در این زمینه نقل شده که شکافتن زخمها و سوزاندن زخم و استفاده از بعضی موارد سمی برای معالجه اشکال ندارد هرچند گاهی منجر به مرگ بیمار شود [کلینی ۱۴۱۳ ج ۸: ۱۹۳-۱۹۴]. در صحیحۀ أبان ابن تغلب از امام صادق^(ع) روایت شده است:

قال^(ع): كان المسيح^(ع) يقول: إن التارك شفاء المجرور من جرحه شريكاً جرحه، لأحاله و ذلك إن الجارح أراد فساد المجرور، و التارك لاشفائه لم يشاء صلاحاً فإذا لم يشأ صلاحه فقد شاء فساداً اضطراراً فكذلك لأتحد ثواباً لحكمة غير أهلها فتجهلوا و لا تمنموها أهلها فتأثموا فليكن أحدكم به منزلة الطبيب المداوي إن رأى موضعاً لدوائه و الأمسك [حر عاملي ۱۴۱۲ باب ۴ ج ۲: ۵ باب ۲: کلینی ۱۴۱۳ ج ۸: ۳۴۵]

یعنی حضرت مسیح^(ع) فرمود: «کسی که معالجه مجروحی را ترک بکند، بی تردید در گناه با عوامل جراحت وی شریک است. زیرا جراح، فساد مجروح را اراده نموده است و تارک شفای مجروح، اصلاح را اراده نکرده است و هرگاه که اصلاح وی را اراده نکند، اضطراراً فساد مجروح را اراده کرده است و حکمت را به ناهل نگویند که نادانید و از اهل آن نیز دریغ مدارید که گناهکارید و باید هر یک از شما همانند طبیب با تجربه‌ای باشید که اگر موضع و موردی را برای مداوا یافت، مداوا کند و الا از درمان دست برمی‌دارد». شاید ممکن است اشکال شود

که به دلیل عموم قاعده «لا یبطل دم امرنی مسلم» باید ضمانت دیه را ثابت دانست. در پاسخ می‌گوییم ما هم معتقد به سقوط دیه نیستیم، بلکه در اینگونه موارد چون طیب از باب قاعده احسان و وجوب معالجه اقدام نموده است، دیه از بیت المال پرداخت می‌شود.

مسئولیت کیفری پزشک

تعریف مسئولیت پزشکی

بعضی از نویسندگان در تعریف مسئولیت پزشکی گفته‌اند: مسئولیت پزشکی عبارت است از اثر جنایت پزشک مانند قصاص، تعزیر یا ضمان.

از نظر ایشان مسئولیت پزشکی می‌تواند دارای دو جنبه اخلاقی و حرفه‌ای باشد، جنبه اخلاقی آن به اخلاق و آداب عمومی که واجب است پزشک آنها را مراعات نماید، تعلق دارد و جنبه حرفه‌ای آن متعلق به حرفه پزشکی و قواعد و اصولی است که پزشک ملزم به انجام آن می‌باشد. موجبات مسئولیت پزشک را اینگونه دسته‌بندی کرده‌اند:

- ۱- عمد؛ ۲- خطا؛ ۳- مخالفت با اصول حرفه پزشکی؛ ۴- ندانستن اصول حرفه پزشکی؛ ۵- تخلف از اذن بیمار؛ ۶- تخلف از اذن ولی بیمار؛ ۷- فریب؛ ۸- ترک معالجه؛ ۹- معالجات ممنوع؛ ۱۰- افشای اسرار بیماران. بنابراین موضوع مسئولیت پزشکی بررسی انواع جنایات پزشک، اثبات اینکه آیا این جنایات سبب ایجاد مسئولیت برای او می‌شود یا خیر، بیان جگونگی اثبات آن علیه پزشک و ذکر آثاری که بر این اثبات مترتب است، می‌باشد. بعضی دیگر از حقوق‌دانان مسئولیت پزشک را از اقسام مسئولیت حرفه‌ای می‌دانند و بنابراین نخست باید مسئولیت

حرفه‌ای را تعریف کنیم. قبلاً گفته شد که مسئولیت انواع مختلفی دارد، اینک از دیدگاه دیگر ممکن است مسئولیت با توجه به حرفهٔ شخص و در بین صنف خاصی مورد نظر باشد، در این صورت چنانچه فردی از آن حرفه مرتکب اعمالی بر خلاف اخلاق، عرف یا مقررات آن حرفه گردد، با او برخورد می‌شود. به همین ترتیب در حرفهٔ پزشکی مجموعهٔ قواعد و مقرراتی وجود دارد که رعایت آنها از طرف پزشکان لازم است و در صورت تخلف مجازات‌هایی بر متخلفین اعمال می‌شود. این مسئولیت را که ناشی از تقصیر انضباطی می‌باشد، مسئولیت حرفه‌ای می‌گویند.

ممکن است فردی مرتکب خطای حرفه‌ای شود که با توجه به نتیجه‌اش مسئولیت جزایی، مسئولیت مدنی یا تنبیه انضباطی برای او در نظر گرفته شود. در مواردی هم امکان دارد که دارای مسئولیت توأم جزایی و مدنی باشد یا علاوه بر اینها از نظر انضباطی نیز مسئول شناخته شود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

بررسی مواد قانونی

قانون مجازات اسلامی در بخش دیات چنین مقرر می‌دارد:

مادهٔ ۲۹۴: دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به معنی علیه یا به ولی یا اولیای دم داده می‌شود.

مادهٔ ۲۹۵: دیه در مواردی پرداخت می‌شود که یکی از آن، مورد زیر است:

- قتل یا جرح یا نقص عضو که به طور خطای شبه عمد واقع می‌شود و آن در صورتی است که جانی قصد فعلی را که نوعاً سبب جنایت نمی‌شود، داشته باشد

و قصد جنایت را نسبت به مجنی علیه نداشته باشد مانند آن که کسی را به قصد تأدیب به نحوی که نوعاً سبب جنایت نمی‌شود، بزند و اتفاقاً موجب جنایت گردد یا طبیعی مباشرتاً بیماری را به طور متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت او شود.

تبصره: هرگاه بر اثر بی احتیاطی یا بی‌مبالاتی یا عدم مهارت و عدم رعایت مقررات مربوط به امری قتل یا ضرب یا جرح واقع شود به نحوی که اگر آن مقررات رعایت می‌شد حادثه‌ای اتفاق نمی‌افتاد قتل یا ضرب یا جرح در حکم شبه عمد خواهد بود. قانون مجازات در بخش موجبات ضمان چنین مقرر می‌دارد:

ماده ۳۱۶: جنایت اعم از آنکه به مباشرت انجام شود یا به تسبیب یا به اجتماع مباشر و سبب، موجب ضمان خواهد بود.

ماده ۳۱۷: مباشرت آن است که جنایت مستقیماً توسط خود جانی واقع شده باشد.

ماده ۳۱۸: تسبیب در جنایت آن است که انسان سبب تلف شدن یا جنایت علیه دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که اگر نبود جنایت حاصل نمی‌شد، مانند آن که چاهی بکند و کسی در آن بیفتد.

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

ماده ۳۲۰: هرگاه ختنه‌کننده در اثر بریدن بیش از مقدار لازم موجب جنایت یا خسارت شود، ضامن است گرچه ماهر بوده باشد.

ماده ۳۲۱: هرگاه بیطار و دامپزشک گرچه متخصص باشد در معالجه حیوانی هرچند با اذن صاحب او باشد موجب خسارت شود، ضامن است.

ماده ۳۲۲: هرگاه طبیب یا بیطار (دامپزشک) و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان برائت حاصل نماید، عهده‌دار خسارت پدید آمده نخواهد بود.

همچنین در باب حدود مسئولیت جزایی که مواد ۴۹ تا ۶۲ را شامل می‌شود چنین آمده است: ماده ۵۹ مورد زیر جرم محسوب نمی‌شود.

- هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود.

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 گفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد [قوانین و مقررات جزایی].

مسئولیت مدنی پزشک

برای اینکه ببینیم پزشک در چه صورت دارای مسئولیت است نخست باید با ماهیت مسئولیت پزشکان در نظام حقوقی ایران آشنا شویم.

ماده اول قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد: «هرکس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی و یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

بنابراین هدف از مسئولیت مدنی جبران خسارت زیان دیده است و نیز مسئولیت مدنی به دو نوع قراردادی (ضمان ناشی از عقد) و قهری (ضمان ناشی از قانون) تقسیم می‌شود.

ضرر اگر ناشی از نقض تعهد میان مسبب ضرر و زیان دیده باشد مسئولیت قراردادی به وجود می‌آید و اگر به دلیل نقض تعهد قانونی که اضرار به غیر را ممنوع می‌کند باشد، مسئولیت قهری شکل می‌گیرد.

حال باید دید رابطه پزشکی و بیمار آیا یک رابطه قراردادی است یا خیر؟ و اگر قراردادی است از چه نوع است؟
 ضرورت پاسخگویی به این سؤالات ناشی از آثاری است که بر هر یک از مواد فوق الذکر مترتب است. مثلاً در رابطه قراردادی تضامن برخلاف اصل است مگر اینکه در قرارداد تصریح شود.

بنابر توضیحاتی که داده شد پزشک در صورتی دارای مسئولیت مدنی خواهد بود که مرتکب جرم مدنی شود و جرم مدنی با توجه به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی شامل عملی است که موجب ورود ضرر و زیان و یا خسارت به دیگری شده و عامل آن ملزم به جبران ضرر و زیان و یا رفع خسارت است [حقوق جزای عمومی ج ۱: ۲۰۲].

بررسی اقوال فقهای عظام

شهید ثانی - قدس سره - در شرح لمعه در کتاب دیات در مورد مسئولیت طبیب اینگونه بحث می‌کند: طبیب آنچه را از نفس یا عضو به خاطر معالجه کردنش تلف می‌کند از مال خودش ضامن است چون تلف مستند به فعل است و نباید خون انسان مسلمان به هدر برود و نیز او (پزشک) در انجام فعل قاصد بود و خطا در نتیجه حاصل شده پس مانند این است که فعلش شیبه عمد باشد، هرچند احتیاط نماید و جدیت به خرج دهد و مریض نیز اذن به علاج داده باشد؛ چون هیچ یک از اینها دخالت در عدم ضمان طبیب ندارد و با خطای محض ضمان محقق می‌شود و در اینجا به طریق اولی ضمان تحقق می‌یابد.

البته در مورد ضمان طبیب میان فقها اختلاف نظر است. ابن ادریس معتقد است: «اگر طبیب با علم و جدیت کار نماید به دلیل اصل برائت ضامن نیست و ضمان با اذن مریض ساقط می‌گردد چون علاج فعلی جایز است که ضمان را به دنبال ندارد». شهید در جواب می‌گوید: «استناد به اصل برائت بیه دلیل وجود اصل اشتغال درست نیست و اذن مریض نیز در علاج است نه در اتلاف و نیز هیچ منافاتی بین جایز بودن فعل از نظر شرعی و ضمان ندارد، مانند کسی که برای تأدیب می‌زند» و از امام علی (ع) روایت است که فرمود: «ختنه‌کننده اگر آلت بچه را قطع کند، ضامن است».

سیدنا الاستاذ حضرت امام خمینی (س) در کتاب *تحریر الوسیله* [ج ۲: ۶۸۹] در مورد مسئولیت طبیب معتقد است: «اگر از نظر علمی و عملی کوتاهی کند هرچند مأذون باشد ضامن هر آن چیزی است که به خاطر علاج کردنش تلف

می‌کند و نیز طیب ضامن است اگر بدون اذن ولی مریض یا بدون اذن مریض بالغ اقدام به معالجه نماید هرچند عالم مبرزی نیز باشد و اگر مریض یا ولی‌اش به پزشک حاذق اجازه داد و تلف نیز حادث گردید قولی وجود دارد که می‌گوید ضامن نیست ولی قول اقوی ضامن بودن طیب از اموالش است.

ظاهر در براءت طیب و مثل او ... یا ابراء کردن مریض قبل از علاج است و ابرای مریض اگر بالغ و عاقل باشد و علاج منتهی به قتل نشود درست است و بعید هم نیست ابرای مریض بالغ و عاقل کفایت کند حتی اگر علاج منجر به قتل گردد.

بنابر قول مشهوری که در کتاب مسالک شهید ثانی - قدس سره - نیز هست و نیز در کتاب غنیه دعوی اجماع به آن شده است ضامن نیست به هر حال روایت معتبره سکونی به نقل از امام صادق^(ع) به آن دلالت می‌کند که فرمود امام علی^(ع) فرمودند: «کسی که طبابت یا دامپزشکی کند باید از ولی‌اش براءت اخذ نماید والا ضامن است و مراد از ولی کسی است که صاحب امری باشد.

مرحوم شیخ محمد نجفی صاحب جواهر الکلام [ج ۳؛ ۷۸] و محقق حلی - قدس سرما - در شرح شرایع اسلام در این خصوص چنین بحث می‌کند: «پزشک هر چند حاذق، از جهت معالجه کردن طفل یا مجنون بدون اذن ولی‌اش که به تلف منجر شود ضامن است ولو قاصر نباشد». در این خصوص هیچ اختلافی بین فقها نیست بلکه در کتاب تنقیح اجماع است که پزشک قاصرالمعرفه ضامن هر آن چیزی است که به خاطر علاجش تلف می‌شود و نیز پزشک ضامن تلف ناشی از معالجه عاقل مختاری است که بدون اذن و اقدام به درمانش می‌نماید. در کتاب

مجمع البرهان آمده که طیب در صورت قصور در علاج، ضامن هر آن چیزی است که تلف می‌کند چه حاذق باشد چه نباشد، خواه مریض یا ولی مریض به او اذن داده باشد یا نداده باشد که ظاهر عدم اختلاف در این مورد است. در کتاب ریاض آمده که اگر طیب قاصر المعرفه باشد یا بدون اذن معالجه کند در جایی که اخذ اذن شرط است، ضامن است که ظاهراً "اختلاف در آن وجود ندارد. مقدس اردبیلی در این خصوص به نفی اختلاف میان فقها تصریح دارد و ادامه می‌دهد که قبلاً شنیده بودم ولی به علم و اذن نرسیدم و به هر حال اشکال ندارد، آنجا که اذن لازم است و طیب از گرفتن اذن قصور کرده باشد ضامن است زیرا سقوط ضمان به دلیل سقوط سبب ضمان محقق می‌شود و با اذن در جرح جهت علاج هر چند تلف مترتب گردد، ضمان ساقط می‌گردد هر چند اقوی در ضمان طیب است زیرا قاعده ضمان به هر حال مشمول متلفی است. مخصوصاً در مورد خون که خون مرد مسلمان نباید هدر رود. به هر حال اگر طیب در علم و عمل عارف باشد و مریض به او اذن در علاج بدهد و طیب قصور در طبابت نکند و در نتیجه علاجش متهمی به تلف نفس یا نقص عضو گردد، ابن ادریس در اینجا می‌گوید طیب به دلیل اصل برائت، ضامن نیست؛ چون ضامن با اذن ساقط می‌گردد و نیز طبابت فعل جایزی از نظر شرع است که ضامن را به دنبال ندارد.

در کتاب سرائر آمده کسی که طبابت یا دامپزشکی می‌کند باید از ولی کسی که طبابت او را می‌کند و یا صاحب حیوان برائت را اخذ نماید والا طیب ضامن

تلف است. همین حکم در موردی که طبیب جرحی را روی غیربالغ یا مجنون وارد می‌آورد، هست.

به هر حال اگر قائل به این باشیم که طبیب ضامن نیست، بحثی نیست و اگر گفتیم ضامن است او ضامن از مال خودش است میان فقها اختلافی در این مورد نیست. زیرا از مصادیق شبه عمد است با قصد فعل بدون قتل، که دیه در این خصوص بر عهده خود جانی است، فلذا صاحب جواهر - قدس سره - می‌فرمایند: «در این موضوع مخالفی نیافتم (هرگاه طبیب، کسی را معالجه بکند، ولی این کار را بدون اجازه از مریض یا اولیای وی انجام بدهد یا اجازه بگیرد و خطا بکند، ضامن است)» [نجمی بی تا ح ۳: ۴۱] و در کتاب مجمع البرهان مقدس اردبیلی [کتاب الدیات: ۱] نیز آمده است که در این موضوع خلافتی نیست. صاحب ریاض نیز می‌فرماید: «در این موضوع اختلافی نیافتم» [طباطبایی ج ۳: ۵۹۶] شهید اول در لمعه و شهید ثانی در الروضه البهیة [ج ۴: ۱۰۸] و امام خمینی^(س) در

تحریر الوسیله [ج ۵: ۵۰۴ م ۴] همگی بر این عقیده‌اند.

محقق حلی در شرائع در این باره می‌فرماید: «الطیب یضمن ما یتلف بعلاجه، ان کان قاصراً» او عالج طفلاً» او مجنوناً»، لا باذن الولی أو بالغاً» لم یأذن» [۱۳۷۴ ج ۴: ۲۳۱].

هرگاه طبیب اجازه بگیرد و خطا هم نکند، ولی اتفاقاً عمل او منجر به تلف شود در این مورد اکثر فقهای شیعه قائل به ضمان طبیب هستند و ظاهراً غیر از ابن ادریس کسی مخالفتی ندارد.

شهید اول در لمعه در این باره می‌فرماید: «... و ان احتیاط و اجتهاد و اذن المريض». یعنی طبیب حتی اگر احتیاط بکند و کوشش نماید و مریض نیز اجازه داده باشد، ضامن است و شهید ثانی [۱۴۱۲ ج ۱: ۱۰۸-۱۱۰] در تحلیل نظریه وی می‌فرماید اجتهاد طبیب تأثیری در عدم ضمان، در اینجا یعنی خطای طبیب، ندارد چون که ضمان حتی در خطای محض محقق است و در اینجا اولی است که قائل به ضمان بشویم.

محقق حلی در شرائع [۱۳۷۴ ج ۵: ۲۳۱]. در این باره می‌فرماید: «و لو كان الطبيب عارفاً، و اذن له المريض في العلاج، فال الى التلف، قيل: لا يضمن لان الضمان يسقط بالاذن لانه فعل سائغ شرعاً». قيل: بضمن لمباشرة الاتلاف و هو اشبه». یعنی «اگر طبیب عارف باشد (حاذق باشد) و مریض به او اجازه علاج داده باشد ولی مداوا منجر به تلف شود، گفته شده است که ضامن نیست؛ چون که ضمان با اذن ساقط می‌شود و به دلیل اینکه فعل شرعاً جایز است و گفته شده که به دلیل مباشرت طبیب در اتلاف ضامن است این قول اشبه است».

اما ابن ادریس که مخالف با این نظریه می‌باشد بیان می‌دارد: «طبیب اگر عالم باشد و کوشش نماید و مرض و درمان آن را تشخیص دهد، ضامن نیست؛ اگرچه مریض در اثنای معالجه بمیرد، یا بیماری‌اش تشدید شود یا اعضا و حواسش ناقص شود». ابن ادریس سه دلیل برای نظریه خود بیان می‌کند:

الف. اصالت برائت، چون که اگر طبیب متصف به صفات مذکوره باشد ضمانتی ندارد.

ب. اذن مریض، چون که مریض برای درمان و معالجه اجازه داده است و اذن مریض مسقط ضمان است اگرچه مریض اقدام نموده است.

ج. علاج و مباشرت فعلی است که از نظر شرعی و عقلی جایز است و هرگاه که عمل از نظر شرعی مباح باشد طیب ضامن نیست.

شهید ثانی در پاسخ ابن ادریس می‌فرماید: «اولاً»، اصالت برائت جاری نمی‌گردد چون که اشتغال الذمه طیب که بر اساس روایات وارده، ذمه طیب به سبب طبابت مشغول می‌باشد و اصالت برائت ضمان زمانی جاری است که دلیل اجتهادی بر اشتغال نباشد در حالی که وجود روایاتی بیان می‌دارد طیب ذمه‌اش مشغول است. ثانیاً، اذن از ناحیه مریض، اذن در معالجه و درمان است نه اذن در اتلاف. ثالثاً، منافاتی بین جواز فعل و ضمان نیست مانند زدن به قصد تأدیب که مجاز است ولی موجب ضمان می‌باشد.

از امیرالمؤمنین^(ع) روایت شده است که ختنان که حشفه پسر نابالغ را قطع می‌کند ضامن است [۱۴۱۲ باب ۲۴ ح ۱]. شهید ثانی در پایان می‌فرماید: «بهتر است که در این مورد به اجماع اعتماد بکنیم چون که روایت به دلیل وجود سکونی ضعیف است».

در هر صورت فقهای امامیه، در مورد عدم مسئولیت کیفری طیب در معالجاتش از نظر قصاص اتفاق نظر دارند. اما طیب را به هر صورت از نظر پرداخت دیه مسئول می‌دانند. مگر اینکه طیب قبل از درمان از مریض در این مورد برائت حاصل نماید و نظریه اجماعی است که در قانون مجازات اسلامی ماده ۳۱۹ از نظریه مشهور تبعیت نموده است. «هرگاه طیبی گرچه حاذق و متخصص باشد،

در معالجه‌هایی که شخصا انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هر چند با اذن مریض یا ولی امر باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارات مال شود، ضامن است.»

ظاهراً این ماده با بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی در تعارض است: «...هر نوع عمل جراحی یا طبی شروع که با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانون آنها ورعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود، در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود...». مطابق ماده فوق، چنین عملی جرم نیست. یعنی مسئولیت کیفری از نظر قصاص ندارد. ولی به دلیل ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی بر طبیب ثابت است. چنین تفسیری که مطابق با اصول قانونی و نظریات فقهای شیعه است، با اصول منطق سازگاری ندارد؛ زیرا در موارد فوری باعث خودداری پزشکان از معالجه می‌شود که در واقع موجب خودداری از امر واجب می‌گردد، مگر اینکه معتقد باشیم که در مورد بند ۲ ماده ۵۹ دیه نیز برعهده طبیب نخواهد بود که این تفسیر با نظریات فقهای شیعه سازگاری ندارد.

مستنداً نظریه فوق الذکر فقها که اجماعی است می‌توان روایت سکونی از امام صادق^(ع) باشد «قال امیرالمؤمنین من تطیب او تبیطر فلیأخذ البراهه من ولیه الالفهو ضامن» [۱۴۱۲ ج ۱۱ باب ۲۴ ح ۱]. یعنی هرکسی که طبابت کند یا حیوان را مداوا کند، باید برائت از ولی مریض بگیرد، در غیر اینصورت ضامن است.

محقق حلی^(ره) در این مورد به روایت مذکور به دلیل نیاز ضروری به علاج استناد کرده و می‌فرماید: «لان العلاج مما تمس الجاجه الیه، فلو لم یشرع الابراء،

تعذر العلاج» [۱۳۷۴ ج ۴: ۲۳۲] یعنی چون معالجه از جمله چیزهایی است که حاجت به سوی آن می‌کشاند پس اگر ابراء مشروع نباشد، معالجه کردن متعذر می‌شود. شهید اول در لعمه نیز بر همین نظر است و در غنیه نیز به این موضوع ادعای اجماع شده است.

شرایط عدم مسئولیت پزشکی

پس از آنکه ارکان مسئولیت پزشکی را از نظر قانون مورد بررسی قرار دادیم، باید توجه داشته باشیم که این مسئولیت در شرایط معینی برداشته می‌شود البته در بعضی موارد مسئولیت مدنی و در بعضی دیگر مسئولیت کیفری و بالاخره ممکن است هر دو نوع مسئولیت رفع شوند.

۱) اجازه قانونگذار

اولاً "طبابت از نظر شرع و قانون، عملی مباح و جایز محسوب می‌شود و حتی در شرایطی، فقها آن را واجب و ترک معالجه را حرام و مستوجب گناه و معصیت الهی می‌دانند. این مسأله به قدری اهمیت داشته که بعضی فقها به دلیل وجوب، اخذ اجرت در مقابل آن را جایز نمی‌دانستند. بنابراین قانون به کسانی که صلاحیت اشتغال به این حرفه را دارند، اجازه فعالیت داده است و اولین شرط عدم مسئولیت یعنی مشروعیت پزشکی را فراهم آورده است و همان‌طور که قبلاً گفتیم مبنای این مشروعیت علاوه بر سنت نبی اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) دلیل وجوب حفظ نفس محترمه است که در شریعت مقدس اسلام توجه خاصی

بدان شده است و طبابت به عنوان حرفه‌ای که مقدمهٔ این وجوب را فراهم می‌سازد واجب یا حداقل جایز است.

اما قانونگذار صلاحیت پزشکان را نامحدود نمی‌داند و محدودهٔ آن را مشخص کرده است. محدودهٔ صلاحیت پزشکان اولاً، به داشتن پروانهٔ رسمی پزشکی که بعد از گذراندن دوره‌های نظری و عملی خاص در دانشکده‌ها و مراکز آموزش عالی کشور و اخذ مدرک پایانی به آنها داده می‌شود، بستگی دارد و بدون داشتن پروانهٔ رسمی، اقدام به اعمال پزشکی جرم محسوب شده و مسئولیت کیفری به دنبال دارد و در صورتی که منجر به خسارت شود مسئولیت مدنی نیز خواهد داشت.

ثانیاً، محدودهٔ عمل پزشکان نیز مشخص شده و از آنجا که امروزه طبابت به رشته‌های مختلف تخصصی تقسیم شده است، جز در موارد فوریت‌های پزشکی، طبیب نمی‌تواند در غیر رشتهٔ تخصصی خود وارد عمل شود و نیز در زمینهٔ تجویز داروها محدودهٔ عمل پزشک منحصر به داروهای مجاز می‌باشد و رضایت بیمار هم نمی‌تواند مسئولیت پزشک را در صورت خروج از محدودهٔ مجاز از بین ببرد.

ثالثاً، در مواردی که پزشک مرتکب جرم تعزیری و عمدی شود پروانهٔ پزشکی او لغو می‌شود و در این صورت اگر به طبابت بپردازد عمل او به عنوان دخالت غیرمجاز در امور پزشکی تلقی می‌شود.

بنابراین قانونگذار محدودهٔ شروع، ادامه و ختم فعالیت پزشک را مشخص نموده که عدم رعایت هر یک از آنها می‌تواند برای او ایجاد مسئولیت کند.

۲) قصد درمان

دومین شرط عدم مسئولیت پزشک، داشتن قصد درمان در اقدامات پزشکی است نه چیز دیگری از قبیل کسب تجربه، تجارت یا آزمایشهای علمی. اما با توجه به پیشرفت علم پزشکی و وسعت یافتن قلمرو آن بهتر است به جای این شرط، عدم مسئولیت را فرار دهیم.

۳) مشروعیت اعمال پزشکی

بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، شرعی بودن عمل طبی را در عدم مسئولیت پزشک شرط می‌داند. ماده ۶ آیین‌نامه انتظامی پزشکی مقرر می‌دارد: «اشتغال به امور مخالف شئون پزشکی ممنوع است». ارتکاب این موارد که شورای نگهبان آن را منصرف به اشتغالات حرام دانسته، موجب مسئولیت کیفری خواهد بود.

۴) رعایت موازین پزشکی

علاوه بر رعایت موازین شرعی، قانونگذار در ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی رعایت موازین فنی و علمی را نیز در عدم مسئولیت کیفری پزشک شرط کرده است.

۵) رضایت بیمار

در اینجا رضایت به معنی اذن است که بیمار قبل از درمان به پزشک می‌دهد و شروط اذن را در مبحث مربوطه مورد بررسی قرار دادیم و در اینجا نیز می‌گوییم رضایت باید از شخصی که اذن او معتبر است صادر شده باشد و نیز آگاهانه باشد یعنی پزشک آگاهیهای لازم در مورد نوع درمان و عواقب آن را به بیمار گوشزد کند و اگر بخواهد با رفتار یا گفتار خلاف واقع موجب جلب رضایت بیمار شود

به عنوان طبیب غار (فریب‌دهنده) مسئول خواهد بود و خود نیز در صورتی که اذن بیمار محدود باشد باید در همان محدوده عمل کند.

اما در مورد شکل رضایت به نظر می‌رسد به هر صورت که باشد اعم از شفاهی یا کتبی، صریح یا ضمنی و خلاصه به هر صورت که میان رضایت بیمار باشد، کفایت می‌کند.

از آنجا که رضایت یک حق خصوصی است در صورتی که پزشک قبل از درمان آن را اخذ نکرده باشد و بیمار بعداً "گذشت کند مسئولیت پزشک متفی می‌شود. قانون مجازات اسلامی، اخذ رضایت را در موارد اضطراری لازم ندانسته و در این موارد پزشک مسئولیتی نخواهد داشت. از جمع بند ۲ ماده ۵۹ و ماده ۶۰ چنین نتیجه گرفته می‌شود که در موارد اضطراری، عدم اخذ رضایت فقط مسئولیت کیفری را برمی‌دارد.

۶) اخذ براءت

قانونگذار ایران، اخذ براءت را رافع مسئولیت پزشکی می‌داند البته باید دانست که در این صورت مسئولیت مدنی برداشته می‌شود. با وجودی که ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی در این موارد اطلاق دارد اما ماده ۵۹ به عنوان مقید عمل می‌کند و نشان می‌دهد که پزشک در صورت تقصیر، هر چند که براءت گرفته باشد، مسئول است و همان‌طور که در بحث ابراء گذشت، براءت دهنده باید دارای شرایط خاصی باشد و براءت باید از روی آگاهی و اراده آزاد صورت گرفته باشد. در مورد این شرط هم باید گفت در

موارد اضطراری نیازی به اخذ براءت نیست و پزشک طبق قانون از هرگونه مسئولیتی معاف خواهد بود. شاید مبنای این قانون، قاعده لزوم حفظ نفس و یا قاعده احسان باشد [حقوق پزشکی ج ۴: ۱۰۱، ۱۲۲].

برای اینکه پزشک بتواند به حالت ضرورت استناد نماید و بدون اخذ رضایت و براءت اقدام کند سه شرط لازم است:

الف. وجود خطر شدید جانی که اثبات آن برعهده خود پزشک است و در صورت اختلاف، نظریه پزشکی قانونی ملاک قرار می‌گیرد.

ب. بیمار قادر به اجازه دادن نباشد.

ج. تا زمانی که ضرورت باقی است، رضایت و براءت لازم نیست.

برخی استثنائات حکومتی نیز در این مورد وجود دارند که نیازی به اخذ براءت و رضایت نیست و پزشک در صورت عدم تقصیر مسئول نخواهد بود و آن مواردی است که قانونگذار به پزشک اذن داده باشد، چرا که اذن او حاکم به اذن بیمار است.

بررسی مسأله براءت

صاحب مفتاح الکرامه در بررسی مسأله براءت، نخست نظر علامه را چنین بیان می‌کند: در براءت طبیب به وسیله ابرای قبل از معالجه، نظر است و این ناشی از آن است که از یکسو مورد نیاز ضروری مردم است و نیز قول علی^(ع) که فرمود: «من تطیب او تبیطر فلیأخذ البرائه من ولیه والا فهو ضامن» در تأیید آن وجود

دارد و از سوی دیگر ابرای قبل از استحقاق باطل است و باز روایتی از علی^(ع) در این مورد آمده است که ایشان ختنه‌کننده‌ای را که حشفه پسر بچه را قطع کرده بود، ضامن دانستند و این قول حسن است.

ظاهر عبارت این است که ابراء کننده همان مریض است، همچنان که ظاهر عبارات شرایع و ارشاد و لمعه و صریح عبارت تحریر هم همین است و در نافع چنین آمده است: «اگر مریض ابراء کند یا ولی ابراء کند» و شارحان نیز از کلام او تبعیت کرده‌اند و شهیدان در غایه‌المراد و مسالک و الروضه نیز همین نظر را دارند ولی ابن ادریس حکم را مربوط به ابرای ولی دانسته و بعد گفته است اگر خود مریض عاقل و مکلف باشد و به امر طبیب عمل کند، طبیب ضامن نیست چه براءت گرفته باشد و چه نگرفته باشد و نظر محقق هم که از قول او در نکت‌النهایه آمده چنین است که اذن در مباحث باعث سقوط ضمان است.

صاحب مفتاح بعداً در ادامه مطالب خود می‌فرماید: «ما در اینکه اذن در جنایت باعث سقوط ضمان می‌شود تامل می‌کنیم هر چند که این مسأله مشهور است» و شهید در غایه‌المراد فرموده است اگر مریض یا ولی او قبل از فعل، طبیب را بری کنند و شیخان و اتباع ایشان و ابوالصلاح گفته‌اند طبیب بری‌ء الذمه می‌شود چون این مسأله از نیازهای ضروری است و مردم از معالجه بی‌نیاز نیستند فلذا اگر طبیب یا دامپزشک بفهمد که هیچ‌گونه خلاصی از ضمان ندارد در این صورت از معالجه دست برمی‌دارد. در حالی که ضرورت آن غیر قابل انکار است، پس بساید ابراء مشروع باشد تا حاجت ضرورت را دفع کند و دلیل دیگر آن، روایت سکونی از امام جعفر صادق^(ع) است و این قول را قاعدة «المؤمنون عند

شروطهم» تأیید می‌کند و مراد از ابراء، عدم مؤاخذة و عدم ثبوت حق است در صورتی که موجب آن حاصل شود و هیچ استبعادی در لزوم وفای به شرط نیست به این معنا که در آن صورت حقی ثابت نشده یا اینکه بگوییم ثابت شده و ساقط می‌شود بنابراین از قبیل اسقاط غیر ثابت نیست پس تأمل کن.

اما اختلاف بیشتر فقها در این است که ابراء کننده چه کسی است آیا ولی مریض است یا خود مریض؟ یا هر دو؟ صاحب مفتاح می‌گوید معنی روایت این نیست که سبب ابراء ایجاد شده باشد و صاحب مسالک و کاشف اللثام که چنین برداشت کرده و بر اساس آن گفته‌اند ولی باید ابراء کند، مطلب را درست متوجه نشده‌اند؛ زیرا معنای تطبب این است که اراده انجام آن را کرده باشد نه اینکه انجام داده باشد و این با عرف و فهم فقها مساعد است و دلایلی که آورده و گفته‌اند صرف حاجت باعث مشروعیت حکم نمی‌شود، درست نیست چون ما احکام بسیاری داریم که با وجود مخالفت ادله، تنها به صرف حاجت، صادر شده‌اند و ضعف روایت هم با شهرتی که معلوم است و حتی در کلام مخالفین هم نقل شده جبران می‌شود و من در این زمینه مخالفت صریحی نیافتم و ظاهر کلام مصنف هم در اینجا و در ارشاد و تحریر هم تردد است و در پایان نتیجه‌گیری می‌کند که این مسأله آن چنان که از ظاهر الغنیه و التتقیج برمی‌آید به حد اجماع رسیده و از آنجا که مورد نیاز ضروری مردم است و نیز معلوم نیست که ادله ضمان در جنایت شبیه عمد، بعد از اذن و ابراء، شامل ما نحن فیه بشود بنابراین مقتضای اصل، عدم ضمان است و قبلاً هم گفتیم ثابت نشده که هر

اتلافی موجب ضمان است چرا که گاهی بر مریض واجب است که به طبیب مراجعه کند و بر طبیب هم واجب است که او را معالجه کند.

صاحب جواهر در دنباله مطالب خود در زمینه برائت طبیب چنین می‌فرماید:

(آیا بری می‌شود) پزشک (به وسیله ابرای قبل از معالجه؟ گفته شده: بله) بری

می‌شود و قائل این قول هم شیخان و پیروان آنها هستند - به دلیل روایت سکونی

از ابی عبدالله^(ع) که فرموده است: امیرالمؤمنین^(ع) فرمودند: «من تطیب او تیطر

فلیأخذ البراءه من ولیه، و الالفه ضامن» و به این دلیل که معالجه و درمان از

چیزهایی است که مورد احتیاج مردم است و اگر ابراء را مجاز شرعی ندانند، در

این صورت مسأله درمان متعذر خواهد شد و بعضی گفته‌اند پزشک با ابرای قبل

از علاج، از مسئولیت بری نمی‌شود زیرا که این، اسقاط حق است قبل از ثبوت

آن.

دیگر کسانی که ابراء را قبل از معالجه، جایز می‌دانند عبارتند از ابوالصلاح، ابن

براج در مهذب ظاهراً و در کتاب الاجاره صریحاً، آسی، فخرالمحققین، شهید،

ابوالعباس، مقداد، مقدس اردبیلی و فاضل‌الریاض بنا بر آنچه که از برخی از آنها

حکایت شده است، بلکه در مسالک آن را مشهور دانسته و در الغنیه به طور

ظاهر یا صریح، آن را مورد اجماع دانسته است. ولی قول دیگر را هیچ‌قائلی قبل

از مصنف نگفته است. هر چند که از ابن‌ادریس حکایت شده که او هم گفته

است: «بری نمی‌شود چون اسقاط حق است قبل از ثبوت آن».

بله، ظاهراً فاضل هم در این مسأله مردد بوده است همان‌طور که مصنف هم

در اینجا فقط به نقل دو قول اکتفا کرده و ممکن است که دلیل تردد این باشد که

خبر مزبور را حمل بر برائت مجانی یا مالی بعد از جنایت کرده باشند و این احتمال ظاهر است و چه بسا که لفظ «ولیه» سبب چنین احتمالی باشد ولی با این وجود این احتمال ضعیف است و احتیاج هم به تنهایی نمی‌تواند دلیل باشد بر اینکه حکمی را که مخالف ادله است، شرعی بدانیم و همین وجه است که صاحب مسالک به آن اشاره می‌کند و قبل از آن هم ترجیح این وجه را از قواعد علامه و تمایل به آن را از تحریر فاضل حکایت می‌کند. ولی ضرورت دارد که احتمال مزبور هیچ منافاتی با ظاهر خبر که در احکام شرعی حجت است، نداشته باشد؛ همان‌گونه که ضعف سند منافاتی با جبران آن به عمل اصحاب ندارد و نیاز ضروری مردم نیز این مسأله را تأیید می‌کند و تمام اینها کافی است برای خروج از قاعده عدم اسقاط حق قبل از ثبوت آن. علاوه بر این، اگر به عنوان شرط در عقد اجازه طیب اخذ شود باید به آن ملتزم باشد، چرا که در آن صورت مانند اشتراط سقوط خیار حیوان و مجلس است که تحت قاعده «المؤمنون عند شروطهم» واقع می‌شود.

علاوه بر تمام اینها، چون در اموال از جمله حیوانات که مورد بیطره (دامپزشکی) واقع می‌شوند، امکان قطع به این مسأله وجود دارد و دلیل آن هم این است که چنین کاری، اذن در اتلاف است به گونه‌ای که جاری مجرای افعال عقلاست در سایر اتلافها و بنابراین چنین اذنی به حکم ضرورت، چنان اقتضایی دارد.

و بدین گونه این مسأله در مورد غیر اموال هم که اذن در آنها وجود دارد مثل علاج که جاری مجرای فعل عقلاست، توجیه می‌شود پس از مقوله ابرای قبل از ثبوت حق نیست، بلکه از قبیل اذن در چیزی است که این اذن، عدم ثبوت آن

چیز را اقتضا می‌کند، مثل اذن در خوردن مال و ظاهراً^{۱۲} در این مسأله، اگر مریض از سلامت عقل برخوردار باشد، اذن ولی کفایت نمی‌کند؛ زیرا در آن حالت اصلاً^{۱۳} ولی ندارد بلکه خودش به نفس خود اولی است و اینکه بعد از مرگ، ولی طلب خونبها می‌کند باعث نمی‌شود که سلطنت مریض را بر نفس خود در زمان حال بردارد و آنچه در خبر مزبور آمده است حمل بر اراده ولی در این مورد می‌شود که شامل مریض و صاحب مال می‌باشد.

وقول شهید در غایه‌المراد و کتابهای دیگر به اعتبار اذن ولی یا مریض است که حمل می‌شود بر تفصیلی که ما ذکر کردیم، نه اینکه مرادشان، اکتفاء به اذن ولی باشد در حالی که مریض دارای عقل کامل است و مصنف در نکست‌النهاییه در کتاب‌الدیات، در مورد این خبر چنین گفته است:

«لفظ ولی در خبر برای این است که در صورت تلف، او خون بها را طلب می‌کند؛ پس وقتی که به دلیل ضرورت، ابراء قبل از استقرار حق، مشروع باشد انصراف دارد به کسی که در صورت وقوع مورد ابراء، متولی مطالبه است. پس ابراء از جانب مریض، هیچ استبعادی ندارد چرا که معالجه از افعال مأذون فیه و جایز است و معنی علیه اگر اذن در جنایت بدهد، ضمان ساقط می‌شود، چه رسد به اینکه اذن متعلق به فعل مباح باشد» البته اگرچه نظر ما را رد نمی‌کند ولی محل نظر است و باید تامل کرد.

تمام آنچه گفتیم در صورتی است که طبیب خودش متولی علاج باشد، اما اگر بگوید «به گمانم این دارو برای این درد نافع است یا بگویند اگر من بودم چنین می‌کردم» و مانند اینها، یعنی مباشرت در علاج نکنند، قول موجه آن است که

ضامن نیست، هر چند که مریض به اختیار خود یا اگر اختیار ندارد ولی او آن کار را از روی اعتماد به قول طیب انجام داده باشد، به دلیل اصل و دلایل دیگر. در مواردی که طیب، نتیجهٔ معالجه را نمی‌داند و اظهار بی‌اطلاعی می‌کند ولی چون احتمال مرگ در صورت عدم معالجه وجود دارد، مریض به گفتهٔ او عمل می‌کند، باز هم قول موجه آن است که ضامن نیست.

شاید خیر احمد بن اسحاق مروی در کتاب کافی در باب نوادر در آخر کتاب عقیقه، حمل بر همین مطلب بشود.

از این خیر چنین استفاده می‌شود که معالجه حتی در صورتی که گمان به سلامتی یا احتمال آن وجود دارد جایز است. خبرهای دیگری هم وجود دارند که نظیر این معنا را افاده می‌کنند.

و الحمد لله رب العالمین

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

منابع

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حر عاملی، محمدبن حسن. (۱۴۱۲). وسائل الشیعه الی التحصیل مسائل الشریعه. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- حقوق پزشکی.
- حقوق جزای عمومی.
- خمینی، روح‌الله. (۱۳۶۱). تحریر الوسیله. تهران: مکتبه الاعتماد.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۲). الروضه البیبه فی شرح اللمعه العثمیه. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی. (۱۴۱۲). ریاض المسائل فی بیان احکام. بیروت: دارالهادی.

- عوده، عبدالقادر. (۱۳۷۳). التشریح الجنائی الاسلامی. بی‌جا: نشر میزان.
- قوانین و مقررات جزایی.
- کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۱۳). اصول کافی. بیروت: دارالاضواء.
- مقدس اردبیلی، احمدبن محمد. (۱۳۷۸). مجمع‌الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: جامعه المدرسین.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۴). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: دانشگاه تهران، موسسه چاپ و انتشار.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۷۲). قواعد فقهیه. تهران: ميماد.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- نجفی، محمدحسن. (بی‌تا). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دارالاحیاء.

