

جستاری نقادانه پیرامون نظریه مشهور فقهای امامیه در خصوص مسئولیت پزشک

محمود کاظمی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱/۲۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۶/۱۵)

چکیده:

در فقه امامیه، مشهور فقهاء بر این عقیده‌اند که پزشک، ضامن زیان‌هایی است که در جریان معالجه به بیمار وارد می‌شود هر چند با رضایت بیمار به معالجه او پرداخته و مرتکب تقصیر نشود؛ مگر اینکه پیش از معالجه از بیمار براءت اخذ نماید. شهرت این دیدگاه به حدی است که مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ ق.م.ا. از آن اقتباس شده است. در این مقاله به نقد ادله مشهور پرداخته و نتیجه می‌گیریم: اولاً، مسئولیت بدون تقصیر پزشک و لزوم اخذ براءت برای رفع عدم آن بر بنیانی محکم استوار نیست؛ ثانیاً، بر فرض پذیرش ادله مشهور و اعتقاد به لزوم اخذ براءت، منظور فقهاء از «اخذ براءت»، همان «رضایت» [با شرایط آن از جمله اطلاع رسانی به بیمار] در حقوق موضوعه است. نه «شرط عدم مسئولیت». در واقع نزاع بین مشهور و غیر مشهور فقهاء، صغروی است؛ مشهور و غیر مشهور پذیرفته‌اند که هرگاه رضایت بیمار به زیان ناشی از معالجه احراز شود، پزشک غیر مقصر مسئول نیست؛ اما در اینکه از رضایت به معالجه می‌توان رضایت به زیان ناشی از آن را، احراز کرد، اختلاف دارند. در فرض «اخذ براءت» مشهور و غیر مشهور رضایت بیمار به زیان ناشی از معالجه را محرز دانسته، پزشک را مسئول نمی‌دانند.

واژگان کلیدی:

اخذ براءت، شرط عدم مسئولیت، اذن بیمار به معالجه، اطلاع رسانی به بیمار، اذن بیمار به اتلاف، احسان.

مقدمه

۱. جنبه‌های مختلف مسئولیت پزشک - عدم بهبودی بیمار و ورود زیان

جدید به او

هر گاه مسئولیت مطرح می‌شود، ضرورتاً بحث از وجود تعهد و نقض آن مطرح خواهد شد. پزشک در برابر بیمار تعهدات مختلف دارد که برخی از آنها صرفاً جنبه اخلاقی دارند (مواد ۲ به بعد آئین نامه انتظامی). مهم‌ترین و اصلی‌ترین تعهد پزشک در برابر بیمار درمان و معالجه او است. این تعهد پزشک دو جنبه دارد و در نتیجه مسئولیت پزشک از دو جنبه قابل طرح و بررسی است:

الف - از یک سو، پزشک متعهد است تلاش کند بیماری شخص را معالجه کرده و بیمار بهبودی حاصل نماید. هرگاه به رغم انجام عمل پزشکی، بیماری شخص درمان نشود، مسئولیت پزشک مطرح می‌شود و ممکن است با وجود شرایط خاص مسئول باشد. این جنبه از مسئولیت پزشکی کمتر مورد بحث است. مسئولیت پزشک در این مورد، در تمام نظام‌های حقوقی جهان مبتنی بر تقصیر است؛ زیرا تعهد پزشک نسبت به درمان بیماری از نوع تعهد به وسیله است. پزشک مسئول عدم حصول نتیجه‌ی معالجه نیست مگر اینکه در انجام معالجه مرتکب تقصیر شده باشد. در فقه امامیه نیز مسئولیت پزشک در این زمینه مبتنی بر تقصیر است.

ب- اما انجام هر عمل پزشکی، هر چند ساده، ممکن است زیان‌های جانبی برای بیمار به دنبال داشته باشد، مثل اینکه شخص برای انجام عمل، بی‌هوش شود ولی هیچ گاه به هوش نیاید و یا در اثر عمل جراحی، نابینا شود. بر این اساس، پزشک متعهد است مراقبت نماید، در جریان معالجه زیان جدید به بیمار وارد نشود. مسئولیت پزشک نسبت به این نوع زیان‌ها نیز مطرح است و هر گاه از مسئولیت پزشک به طور مطلق صحبت می‌شود منظور مسئولیت او از این جنبه است. این جنبه از مسئولیت پزشکی در جهان، تحولات چشم‌گیر به خود دیده است. از بررسی متون فقهی استنباط می‌شود که منظور از مسئولیت پزشک (ضمان طیب) که در فقه مطرح بوده، مسئولیت او نسبت به این نوع زیان‌ها است، که در حقوق موضوعه از آن به «حوادث پزشکی» تعبیر می‌کنند. منظور از مسئولیت پزشک در مواد ۶۰، ۳۱۹ و ۳۲۲ ق.م.ا. که از فقه امامیه اقتباس شده، نیز این جنبه از مسئولیت پزشکی است. در فقه امامیه، قول مشهور در باب مسئولیت پزشک همان است که در مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ آمده است، ولی باید از این ظاهر چشم پوشید و مرعوب این شهرت نشد و در ورای این ظاهر، حکم واقعی را جستجو کرد. به نظر می‌رسد که ادله مشهور، کامل نبوده و نزاع مشهور و غیر مشهور فقها، (در کفایت و عدم کفایت رضایت بیمار برای رفع مسئولیت پزشک غیر مقصر) یک نزاع صغروی است والا در

کبرای قضیه اختلافی نیست؛ یعنی مشهور و غیر مشهور پذیرفته‌اند که هرگاه رضایت بیمار به زیان‌های ناشی از معالجه و عمل پزشکی، احراز شود، پزشک معالجه‌ای که مرتکب تقصیر نشده است، ضامن نیست. ولی در اینکه از اذن به معالجه می‌توان رضایت به زیان را احراز کرد، اختلاف دارند، مشهور، برخلاف غیر مشهور، اذن به معالجه را، رضایت به زیان ندانسته و برای احراز آن شرط برائت را لازم می‌دانند. در این مقاله تلاش شده با نقد و تحلیل ادله مشهور فقهای امامیه، نظریه فوق اثبات شود.

بخش نخست- نقد و تحلیل ادله مشهور فقها: عدم لزوم اخذ برائت برای رفع مسئولیت پزشک غیرمقصر

دلایلی که مشهور فقها برای اثبات نظریه‌ی خود به آن استناد کرده‌اند، عبارتند از: ۱- قاعده اتلاف؛ ۲- خون مسلمان نباید هدر رود؛ ۳- روایات سکونی؛ ۴- اجماع. به ترتیب این ادله را نقد و بررسی می‌کنیم.

مبحث یکم- قاعده اتلاف

مهم‌ترین دلیلی که مشهور فقها به آن استناد کرده و بر مبنای آن پزشک را ضامن زیان وارد بر بیمار می‌دانند، قاعده اتلاف است. چنانکه می‌دانیم، اتلاف ممکن است بالمباشره یا بالتسبیب (مستقیم یا غیرمستقیم) باشد که هر دو نوع آن از موجبات ضمان است (مراغی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۴۳۴ به بعد). اما در مورد بحث، قاعده اتلاف نمی‌تواند دلیل مسئولیت پزشک ماهری باشد که با رضایت بیمار به معالجه او پرداخته و در جریان معالجه مرتکب تقصیری نشده است. برای ردّ حجّیت این قاعده در مورد بحث می‌توان به شرح زیر استدلال کرد:

۲. عدم انتساب تلف به پزشک- فقدان رابطه‌ی سببیت بین عمل پزشک و زیان بیمار

اتلاف به دو صورت مباشرت (مستقیم) و تسبیب (غیر مستقیم) واقع می‌شود. در مورد اتلاف به مباشرت، اگر چه تقصیر و قصد اتلاف کننده، تاثیری در ایجاد ضمان ندارد، خواه به این دلیل که اتلاف تقصیر شرط مسئولیت ناشی از اتلاف نیست، خواه به این دلیل که نفس مباشرت در اتلاف تقصیر است^۱. اما آنچه مسلم است باید انتساب تلف به فعل خوانده (در این

۱. در شرح لمعه، چاپ قدیم، ج ۲، ص ۳۹۸، ضمن حاشیه‌ای منتسب به یکی از فقهاء که نام وی دقیقاً مشخص نمی‌باشد، در خصوص عدم لزوم تقصیر در اتلاف عبارت زیر وجود دارد: «... لكونها اتلافاً بلاواسطه لم يعتبر فيه العدوان والتفريط؛ فالمباشره فيها بدل العدوان والتفريط في الاسباب ولهذا اوجب الخطاء المحض، الضمان و لو مع عدم التفريط والعدوان، فتأمل...»؛ ملا آقا دربندی، نیز، در این باره که امین در فرض اتلاف ضامن است، می‌نویسد: «... فان بالاتلاف يخرج الامين عن الاستيمان، اذا اتلاف المال ممايعة من التعدى والتفريط منه...» (دربندی، خزائن الاحكام، بی. تا، مسقطات ضمان، استیمان).

فرض پزشکی) ثابت شود. به عبارت دیگر باید بین فعل خواننده و زیان ایجاد شده رابطه‌ی سببیت وجود داشته باشد. این امر مسلم و نیازی به استدلال ندارد. در فرضی که پزشک با رضایت بیمار، (رضایتی که با آگاهی و اختیار داده شده) اقدام به معالجه او می‌کند، مثلاً او را جراحی می‌کند و در انجام معالجه، هیچ تقصیری مرتکب نمی‌شود، بلکه معالجه او مطابق اصول علمی روز است، اما در نهایت، معالجه منجر به نقص عضو یا فوت بیمار می‌شود، این امر منتسب به پزشک نیست و عرفاً نمی‌توان او را متلف دانست، بلکه باید آن را ناشی از نقص علم پزشکی و منتسب به آن دانست (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ص ۴۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۲۰؛ اسماعیل آبادی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۴). زیرا مفهوم «سبب» یک مفهوم عرفی است (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۳، ص ۹۷؛ مراغی، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۲، ص ۴۳۵؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۱۶، ص ۲۰۵). در این مورد که پزشک از تمام امکانات خود در راستای معالجه بیمار بهره جسته و از لحاظ علمی و عملی هیچ تقصیری مرتکب نشده، و با وجود این، به بیمار زیان رسیده است، عرفاً نمی‌توان، تلف را منتسب به فعل او دانست، بلکه نقص علم پزشکی و عدم پیشرفت آن و بیماری شخص را باید علت آن به حساب آورد. اما در موردی که پزشک به طور غیر مستقیم بیمار را معالجه می‌کند و زیانی به او می‌رسد، و مسبب تلف و نقصان وارد بر بیمار است، در صورتی که معالجه با رضایت بیمار بوده و پزشک تقصیری مرتکب نشده باشد، مسئول نیست. زیرا برای مسئولیت ناشی از تسبیب، تقصیر شرط است، خواه به عنوان رکن مستقل در کنار رابطه سببیت، خواه به عنوان طریقی برای احراز رابطه سببیت و انتساب تلف به او.^۱ در فرض مساله که پزشک تقصیری مرتکب نشده، نمی‌توان او را از باب تسبیب مسئول دانست.

۳. اذن بیمار به معالجه - اذن مسقط ضمان است

در اینکه اذن بیمار (رضایت او) می‌تواند مسقط ضمان ناشی از زیانی باشد، که در اثر معالجه به بیمار وارد می‌شود یا خیر از دو جهت تردید وجود دارد: یکی از جهت کبرای قیاس، به این معنی که آیا اذن و رضایت شخص نسبت به زیان‌های وارد بر او رافع مسئولیت و ضمان عامل زیان است؛ و بر فرض تحقق کبری، این تردید جدی وجود دارد که آیا می‌توان اذن به

۱. در مورد مسئولیت ناشی از تسبیب در فقه اسلامی، تقصیر شرط دانسته شده است، اگرچه در ماهیت این شرط و اینکه رکنی مستقل در کنار سایر شرایط از جمله رابطه سببیت است یا طریقی برای احراز رابطه سببیت، بحث وجود دارد، و این موضوع به صراحت روشن نشده است. اما از برخی متون، نظردوم فهمیده می‌شود؛ به هر حال عده‌ای از فقها به صراحت به لزوم تعدی و تفریط (تقصیر) برای ایجاد مسئولیت ناشی از تسبیب تأکید کرده‌اند: (شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ قدیم، ج ۲، حاشیه ص ۳۹۸؛ رشتی، کتاب الاجاره، ص ۲۴۷؛ کمال الدین محمدبن عبدالواحد، شرح فتح القدر، ج ۸، ص ۶۷). به علاوه از مثال‌هایی که برخی فقها برای تسبیب بیان کرده‌اند می‌توان به طور ضمنی آن را فهمید (ر. ش: شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۳۹۸ به بعد).

معالجه را به منزله‌ی اذن در اتلاف و زیان ناشی از آن تلقی کرد یا خیر (صغری). در مورد کبری باید بین دو مورد تفکیک قائل شد؛ در مورد زیان‌های مالی، از آنجایی که اصل تسلط انسان بر اموال خود به عنوان قاعده پذیرفته شده است (الناس مسلطون علی اموالهم)، علی الاصول رضایت مالک نسبت به اتلاف مال او موثر بوده و رافع مسئولیت متلف است (مراغی، ۱۴۱۸ ه. ق، ج ۲، ص ۵۰۶؛ فاضل دربندی، بی تا، اذن؛ رشتی، کتاب الغصب، ص ۱۱۷).^۱ مگر در مواردی که جنبه غیرعقلایی داشته باشد که در این فرض رضایت مؤثر نیست (القُدیری، ۱۳۷۷، ص ۴۱۴). اما در مورد زیان‌های جسمی و جانی به عنوان قاعده، انسان استیلائی بر جسم و جان خود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ ه. ق، ج ۳، ص ۵۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ه. ق، ج ۱۱، ص ۱۸۸؛ مکارم شیرازی (الف)، ۱۴۱۱ ه. ق، ج ۲، ص ۳۶). به تبع آن رضایت او در این موارد بی‌تاثیر و رافع مسئولیت عامل زیان نیست.^۲ اما به طور استثنایی و در برخی موارد قانون‌گذار و شارع چنین اختیاری را برای شخص در نظر گرفته که برای تحصیل امر مهم‌تر اجازه تعلّی به جسم خود را داشته و یا به دیگری این اختیار را بدهد. از جمله، انسان می‌تواند به پزشک اجازه دهد، به منظور درمان بیماری او، بدن او را مورد جراحی قرار دهد. به طور معمول انجام این نوع اعمال ممکن است زیان‌هایی را به دنبال داشته باشد که از آنها انفکاک ناپذیر است. اگر چه اذن بیمار، زیان عمدی را در بر نمی‌گیرد اما زیان‌های غیرعمدی را شامل می‌شود که بدون قصد و در راستای انجام معالجه واقع می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ ه. ق، ج ۳، ص ۴۸).^۳ در این موارد اذن بیمار نه تنها حکم تکلیفی حرمت را از بین می‌برد (بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا) بلکه موجب سقوط حکم وضعی ضمان نیز می‌شود. بنابراین، در ثبوت کبری بحثی نیست. این امر به طور ضمنی از عبارت برخی از فقها که از نظر مشهور پیروی کرده و پزشک را ضامن می‌دانند، قابل استنباط است. آنها در رد نظر ابن‌ادریس و طرفداران او که بر سقوط ضمان پزشک، به اذن بیمار استناد می‌کنند، اظهار داشته‌اند که: «بیمار اذن به معالجه داده است

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ش.: محمود کاظمی، آثار رضایت زیان دیده بر مسئولیت مدنی، تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران ۱۳۷۷، ۱۱۰ به بعد.

۲. به رغم عدم پذیرش استیلائی انسان بر جسم و جان خود، در مورد اثر رضایت نسبت به زیان‌های وارد بر جسم و جان، (از جمله قتل)، اتفاق نظر وجود ندارد. از لحاظ حکم تکلیفی اتفاق نظر وجود دارد که رضایت شخص حرمت اضرار به غیر را از بین نمی‌برد و آن را مباح نمی‌گرداند، (محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۲۰۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه. ق، ج ۳، ص ۴۳؛ ۵۳؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۱۶؛ روحانی، فقه الصادق، ج ۲۶، ص ۳۴؛ سید شهاب الدین مرعشی، ۱۵۴۱۵ ه. ق، ج ۱، ص ۱۲۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳ ه. ق، ص ۸۹). ولی از لحاظ حکم وضعی (ضمان)، اختلاف نظر است؛ برخی رضایت شخص رامسقط ضمان می‌دانند، (نجفی، همان؛ روحانی، همان؛ موسوی اردبیلی، همان) و برخی دیگر رضایت را مسقط ضمان نمی‌دانند، (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۱۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۰۳).

۳. البته گاهی بیمار به نفس ضرر رضایت می‌دهد و در این صورت زیان عمدی را هم در بر می‌گیرد مثل رضایت به قطع عضو برای درمان.

نه اتلاف» (شهید ثانی، مسالك، ج ۱۵، ص ۳۲۷).^۱ مفهوم این عبارت که در کتب فقهی بسیار تکرار شده حاکی از آن است که به اعتقاد طرفداران نظریه‌ی مشهور نیز، اگر بیمار اذن به اتلاف می‌داد، مسقط ضمان پزشک بود ولی از اذن به معالجه، نمی‌توان اذن به اتلاف را استنباط کرد. بر این اساس می‌توان استنباط کرد که اختلاف بین مشهور و غیر مشهور فقهاء جنبه صغروی دارد. به این معنا که هرگاه ثابت شود بیمار با آگاهی و اختیار کامل به تلف ناشی از معالجه (معالجه خطرناکی که منجر به تلف می‌شود) رضایت داده است، رضایت او رافع مسئولیت پزشک غیر مقصر است (کبری)؛ ولی در این که از نفس رضایت به معالجه می‌توان رضایت به تلف ناشی از آن را استنباط کرد (صغری) اختلاف است. مشهور فقهاء معتقدند رضایت به معالجه، رضایت به تلف ناشی از معالجه نیست ولی ابن ادریس و پیروان او معتقدند که رضایت به معالجه رضایت به تلف و زیان است، زیرا تلف لازمه‌ی معالجه است و اذن در شیء اذن در لوازم آنست. در موردی که پزشک از بیمار براءت اخذ می‌کند هر دو گروه متفقند که بیمار به تلف ناشی از معالجه نیز رضایت داده است، به همین دلیل در عدم مسئولیت پزشک، در این فرض، اتفاق نظر دارند.^۲

اما در ارتباط با تحقق صغری، هرگاه پزشک تمام خطرات و عواقب ناشی از معالجه را به بیمار اطلاع دهد و بیمار با آگاهی از آن و بطور آزادانه، به انجام معالجه رضایت دهد، به نظر می‌رسد که از رضایت به معالجه می‌توان رضایت به تحمل زیان (تلف) را استنباط کرد و صغری را محقق دانست. چون اذن در شیء اذن در لوازم آن است (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ج ۹۰، ص ۸۹، مکارم شیرازی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۴۶). چنانکه برخی از فقهاء نیز وجود چنین ملازمه‌ای را معقول دانسته، هر چند در نهایت در پذیرش آن تردید کرده‌اند ولی این تردید ناشی از این بوده که به نظر ایشان، بسیاری از بیماران از عواقب معالجه آگاه نیستند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۴۶).^۳ البته

۱. «الاذن فی العلاج لافی الاتلاف»؛ این عبارت یا شبیه آن در سایر کتب فقهی نیز دیده می‌شود. از جمله: حسینی عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱؛ «و ردوا... الاذن بانه فی العلاج لا فی الاتلاف»؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ص ۳۰۳؛ «...والجواب ان الاذن فی الفعل لا الاتلاف»؛ رشتی؛ کتاب الاجاره، ص ۳۳۷؛ «... و دعوی الاذن ممنوعه لانه انما اذن فی الاصلاح لا فی الافساد...»؛ خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۲۱؛ «لان الاذن انما هو فی العلاج فحسب، لا فی الاتلاف»؛ موسوی سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۱۹، ص ۱۰۸؛ «والقول بعدم الضمان من جهة الاذن فی العلاج. مردود، لان الاذن انما هو فی العلاج دون الفساد»؛ طباطبائی حکیم، مستمسک العروة، ج ۱۲، ص ۸۰؛ «ان الاذن کان فی العلاج، لا فی الافساد».

۲. به عنوان نمونه یکی از طرفداران نظریه مشهور که قائل به مسئولیت نوعی پزشک در فرض عدم اخذ براءت هستند و در فرض اخذ براءت او را ضامن نمی‌دانند می‌توان صاحب ریاض را نام برد، (سید علی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۵۳۳)؛ و از طرفداران نظریه غیر مشهور می‌توان مقدس اردبیلی را نام برد، (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶ هـ.ق، ج ۱۴، ص ۲۳۰)؛ حتی برخی بر این امر ادعای اجماع کرده‌اند (حسینی عاملی، مفتاح، ص ۲۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ص ۴۷).

۳. ایشان بعد از بیان ملازمه بین اذن به معالجه و اذن در تلف می‌نویسد: «نعم، يمكن ان يقال: ان غفلة كثير من الناس عن تلك الملازمة الخارجية في هذا المجال يمنع عن مثل هذا الاستدلال...».

این تردید به جاست، اما در رفع آن باید گفت چنانکه در نظام‌های حقوقی جدید مرسوم است، رضایت بیمار به معالجه وقتی رافع مسئولیت پزشک است که او قبلاً تمام خطرات معالجه را به بیمار اطلاع دهد و او با علم و آگاهی از آنها، رضایت داده باشد، و بدون اطلاع‌رسانی دقیق در این زمینه رضایت او بی‌تأثیر است (رش: کاظمی، ۱۳۸۴، ش ۸۴ به بعد). بر این اساس، هرگاه رضایت بیمار با این شرایط اخذ گردد، عقلاً و عرفاً رضایت به معالجه، رضایت به وقوع زیان و تلف ناشی از آن نیز خواهد بود و وجود صغری نیز محقق می‌شود؛ و با الحاق کبرای قیاس به آن، نتیجه (عدم ضمان پزشک) حاصل می‌شود.

۴. قاعده احسان

قاعده احسان یکی از مسقطات ضمان است که در وجود آن تردیدی نیست (ابن ابراج، ۱۴۰۶ ه. ق، ج ۲، ص ۱۵۸؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۳۱۶؛ مراغی، ۱۴۱۳ ه. ق، ج ۲، ص ۴۷۴ به بعد؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴ ه. ق، ج ۴، ص ۱۰ به بعد؛ محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۲۶۴؛ محمدی، ۱۳۷۳، ص ۴۱؛ دربندی، مسقطات ضمان، احسان). از لحاظ مفهوم، مطابق نظر مشهور، احسان هم شامل نفع رساندن به دیگری (جلب منفعت) و هم دفع ضرر از غیر می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴ ه. ق، ج ۴، ص ۱۰؛ مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۷۴). اما در خصوص مصادیق احسان و اینکه صرف قصد احسان کافی است یا عملی که به قصد احسان انجام می‌شود باید واقعاً حسن و موجب ایصال نفع به (یا دفع ضرر از) غیر باشد، اتفاق نظر وجود ندارد. در واقع اختلاف در عدم کفایت قصد احسان، نیست بلکه اختلاف در معنا و مفهوم احسان واقعی است. بدین معنا که در چه موردی می‌توان عملی را صرف نظر از قصد انجام دهنده، مصداق احسان دانست. از عبارت برخی فقها فهمیده می‌شود که باید در واقع و نفس الامر از انجام عمل، نفعی به دیگری رسیده یا زبانی از وی دفع گردد تا عنوان احسان صادق باشد (مراغی، ۱۴۱۸ ه. ق، ج ۲، ص ۴۷۸). در حالی که مطابق نظریه دیگر هرگاه به طور نوعی و متعارف عملی احسان محسوب شود، و اقدام کننده نیز در محاسبه و انجام عمل تقصیری مرتکب نشده و به قصد ایصال نفع یا دفع ضرر اقدام کرده باشد، برای صدق احسان کافی است، هر چند نتیجه مورد نظر حاصل نشود (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۲۷۴). به عبارت دیگر منظور از اینکه گفته می‌شود: برای صدق احسان قصد احسان کافی نیست، این است که معیار تشخیص احسان نوعی است و به هیچ وجه جنبه شخصی ندارد. این اختلاف نظر منشأ اختلاف در برخی مصادیق احسان به عنوان مسقط ضمان شده است. در موردی که عملی در راستای احسان به دیگری انجام می‌شود و منجر به اتلاف مال یا جان او می‌گردد، این سوال مطرح شده که آیا در این موارد احسان صادق است، یا خیر. به عبارت دیگر به هنگام جمع بین قاعده

احسان و اتلاف، آیا قاعده احسان حاکم است یا قاعده اتلاف.^۱ بر فرض که قاعده اتلاف را مقدم بدانیم، آیا این امر، به دلیل عدم صدق عنوان محسن به متلف است، یا از باب حکومت اتلاف بر احسان. به نظر می‌رسد، این اختلاف نظرها بیشتر جنبه لفظی داشته و فایده‌ای بر آن مترتب نباشد. به دیگر سخن اختلاف نظر فقها در این مورد جنبه صغروی دارد که نمی‌توان بر آن حکم کلی داد و بحث و جدل بی‌فایده است. بر این اساس در تبیین مفهوم احسان به‌عنوان یکی از مسقطات ضمان و تعیین قلمرو و مجرای آن، موضوع باید از جنبه صغری و کبری قضیه جداگانه بررسی شود.

از لحاظ کبری، در این که احسان یکی از مسقطات ضمان است، اختلافی وجود ندارد. به این معنا که هرگاه شخصی به خاطر ایراد زیان به دیگری بر مبنای یکی از منابع ضمان، ضامن و مسئول شناخته شود ولی در همان حال عرفاً عنوان احسان بر عمل او صادق باشد، تردیدی در عدم ضمان او وجود ندارد، زیرا احسان از مسقطات ضمان است.^۲ تفاوتی نمی‌کند که مبنای ضمان اولیه که در تعارض (یا تراحم) با احسان ساقط شده است، اتلاف یا سایر منابع ضمان باشد. اما، اختلاف نظر در تحقق صغری است. اینکه در چه مورد و تحت چه شرائطی عنوان احسان صدق کرده و عامل زیان را می‌توان محسن نامید؛ آیا باید از انجام عمل نتیجه‌ای حاصل گردد تا احسان صدق کند یا نفس تلاش به قصد ایصال نفع، به دیگری یا دفع ضرر از او در صورتی که نوعاً احسان تلقی شده و شخص تسامحی نکرده باشد، احسان بوده و مسقط ضمان است. در حل این مسأله، باید گفت عنوان «احسان» حقیقت شرعیه نیست و شارع آن را تعریف نکرده است. ضمن اینکه این موضوع از برخی عبارات فقهاء در این زمینه قابل استنباط است، عده‌ای از فقها تصریح کرده‌اند که احسان یک مفهوم عرفی است و برای تحقق آن باید به عرف مراجعه کرد (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴ ه. ق، ج ۴، ص ۱۵). به عبارت دیگر، اینکه در مورد خاص، عنوان «احسان» صادق است یا خیر، امری موضوعی است که برحسب مورد و با توجه به اوضاع و احوال باید بررسی شود و از بیان حکم کلی خودداری کرد. در هر مورد عرفاً عنوان «احسان» بر عمل شخص صادق باشد، ضمان ناشی از آن عمل ساقط می‌شود، هر چند این ضمان ناشی از اتلاف باشد، بنابراین در مورد تعارض بین قاعده احسان و اتلاف، قاعده احسان حاکم است.

۱. برخی اتلاف را حاکم می‌دانند و در این مورد اصلاً احسان را صادق نمی‌دانند، (مراغی، ۱۴۱۸، ص ۴۸۸)، برخی احسان را حاکم بر اتلاف می‌دانند، (موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، بی. تا، ص ۲۷۸).

۲. در اثبات این ادعا همین بس که در کتب قواعد فقهی از قاعده احسان به عنوان یکی از مسقطات ضمان یاد شده است و بسیاری از قدام نیز در فروع مختلف به آن استناد کرده‌اند. از جمله قاضی ابن براج از فقهای قرن پنجم هـ (متوفای ۴۸۱ هـ) در کتاب المذهب در باب رفع ضمان ناشی از اتلاف بالتسبیب به این قاعده استناد کرده است (ابن براج، ۱۴۰۶ هـ، ج ۲ ص ۱۵۸)، و متأخرین نیز به این قاعده استناد کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۲۶۹).

۵. قاعده احسان و ضمان پزشک

برخی از فقها برای عدم ضمان پزشک نسبت به زیان بیمار، به قاعده احسان استناد کرده و براین مبنا او را از مسئولیت بری دانسته‌اند (دریندی، ب. ی. تا، احسان؛ رشتی، الاجاره، ص ۳۳۷).^۱ اما اگر چه فقها و اساتید برای عدم ضمان پزشک به قاعده احسان استناد کرده‌اند و اگر چه در این مبحث، هدف، نقد ادله ضمان نوعی پزشک و پیدا کردن راه‌حلی برای رد آن است، ولی به نظر می‌رسد در مورد اعمال پزشکی که در عصر ما انجام می‌گردد عنوان احسان، عرفاً صادق نباشد، مگر در موارد استثنایی. زیرا در عصر حاضر پزشکان در راستای انجام معالجه هزینه‌های بسیار سنگین از بیمار دریافت می‌کنند که گاه پرداخت آن از سوی بیماران، غیرممکن است و کم نیستند افرادی که در گوشه و کنار جهان، به دلیل عدم توانایی پرداخت هزینه درمان، جان خود را از دست داده یا تا ابد معلول باقی می‌مانند. در زمان ما انگیزه‌های مادی بر تمام شئون زندگی و حتی فعالیت‌های اجتماعی و اخلاقیات سایه افکنده، و رسیدن به ثروت و رفاه، تمام انگیزه‌های نوع دوستانه را تحت‌الشعاع قرار داده است. بدین جهت در عصر حاضر غالب پزشکان همانند سایر حرف دیگر به قصد انتفاع و جمع‌آوری ثروت به این حرفه می‌پردازند، نه برای خیررسانی و احسان به دیگران؛ حتی اگر گرفتن دست مزد را منافی قصد احسان ندانیم، به دشواری می‌توان در کنار انگیزه‌های مادی و رفاه‌طلبی و بهره‌برداری هر چه بیشتر از مظاهر دنیا که هدف غالب افراد بشر است، جایی برای نوع دوستی، پیدا کرد، به گونه‌ای که بتوان برعمل پزشک نام احسان نهاد.

۶. قاعده اتلاف یک قاعده عام نیست

نکته دیگر که در تأیید دلایل قبلی و رد مسئولیت نوعی پزشک بر مبنای اتلاف، می‌توان بیان کرد این است که چنانکه فقهاء بر این امر تأکید کرده‌اند، از لحاظ شرعی ثابت نشده که هر اتلافی ضرور تأمین‌آور است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶هـ.ق، ج ۱۶، ص ۲۲۹؛ حسینی‌عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱). زیرا دلیل قاعده اتلاف، یک دلیل لفظی نیست که بتوان آن را بر عموم و اطلاق حمل کرد. بلکه این قاعده، یک قاعده اصطیادی است که از متون مختلف استنباط شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ص ۴۲). عبارت «من اتلف مال الغیر فھولہ ضامن» که برای بیان این قاعده ذکر می‌شود، روایت

۱. فقیه اخیر، به رغم بیان معانی مختلف از احسان، و بحث مفصل در این مورد در نهایت مقرر می‌دارد که، برخلاف برخی از پیروان ابن ادریس حلی که برای رفع ضمان پزشک به قاعده احسان استناد کرده‌اند، امکان استناد به این قاعده، وجود ندارد. از بین معاصرین نیز برخی از فقها برای رفع ضمان به آن استناد کرده‌اند، از جمله: حسینی‌شیرازی، الفقه، ج ۹۰، ص ۷۷؛ موسوی بجنوردی، مسئولیت مدنی و کیفری پزشک، ص ۴۱؛ ناصر مکارم شیرازی، المسائل‌المستحدثه فی الطب، ص ۴۷؛ فقیه اخیر اگرچه امکان استناد به احسان را در این مورد مطرح می‌کند ولی در نهایت به دلیل عدم صدق احسان به خاطر عدم تحقق علاج و تلف بیمار، آن را رد می‌نماید.

نیست. بنابراین دلیل قاعده اتلاف یک دلیل لبی محسوب شده و نمی‌توان از آن اطلاق و عموم را استنباط کرد به گونه‌ای که هر نوع اتلافی ضمان آور باشد. بر این اساس اگر بر مبنای دلایل پیش گفته، پزشک را از باب اتلاف، ضامن ندانیم، برخلاف عموم یا اطلاق قاعده اتلاف نیست.

مبحث دوم- هدر نبودن خون مسلمان

دلیل دیگر که مشهور برای اثبات ضمان نوعی پزشک، به آن استناد کرده‌اند، این است که خون مسلمان نباید هدر رود (لا یطل دم امر مسلم). ولی به نظر می‌رسد که این دلیل تمام نبوده و به وسیله آن نمی‌توان، مدعی را ثابت کرد. زیرا درست است که نباید خون مسلمان هدر رود ولی این امر موجب نمی‌شود که دیگری را من غیر حق و بدون دلیل شرعی ضامن خون مسلمان بدانیم، تنها به این دلیل که اگر او ضامن نباشد، خون وی هدر می‌رود! موارد بسیار وجود دارد که در اثر حوادث مختلف، فردی مسلمان از بین می‌رود به گونه‌ای که یا اصلاً کسی را نمی‌توان ضامن او دانست و یا ضامن قابل شناسایی نیست، در چنین موارد، هیچ کس قائل نشده که برای هدر نشدن خون مسلمان باید الزاماً، کسی را مسئول و ضامن معرفی کرد (ولو بدون دلیل شرعی). حتی در این موارد کسی اعتقاد ندارد که از بیت‌المال جبران خسارت شود. به علاوه در موردی که در اثر اشتباه قاضی در صدور حکم، به متهم زیان وارد می‌شود مثلاً اشتباهاً فردی قصاص می‌گردد، هرگاه قاضی تقصیری مرتکب نشده باشد، ضامن نیست (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹هـ.ق، ج ۹۰). با اینکه در اینجا نیز این دلیل صادق است. مضافاً، برای اینکه خون مسلمان هدر نرود، می‌توان از بیت‌المال مسلمین دیه او را پرداخت کرد؛ به‌ویژه اینکه پزشک نیز به حکم شارع و در راستای اجرای قانون به معالجه بیمار می‌پردازد و شرعاً مکلف به انجام آن است. این تکلیف پزشک به طور قطع برای رعایت حال جامعه و به مصلحت عموم است، پس منصفانه آن است که هزینه اقدامی را که جامعه از آن منتفع می‌شود، هم او متحمل گردد. به علاوه، در فرضی که پزشک با رضایت بیمار اقدام به معالجه می‌کند، در واقع بیمار به ضرر خود اقدام کرده است. زیرا او با آگاهی از خطراتی که ممکن است معالجه برای او به دنبال داشته باشد، به انجام آن رضایت داده است. در تأیید این ادعا می‌توان به روایتی که فردی به نام یونس بن یعقوب از امام صادق (ع) نقل کرده است، استناد جست. وی می‌گوید: «به ابوعبدا... گفتم، گاهی شخص در راستای معالجه دارویی می‌خورد و یا رگش را می‌زند، که گاه موجب بهبودی او و گاه موجب فوت او می‌شود، امام (ع) فرمودند: این کار را بکنند.»^۱ علامه مجلسی (ره) در ذیل این روایت می‌نویسد: «این روایت بر جواز مداوا و معالجه با دارو و

۱. «قلت لابی‌عبدا... الرجل یشرّب الدواء و یقطع العرق و ربما انتفع و ربما قتل به؛ قال: یقطع و یشرّب»، (علامه مجلسی، الروضة‌الکافی، تصحیح علی‌اکبر غفاری، تهران، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۹۲).

اعمال خطرناک دلالت دارد» (مجلسی، ۱۳۶۲، ص ۱۹۲). حتی برخی روایات بر وجوب معالجه [هر چند خطرناک] دلالت دارند.^۱ بر این اساس وقتی بیمار شرعاً می‌تواند به انجام این اعمال خطرناک رضایت دهد، در واقع به ضرر خود اقدام کرده و خونش را هدر داده است.

مبحث سوم - روایات منقول از امام علی (ع) و امام صادق (ع)

دلیل دیگر که مشهور برای اثبات ضمان نوعی پزشک، به آن استناد کرده‌اند، روایاتی است که از امام (ع) نقل شده است؛ این روایات سه دسته‌اند:

۱. روایتی که اکثر فقهاء آن را به مضمون نقل و به این اکتفا کرده‌اند که بنویسند: «روایتی که از امیرالمؤمنین (ع) نقل شده، مبنی بر اینکه ایشان ختنه کننده را ضامن جراحی دانسته که به کودک وارد کرده است» (شهید ثانی، ۱۳۸۴ ه.ق، ج ۲، ص ۳۹۳؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲، ص ۵۳۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۳، ص ۴۶). این روایت را صفار بن ابراهیم، از نوفلی و او از سکونی و او از امام علی (ع) نقل کرده است (عاملی، وسایل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۹۴).

۲. روایت دیگر که سکونی از امام صادق (ع) نقل می‌کند. ایشان می‌فرمایند: «قال امیرالمؤمنین (ع): من تطیب او تبیطر فلیأخذ البرائة من ولیه و الا فهو ضامن»؛ کسی که دیگری، یا دام متعلق به او را معالجه می‌کند، باید برائت اخذ کند والا ضامن نتایج زیان بار آن است (عاملی، بی تا، ج ۱۹، ص ۱۹۴). اکثر فقهاء به روایت اول استناد کرده و از روایت دوم صرفاً برای جواز و مشروعیت شرط برائت استفاده کرده‌اند.

۳. برخی از فقهاء از روایتی که در خصوص ضمان اجبر وجود دارد برای ضمان پزشک استفاده کرده‌اند. این روایت که به صحیح حلبی موسوم است، از امام صادق (ع) نقل شده است: «هر اجیری را که به او دستمزد بدهی تا امری را اصلاح نماید ولی آن را خراب کند، ضامن است» (کل عامل اعطیته اجراً علی ان یصلح، فافسد، فهو ضامن).

۷. اشکالات وارد بر روایات از لحاظ سند و دلالت

الف - از لحاظ سند: چون در سلسله روات دو حدیث، سکونی وجود دارد، گفته شده، سند آنها ضعیف است. شهید ثانی که خود از طرفداران نظریه مشهور است، دلیل آن را اجماع می‌داند و معتقد است به این روایات نمی‌توان استناد کرد. وی در این خصوص می‌نویسد: «...بهتر است دلیل این نظریه را اجماعی بدانیم که شهید اول و جماعتی آن را نقل کرده‌اند، نه این روایت، زیرا وجود سکونی در سلسله روات موجب ضعف سند آن است» (شهید ثانی،

۱. روایتی که حضرت موسی (ع) از جانب خداوند مأمور به مداوای بیماری خود می‌شود (الوسایل، ج ۲، ص ۶۳، باب ۴، ج ۷، به نقل از: حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ص ۷۴).

۱۳۸۴ ه.ق، ج ۲، ص ۳۹۳؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲، ص ۵۳۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ه.ق، ج ۶، ص ۱۸۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۴۹).

ب- از لحاظ دلالت: در مورد روایت اول، دلالت روایت از این جهت قابل خدشه است که برخی از فقها آن را بر موردی حمل کرده‌اند که ختان مرتکب تقصیر شده است در حالی که موضوع بحث، موردی است که پزشک تقصیری مرتکب نشده باشد (ابن‌ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۳۷۳). در تأیید این مدلول گفته شده که ختان در فرض روایت بیش از مقدار متعارف بریده است و از این جهت مرتکب تعدی شده است؛^۱ و در اینکه هر گاه پزشک مرتکب تقصیر شود، مسئول است اختلافی وجود ندارد، حتی اگر قبلاً برائت اخذ کرده باشد (طباطبایی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲، ص ۵۳۳). به علاوه، برخی از فقها این اتفاق را منافی حاذق و ماهر بودن ختان دانسته‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۹۰، ص ۷۷). طرفداران نظریه مشهور در پاسخ به این اشکال گفته‌اند، این ادعا یک احتمال است، و برعکس، این احتمال نیز وجود دارد که روایت شامل موردی که ختان تعدی و تفریط نکرده است، بگردد، بنابراین نمی‌توان مدلول آن را صرفاً، مورد تعدی و تفریط ختان دانست (طباطبایی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲، ص ۵۳؛ حسینی‌عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱). در رد این پاسخ می‌توان به عین استدلال آنها تمسک جست. زیرا اگر به دلیل وجود احتمال خلاف، نتوان روایت را ویژه موردی دانست که ختان مرتکب تقصیر شده است، متقابلاً نمی‌توان آن را اعم و شامل مورد عدم تعدی و تفریط پزشک دانست. بنابراین، نمی‌توان از آن، ضمان مطلق ختان را استنباط کرد. توضیح آنکه در حدیث منقول از امام علی (ع) این احتمال وجود دارد که منظور از آن موردی باشد که ختان مرتکب تقصیر شده و یا اینکه اعم از این مورد و مورد عدم ارتکاب تقصیر باشد؛ و هرگاه چنین احتمالی وجود داشته باشد، دلالت روایت بر هیچ یک از دو احتمال مسلم نیست و در واقع معنای آن مجمل است، در نتیجه نمی‌توان به آن استناد کرد (عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۱). به ویژه اینکه در مورد بحث برای اثبات شق اکثر از دو احتمال، به روایت استناد شده است. در حالی که چنین استدلالی درست نیست و باید آن را به قدر متقین حمل یا از عداد دلایل خارج کرد.

در خصوص روایت دوم، تا زمان صاحب جواهر کسی برای اثبات ضمان پزشک به این روایت استناد نکرده است؛ بلکه فقها در بحث از جواز و عدم جواز شرط برائت و برای اثبات آن به این روایت استناد کرده‌اند (حسینی‌عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲۷، ص ۳۲۳). این روایت، علاوه بر ضعف سند، از لحاظ دلالت نیز مبهم و قابل اشکال است. از جمله، اشکالی است که ابن‌ادریس بر آن وارد کرده است و آن را ویژه موردی دانسته که بیمار صغیر یا مجنون

۱. یکی از فقهاء در این خصوص می‌نویسد: «...انه فرط فقطع غیر ما ارید منه، فان الحشفة غیر محل الختان» (سید علی طباطبائی، همان، ص ۵۳۳).

باشد و از ولی او رضایت گرفته شود. زیرا تنها افراد محجور دارای ولی هستند. بنابراین، در فرضی که بیمار بالغ و عاقل است، نیاز به اخذ براءت نیست (ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۳۷۳). ولی این اشکال ابن ادریس قابل قبول نیست. زیرا اگر بنا باشد پزشک را ملزم به اخذ براءت بدانیم، نباید بین موردی که بیمار مجنون یا صغیر است با موردی که بالغ و عاقل است، تفاوتی وجود داشته باشد. در موردی که بیمار عاقل و بالغ است خود او رضایت می‌دهد و در مورد حجر یا صغر، ولی او. چرا در فرض صغیر بودن بیمار، علاوه بر رضایت ولی او، پزشک باید از او براءت اخذ نماید؟ استدلال ابن ادریس در خصوص معنای روایت مورد توجه برخی متأخرین قرار گرفته است. صاحب مفتاح تلاش کسانی را که سعی کرده‌اند، کلمه «ولی» را به گونه‌ای معنا کنند که شامل خود بیمار نیز بگردد، نوعی تکلف دانسته و تصریح می‌کند که این روایت ویژه اخذ براءت از ولی بیمار است؛ لیکن به وسیله نوعی قیاس اولویت استنباط می‌کند که هرگاه اخذ براءت از ولی بیمار رافع مسئولیت پزشک باشد، به طریق اولی، اخذ براءت از خود بیمار در موردی که اهلیت آن را دارد، موجب معافیت پزشک خواهد بود (حسینی‌عاملی، مفتاح، ص ۲۷۲). اما در مورد روایت سوم باید گفت، گرچه در مورد سند، اشکالی بر آن وارد نشده است، ولی از لحاظ دلالت، دارای اشکال است. به اعتقاد برخی از فقهاء از صحیح‌ه حلبی که در باب مسئولیت اجیر نسبت به فساد لباسی است که برای رنگرزی به او داده شده، نمی‌توان برای ضمان پزشک استفاده کرد. زیرا اصلاح و افساد که در این روایت آمده‌است، در مورد معالجه، تحت قدرت پزشک نیست تا تحت موضوع اجاره قرار گیرد. زیرا شفای بیمار از افعال اختیاری نیست و پزشک قادر به آن نمی‌باشد (رشتی، کتاب الاجاره، ص ۳۳۵). بنابراین، از این روایت تنها می‌توان ضمان پزشک را در فرض ارتکاب تقصیر استنباط کرد، نه ضمان مطلق (رشتی، الاجاره، ص ۳۳۵).

مبحث چهارم - اجماع

دلیل دیگر که برای اثبات مسئولیت بدون تقصیر پزشک به آن استناد شده است، اجماع است. مشهور، نقل اجماع را به دو نفر از فقهاء نسبت داده‌اند در حالی که در کتب این دو فقیه به صراحت از اجماع ذکری نیامده است. یکی از کسانی که اجماع از وی نقل شده است، ابن زهره است که قبل از ابن ادریس می‌زیسته (۵۸۵ هـ.ق)؛ و دیگری محقق حلی که بعد از ابن ادریس بوده است (۶۷۶ هـ.ق). در خصوص اجماع اول، ابن ادریس و پیروان او، آن را بر مورد عدم رضایت بیمار نسبت به معالجه حمل کرده‌اند. اما در موردی که پزشک با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد، چنین اجماعی وجود ندارد. صاحب مفتاح ضمن تأیید این نظر معتقد است، عبارات فقهاء در این خصوص مطلق است و ظرفیت چنین حملی را دارد. وی در این

خصوص می‌نویسد: «هیچ منعی وجود ندارد که هر دو اجماع نقل شده، بر موردی که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد، حمل گردد؛ و توجیه آن به این است که گاهی معالجه واجب کفایی، بلکه عینی است و از نظر شرعی نیز ثابت نشده که هر اتلافی موجب ضمان است اگر چه ناشی از فعل مباح و مأذون باشد و فرض این است که پزشک حاذق و ماهر بوده، مرتکب تقصیر نشده است...» (عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱). بدینسان احتمال دارد معقد اجماع غیر از مورد بحث باشد؛ و وجود احتمال موجب نفی قدرت اثباتی دلیل می‌شود (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال). فقهای بعد از ابن‌ادریس به جز محقق حلی و شهید اول به‌رغم پیروی از نظر مشهور، از اجماع ذکری به میان نیاورده‌اند مگر به نقل از ابن‌زهره. اما در مورد اجماع دوم که از قول محقق حلی، نقل شده است، محقق لفظ اجماع را در کتاب مزبور بکار نبرده است. عبارت محقق این است: «الاصحاب متفقون علی ان الطیب یضمن ما یتلف بعلاج» (به نقل از: حسینی‌عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ص ۴۶). ولی فقهای بعد از او اجماع را به وی نسبت داده‌اند (طباطبایی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۳۳؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۳، ص ۴۶)، در حالی که ابن‌ادریس، با این نظر مخالف بوده است. به علاوه این احتمال وجود دارد که مستند مجمعین در هر دو مورد، روایاتی باشد که به آن اشاره شد. زیرا اکثر فقهاء که حکم به ضمان پزشک داده‌اند، به این روایات استناد کرده‌اند، بنابراین، احتمال دارد که اجماع ادعایی، اجماع مستند (یا مدرکی) باشد و این نوع اجماع حجیت ندارد (گرجی، ۱۳۷۶، ص ۷۹). توضیح آنکه حجیت اجماع در فقه امامیه ذاتی نیست، بلکه جنبه طریقیست دارد، یعنی از این جهت که کاشف از قول معصوم (ع) است، حجیت است. برای اینکه احراز شود اجماع کاشف از قول معصوم است یا خیر، راههای مختلفی ذکر شده است. از جمله این طرق (بهترین آنها) این است که هرگاه فقها بر حکمی اتفاق نظر داشته ولی دلیل آن را ذکر نکنند، چون فقها عادل اند و مرتکب گناه نمی‌شوند (که از جمله گناهان، تشریح است)، معلوم می‌شود که آنها برای ادعای خود دلیلی داشته‌اند؛ از سویی ظاهراً به دلیلی استناد نکرده‌اند، پس نتیجه می‌شود که آنها حتماً از معصوم شنیده‌اند و یا نظر او را به طریقی بدست آورده‌اند که مطابق آن فتوا داده‌اند والا هرگز چنین کاری نمی‌کردند. اما هرگاه، قول فقهاء ظاهراً مستند به دلیلی باشد، چون دلیل نظر آنها معلوم است، نمی‌توان کاشفیت آن را از قول معصوم احراز نمود و ظاهراً آنها به استناد همان دلیل، فتوا داده‌اند، پس چنین اجماعی حجیت ندارد و برای ارزیابی اعتبار آن قول باید دلیل مورد استناد را بررسی و تحلیل کنیم، نه اجماع مستند به آن، و در این فرض اجماع دلیل مستقلی نیست. البته شهید ثانی در کتاب شرح لمعه از قول شهید اول نیز اجماع را نقل نموده است. ولی به نظر می‌رسد که همان اجماع منقول از محقق مورد نظر بوده است.

بخش دوم - تحلیل و توجیه «اخذ برائت» در معنای فقهی

در بخش قبل ثابت شد که از دیدگاه فقهی لزوم اخذ برائت برای رفع مسئولیت پزشکی که مرتکب تقصیر نشده، مستند به دلیل نیست. هرگاه این استدلال پذیرفته نشود و معتقد به لزوم اخذ برائت باشیم، باید گفت آنچه فقها به عنوان «اخذ برائت» برای رفع مسئولیت پزشک معالج لازم می‌دانند، چیزی جز «رضایت بیمار»، با شرایط آن (آگاهانه و آزادانه) نمی‌باشد؛ و به هیچ وجه منظور فقها از برائت، «شرط عدم مسئولیت» در معنای حقوق موضوعه نیست.

مبحث یکم: تحلیل «اخذ برائت» در معنای فقهی، به «رضایت بیمار»، در حقوق موضوعه

۸. انطباق «اخذ برائت» بر «رضایت بیمار» در فقه اسلامی

بررسی دلایل فقها در باب ضمان پزشک ثابت می‌کند که معنای «اخذ برائت» که در نظریه مشهور فقها برای عدم مسئولیت پزشک لازم دانسته شده، همان «رضایت» به مفهوم حقوق موضوعه است که با وجود آن، و عدم اثبات تقصیر پزشک، او مسئول نیست. به عبارت دیگر، هرگاه پزشک تحت شرایطی که برای اعتبار رضایت بیمار در حقوق موضوعه لازم دانسته شده، از بیمار رضایت بگیرد، یعنی ابتدا تمام خطرات و عواقب ناشی از معالجه را به اطلاع او برساند، و بیمار با آگاهی کامل و آزادانه به انجام معالجه رضایت دهد، از دیدگاه فقهی نیز، در فرض عدم تقصیر، مسئول عواقب ناشی از معالجه نیست هر چند اخذ برائت نکرده باشد. در واقع در فرضی که پزشک از بیمار برائت (در معنای فقهی) اخذ می‌کند، رضایت بیمار با تمام شرایطی که در حقوق موضوعه برای اعتبار آن لازم دانسته شده است، محقق شده و بدین جهت پزشک مسئول نیست. اما در فرضی که برائت اخذ نشده باشد، در وجود چنین رضایتی (یا شرایط آن) تردید وجود دارد، لذا به مسئولیت پزشک حکم می‌کنند. در تأیید این نظر می‌توان به دلایل زیر استناد کرد: مشهور فقها به هنگام رد دلایل نظریه غیرمشهور که به استناد اذن بیمار به معالجه، مدعی عدم مسئولیت پزشک هستند، استدلال می‌کنند که بیمار به معالجه اذن داده، نه اتلاف. از مفهوم این عبارت که در کتب فقهی بسیاری نقل شده است^۱، می‌توان استنباط کرد که از دیدگاه مشهور فقها، چنانچه ثابت شود بیمار به زیان و تلف ناشی از معالجه

۱. «والاذن فی العلاج لا فی الاتلاف» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۳۲۷)؛ «...و ردوا...الاذن، بانه فی العلاج لافی الاتلاف (حسینی عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱)؛ «...والجواب ان الاذن فی الفعل لا الاتلاف» (فاضل هندی، ۱۳۹۱، ص ۳۰۳)؛ «...والاذن انما هو فی العلاج لا فی الاتلاف» (سیدعلی طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۵۲۸)؛ «و دعوی الاذن ممنوعه لانه انما اذن فی الاصلاح لا فی الافساد» (میرزا حبیب...رشتی، کتاب الاجاره، ص ۳۳۷) «ان الاذن انما هو فی العلاج وحسب، لا فی الاتلاف»؛ (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۲۱)؛ «والقول بعدم الضمان من جهة الاذن فی العلاج، مردود، لان الاذن انما هو فی العلاج دون الفساد» (موسوی سبزواری، ۱۴۲۳ هـ.ق، ص ۱۰۸)؛ «ان الاذن فی العلاج، لا فی الفساد» (حکیم، مستمسک العروه، ص ۸۰).

رضایت داشته است، پزشک مسئول نیست. اخذ براءت موضوعیتی ندارد، بلکه طریقی است برای احراز رضایت بیمار به زیان ناشی از معالجه. در فرضی که بیمار صرفاً اذن به معالجه می‌دهد از «اذن به معالجه» نمی‌توان «رضایت به تلف یا زیان» ناشی از آن را استنباط کرد، لذا پزشک مسئول است. اما در فرضی که پزشک اخذ براءت می‌کند، رضایت بیمار نسبت به زیان، احراز شده، پزشک مسئول نیست. بر این اساس، می‌توان گفت، اختلاف نظر بین فقها، جنبه صغروی دارد، و در کبرای قضیه اختلافی نیست. یعنی در اینکه رضایت بیمار به زیان ناشی از معالجه، رافع مسئولیت پزشک (غیرمقصر) است، اختلافی وجود ندارد. بلکه اختلاف بر سر تحقق رضایت است. مطابق نظر مشهور، از رضایت به معالجه نمی‌توان رضایت به زیان (اتلاف) ناشی از معالجه را استنباط کرد ولی به عقیده غیر مشهور، رضایت به معالجه، رضایت به زیان است (اذن در شیء، اذن در لوازم آنست)، (مکارم شیرازی، ۱۴۲۳ هـ.ق، ص ۴۶).

۲- در تأیید این دیدگاه به علاوه می‌توان به تحلیلی که فقها از «اخذ براءت» به عمل آورده‌اند، استناد کرد. بسیاری از فقها «اخذ براءت» را در نهایت به «اذن و رضایت بیمار» تحلیل نموده و در توجیه اینکه چگونه اخذ براءت می‌تواند مسئولیت پزشک نسبت به خساراتی را که بعداً از عمل او واقع می‌شود، از بین ببرد، آن را نوعی رضایت به خسارت دانسته‌اند (حسینی عاملی، مفتاح، ص ۳۲۷؛ حسن نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۸؛ روحانی، فقه الصادق، ج ۲۶، ص ۲۰۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۶، ص ۵۰؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۲۳ هـ.ق، ج ۲، ص ۶۳). این تعبیر به عکس نیز وجود دارد و فقها از «اذن» به عنوان «اسقاط حق» تعبیر کرده‌اند (موسوعه، جمال عبدالناصر، ۱۴۰۳ هـ.ق، المجلد الثانی (۳-۴)، ص ۲۲۱؛ مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۵۱۲، ۵۱۳).

صاحب جواهر در توجیه شرط براءت و رد نظر مخالفان، که آن را نوعی اسقاط مال می‌داند، بیان مفصلی دارد و با صراحت از «اخذ براءت»، به «رضایت و اذن» تعبیر می‌کند. وی در این خصوص می‌نویسد: «...به علاوه می‌توان گفت در مورد اموال، جواز شرط براءت یقینی است (که مورد بیطره از جمله اموال است)، زیرا شرط براءت نوعی اذن در اتلاف است، همانند سایر موارد اتلاف، در مواردی که جنبه عقلایی دارد؛ از این تحلیل جواز شرط براءت در مورد غیر اموال را که شخص مجاز و مأذون است و جنبه عقلایی دارد، می‌توان استنباط کرد، چنانکه در مورد معالجه چنین است. این امر از مصادیق ابراء قبل از ثبوت حق (دین) نیست، بلکه اذن در امری است که مقتضی عدم ثبوت حق است، همانند اذن در اکل مال؛ و اذن بیمار در فرض بلوغ و عقل، ظاهراً معتبر است»^۱. به علاوه یکی از فقهای معاصر نیز «شرط براءت» را

۱. «كل ذلك مضافاً الى امکان القطع به في مثل الاموال التي منها ما هو محل البيطره، ضرورة انه اذن في الاتلاف على وجه يجرى مجرى افعال العقلاء نحو غيره من الاتلاف؛ و منه يعلم الوجه في غير المال مما له الاذن فيه اذا كان جارياً مجرى افعال العقلاء كما في العلاج. و ليس هذا من ابراء قبل ثبوت الحق، بل من الاذن في الشيء المقتضية لعدم ثبوته، نحو الاذن في اكل

به اذن» تحلیل کرده و در توجیه و مشروعیت آن می‌نویسد: «... اولاً اخذ برائت در اینجا به معنای اذن در مجانیت و رفع ضمان است که موضوع ضمان را از بین می‌برد، زیرا از مصادیق اقدام بر مجانیت است. پس موضوع ضمان، هم از لحاظ عقلی و هم بر مبنای روایاتی که از آن، قاعده اتلاف استنباط می‌شود، منتفی است. این امر (سقوط ضمان)، در اثر اذن در اتلاف، در امور مالی، روشن است. اما در مورد ضمان دیه اگر دلیل ضمان، قاعده اتلاف باشد، همین حکم است، و چنانچه دلیل آن ادله دیه خطا باشد نیز بنا بر قول مشهور که با رضایت و اذن مجنی علیه، دیه ساقط می‌گردد، چنین خواهد بود.^۱ از این تعبیرات که در کتب فقهی دیگر نیز وجود دارد، فهمیده می‌شود که در کبرای قیاس، بین فقها، اختلافی وجود ندارد؛ یعنی هرگاه رضایت بیمار نسبت به خطرات و زیانهای ناشی از معالجه، احراز شود، پزشک مسئول آن نیست و نحوه و روش تحصیل این رضایت، موضوعیت ندارد؛ خواه از طریق اخذ برائت باشد یا از طریق اخذ رضایت به روش حقوق موضوعه (اطلاع رسانی به بیمار و اخذ رضایت بعد از آگاهی). آنچه مورد اختلاف است، احراز رضایت بیمار است؛ یعنی در چه مورد می‌توان گفت بیمار به وقوع خطر و زیان ناشی از معالجه رضایت داشته است (صغری).

۹. مبنای واحد «رضایت زیان دیده» و «شرط عدم مسئولیت» در حقوق موضوعه

اطلاق عنوان «رضایت» بر «شرط عدم مسئولیت» و برعکس، در حقوق موضوعه نیز دارای سابقه است، و نویسندگان حقوقی احکام و آثار یکسانی بر آن بار نموده‌اند (STARCK, 1974, p. 502; LE TOURNEAU, 2003, n° 1892, p. 159). به نظر می‌رسد، بین «رضایت» و «شرط عدم مسئولیت» به عنوان اسباب معافیت از مسئولیت، از لحاظ بنیادی تفاوتی وجود ندارد و هر دو دارای مبنای واحدی هستند که اراده و اقدام زیان دیده است. شرط عدم مسئولیت نیز به این دلیل عامل زیان را از جبران خسارت معاف می‌کند که زیان دیده چنین خواسته، و مقتضی مسئولیت از بین می‌رود، چنانکه در موردی که شخص به وقوع زیان رضایت می‌دهد چنین است. براین اساس، مواردی که به عنوان تفاوت بین دو تأسیس ذکر شده است (ایزانلو، ۱۳۸۲، ص ۷۶ به بعد؛ کاظمی، ۱۳۷۷، ص ۴۷ به بعد)، بیشتر جنبه فرعی دارد و در حقیقت، موارد کاربرد آنها متفاوت است و می‌توان گفت، شرط

المال مثلا، و الظاهر اعتبار اذن المريض في ذلك مع فرض كونه كامل العقل...»، (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۸).

۱. «اولاً- بان اخذ البرائة هنا بمعنى الاذن بالمجانية و رفع الضمان الذي يدفع موضوع الضمان لانه من الاقدام على المجانية، فلاموضوع للضمان، لا عند العقلاء و لا بحسب الراوايات المستفاد منها قاعدة الاتلاف، و هذا في باب الاذن في اتلاف المال واضح، و اما في ضمان الدية، فاذا كان مدرکه قاعدة الاتلاف فايضاً كذلك، لوحده المناط و ان كان مدرکه ادلة الدية في الخطاء، فايضاً كذلك، بناء على ماهو المشهور، من سقوط ضمان الدية، اذا كان بامر» (هاشمی شاهرودی، کتاب الاجارة، ج ۲، ص ۶۳).

عدم مسئولیت یکی از مصادیق تأثیر رضایت زیان‌دیده در اسقاط مسئولیت عامل زیان است. اینکه در برخی موارد از لحاظ آثار، بین «رضایت زیان‌دیده» و «شرط عدم مسئولیت» تفاوت وجود دارد (ایرانلو، ۱۳۸۲، ص ۸۰)، به دلیل تفاوت در قلمرو و دامنه رضایت یا اراده زیان‌دیده است. گاهی شخص به نفس وقوع زیان رضایت می‌دهد و در واقع اذن به اتلاف مال (یا جسم و جان در فرضی که مشروع باشد) می‌دهد، مثل اینکه شخص به دیگری اجازه می‌دهد غذای متعلق به او را بخورد. در چنین فرضی رضایت مالک، اتلاف عمدی را در برمی‌گیرد و به رغم عمد در اتلاف، عامل تلف، ضامن نیست. ولی شرط عدم مسئولیت هیچ‌گاه اتلاف عمدی را در بر نمی‌گیرد. این تفاوت گرچه وجود دارد ولی این بدان جهت است که در مورد شرط عدم مسئولیت موضوع اراده طرفین، اتلاف غیرعمدی است، بر این اساس، فرض عمد در اتلاف، موضوعاً از قلمرو شرط عدم مسئولیت خارج است. ولی این منافات ندارد که در موردی که قانون مجاز دانسته، طرفین موضوع شرط عدم مسئولیت را به اتلاف عمدی نیز گسترش دهند، این فرض در واقع همان رضایت به اتلاف است که ذکر شد. اما در فرضی که زیان‌دیده نه به نفس ضرر، بلکه به انجام عملی خطرناک رضایت می‌دهد که ممکن است، زیان‌هایی را برای او به دنبال داشته باشد، در مورد زیان‌های جسمانی بین‌اثر رضایت‌زیان‌دیده و شرط عدم مسئولیت تفاوتی وجود ندارد و در فرض ارتکاب تقصیر از ناحیه عامل، در هر دو مورد، او مسئول است (ایرانلو، ۱۳۸۲، ص ۷۶). اما در مورد زیان‌های مالی، ظاهراً بین اثر رضایت زیان‌دیده و شرط عدم مسئولیت تفاوت وجود دارد. در حالی که در فرض رضایت زیان‌دیده، هرگاه عامل، مرتکب تقصیری شده باشد، ولو تقصیر سبک، مسئول زیان وارد بر زیان‌دیده است (کاظمی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۲)، در صورتی که شرط عدم مسئولیت شده باشد، گفته شده که در فرض ارتکاب تقصیر سبک، عامل زیان مسئول نیست (ایرانلو، ۱۳۸۲، ص ۲۲۷). صرف نظر از تأیید و رد این نظر، این تفاوت ناشی از دامنه اراده و خواست طرفین است. در مورد رضایت زیان‌دیده از تحلیل اراده وی بدست می‌آید که وی به هیچ وجه به زیان ناشی از بی‌مبالاتی عامل زیان رضایت ندارد، ولی در مورد شرط عدم مسئولیت، ظاهراً او به این نوع زیانها رضایت داده است.

مبحث دوم - توجیه اخذ برائت

۱۰. رفع اماره مسئولیت پزشک - مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر به رغم اخذ برائت

صرف‌نظر از موارد پیش گفته، بر فرض لزوم اخذ برائت، این شرط اثر ابرائی کامل ندارد. بدین بیان که هرگاه در نتیجه انجام معالجه، زبانی به بیمار برسد فرض می‌شود پزشک مسئول است، و بیمار ملزم به اثبات شرایط مسئولیت پزشک نیست. بلکه او باید عدم مسئولیت خود را

ثابت کند و اثبات عدم مسئولیت جز از طریق اثبات سبب خارجی که نتوان منتسب به او دانست، ممکن نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۲۶). اما در صورتی که پزشک از بیمار براءت اخذ نماید، اماره مسئولیت از بین می‌رود و مسئولیت وی تابع شرایط عادی می‌شود بدین معنا که بیمار باید شرایط مسئولیت او را که از جمله تقصیر پزشک است (به علاوه زیان و رابطه سببیت)، ثابت نماید. بنابراین، اخذ براءت تأثیری بر مسئولیت پزشک مقصر ندارد. این دیدگاه که اخذ براءت مورد تقصیر پزشک را در برنمی‌گیرد از سوی برخی از فقها به صراحت بیان شده است (طباطبایی یزدی، عروقه، ج ۲، ص ۶۰۳؛ خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۰۰؛ سیستانی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۱؛ مدنی تبریزی، ص ۷۰۲؛ منتظری، ۱۳۷۵، ص ۷۹؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۵۷، ص ۳۷۰). به علاوه از عبارات سایر فقها نیز به طور ضمنی می‌توان آن را استنباط کرد و اگر به آن تصریح نکرده‌اند به دلیل وضوح مطلب بوده است (رش: نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۴۳، ص ۴۵؛ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۳۱۳). از بررسی عبارات فقها بدست می‌آید که آنها در فرضی که پزشک مرتکب تقصیر شود اختلافی در مسئولیت او ندارند. همچنین در فرضی که بدون رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد. اما در فرضی که با رضایت بیمار به معالجه می‌پردازد و بدون تقصیر، به بیمار زیان وارد می‌شود، معافیت پزشک از مسئولیت و لزوم اخذ براءت مطرح شده است. از این عبارت فهمیده می‌شود که اخذ براءت رافع مسئولیت بدون تقصیر پزشک است والا در فرض ارتکاب تقصیر، مسئول است هر چند براءت اخذ کرده باشد.^۱

نتیجه

۱- در فقه امامیه برخلاف شهرت موجود، مسئولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است و بررسی متون فقهی و سیر اندیشه‌ی ضمان طبیب در فقه شیعه ثابت می‌کند که قول مشهور فقهاء بر مبنای محکمی استوار نیست به گونه‌ای که نتوان برآن خدشه وارد کرد. بر این اساس در نقد و رد دلایل نظریه مشهور باید گفت:

اولاً، اصل پذیرش مسئولیت نوعی پزشک و لزوم اخذ براءت برای رفع آن، مستند به دلیلی محکم نیست و ادله‌ای که از سوی مشهور فقهای امامیه به آن استناد شده قابل نقد است. به همین دلیل در بین معاصران گرایش به سمت مسئولیت تقصیری پزشک است؛ ثانیاً، بر فرض

۱. به عنوان مثال عبارت کتاب قواعد، اثر علامه حلی در اینجا عیناً نقل می‌شود، ایشان در این باره می‌نویسند: «والطبيب يضمن مايتلف بعلاجه ان كان قاصراً او عالج طفلاً او مجنوناً بغير اذن الولی او بالغاً لم يأذن؛ و ان كان حاذقاً و اذن له المريض فالعلاجه الي التلف، فالاقرب الضمان في ماله؛ و في براءته بالابراء قبل العلاج نظر» (علامه حلی، قواعد، ج ۲، ص ۳۳۱). در اینجا، عبارت «وفي براءته بالابراء...» منصرف به «ان كان حاذقاً» است؛ یعنی در این فرض که حاذق و مأذون بود و ضامن، اگر اخذ براءت نماید، در اینکه از ضمان بری می‌شود یا نه اختلاف نظر است. عبارت سایر فقها در این خصوص به همین صورت است.

پذیرش نظر مشهور و اعتقاد به لزوم «اخذ برائت» برای رفع مسئولیت پزشک، منظور فقها از «اخذ برائت» در معنای فقهی «رضایت» در حقوق موضوعه است، نه «شرط عدم مسئولیت». بنابراین از دیدگاه فقهی هر گاه پزشک با همان کیفیت و شرایطی که برای اعتبار «رضایت بیمار» در حقوق موضوعه گفته شده (یعنی اطلاع رسانی به بیمار و آگاهی او از تمام خطرات و آثار زیان بار معالجه و رضایت آزادانه و آگاهانه به معالجه) از بیمار رضایت بگیرد، مسئول زیان وارد بر بیمار که بدون تقصیری ایجاد شده، نمی‌باشد. مشهور و غیرمشهور فقها پذیرفته‌اند که هرگاه رضایت بیمار نسبت به زیان ناشی از معالجه احراز شود، پزشک غیر مقصر مسئول نیست. اما مشهور از رضایت به معالجه، رضایت به زیان ناشی از آن را استنباط نمی‌کند و برای احراز آن «اخذ برائت» را لازم می‌داند ولی غیرمشهور آن را محرز می‌داند. بنابراین، نزاع بین مشهور و غیرمشهور، نزاع صغروی است؛ ثالثاً، بر فرض عدم پذیرش مطالب فوق و اعتقاد به لزوم اخذ برائت، در این فرض، پزشک به طور مطلق از مسئولیت بری نمی‌شود و هر گاه در جریان معالجه مرتکب تقصیر شود، مسئول است، و از آنجایی که در عمل تمام پزشکان برائت اخذ می‌کنند، چنانکه در حقوق موضوعه، از بیمار رضایت می‌گیرند، و برای این امر محدودیتی وجود ندارد، در عمل مسئولیت پزشک در فقه امامیه و حقوق ایران مبتنی بر تقصیر است. بنابر این واژه «اخذ برائت» در مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ ق.م.ا باید به مفهوم «اخذ رضایت» حمل شود و برای رفع ابهام اصلاح آن توصیه می‌شود.

۳- در توجیه عدم ضمان پزشکی که با رضایت بیمار اقدام به معالجه او می‌کند و مرتکب تقصیر نمی‌شود، باید گفت گاهی بیمار به طور مستقیم به ورود زیان به خود رضایت می‌دهد، مثل موردی که معالجه بیمار منوط به قطع عضوی از بدن اوست و او به این امر رضایت می‌دهد. در این فرض رضایت بیمار که مورد تایید شارع نیز هست، مسقط ضمان پزشک است (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق.ص ۴۸). اما گاهی بیمار صرفاً به انجام معالجه رضایت می‌دهد. در این صورت اگر انجام معالجه ملازمه عرفی با ورود زیان به او داشته باشد، از اذن به معالجه می‌توان اذن به تلف و ورود زیان را استنباط نمود، (اذن در شیء اذن در لوازم آنست)، و پزشک را از مسئولیت بری نمود. اما اگر انجام معالجه عرفاً ملازم با ورود زیان نباشد، بلکه احتمال وقوع زیان وجود داشته باشد، چنانکه در هر عمل پزشکی این احتمال وجود دارد، در این فرض هرگاه پزشک قبل از اخذ رضایت تمام عواقب خطرناک ناشی از معالجه را به بیمار اطلاع دهد و او با آگاهی از این خطرات به انجام عمل پزشکی رضایت دهد، پزشک مسئول نیست.

۴- با توجه به اینکه در نظام حقوقی ما، قانونی خاص در زمینه‌ی مسئولیت پزشکی وجود ندارد و دادگاه‌ها بر مبنای نظام مسئولیت مدنی، دعاوی پزشکی را حل و فصل می‌کنند اصلاح و تغییر نظام مسئولیت مدنی پزشکی ضروری به نظر می‌رسد. به ویژه اینکه با افزایش قربانیان

ناشی از حوادث پزشکی، بر مبنای نظام مسئولیت، زیان وارده بر بسیاری از آنها بدون جبران باقی می‌ماند. بررسی مبانی، دلایل لزوم این تحول و راه حل های پیش رو (اصلاح نظام موجود از طرق ممکن، یا ایجاد نظام خاص جبران خسارت و شیوه مختلف آن) موضوع مقاله دیگری می‌تواند باشد.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. اسماعیل آبادی، علیرضا (۱۳۸۳)، *نگاهی تطبیقی به ضمان طیب در مذاهب اسلامی*، مجله فقه، کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۴.
۲. ایزانلو، محسن (۱۳۸۲)، *شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها*، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۲، ۲۰۱.
۴. کاظمی، محمود (۱۳۷۷)، *آثار رضایت زیان دیده در مسئولیت مدنی*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۵. گرچی، ابوالقاسم (۱۳۷۵)، *تاریخ فقه و فقهاء*، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران.
۶. محقق داماد سیدمصطفی (۱۳۷۳)، *قواعد فقه*، بخش مدنی ۲، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران.
۷. مدنی تبریزی، یوسف (۱۳۷۹) «پاسخ به سئوالات پزشکی» مندرج در مجموعه مقالات دومین سمینار دیدگاه‌های اسلام در پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی مشهد، ص ۷۰۲.
۸. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن (۱۳۷۵)، «*قاعده تسبیب*» مجله دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی، ش ۲.
۹. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۲): «*مسئولیت مدنی و کیفری پزشک*»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۹.

ب - فقهی (به زبان عربی)

۱. آزاد قزوینی، شیخ علی (۱۴۱۶ ه. ق) *دراسات موسعة حول المسائل المستحدثة*، نشر مؤلف، قم.
۲. آل راضی، شیخ محمدهادی (۱۴۱۸ ه. ق) *مسئولیت الطیب و ضمانه*، مجله فقه اهل البیت، شماره های ۵ و ۶.
۳. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة*، تعلیق: سید علی بهبهانی، مکتبه الصدر، تهران، بدون تاریخ چاپ.
۴. الجواهری، حسن (۱۴۱۹ ه. ق)، *بحوث فی الفقه المعاصر*، چاپ اول، دار الذخائر، بیروت، ج ۲.
۵. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق فی شرح التبصرة للامام المحقق علامه حلی*، العلمیه، قم، ج ۲۶.
۶. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ ه. ق)، *الفقه*، دارالعلوم، بیروت، ج ۵۷ و ۹۰.
۷. حسینی عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه*، موسسه آل البیت، بدون تاریخ چاپ، ج ۱۰.
۸. حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، محقق حلی (۱۴۰۳ ه. ق)، *شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تحقیق سید صادق شیرازی، انتشارات استقلال، ج ۴ و ۳.
۹. حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، علامه حلی، *قواعد الاحکام*، منشورات الرضی، چاپ قدیم - بدون تاریخ چاپ، ج ۲.
۱۰. حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن ادریس حلی، ابن ادریس، *السرائر، الحاوی لتحرير الفتاوی*، موسسه النشر الاسلامی، قم، بدون تاریخ چاپ، ج ۳.

۱۱. حلبی، ابی صلاح الدین تقی الدین، ابن نجم الدین عبدا...، **الکافی فی الفقه**، مندرج در سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۲۴، ص ۱۰۲ به بعد.
۱۲. خوبی، سید ابوالقاسم، **مبانی تکملة المنهاج**، دار الزهراء، بیروت، بدون تاریخ چاپ، ج ۲.
۱۳. خوبی، سید ابوالقاسم، **مستند العروة الوثقی**، الاجاره، تقریر شیخ مرتضی بروجردی، انتشارات لطفی، قم، ۱۳۶۵ ه.ق.
۱۴. خوبی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین** (المعاملات)، الطبعة الرابعة، بدون تاریخ چاپ و نام انتشارات، الجزء الثاني.
۱۵. خوانساری، سید محمد، (۱۴۰۵ ه.ق.) **جامع لمدارك فی شرح مختصر النافع**، چاپ دوم، موسسه اسماعیلیان، قم، ج ۷ و ۶.
۱۶. خمینی، سید روح ا...، **تحریر الوسیله**؛ موسسه النشر الاسلامی، قم، بدون تاریخ چاپ، ج ۲.
۱۷. دربندی، ملاآقا - فاضل، **خزائن الاحکام**، چاپ قدیم، بدون تاریخ و نام انتشارات.
۱۸. رشتی، میرزا حبیب ا...، **کتاب الاجاره**، چاپ قدیم، بدون تاریخ چاپ.
۱۹. رشتی، میرزا حبیب ا...، **کتاب الغصب**، چاپ قدیم، بدون تاریخ چاپ.
۲۰. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۵ ه.ق.)، **منهاج الصالحین** (المعاملات)، چاپ اول، مکتبه آیت ا... سیستانی، قم.
۲۱. طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴ ه.ق.)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، موسسه آل البيت، قم، ج ۲.
۲۲. طباطبائی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بدون تاریخ چاپ، ج ۱۲.
۲۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **العروة الوثقی**، مکتب العلمیة الاسلامیة، تهران، بدون تاریخ چاپ، ج ۲.
۲۴. طرابلسی، القاضی عبدالعزیز بن براج، ابن براج (۱۴۰۶ ه.ق.)، **المهذب**، موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۲.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی بن الحسن، **شیخ طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی**، انتشارات قدس محمدی، بدون تاریخ چاپ.
۲۶. العاملی، زین الدین بن علی - شهید ثانی، **روضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، چاپ قدیم (دو جلدی با حواشی) ج ۲.
۲۷. العاملی، زین الدین بن علی، شهید ثانی (۱۴۱۴ ه.ق.)، **مسالك الافهام فی شرح شوابع الاسلام**، موسسه المعارف الاسلامیة، ج ۱۵.
۲۸. العاملی، شیخ محمد بن حسن - شیخ حر عاملی، **وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة**، تحقیق: شیخ محمد رازی، دار احیاء التراث العربی، بدون تاریخ، ج ۱۹.
۲۹. فاضل لنکرانی، شیخ محمد، (۱۴۱۸ ه.ق.) **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله**، کتاب الديات، چاپ اول، مرکز الفقه الانتمه الاطهار، قم.
۳۰. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن بن محمد اصفهانی، (۱۳۹۱ ه.ق.) **کشف اللثام**، موسسه انتشارات فراهانی، ج ۲.
۳۱. فیض کاشانی، ملامحسن، (ه.ق. ۱۴۰۱) **مفاتیح الشرایع**، تحقیق: سید مهدی رجایی، مجمع الذخائر الاسلامیة، ج ۳.
۳۲. القدری، محمد حسن، (۱۳۷۷) **الاجاره**، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
۳۳. مجلسی، ملامحمد باقر - علامه مجلسی، (۱۳۶۲) **الروضة الکافی**، تصحیح: علی اکبر غفاری، دار الکتب الاسلامیة، تهران، ج ۲.
۳۴. مدنی کاشانی، آقا رضا، (۱۴۰۶ ه.ق.) **کتاب الديات**، موسسه النشر الاسلامی، قم.
۳۵. مراغی، میر سید عبدالفتاح، (۱۴۱۸ ه.ق.)، **العناوین**، موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۲.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ ه.ق.) **القواعد الفقهیة**، چاپ سوم، انتشارات مدرسه امیرالمومنین، قم، ج ۲.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۹ ه.ق.) **المسائل المستحدثة فی الطب**، القسم الثاني، مجله فقه اهل البيت، شماره ۱، سال سوم.
۳۸. مقدس اردبیلی، مولا احمد، (۱۴۱۶ ه.ق.) **مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱۴.
۳۹. موسوعه الفقه الاسلامی المقارن (۱۴۰۳ ه.ق.)، **الشهيرة بموسوعة جمال عبدالناصر الفقهیة**، مجموعه من کبائر اساتذه الفقه الاسلامی، مجلس الاعلی شئون الاسلامی، مصر، ج ۲.
۴۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۱۶ ه.ق.) **فقه القصاص**، چاپ اول، نشر نجات، قم.

۴۱. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، (۱۴۲۴ ه. ق.) القواعد الفقهیه، تحقیق: مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، الطبعة الاولى، انتشارات دلیل ما، الجزء الرابع.
۴۲. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۶ ه. ق.)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، مؤسسة المنار، قم، ج ۱۹.
۴۳. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۴۰۴ ه. ق.) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، الطبعة السادسة، مكتبة الاسلامیة، طهران، ج ۴۳.
۴۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۲۳ ه. ق.) کتاب الاجارة، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامی، الطبعة الاولى، الجزء الثاني.
۴۵. هدلی، ابی زکریا یحیی بن احمد الحسن بن سعید، الجامع للشرایع، کتاب جنایات (مندرج در سلسله الینابیع الفقهیة)، ج ۲۵.

ج- خارجی

- 1- STARCK(B), Observations sure le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de reponsabilité, D.1974 Chronique, p.159.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، شماره ۵۳، سال ۸۰؛ «قاعده جلوگیری از خسارت»، شماره ۶۸، سال ۸۴. «مسئولیت مدنی ناشی از انتقال خون آلوده»، سال ۱۳۸۶، شماره ۳. «تحقیقی پیرامون سیر اندیشه ضمان طبیب در فقه امامیه» سال ۱۳۸۹، شماره ۱.