

فقه واجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی
سال دوازدهم، شماره بیست و سوم (بهار و تابستان ۱۴۰۴)



صاحب امتیاز:

مرکز فقهی ائمه اطهار

مدیر مسئول:

آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی

سردبیر:

علی نهانندی

دبیر تحریریه:

محمدجواد نصر آزادانی

دبیر اجرایی:

مهدی مقدادی داودی

ویراستار:

محمد شیرینکار موحد

مترجم انگلیسی:

علی رشیدآبادی

مترجم عربی:

علی فراهانی

طراح:

حمیدرضا پورحسین

صفحه آرا:

محسن شریفی

هیئت تحریریه به ترتیب حروف الفبا
- جعفر بستان (نجفی) (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- سید جواد حسینی گرگانی (استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم و مدرس دانشگاه)
- محمدجعفر طبسی (مدرس دانشگاه و استاد حوزه علمیه قم)
- سید علی علوی قزوینی (دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی)
- محمدجواد فاضل لنکرانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- محمدرضا فاضل کاشانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- محمد قائینی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- سید محمد نجفی یزدی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)
- علی نهانندی (استاد خارج حوزه علمیه قم)
- سعید واعظی (استاد خارج حوزه علمیه قم)

دوفصلنامه فقه و اجتهاد بر اساس نامه شماره ۱۲۱۲۳
شورای اعطای مجوزها و امتیازهای شورای عالی حوزه‌های
علمیه در جلسه مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ از شماره دهم به رتبه
علمی - پژوهشی ارتقا یافته است.

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار

معاونت پژوهش، دفتر فصلنامه فقه و اجتهاد

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴ / دورنگار: ۰۲۵ - ۳۷۷۳۰۵۸۸

سامانه فصلنامه: www.mags.markafeqhi.com

پست الکترونیکی: mags@markazfeqhi.com

چاپ: گله‌ها - قم / قیمت: ۲۰۰ هزار تومان

نمایه شده در پایگاه‌های:

Magiran (بانک اطلاعات نشریات کشور)

Noormags (پایگاه مجلات تخصصی نور)



مؤسسه استادی و بانی علم و فناوری
جهان اسلام (ISC)



The Challenges of “Acquitting before Treatment” with a Focus on the Narrative Proof of the Issue

*Seyed Amir Alamdar Qahfarrokhi*¹

Abstract

According to the well-known opinion of jurists, a physician can obtain absolution from the damages caused by the treatment before it is given, and the main reason for this is the narration of Sakuni from Imam Sadiq (a.s.) that Imam Ali (a.s.) said: “Whoever involved in medical practice or veterinarian must obtain absolution from his [or her] guardian, otherwise he is his [or her] guarantor.” Citing this narrative has long faced problems that have not gone unanswered, and the following article, following the question: “Is there another challenge in addition to the previous problems?”, enumerates several new problems using a descriptive-analytical method and using library data, including: Regardless of its reliability or relative weakness, the narration according to the popular interpretation (the doctor's acquittal before treatment) is one of the unique narrations of this narrator that most of the companions stop on. Its implication for the claim is not complete either; the popular interpretation is that “tattabub” means “treatment” (i.e., the act of the doctor), However, according to the dictionary, this expression also refers to “obligation to seek medical treatment” (i.e., the effort of an uninformed person to treat), and this meaning is also possible in the narration, so it is vague. Also, according to the rules of language, the hadith indicates the acceptance of acquittal “after treatment” and there is no evidence that it precedes it, as is commonly believed. In addition, the unconditional implication of the narration includes all medical injuries, while only a few of the injuries are intended in the prevailing opinion, and referring this view to the narration requires either a restriction of the majority or an absolute reduction to a rare individual. Therefore, the narrative cannot be relied upon and another reason must be sought for this claim.

Keywords: Physician's guarantee, Obtaining acquittal before treatment, Sakuni's singularities, Medical injuries.

فقه واجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی
سال دوازدهم، شماره بیست و سوم (بهار و تابستان ۱۴۰۴)
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۰

چالش‌های «اخذ برائت پیش از درمان» با تمرکز بر مستند روایی مسئله

سید امیر علمدار قهفرخی^۱

چکیده

به نظر مشهور فقها، پزشک می‌تواند پیش از درمان، نسبت به خسارات آن، برائت بگیرد و عمده دلیل، خبر سکونی از امام صادق علیه السلام است که حضرت علی علیه السلام فرمودند: «هرکس تطب یا تبیطر کند، باید از ولی او [یا آن] برائت بگیرد در غیر این صورت ضامن او [یا آن] است». استناد به این روایت، از دیرباز با اشکالاتی مواجه بوده که البته بی‌پاسخ نمانده است و نوشتار پیش‌رو، به دنبال این پرسش که: «آیا افزون بر ایرادات سابق، چالش دیگری هم وجود دارد؟»، به روش توصیفی تحلیلی و بهره‌گیری از داده‌های کتابخانه‌ای، چند اشکال جدید برشمرده، از جمله اینکه: با صرف نظر از وثاقت یا ضعف سکونی، روایت طبق برداشت مشهور (برائت‌گیری پزشک پیش از درمان)، از متفردات این راوی است که بیشتر اصحاب در آن توقف دارند. دلالت آن بر مدعا نیز تمام نیست؛ مشهور، «تطبیب» را به «طیابت» (یعنی: فعل پزشک) معنا کرده‌اند، اما براساس لغت، این تعبیر بر «تکلف به طیابت» (یعنی: تلاش فرد ناخبره برای درمان) هم اطلاق شده و این معنا نیز در روایت احتمال می‌رود، لذا مجمل است. همچنین طبق قواعد زبان، حدیث، بر گرفتن برائت «پس از درمان» دلالت دارد و شاهی بر پیشی آن - چنانکه مشهور قائل‌اند - درمیان نیست. به علاوه اطلاق روایت، همه آسیب‌های درمانی را شامل می‌شود، در حالی که موارد اندکی از آسیب‌ها مورد نظر مشهور است و از استناد این دیدگاه به روایت، یا تقیید اکثر لازم می‌آید، یا تنزیل مطلق به فرد نادر. از این‌رو روایت قابل تمسک نیست و بایستی بر این مدعا دنبال دلیل دیگری بود. کلیدواژه‌ها: ضمان پزشک، گرفتن برائت پیش از درمان، متفردات سکونی، آسیب‌های درمانی.

فقه واجتهاد / چالش‌های اخذ برائت پیش از درمان ...

مقدمه

مشهور فقها، پزشک را ضامن خسارات ناشی از درمان که بر بیمار وارد آید، می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۶). مقتضای قاعده اتلاف (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۳۴)، همچنین مفاد ادله خاص (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۱۴۷؛ و ص ۱۴۱؛ و ص ۱۴۵) این دیدگاه را تأیید می‌کند. اما مشهور، این مطلب را نیز عقیده دارند که پزشک می‌تواند «پیش از درمان» از بیمار یا ولی او نسبت به خسارات ناشی از درمان، براءت بگیرد و بر این مدعا دلایلی اقامه کرده‌اند که عمده آن خبر سکونی است؛ بلکه می‌توان گفت زمینه پیدایش این ایده (أخذ براءت) به عنوان یک راهکار مصونیت پزشک از ضمان را همین روایت در اذهان فراهم آورده است: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنْ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام، قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَ إِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۴؛ یعنی «هرکس تطبب یا تبیطر^۱ کند، باید از ولی او [یا آن] براءت بگیرد، وگرنه ضامن او [یا آن] است». همچنین بر جواز اخذ براءت، به «نیاز مبرم» و «امکان اخذ آن به عنوان شرط ضمن عقد» نیز استدلال شده است (محقق، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۳۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳، صص ۴۷ - ۴۸).

در مقابل دیدگاه مشهور، بی‌تأثیر بودن اخذ براءت و ضمان پزشک در فرض مذکور، به عنوان یک «قیل» در شرایع نقل شده (محقق، ۱۴۰۸، ج ۴، صص ۲۳۱ - ۲۳۲) و برخی فقها، قائل را «ابن ادریس» معرفی کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۹) که البته با ملاحظه آثار موجود از ایشان، این نسبت درست به نظر نمی‌رسد. در سرائر آمده است: «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ مَنْ يَطْبِئِهِ أَوْ صَاحِبِ الدَّائَةِ، وَ إِلَّا فَهُوَ ضَامِنٌ إِذَا هَلَكَ بِفَعْلِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۷۳) که بی‌تردید، با الهام از متن روایت چنین تعبیری داشته است. در سایر آثار فقهی پیش از شرایع نیز - چنان‌که صاحب جواهر فرموده (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۷) - نشانی از انکار اخذ براءت یافت نمی‌شود؛ هرچند پس از محقق، برخی این دیدگاه را برگزیده‌اند (علامه، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۹).

۱. دلیل اینکه دو واژه ترجمه نشده‌اند، در ادامه خواهد آمد.

نتیجه اینکه به جز یکی دو فقیه، مخالفی بر صحت اخذ برائت پیش از درمان، وجود ندارد.

اما استناد مشروعیت برائت، به روایت مذکور با اشکالاتی روبرو است؛ البته این بحث، پیشینه‌ای بلند و دامنه‌ای گسترده دارد؛ اصل گرفتن برائت و شروط و چگونگی آن، از دیرباز مورد توجه فقها بوده و اخیراً، حقوقدانان نیز بدان پرداخته‌اند؛ در خلال متون فقهی و حقوقی، همواره به امکان برائت‌گیری و ادله قائلین اشکالاتی وارد آمده که البته، عمدتاً بی پاسخ نمانده است. برخی با نگاه عقلی به مسئله (ابراء ما لم یجب)، منکر امکان آن شده، یا در آن توقف کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۹؛ محقق، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۳۲؛ علامه، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۲۲؛ همو، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۵۱). دیگرانی به خاطر اشکال سندی (وقوع سکونی) روایت را کنار گذاشته، دلایل دیگر را نیز کافی ندانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۹). برخی مقالات با نگاه حقوقی مسئله را بررسی کرده و کوشیده تا برائت را در رفع مسئولیت مدنی از پزشک، ناکافی نشان دهد (داراب پور، ۱۳۸۴، صص ۳۱۸-۲۹۳)؛ چنانکه برخی مقالات، با نظر به قانون مجازات اسلامی، بین ماده ۴۹۵ این قانون و تبصره اول آن، نوعی ناهماهنگی مشاهده کرده و تفسیری ارائه داده تا مشکل را رفع کند (رستمی و قره‌داغی، ۱۳۹۴، ص ۵۸-۵۵).

آنچه پژوهش حاضر را از کارهای پیشین متمایز می‌سازد، تمرکز بر مستند روایی این دیدگاه (یعنی خبر سکونی) و پرداختن به اشکالاتی است که در کلام سابقین نیامده، یا پاسخ قانع‌کننده‌ای نگرفته است، یعنی یک بحث «فقه الحدیثی» را دنبال می‌کند. این اشکالات، به دو دسته سندی و دلالتی تقسیم می‌شوند:

۱. چالش سندی

شاید در بدو امر، اشکال سندی روایت، متوجه «سکونی» به نظر برسد؛ «اسماعیل بن ابی زیاد (مسلم) سکونی» از روات پُربحثی بوده که درباره او بسیار نوشته‌اند و در تأیید و ردش دلائل متعددی اقامه شده است (نوری، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۱۶۰-۱۶۹). اما مورد سخن این نوشتار، توثیق یا عدم توثیق سکونی نیست و تکرار مکررات ضرورتی ندارد؛ سخن اینجا است که با چشم‌پوشی از اختلافات در شخصیت این

راوی و حتی بر فرض پذیرش توثیق او، روایت طبق برداشت مشهور (یعنی اخذ برائت «پیش از درمان»)، از متفردات سکونی به حساب می‌آید و اصحاب، میان متفردات سکونی با سایر روایات او فرق گذاشته‌اند و اکثر کسانی که روایات او را پذیرفته‌اند، به متفرداتش عمل نکرده‌اند (محقق، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۴۲۱؛ و شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۸؛ مرحوم صدوق در بحث «میراث مجوس» بعد از نقل خبری از سکونی فرموده‌اند: «لَا أُفْتِي بِمَا يَنْفَرِدُ السَّكُونِيُّ بِرِوَايَتِهِ» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۴۴؛ یعنی: «[با استناد] به آنچه سکونی در نقل آن تنهاست، فتوا نمی‌دهم»). با اینکه روایات سکونی در جاهای مختلف «الفقیه» به چشم می‌خورد (همان، ج ۱، ص ۵۱۰ و ج ۲، ص ۲۹ و ص ۱۸۳ و...؛ همچنین ایشان، کتاب «کافی» - اولین مصدر فعلی این روایت - را در اختیار داشته و مکرر از آن نقل کرده‌اند (همان، ج ۴، ص ۵۳۴؛ و ج ۲، ص ۳۵۴؛ و ج ۴، ص ۲۰۳ و ۲۲۲ و ۲۲۷)، اما روایت مذکور در «الفقیه» نیامده است.

بلکه اصحاب، در مواردی نسبت به متفردات ثقات معروف و اجلّاء مشهور نیز توقف کرده‌اند (صدوق، ۱۳۸۶، ج ۲، صص ۴۵۰ - ۴۵۱؛ و همو، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۱۱؛ و شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۲۱۹ و ج ۲، ص ۳۶۰). حال نسبت به سکونی که مخصوصاً به توقف در متفردات او تصریح شده، این قاعده اولی به اجراست.

خلاصه اینکه بر فرض توثیق سکونی، او در نقل این روایت تنهاست و در روایات دیگر، اثری از این راهکارِ رهایی‌بخش از ضمان وجود ندارد.

۲. چالش‌های دلّلی

دلالت روایت بر مدّعی مشهور نیز دست‌کم با سه اشکال مواجه است که حداقل باید به اجمال آن قائل شد، بلکه طبق برخی، دیدگاه خلاف مشهور ثابت می‌شود:

۲-۱. اختلاف در معنای «تَطَبُّب»

مشهور «تَطَبُّب» را به «طبابت» (یعنی: کاری که «پزشک» انجام می‌دهد) معنا کرده‌اند. اما از لغت برای این تعبیر، علاوه بر معنای مدّ نظر مشهور، معنای دیگری نیز به دست می‌آید. در برخی کتب معتبر، «مُتَطَبَّب» - ظاهراً به خاطر غلبه استعمال باب «تَفَعَّل» در معنای «تَكَلَّف» - به «الَّذِي يُعَانِي الطَّبَّ وَلَا يَعْرِفُهُ مَعْرِفَةً جَيِّدَةً» معنا شده

(ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۱۱۰)، یعنی: «کسی که به سختی طبابت می‌کند و در آن خبره نیست»؛ یا جوهری آن را به «الذی یتعاطی علم الطب [أی یخوض فیه]» معنا کرده (جوهری، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۷۰؛ و ج ۶، ص ۲۴۳۱)؛ یعنی: «کسی که [هنوز] به غور در این علم مشغول است» که این معنا نیز به همان معنای تکلف برمی‌گردد و نوآموز علم طب هم به آسانی قادر به درمان بیماران نیست. پس طبق این دو منبع، «تَطَبَّبَ» یعنی: «عَائِيَ الطَّبَّ و لم يَكُنْ خَبِيرًا فِیه بعد» (در طبابت، خود را به سختی انداخت، حال آنکه هنوز در آن خبره نبود)؛ در این صورت، روایت بر حکم پزشک دلالت ندارد؛ بلکه دال بر اخذ برائت افراد بی‌تخصص، یا نهایتاً امثال دانشجو یا کارآموز پزشکی است که در حرفه خود کاملاً حاذق نشده‌اند؛ یعنی به بحث قصور درمانگر مربوط است.

فعل «تَبَيَّنَطَرَ» اما در هیچ یک از لغت‌نامه‌های کهن معتبر یافت نمی‌شود و آنچه آمده، «يَبَيَّنُطَرَ» است به معنای «عَالَجَ» (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۴۲۲؛ و فیومی، ۱۴۱۴، ص ۵۱)؛ لذا بعید نیست که به قرینه «تَطَبَّبَ»، «تَبَيَّنَطَرَ» در روایت نیز - به عنوان یک لغت مولد - در معنای «تَكَلَّفَ بِالْبَيْطَرَةِ» (در دامپزشکی خود را به زحمت انداخت، در حالی که خبره این کار نبود) استعمال شده و افراد غیر متخصص را منظور داشته باشد، چنان‌که در برخی معاجم معتبر معاصر، این‌گونه معنا شده است (مصطفی و همکاران، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۷۹).

شاهد بر این معنا، تتمه‌ای است که در دعائم الإسلام ذیل حدیث نقل شده: «و عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِمَّنْ يَلِي لَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَهُوَ ضَامِنٌ؛ يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ مَاهِرًا» (ابن حیون، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۱۷)؛ مشروط بر اینکه فقره «یعنی إذا لم یکن ماهرًا» (ترجمه: «منظور حضرت [علی یا حضرت صادق علیهما السلام] زمانی است که درمانگر، ماهر نبوده»)، جزء حدیث و فرمایش امام صادق علیه السلام باشد، نه فهم راوی یا مؤلف کتاب؛ که البته احتمال سوم (فهم مؤلف) قوی‌تر به نظر می‌رسد؛ چون حدیث در مصادر ما، بدون این تتمه آمده و چنانچه جزء آن بود، عادتاً نقل می‌شد و حذف آن وجهی نداشت. هرچند فهم صاحب دعائم - به عنوان یک محدث نزدیک به عصر صدور روایت - خود می‌تواند در اندازه یک شاهد بر این معنا باشد.

در مصادر اهل سنت نیز حدیثی مشابه با این مضمون و با لفظ «من تطبّب و لم یُعَلِّم منه الطبّ فهو ضامن» از پیامبر اکرم ﷺ نقل و به همین معنای «تکلف به طبابت» تفسیر شده است (ابن قیم جوزیه، بی تا، ص ۱۰۹؛ کتانی، بی تا، ج ۱، ص ۳۵۸؛ عاملی، ۱۴۱۴، ص ۹۳).

البته همچنین در کتب لغت معتبر، «تَطَبَّب» به معنای «طبابت کردن» و «مُتَطَبَّب»، به معنای «طیب» آمده (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۴۰۷؛ فیومی، ۱۴۱۴، ص ۳۶۸) و پزشک واقعی و حاذق را منظور دارد که این معنا هم در روایت محتمل است و مدّعی مشهور را ثابت می‌کند؛ فهم مرحوم کلینی از روایت که به عصر صدور آن نزدیک بوده نیز همین معنا است و بابتی را که روایت را در آن نقل نموده «باب ضمان الطیب و البیطار» عنوان کرده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۴)؛ همچنین صاحب وسائل از میان محدثان متأخر چنین برداشتی از روایت داشته (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۲۶۰) که می‌تواند شاهد بر معنای مدنظر مشهور باشد.

به هر روی، دو معنا برای این فعل محتمل است و به قرینه «تَبَيَّنَ طَرّاً»، معنای اول نزدیک‌تر به نظر می‌رسد؛ یا لااقل هر دو احتمال متکافئ هستند و باید به اجمال روایت قائل شد.

آیت الله خویی معنای «تکلف» که بیانش گذشت را اجنبی از روایت و نامناسب با آن دانسته، «تَطَبَّب» را مانند «تَكَسَّب» به معنای مطاوعه و قبول فعل (مساوق با «عالج») گرفته‌اند. (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۰، ص ۲۴۶)

دلیل اجنبی بودن این معنا و پاسخ آن، در ادامه خواهد آمد. اما راجع به مطاوعه باید گفت: در لغت، «استطب» در معنای «طلب درمان» به کاررفته و مناسب با مطاوعه آن - چنان‌که محقق خویی فرموده‌اند - «طَبَّ» و «تَطَبَّب» استعمال شده است (جوهری، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۷۰؛ و فیومی، ۱۴۱۴، ص ۳۶۸)؛ منتها بسته به اینکه مفعول «استطب» چه کسی باشد (پزشک یا غیر پزشک)، مطاوعه آن تعیین می‌شود؛ لذا عرب می‌گوید: «اسْتَطَبَّ الْمَرِيضُ الطَّيِّبَ فَطَبَّهُ» (مریض از پزشک درمان طلبید، پس پزشک به درمان او پرداخت) و «اسْتَطَبَّ الْمَرِيضُ الْمَتَطَبَّبَ فَتَطَبَّبَهُ» (مریض از غیر متخصص [یا پزشک] درمان خواست، پس او هم در درمان مریض به سختی افتاد

[یا مریض را درمان کرد]. پس مطاوعه بودن «تطبّب» منافاتی با معنای تکلف آن ندارد و با این معنا هم سازگار است.

نتیجه اینکه هرچند مشهور به این خبر بر جواز اخذ برائت «پزشک» استدلال کرده‌اند، اما معلوم نیست روایت، پزشک را منظور داشته باشد.

ممکن است گفته شود: حتی اگر مقصود از روایت، غیر پزشک باشد، مفهوم کلام آن خواهد بود که پزشک به طریق اولی می‌تواند برائت بگیرد و یا اینکه پزشک اساساً ضامن نیست. اگر شارع مقدّس به غیر متخصص اجازه داده تا پیش از اقدام، با گرفتن برائت، دست به جان و سلامت و مال مردم ببرد، نسبت به متخصص که به فن خود آگاه است و از ضرر جان و مال مردم خبر دارد، به طریق اولی برائت را مشروع خواهد دانست. به تعبیر دیگر، یا مراد از روایت، پزشک است که ثبت المطلوب؛ و یا غیر پزشک است که باز هم با توضیح سابق، مدّعی مشهور را ثابت می‌کند.

طبق این فهم از روایت، نه تنها شارع به فرد غیر متخصص اجازه دست بردن به درمان را داده، بلکه یک راه مصونیت از ضمان نیز پیش پای او گذاشته است. اما با ملاحظه سایر ادله، این برداشت درست به نظر نمی‌رسد. وقتی آموختن طب، جزء واجبات کفایی شمرده شده (علامه، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۳۶)، یعنی شارع مقدّس بر عده «من به الکفایة» لازم کرده تا به اندازه مطلوب، آن را بیاموزند و راضی نبوده افراد غیر خبره، بدون ضرورت دست به جان و مال مردم بپزند؛ بنابراین تخصص و بی‌تخصصی را یکسان نمی‌داند. همچنین طبق روایات متعدّد، انجام عمل، تنها مشروط و منوط به «علم»، رواست. از امام جعفر صادق علیه السلام نقل شده که فرمودند: «الْعَامِلُ عَلَى غَيْرِ بَصِيرَةٍ كَالسَّائِرِ عَلَى غَيْرِ الطَّرِيقِ، لَا يَزِيدُهُ سُرْعَةُ السَّيْرِ إِلَّا بُعْدًا؛ «عامل بی‌بصیرت، مانند رونده در غیر راه است؛ تندروی بر او نمی‌افزاید، مگر دوری [از مقصد]» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۴۳)؛ و نیز از حضرت صادق علیه السلام روایت شده که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: «مَنْ عَمِلَ عَلَى غَيْرِ عِلْمٍ كَانَ مَا يُفْسِدُ أَكْثَرَ مِمَّا يُصْلِحُ؛ «هرکس بدون دانش کاری کند، آنچه تباه می‌سازد بیشتر از آنی است که سامان

می‌دهد» (همان، ج ۱، ص ۴۴).

اما چرا بالاین وجود، هر دو معنای «تطبّب» را محتمل شمردیم و روایت را شامل غیر پزشک نیز دانستیم؟ پاسخ، از تعیین «زمان اخذ برائت» روشن می‌شود. در مدّعی مشهور، زمان گرفتن برائت، «پیش از درمان» است؛ لذا با این اشکال مواجه شده‌اند که چگونه «متطبّب» (غیر خبره) می‌تواند برائت بگیرد و سپس جان و مال مردم را به خطر بیندازد؟ در نتیجه روایت را منصرف از این معنا دانسته، تنها معنای «پزشک» را احتمال داده‌اند. شاید دلیل مرحوم خوئی بر اجنبی بودن معنای «تکلف» همین باشد. اما در ادامه خواهد آمد که زمان اخذ برائت، پس از اقدام به درمان و ورود آسیب به بیمار است؛ لذا روایت هم شامل «متکلف غیر خبره» و هم «پزشک» می‌شود و هر دو احتمال، باقی است.

البته باید توجه داشت که چه برائت را پیش از درمان و چه پس از آن بدانیم، یقیناً منظور از «متطبّب» در روایت، «جاهل صرف» نمی‌تواند باشد. بر اساس ادله وجوب حفظ نفس و حرمت القاء آن در هلاکت (بقره: ۱۹۵ و نساء: ۲۹؛ رک: طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۵۱۶؛ و طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۳۲۰)، چنین شخصی مجاز به درمان دیگران نیست. چگونه ممکن است شارع او را از اقدام به درمان نهی کند، از طرفی راه خلاصی از ضمان نیز پیش پایش بگذارد؟ اما این امکان وجود دارد که شارع نسبت به طب آموز - لااقل در مواقع فقدان پزشک و احتیاج به درمان او - چنین راهکاری قرار دهد. چون بالاخره طب آموز هم باید از جایی شروع کند و به پشتوانه‌ای نیاز دارد؛ درعین حال، این راه برون رفت از ضمان را برای پزشک قرار نداده باشد.

خلاصه اینکه «متطبّب» به معنای غیر خبره، لغتاً جاهل مطلق و طب آموز، هر دو را شامل می‌شود؛ اما با لحاظ سایر ادله، منظور از روایت سکونی، قطعاً جاهل صرف نیست؛ در نتیجه مراد از «متطبّب» در روایت، یا «طیب» است و یا «طب آموز».

۲-۲. بررسی «زمان گرفتن برائت» در روایت سکونی

روایت سکونی، در قالب یک جمله شرطیه وارد شده و این ساختار یعنی تعلیق جزا بر شرط، به نحوی که «إذا تحقّق الشرط، تحقّق الجزاء». شرط هم در تعبیر روایت «تطبّب و تبیّط» آمده و اخذ برائت، بر خود این دو، معلق شده است؛ یعنی «اذا

تَحَقَّقُ التَّطَبُّبُ أَوْ التَّبْيَضُّ فَلْيَأْخُذِ الْمُتَطَبِّبُ وَ الْمُتَبَيِّضُ الْبَرَاءَةَ» که ظهور در بعد از شروع به درمان و وارد آمدن آسیب به بیمار دارد. اما مشهور، وقت گرفتن برائت را قبل از اقدام به درمان دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۶)؛ برداشت مشهور، چیزی معادل «مَنْ أَرَادَ التَّطَبُّبَ أَوْ التَّبْيَضُّ...» است؛ یعنی «إِذَا تَحَقَّقَتْ إِرَادَةُ التَّطَبُّبِ أَوْ التَّبْيَضِّ...»؛ گویا در روایت «فعل» آمده، اما منظور «ارادة فعل» بوده و اراده، همیشه قبل از فعل پدید می‌آید؛ محقق اردبیلی^۱ فرموده‌اند: «معنای تَطَبَّبَ، آن است که قصد فعل کرده باشد، نه اینکه خود فعل را انجام دهد؛ و این معنا [از روایت] روشن است»؛ و کلام ایشان، با «عُرف» و «فهم فقها» تأیید شده (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۲۷۳؛ و طباطبائی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۳۷۷)، هرچند به اعتراف صاحب ریاض، این معنا از حیث لغت، بعید است (همان). البته در کلام بیشتر مستدلین به روایت، اشاره‌ای به وجه تقدّم برائت بر عمل نشده و گویا آن را ارسال مسلمات قلمداد کرده‌اند.

به هر روی، عرفی بودن این معنا که روشن نیست؛ بلکه عرف، طبق قواعد لغت، برائت پس از درمان را می‌فهمد. فهم فقها از روایت هم اول نزاع است و اتفاقاً پرسش، از مستند و دلیل همین فهم فقهاست. البته اصل مدّعی محقق اردبیلی^۲ (یعنی ذکر «فعل» و قصد «ارادة فعل») در کلام عرب نظیر دارد، منتها بدون قرینه قانع‌کننده بر ارادة «ارادة فعل»، نمی‌توان «فعل» را بر آن معنا حمل کرد و معلوم نیست ایشان به چه پشتوانه‌ای این معنا را از روایت «روشن» دانسته‌اند؟ در باب هشتم «مغنی اللیب» آمده است: «عرب با فعل، از اموری تعبیر می‌کند، اول: وقوع آن فعل؛ و اصل بر همین است؛... سوم: ارادة فعل؛ و بیشتر موارد آن، بعد از ادات شرط است؛ مانند ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾ [نحل: ۹۸]، ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا...﴾ [مائده: ۶] و...» (ابن هشام انصاری، بی‌تا، ج ۲، صص ۶۸۸ - ۶۸۹)؛ ولی با دقت در مثال‌های اقامه شده معلوم می‌شود تنها به کمک قرائن منفصل از این کلام فهمیده شده که جای استعاذه، قبل از قرائت و محلّ وضو، پیش از نماز است و همچنین سایر مثال‌ها؛ وگرنه خود ادات شرط و هیأت جمله شرطیه در آیات مذکور، بدون لحاظ قرینه‌ای از خارج، چنین دلالتی ندارد. لذا تا قرینه‌ای بر این معنا نباشد، کلام بر اصل (یعنی ذکر «فعل» و قصد همان «فعل») باقی می‌ماند.

با این توضیح، از روایت نیز همان معنای «فعل» برداشت می‌شود و از خارج، دلیل دیگری در دست نیست تا قرینه بر اراده «اراده فعل» شود. به همین خاطر، صاحب ریاض، مدّعی محقق اردبیلی را از حیث لغت، بعید دانستند. البته فهم فقها نیز نمی‌تواند نقش قرینه را ایفا کند؛ چون مستند به همین روایت بوده است، نه دلیل منفصل.

همچنین بر گرفتن برائت پس از انجام درمان و ایراد آسیب، به تعبیر «ولّیه» در روایت استشهاد شده (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۴۵؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۷)، بدین بیان که پیش از جنایت، چنانچه بیمار عاقل و بالغ باشد، خودش ولیّ خودش است و برائت - بر فرض مشروعیت - از خود بیمار گرفته می‌شود؛ چون زمان حیات بیمار، ولیّ نقشی ندارد؛ و اینکه روایت، تفکیک نکرده و اخذ برائت را تنها از ولیّ بیمار دانسته، نشان می‌دهد مربوط به زمانی است که ولایت بیمار بر نفس خود ساقط شده و به ولیّ او رسیده باشد، یعنی بعد از وقوع جنایت و تلف شدن بیمار. پس منظور از «ولیّ»، «ولیّ دم» خواهد بود و تقدیر روایت چنین می‌شود: «من تطبّب أحداً فمات، فليأخذ البرائة من وليّه...».

که البته این شاهد، قابل مناقشه است. چون تنها نسبت به بیمار عاقل و بالغی صدق می‌کند که در طی درمان، تلف شود و این مورد، نسبت به سایر موارد درمان که بیمار «ولیّ» دارد و مشمول روایت می‌شود، اندک است؛ توضیح اینکه گرفتن برائت از «ولیّ»، در سه مورد متصور است: الف) «عاقل بالغ تلف شده» که برائت تنها بعد از درمان گرفته می‌شود؛ ب و ج) «صغیر یا مجنون» و «حیوان» که نسبت به اینها اخذ برائت، هم قبل از درمان و هم بعد از آن امکان دارد؛ لذا اختصاص روایت به فرض عقل و بلوغ و نادیده گرفتن سایر فروض، تنزیل آن به فرد نادر است. در نتیجه تعبیر «ولّیه» نمی‌تواند شاهد بر گرفتن برائت پس از درمان باشد.

در مقابل، از کلام برخی فقها چنین به دست می‌آید که منظور از «ولیّ» در روایت، خون‌خواه بیمار بر فرض وقوع تلف اوست و چون گرفتن برائت، پیش از درمان تشریع شده، منصرف به کسی می‌شود که به تقدیر تلف، او مطالبه دم می‌کند (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۴۹)؛ یعنی حتّی نسبت به عاقل بالغ نیز، از ولیّ دم آینده او برائت گرفته می‌شود، نه خود او و تقدیر روایت چنین است: «من تطبّب أحداً

فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِمَّنْ سَيَطْلُبُ بَدْمَهُ لَوْ تَلَفَ».

پیش‌فرض سخن فوق این است که براءة، پیش از درمان گرفته می‌شود و براین اساس، «ولی» معنا شده است؛ نظر سابق (دیدگاه فاضل هندی)، از تعبیر «ولیّه»، زمان گرفتن براءة را تعیین می‌کرد و این دیدگاه، با کمک زمان گرفتن براءة، معنای «ولی» را معلوم می‌کند. منتها «پیشی براءة از درمان» اول کلام است و در متن روایت و غیر آن، دلیلی بر این مدعا وجود ندارد؛ لذا نمی‌تواند قرینه بر تعیین معنای «ولیّه» باشد. خلاصه اینکه از معنای «ولی» شاهی بر پیشینی یا پسینی بودن براءة به دست نمی‌آید.

همچنین، در تعیین مرجع ضمیر «ولیّه» وجه دیگری نیز بیان شده که آن هم با هر دو احتمال (گرفتن براءة پیش از درمان و بعد از آن) سازگار است. محقق خویی منظور از «ولی» را «مَنْ بَيَّدَ الْأَمْرَ» یعنی: «زماندار درمان» دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۴۷)؛ گویا روایت فرموده است «... فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّ التَّطَبُّبِ أَوْ التَّبْيِطِ...»، یعنی ضمیر در «ولیّه» به مصدر مصطاد از دو فعل برمی‌گردد که طبق این فرض، «ولی کلّ مورد بحسبه» و حتی عاقل بالغ زنده نیز ولیّ درمان خود است و مشمول روایت می‌شود.

به هر روی، بیان سابق بر تأخر براءة از درمان کافی است که طبق این معنا، روایت موافق با قواعد خواهد بود و چیزی بیشتر از ادله ضمان، مانند «قاعده اتلاف» افاده نمی‌کند؛ تنها یک راه حل بر رفع ضمان بیان می‌دارد و آن درخواست ابراء از بیمار یا ولی بیمار است.

ممکن است گفته شود: در این صورت (تأخر براءة از اقدام به درمان و ورود آسیب به بیمار)، چه فایده‌ای در ذکر «أخذ براءة» است؟ وقتی طبق خود این روایت و سایر ادله، «طبيب» یا «طب آموز» ضامن هستند، معلوم است که بعد از اقدام به درمان و ایراد صدمه، تنها با گرفتن براءة از صاحب حق، خلاص می‌شوند؛ پس گفتن آن چه وجهی دارد؟ به تعبیر دیگر، چنانچه گرفتن براءة پس از درمان باشد، ذکر آن لغو و توضیح واضحات خواهد بود و از روایت، زمانی مطلب جدیدی فهمیده می‌شود که معنا، گرفتن براءة پیش از درمان باشد.

اما در پاسخ می‌توان گفت: با تأخّر بَرائت از درمان نیز ذکر آن لغو نیست و روایت، در مقام دفع یک توهّم، می‌خواهد این را بفهماند که «طیب» یا «متطبّب»، مصون از ضمان نیستند و در صورت آسیب، «ولی» حقّ مطالبه از آنها را دارد؛ با توجه به اینکه عَرَف، مصونیتی برای پزشک قائل است، بلکه نزد عرف، نسبت به نوآموز پزشکی هم انتظار مصونیت می‌رود، روایت در مقام ردع این دیدگاه وارد شده است. در واقع، خبر، حاوی هشدار است به «متطبّب» که در کار خود کم نگذارد و بداند صرفِ جواز و وجوب درمان، ضمان خسارات مستند به او را رفع نمی‌کند.

و اینکه گفته‌اند: «اگر بَرائت مشروع نباشد، پزشک تن به درمان نمی‌دهد» (محقق، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۳۲)، نمی‌تواند مشروعیت بَرائت را توجیه کند؛ چون اولاً: در ادامه خواهد آمد که با رعایت ضوابط پزشکی، «تلفِ مستند به درمان» به ندرت اتفاق می‌افتد و در غالب موارد، مرگ و میر به سبب پیشرفت خود بیماری است، نه درمان؛ ثانیاً: در مقابل، مشروعیتِ بَرائت، زمینه سوءاستفاده را برای پزشک فراهم می‌آورد و پشتوانه‌ای می‌شود تا پزشک غیر متعهد، در وظیفه خود کوتاهی کند.

خلاصه اینکه بر اساس ظاهر حدیث، بَرائت بعد از ایراد آسیب به بیمار گرفته می‌شود و اخذ آن پیش از درمان - چنان‌که مشهور قائل‌اند - دلیلی ندارد؛ از این معنا هم لغویتی لازم نمی‌آید و روایت در مقام هشدار به «متطبّب» صادر شده تا توهّم مصونیت او را کنار بزنند.

۲-۳. ابهام در «مُبراً منه»

همچنین روایت نسبت به آسیب‌هایی که از آن، بَرائت گرفته می‌شود، ابهام دارد. روایت به طور مطلق، گفته که «متطبّب» بَرائت بگیرد، وگرنه ضامن است. اما بی‌تردید همه آسیب‌های درمانی، ضمان‌آور نیستند و از هر کدام نمی‌توان بَرائت گرفت. البته این اشکال متوجّه بیشتر فقها نیز هست که موارد ضمان‌آور را به طور دقیق برنشموده‌اند.

آسیب‌هایی که در فرایند درمان بر بیمار وارد می‌آیند، چند دسته‌اند:

الف) برخی صدمات، جزء جدایی‌ناپذیرِ درمان هستند و فرایند درمان، جز با ایجاد آنها به انجام نمی‌رسد، مانند شکافتن شکم برای عمل آپاندیس؛

ب) دسته‌ای از آسیب‌ها عادتاً از لوازم درمان و مترتب بر آن هستند، مانند عفونتی که معمولاً بعد از بخیه پدید می‌آید، یا عوارضی که مصرف برخی از داروها در پی دارد؛ البته برخی آسیب‌ها لازمه عادی درمان نیستند؛ ولی گاهی به دنبال فعل پزشک پدید می‌آیند، مانند اینکه بیمار بعد از بیهوشی به هوشیاری برنگردد که عادتاً در سایر بیماران امثال او کم‌سابقه یا نادر باشد؛ اما بالاخره صددرصد هم غیر محتمل نیست و هم بیمار یا ولی و هم پزشک می‌دانند که - ولو با درصد اندک - احتمال عدم بازگشت وجود دارد؛ و اساساً در پزشکی غالب موارد، صددرصدی نیست و موارد نقض هم پیش می‌آید. در واقع، عواقب و پیامدهای ملازم با درمان، بر دو نوع است: همیشگی و گاه‌گاهی؛ در هر درمانی نوع دوم از پیامدها نیز احتمال می‌رود و چنانچه رخ داد، به لحاظ پزشکی، اتفاق خارق‌العاده‌ای نیفتاده و کسی تعجب نمی‌کند؛ لذا این نوع نیز جزء لوازم درمان به حساب می‌آید؛

ج) البته برخی آسیب‌ها کاملاً تصادفی هستند و خود پزشک نیز از وقوع آنها، غافلگیر می‌شود؛

د) برخی صدمات هم در اثر قصور یا تقصیر پزشک و افراط یا تفریط او در درمان رخ می‌دهند.

از طرفی اصحاب، میان «تعیین و تحدید فعل پزشک توسط بیمار» و «واگذاری درمان به پزشک» فرق گذاشته‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۷۳؛ و محقق، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۷۹، و ص ۲۳۱؛ و یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۶۰۱) و این تفکیک، بجاست؛ چون در مورد نخست، بیمار از پزشک، کاری خاص و بر وجهی معلوم درخواست می‌کند. یعنی نوع درمان و کم‌وکیف آن را خود بیمار تشخیص داده، انجام آن را از پزشک می‌خواهد. بسیاری از عمل‌های زیبایی و برداشتن خال و زگیل در این قسم جا می‌گیرد و مثال متداول آن در کتب فقهی، برداشتن «سَلْعَة» است، یعنی غُده‌ای که به صورت گوشت اضافه از سر یا بدن بیرون می‌زند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۶۶۹)؛ این نوع درخواست بیمار، نقش پزشک را کم‌رنگ، بلکه بی‌رنگ می‌کند و او را به منزله یک «وسيلة محض» تنزیل می‌دهد؛ در نتیجه استناد «اصل درمان» از پزشک سلب می‌شود.

اما در فرض دوم (واگذاریِ درمان به پزشک)، بیمار به عنوان «رجوع جاهل به عالم و اهل خبره» نزد پزشک می‌رود و از پزشک می‌خواهد به مقتضای اجتهاد و تخصصِ خود، او را درمان کند. این پزشک است که نوع بیماری و شدت آن را تشخیص می‌دهد و نسبت به انتخاب نوع درمان و داروی آن تصمیم می‌گیرد. در واقع بیمار زمام امور خود را به پزشک سپرده و در تعیین و تحدیدِ فعل او، دخیل نیست؛ یعنی بیمار با این نوع درخواست، نقش خود را کم‌رنگ می‌کند و با واگذاری فعل به پزشک، خود از صحنه کنار می‌رود. فعلِ پزشک هم بر اساس انتخاب و اجتهاد خودش انجام می‌گیرد؛ از این‌رو استنادِ «درمان» به پزشک خواهد بود.

نتیجه اینکه گونه درخواست بیمار، استنادِ درمان را تعیین می‌کند. با احتساب چهار دسته آسیب در دو صورتِ درمان (تعیین یا ایکال درمان)، هشت فرض پیش می‌آید که نمی‌توان نسبت به همه، حکم یکسانی قائل شد و هرکدام، حکم و دلیل خاص خود را دارد:

در صورت «تعیین تکلیف پزشک»، نسبت به دسته نخست آسیب‌ها، هیچ فقیهی قائل به ضمان نیست و به تبع آن، برائت هم نیاز ندارد. برخی از فقها، تنها در دسته دوم آسیب‌ها (یعنی ملازماتِ درمان) قائل به نفی ضمان شده، صدماتِ تصادفی (یعنی نوع سوم از آسیب‌ها) را مشمول ضمان دانسته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۷۹). طبیعتاً این قول مادامی پذیرفتنی است که لازمه، به مرتبه «دم» نرسد، وگرنه ضمان را از عامل رفع نمی‌کند؛ برائت پیش از درمان نیز سودی به حال او ندارد؛ چون به مقتضای ادله حرمت القاء نفس در هلاکت (بقره: ۱۹۵؛ و نساء: ۲۹)، انسان بر نفس خود مسلط نیست تا اذن او به اتلاف، نافذ و مسقط ضمان شود (خویی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۱۸). در مقابل، برخی دیگر از فقها، تنها در دسته سوم آسیب‌ها به نفی ضمان حکم داده‌اند (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۶۰۱؛ خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۰، ص ۲۴۳).

به نظر می‌رسد نفی ضمان به لوازم درمان یا اتفاقات، اختصاص ندارد؛ چون گذشت که در فرض «تحدیدِ عمل پزشک»، عامل «کالالة المحضة» است؛ لذا نه تنها آسیب‌های حاصله در نفس فرایند درمان، به آذن و امر مستند است، افسادِ ناشی از آن نیز به او استناد دارد. پس فرقی نمی‌کند که افساد، لازمه فعل مأذون باشد یا اتفاقاً بر آن

مترتب شود؛ در هر دو صورت به آمر مستند است و پزشک، ضامن نخواهد بود. اما در فرض افراط و تفریط پزشک و تجاوز از حد مأذون (آسیب نوع چهارم)، او ضامن است؛ و ادله حرمت القاء نفس در هلاکت، اجازه نمی‌دهد که انسان، دیگری را بر خود مسلط کند تا جاننش را به خطر بیندازد؛ لذا دادن برائت به پزشک پیش از درمان، نافذ نیست.

در صورت «ایکال درمان» هم آسیب‌های دسته اول و دوم، ضامن ندارد، مگر اینکه درمان، از راهی غیر از آن نیز ممکن باشد و این راه آسیب‌زا، به تشخیص پزشک انتخاب شود. مثلاً پزشک بتواند استخوان شکسته را بدون شکافتن پوست و گوشت و با کمک عکس برداری، جفت کند و آتل ببندد؛ باین حال، بدن را بشکافد؛ یا مشکل بیمار با داروی بدون عوارض، حل شود، اما پزشک داروی آسیب‌زا به او تزریق کند؛ که در این صورت، ضامن خسارات پدید آمده است. عمده شکایات پزشکی نیز، به این نوع آسیب‌ها برمی‌گردد. شاید بتوان این صورت را به قصور و تقصیر پزشک ارجاع داد که در این فرض نیز بی‌تردید پزشک ضامن است و گرفتن برائت هم - به مقتضای حرمت القاء نفس در هلاکت - ضامن را رفع نمی‌کند و بیمار حق ندارد به پزشک اجازه کم‌کاری و کوتاهی در طبابت بدهد. تنها «صدمات تصادفی» باقی می‌ماند که به تصریح برخی، منظور از ضامن و گرفتن برائت همین قسم است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۷؛ تبریزی، ۱۴۲۸، ص ۵۶).

با صرف نظر از اشکالات سابق، صدمات تصادفی مشمول روایت می‌شود و محذوری به دنبال ندارد؛ یعنی صدمات تصادفی در فرض واگذاری درمان، می‌تواند مصداق مورد نظر مشهور باشد. طبیعتاً دلیل ضامن در این فرض، استناد آسیب به پزشک است. منتها این نکته را هم باید لحاظ کرد که آسیب‌های اتفاقی در بسیاری از موارد، به خود بیماری مستند است نه به درمان؛ درواقع، گاهی درمان نمی‌تواند جلوی پیشرفت بیماری را بگیرد؛ و گرنه چنانچه پزشک وظیفه خود را انجام دهد و درمان را به درستی انتخاب کند، صرف درمان، آسیب‌زننده نیست. «درمان» یعنی انجام کاری که خودش آسیب نداشته باشد، یا لااقل آسیب بدتر از بیماری به دنبال نیاورد که آن هم یا بیماری را متوقف می‌کند و یا اینکه حریف آن نمی‌شود. به

هرحال، عاری بودن درمان از آسیب، جزء مقومات آن است و اگر طبق فن پزشکی، درمان این گونه بود، پزشک حق دارد آن را اعمال کند؛ پس درمانی که موجب تلف شود، از قصور یا تقصیر پزشک ناشی شده است که در این صورت، برائت هم سودی نخواهد داشت. البته در مواردی هم پزشک طبق ضابطه عمل می کند، باین حال، خود فرایند درمان به بیمار آسیب می زند؛ منتها این موارد، اندک است؛ لذا در آسیب های تصادفی نیز باید تفکیک کرد و نسبت به آنهایی که مستند به درمان و فعل پزشک هستند، قائل به ضمان شد.

خلاصه اینکه آسیب های درمان متفاوت است؛ نحوه مراجعه بیمار برای درمان و نوع درخواست او نیز در آثار مترتب بر درمان، تأثیر می گذارد و نمی توان در همه فروض مسئله، به عدم ضمان یا ضمان و لزوم اخذ برائت ملتزم شد؛ تنها در یک صورت، مدعای مشهور - با صرف نظر از اشکالات سابق - امکان اجرا دارد (ایکال درمان به پزشک و رخ دادن آسیب تصادفی) آن هم مشروط بر اینکه آسیب، مستند به درمان و ناشی از فعل پزشک باشد، نه اینکه در اثر خود بیماری رخ دهد. با این اوصاف، چگونه می توان به اطلاق روایت ملتزم شد؟

ممکن است گفته شود: روایت، به موارد ذکر شده، تقیید می خورد، مانند سایر مطلقات که با قیود منفصل و احياناً متعدّد، مقید می شوند.

در پاسخ باید گفت: تعدّد قیود فی نفسه اشکالی ندارد؛ اما اگر آنچه تحت اطلاق باقی بماند، کمتر از موارد خارج شده باشد، کلام مستهجن خواهد بود؛ و از توضیحات گذشته معلوم شد که موارد گرفتن برائت، نسبت به سایر فروض اندک است و در روایت، تقیید اکثر لازم می آید. مگر اینکه گفته شود موارد مذکور، تخصّصاً از مسئله خارج اند. یعنی از ابتدا مشمول اطلاق روایت نمی شده اند، تا اخراج آنها تقیید اکثر به دنبال داشته باشد که البته خالی از تکلف نیست و تنزیل مطلق است به فرد نادر.

خلاصه اینکه موارد آسیب ضمان آور و امکان اخذ برائت، نسبت به سایر آسیب ها، اندک هستند؛ لذا نه می توان به اطلاق روایت ملتزم شد و نه آن را به موارد مذکور، تقیید زد؛ و دروان بین این دو محذور، روایت را غیرقابل تمسک می کند.

نتیجه گیری

بر امکان براءت گرفتن پزشک پیش از درمان، به سه دلیل تمسک شده است: «روایت»، «احتیاج مبرم» و «اتخاذ آن به نحو شرط ضمن عقد»؛ دلیل روایی مسئله، روایت سکونی است که طبق برداشت مشهور، از متفردات او محسوب می شود و اکثر اصحاب، در متفردات این راوی - بلکه گاهی نسبت به ثقات و اجلاء - توقف دارند. دلالت روایت بر براءت «پزشک» هم متعین نیست و احتمال اینکه مراد، «طب آموز» باشد وجود دارد. ممکن است شارع این پشتوانه را برای نوآموز قرار دهد، درعین حال، نسبت به پزشک چنین راهکاری را قائل نباشد؛ و اولویتی هم در میان نیست. به علاوه، طبق قواعد لغت، از خبر، «براءت پس از درمان» فهمیده می شود، نه پیش از آن؛ و از این معنا لغویتی لازم نمی آید. همچنین گرفتن براءت نزد مشهور، تنها در یک مورد از صدمات درمانی (صدمات تصادفی در فرض اجتهاد پزشک) قابل اجراست؛ اما روایت، مطلق آسیب ها را شامل می شود و از تقيید آن به غیر از فرد موردنظر مشهور، تقيید اکثر لازم می آید. اختصاص روایت به فرد مذکور هم تنزیل مطلق است به فرد نادر؛ در نتیجه نسبت به این مدعا، نمی توان به روایت تمسک کرد. دلیل دوم بر امکان براءت گرفتن پیش از درمان (احتیاج مبرم) نیز خالی از اشکال نیست و گذشت که دادن این مجوز به پزشک، می تواند زمینه سوءاستفاده افراد بی تعهد را فراهم آورد. چون تشخیص سبب آسیب ها و اینکه صدمات، ناشی از دارو و درمان بوده یا از پیشرفت خود بیماری حاصل شده، بر عمده مردم پوشیده است؛ می ماند «شرط ضمن عقد اجاره» که از حیث قواعد، مشکلی ندارد و مانند اشتراط سقوط خیار حیوان یا خیار مجلس، نافذ خواهد بود و پزشک می تواند با این راهکار، از ضمان احتمالی مصون بماند.

فهرست منابع

کتب

قرآن کریم

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد (۱۳۶۷). *النهاية في غريب الحديث و الأثر*. (محمود محمد طناحي و طاهر احمد زاوی، محقق و مصحح)، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی {صدوق} (۱۳۸۶ق). *علل الشرائع*. قم: کتابفروشی داوری.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی {صدوق} (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. (علی اکبر غفاری، محقق و مصحح)، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی (۱۳۸۵ق). *دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحکام*. (آصف فیضی، محقق)، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۵. ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر (بی تا). *الطب النبوی*. (عبد الخالق عبدالغنی و عقده محمود فرج، محقق و مصحح)، بیروت: دار الفکر.
۶. ابن هشام، عبدالله بن یوسف (بی تا). *مغنی اللیب عن کتب الأعاریب*. قم: کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۸ق). *تنقیح مبانی الأحکام - کتاب الدیات*. قم: دار الصدیقة الشهيدة علیه السلام.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶ق). *الصحاح*. (احمد عبدالغفور عطار، محقق)، بیروت: دار العلم للملایین.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۱۱. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (بی تا). *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی {علامه} (۱۴۱۰ق). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان*. (فارس حسون، محقق)، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی {علامه} (۱۴۱۴ق). *تذکرة الفقهاء*. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی {علامه} (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. حلی، محمد بن منصور {ابن ادريس} (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۵. نجفی، محمدحسن صاحب الجواهر (صاحب جواهر) (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. (علی آخوندی و عباس قوچانی، مصحح)، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۶. نوری، حسین بن محمدتقی (۱۴۲۹ ق). *خاتمة مستدرک الوسائل*. قم: مؤسسة آل البيت علیه السلام.
۳۷. یزدی، سید محمدکاظم طباطبائی (۱۴۰۹ ق). *العروة الوثقی*. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

مقالات

۱. داراب پور، مهربان (۱۳۸۴، بهار). اخذ براءت برای خسارات ناشی از درمان یا عمل جراحی رافع ضمان یا اعتمادی خلاف احتیاط در مسئولیت تخصصی پزشکان. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۸ (۴۱)، ۳۱۸ - ۲۹۳.
۲. رستمی، هادی و قره داغی، جابر (۱۳۹۴، بهار). تأثیر اخذ براءت در رفع مسئولیت کیفری از پزشک با توجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. مجله پزشکی قانونی ایران، ۲۱ (۱)، ۵۸ - ۵۵.

