

## آیا طبیب ضامن است؟

حبیب الله طاهری

### اشاره

در شریعت اسلام فراگیری علوم مورد نیاز جامعه از قبیل علم طب واجب کفایی بوده و بر تمامی کسانی که توان و امکانات و زمینه تحصیل چنین علمی را دارند واجب است تا حد رفع نیاز، آن را فراگیرند و نیاز جامعه را برطرف کنند.

در دستورات اسلامی به بهداشت و امور پزشکی توجه خاصی مبذول شده و

بهداشت از ارزش والایی برخوردار است تا جایی که «علم الابدان» در کنار «علم الادیان»

قرار می‌گیرد چنانکه رسول خدا «صلی الله علیه و آله وسلم» فرمود: «العلم علمان: علم

الابدان و علم الادیان»<sup>(۲)</sup>

از سویی بر بیماران واجب است در صورت ابتلا به امراضی که اگر به طبیب

مراجعه نکنند ممکن است موجب هلاکت آنان و یا نقص عضو و یا قوه ای از قوای

جسمانی آنان گردد، به طبیب مراجعه و خود را معالجه کنند و حق تعالی و کوتاهی را

ندارند. دلیل این مطلب، حدیث: «لا ضرر و لا ضرار»<sup>(۳)</sup> و آیه: «و لا تلقوا بایدیکم الی

التهلکه» (بقره / ۱۹۵) و احادیثی دیگر از قبیل: «تداووا فان الذی انزل الداء انزل الدواء.» و

«ان موسی علیه السلام مرض فعاده بنو اسرائیل و وصفواها له دواء فامتنع منه، فاوحی

الله الیه ان الله یامرہ بذلک و الا لم یشغہ»<sup>(۴)</sup> و روایاتی دیگر که نیاز به نقل همه آنها نیست.

از سوی دیگر بر طبیب نیز علاج امراضی که اگر از معالجه آن امتناع نماید، موجب

هلاکت یا نقص عضو و قوای جسمانی می‌گردد، واجب است و امتناع و خودداری از علاج

علاوه بر حرمت، ضمان نیز دارد. در حدیثی ابان بن تغلب از امام صادق علیه السلام نقل

می‌کند که آن حضرت فرمود: عیسی مسیح علیه السلام چنین می‌فرمود: اگر طبیبی

مداوای مجروحی را ترک کند (یعنی از معالجه جراحات بدن مریض به هر دلیلی امتناع

ورزد) با وارد کننده جرح، شریک است چرا که شخص وارد کننده جرح قصد فساد (و

آزار رسانی) مجروح را داشته است و آن کسی هم که توانایی مداوا را دارد ولی از

معالج امتناع می‌ورزد فساد او را طالب است،<sup>(۵)</sup> یعنی همانطوری که وارد کننده جرح

مقصر و ضامن است، طبیب ممتنع نیز ضامن است. بنابراین طبیب حق امتناع از معالجه

را ندارد.

با وجود اینکه طبیب و طبابت در بینش اسلامی و همچنین در جوامع بشری در طول

تاریخ از منزلت والایی برخوردار بوده و هست، و در عین حال بر بیماران واجب است به

آنان برای علاج امراضشان مراجعه نمایند، و بر آنان نیز علاج بیمار واجب و امتناع از

آن حرام است، بالاخره طبیب یک انسان است و از مقام عصمت برخوردار نیست و مانند

هر انسان دیگری ممکن است مرتکب خطا یا اشتباه شود، و در بعضی از مواقع نیز

علی‌رغم سعی و تلاش پزشک و عدم وقوع هر گونه اشتباهی ممکن است معالجات

پزشک منجر به ایراد خسارات مالی و جانی بیمار گردد. اینک سؤال این است که آیا

طبيب مسئول اعمال خویش و ضامن جبران خسارات وارده می‌باشد یا نه خطای طبیب

ضمان آور نیست و بر فرض اگر ضمانی داشته باشد همانند خطای قاضی باید از بیت

المال پرداخت شود؟

برای پاسخ روشن به این سؤال باید نخست محدوده بحث از جهات گوناگون (از

قبیل اینکه: منظور از ضمان، ضمان قهری است یا قرار دادی؟ و یا منظور از طبیب، طبیب

جاهل است یا حاذق؟ خطاکار و مقصر است یا محتاط و بی تقصیر؟ و بالاخره عمل طبیب

مصدق خطای محض است یا شبه عمد؟ و امثال اینها) روشن شود، و پس از روشن

شدن محدوده بحث، آنگاه ضمان و عدم ضمان طبیب طبق ادله بررسی شود تا معلوم

گردد که طبیب ضامن است یا نه، و بر فرض ضمان، آیا راهی برای سقوط ضمان وجود

دارد که بالاخره زمه طبیب از ضمان بری شود یا نه؟ لذا در این مقاله این مبحث تحت

عناوین ذیل مورد توجه و بررسی قرار می‌گیرد: ۱- تعیین محدوده بحث. ۲- اثبات

ضمان طبیب. ۳- عوامل سقوط ضمان طبیب.

### ۱- تعیین محدوده بحث

در ذیل این عنوان ابتدا باید معنای ضمان طبیب روشن گردد و سپس معلوم گردد

که منظور از طبیب کدام طبیب است؟ حاذق یا جاهل، مقصر یا محتاط؟ و همچنین باید

روشن گردد که تنها برخی از اطبا مانند جراحان ضامن اند یا همه اطبا، اعم از طبیب عمومی یا متخصص، جراح یا غیر آن و اعم از از روان پزشکان و غیر آنها، و آیا عمل طبیب که ضامن آور است مصداق خطای محض است یا ...؟

## الف - معانی ضمان و موارد استعمال آن

کلمه ضمان، در اصطلاح فقها به معنای «تعهد» و بر عهده گرفتن است و در حقوق کنونی احیانا مرادف با «مسئولیت» نیز به کار می رود. موارد استعمال ضمان و مشتقات آن در فقه و حقوق مدنی چندان است که به دشواری می توان همه موارد و معانی گوناگون را برشمرد، ولی تقسیم این موارد و گروه بندی معانی مشابه، می تواند به شناخت مفهوم ضمان کمک شایانی کند.

۱. ضمان ناشی از عقد: ضمان ناشی از عقد همان ضمان قراردادی است که مثلا در عقد بیع، فروشنده و خریدار در مقابل یکدیگر ضامن هستند، یعنی با بیع متعهد و ضامن است که مبیع را به مشتری تسلیم نماید، چنانکه مشتری نیز متعهد و ضامن است که ثمن را به با بیع بپردازد و در صورت مستحق للغیر در آمدن هر یک از مبیع و ثمن با بیع و مشتری ضامن درک آن می باشند و بالاخره ضمان عقدی همان است که در اصطلاح حقوق کنونی از آن به مسئولیت قراردادی یاد می کنند.

۲. ضمان قهری: عبارت است از مسئولیت انجام امری یا جبران ضرری که بدون

وجود هر گونه قرار داد و عقدی بین اشخاص به طور قهری و به حکم قانون حاصل

می‌شود، مانند ضمان ناشی از غضب، اطلاق، تسبیب و امثال اینها. قدر مشترک این گروه از ضمان، ناخواسته بودن آنها است یعنی ضامن قصد ندارد خود را ملتزم به امری نماید، لکن قانون این مسؤولیت را بر او تحمیل می‌کند.

۳. عقد ضمان: عقد ضمان طبق ماده ۶۸۴ ق. م. «عبارت است از اینکه شخصی مالی

را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد...» و این نوعی انتقال دین بوده که با عقد مزبور، دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن منتقل شود.

پس از روشن شدن معانی ضمان و موارد استعمال آن، اینک می‌خواهم ببینم که

ضمان طیب با کدام یک از این سه معنا قابل تطبیق است، آیا ضمان عقدی و قرار دادی

است؟ یا عقد ضمان است که ضمان و مسؤولیتی که بر عهده دیگری بوده و به وسیله

عقدی به خود انتقال داده است؟ یا اینکه هیچ یک از این دو نیست بلکه ضمان قهری و

الزامی خارج از قرار داد است؟ معلوم است که ضمان طیب از قبیل ضمان قهری است،

یعنی ضمان ناخواسته ای است که طبق قانون بر او تحمیل می‌گردد، چون طیب با کسی

چنین قراری نبسته است که اگر خسارتی وارد شده من آن را جبران می‌کنم و یا عقدی

در میان نیست که بر اساس آن عقد و قرار بتوان طیب را ملزم نمود.

در سال ۱۸۳۳ م. موضوع مسؤولیت پزشکان در دیوان کشور فرانسه مطرح گردید

و دیوان کشور فرانسه رای داد که دو ماده ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه که

مربوط به ضمان قهری است به طور کامل قابل تطبیق بر مسؤولیت پزشک است. بنابراین

مسئولیت طبیب قهری است، از آن زمان به بعد محاکم فرانسه بر این مبنا حکم می‌کردند، تا اینکه در سال ۱۹۳۶ مجدداً موضوع مسئولیت پزشکان در دیوان کشور فرانسه مطرح گردید. دیوان کشور این بار رای به قراردادی بودن ضمان طبیب داد، زیرا بالاخره بین طبیب و بیمار قرار داد معالجه وجود دارد، گر چه قرارداد معالجه تعهد به شفای بیمار نیست، لکن قرار داد اقتضا می‌کند که تلاش صادقانه و آگاهانه که از وجدانی آگاه سرچشمه می‌گیرد و با اصول علمی ثابت هماهنگ باشد به کار بندد و اخلاق طبیب به آنچه که عقد بر وی تحمیل کرده است ولو اینکه غیر عمدی باشد موجب مسئولیت قراردادی شود.<sup>(۶)</sup>

ولی حق این است که قرار داد معالجه باعث ضمان نمی‌گردد، چون اگر طبیب طبق قرارداد عمل نکند مقصر است و طبیب مقصر قطعاً ضامن است و آن از محدوده بحث خارج است و اگر حاذق بود و تمام توانش را نیز به کار گرفته است اما منجر به مرگ بیمار شد، قرارداد معالجه نمی‌تواند ضامن آور باشد تا ضامن او ضمان قراردادی باشد، بلی ممکن است ضمان قهری داشته باشد که باید به آن بپردازیم.

#### ب - ضمان کدام طبیب ضامن است؟

منظور از طبیب از یکسو قطعاً قشر خاصی از طبیب نمی‌باشد. یعنی بحث ضمان طبیب، اختصاص به جراحان، یا پزشکان عمومی یا روانپزشکان یا دامپزشکان ندارد، بلکه هر طبیبی مسئول اعمال خود و ملزم به جبران خسارات وارده جانی و مالی

می باشد، یعنی اگر از ادله، ضمان طبیب استفاده شد، فرقی نمی کند که یک طبیب عمومی با تجویز دارویی موجب تلف یا نقص عضو مریض گردد و یا یک جراح متخصص در اثر عمل جراحی قلب یا مغز و یا ... باعث تلف آن شخص گردد و یا روانپزشکی در اثر

دادن برق در چند جلسه، به مریض و یا تجویز داروئی مریض خود را ناقص و یا از بین ببرد و یا دامپزشکی در اثر معالجات خود حیوان را تلف نماید، ضامن خواهد بود.

از سوی دیگر یقیناً این بحث که طبیب ضامن است یا نه؟ مخصوص برخی از اطبا

است یعنی در طبیب حاذق محتاط که همه تلاش خود را به کار بسته است این بحث

مطرح است که آیا ضامن است یا نه؟ وگرنه ضمان طبیب قاصر یا مقصر قطعی است و

کسی به عدم ضمان آنها نظر نداده و محل خلاف هم نیست تا مورد بحث قرار گیرد که ذیلاً به نحو اختصار به آنها اشاره می شود.

### ضمان طبیب جاهل

حداقت و دانایی شرط اول و رکن رکنین طبابت است، و تصدی شغل پزشکی و

دامپزشکی و دیگر شعب مربوط به آن اگر بدون آگاهی لازم باشد و موجب مرگ یا

ضایعه ای در عضو یا قوه ای از قوای انسان شود، فرد ضامن دیه نفس یا عضو آسیب

دیده خواهد بود.



در این رابطه نظر فقهای شیعه و سنی و حقوقدانان هماهنگ بوده و روایات وارده از طرق شیعه و سنی دلیل بر این مطلب است، به عنوان نمونه به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

در حدیثی از امیرالمؤمنین علیه السلام روایت شده است که فرمود:

«بر امام واجب است که علمای فاسق و پزشکان جاهل و ... را زندانی کند.»<sup>(۷)</sup>

زیرا علمای فاسد عقاید و دین مردم و پزشکان جاهل جسم مردم را تباه و فاسد می‌کنند، پزشکان جاهل نه تنها دردهای جسمی و روانی افراد جامعه را تخفیف نمی‌دهند بلکه بر آنها می‌افزایند و گاه ممکن است آنها را تا سر حد مرگ بکشانند.

در حدیثی دیگر از رسول خدا صلی الله علیه و آله وسلم هم نقل شده:

«من تطیب و لم یکن بالطب معروفًا فهو ضامن»<sup>(۸)</sup> یعنی کسی که به امر پزشکی

بپردازد و از قبل دانش آن را نیاموخته باشد ضامن و مسئول است.

در قرآن کریم نیز از عمل به ظن و گمان مخصوصاً در کارهای مهم از قبیل جان و سلامت انسان بشدت نهی شده و گفته شد: «لا تقف ما لیس لک به علم»<sup>(۹)</sup> و در آیه دیگر گفته شد: «ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً»<sup>(۱۰)</sup> بنابراین کارها باید براساس علم و آگاهی صورت گیرد نه ظن و تخمین و گمان.



بر اساس ضوابط فقهی و قاعده ضمان نیز وقتی افراد جاهل و نا آگاه مبادرت به خدمات پزشکی نمایند و به جای اصلاح بیمار و علاج بیماری او باعث فساد و تباهی او گردند باید در قبال اعمال خویش مسئول باشند و اگر طبابت آنها منجر به فوت بیمار گردد، ضامن دیه نیز خواهند بود. فقها در این باره اتفاق نظر دارند<sup>(۱۱)</sup>.

در تبصره ۳ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی آمده است: هر گاه بر اثر «عدم مهارت» قتل یا ضرب یا جرح واقع شود در حکم شبه عمد است و جانی مسئول پرداخت دیه است.

به هر حال در مسئولیت و ضمان طبیب جاهل تردیدی نیست و بحث مقال ما هرگز مربوط به آن نخواهد بود.

### ضمان طبیب مقصر

طبق اجماع فقهای شیعه هر گاه طبیب حاذق و دانایی در اثر سهل انگاری و بی توجهی مرتکب خطای پزشکی شود و از این جهت به بیمار صدمه ای وارد شود، ضامن خواهد بود، گرچه معالجه وی با اذن بیمار یا ولی او باشد.<sup>(۱۲)</sup> و چون مسئولیت طبیب سهل انگار و بی مبالات از بدیهیات و امور مسلم فقهی است لذا فقها در این رابطه کمتر به بررسی پرداخته اند، زیرا تمامی قواعد و ادله ضمان در این صورت مصداق دارد.

بنابراین طبیب هر چند ماهر و متخصص در علم و عمل باشد، طبق عرف پزشکی  
موظف است هنگام درمان از لحظه مراجعه تا اتمام اقدامات تشخیص و درمانی، کلیه  
موازین علمی و متعارف را در جهت بهبود بیمار به کار گیرد، و در غیر این صورت هر  
گاه بیمار متحمل خساراتی اعم از جانی و مالی و مادی و معنوی شود، طبیب مسئول  
است. گر چه معالجه با اذن بیمار یا ولی او انجام شده و حتی قبل از درمان برائت نیز  
کسب کرده باشد، زیرا اذن و برائت دلیل بر جاری بودن کوتاهی و سهل انگاری طبیب  
نمی شود.

بنابراین بحث اینکه: آیا طبیب ضامن است یا نه؟ صرفاً در پیرامون طبیب حاذق و

ماهری است که تمام توان خود را در عرف پزشکی به کار گرفته، لکن تلاش او مثمر ثمر  
واقع نشده است و مریض در حین معالجه فوت کرده و یا نقص عضو پیدا کرده و یا قوه  
ای از قوای خود را از دست داده است و گرنه طبیب جاهل یا سهل انگار و مقصر قطعاً  
ضامن است.

خطای محض، ضمناً مقصود از خطای طبیب، خطای محض نیست که دیه بر عاقله  
باشد، زیرا عمل طبیب از قبیل شبه عمد است نه خطای محض، زیرا در خطای محض،  
شخص هرگز قصد انجام آن کار را ندارد. مثلاً سرگرم پاک کردن تفنگ خود می باشد  
ولی ناگهان تیری از آن شلیک می شود و تصادفاً به انسانی برخورد کرده و او را  
می کشد. در این صورت قتل خطایی محض صادق است، ولی در شبه عمد طرف قصد

انجام فعل را دارد. لکن به منظور دیگری غیر از قتل و تصادفا منجر به قتل می‌شود، مثلاً معلمی شاگرد خود را به قصد تادیب کتک می‌زند ولی تصادفاً منجر به قتل می‌شود و به تعبیر دیگر در شبهه عمد شخص، در فعل خود عامد است ولی در قصد خود خاطی. لذا

معالجه طبیب روی بیمار چون با قصد و عمد انجام می‌گیرد مثلاً عمل جراحی روی مریض انجام می‌گیرد لکن نه به قصد قتل بلکه به قصد علاج و درمان، اما تصادفاً منجر به فوت بیمار می‌گردد. در اینجا شبهه عمد است و دیه باید از مال خود طبیب پرداخته شود نه عاقله، ضمناً خطای طبیب را همانند خطای قاضی نمی‌دانند تا دیه از بیت المال پرداخت شود، بلکه باید از مال طبیب پرداخت شود.

## ۲ - اثبات ضمان طبیب

طبابت در دیدگاه مسلمانان، اولاً: یک مسئولیت و تعهد دینی و ضرورت اجتماعی انسانی است که امکان تساهل در آن وجود ندارد و یکی از واجبات کفایی است. ثانیاً: حکمی عقلی است زیرا برای بقای نوع انسان و تخفیف رنجها و بلایا نقش اصلی را دارد.

ثالثاً: پزشکی یک رسالت اخلاقی است و نجات دادن یک شخص، همسان و بمنزله نجات همه افراد جامعه است: «من احیایها فکانما احیا الناس جميعاً»<sup>(۱۳)</sup> لذا پزشکی که قادر به معالجه باشد و از آن خودداری نماید فاقد اخلاق انسانی است<sup>(۱۴)</sup> و به تعبیر حضرت عیسی مسیح علیه السلام با وارد کننده جرح بر مجروح، شریک است.<sup>(۱۵)</sup>

حال با توجه به اهمیت و جایگاه والای امر طبابت و معالجه، اگر طبیبی حاذق تمام

تلاش و سعی خود را در راه علاج بیمار صرف کند، اما نهایتاً معالجه منجر به فایده ای

نشده و مریض دچار نقص عضو شده یا بمیرد، در این صورت باید دید فقها و

حقوقدانان در قوانین موضوعه چه نظری داده اند آیا چنین طبیبی ضامن است یا ضامن

نیست؟

مشهور فقهای شیعه و حقوقدانان قایل به ضمان هستند و طبیب را ضامن می‌دانند

و عده ای نیز حکم به عدم ضمان کرده اند، اینک باید به دلایل و مستندات دو گروه نظر

کنیم و ببینیم حق با کدام قول است.

#### الف - نظر مشهور: (ضمان طبیب)

مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که هر گاه معالجه طبیب فوت، یا زیان بدنی

بیمار را در پی داشته باشد، طبیب ضامن است گر چه در امر طبابت حاذق متبحر بوده و

معالجه نیز با اذن بیمار و یا ولی او باشد. (۱۶)

شهد اول در متن لمعه می‌فرماید:

«الطبيب يضمن في ماله ما يتلف بعلاجه وان احتاط و اجتهد و اذن المريض.» (یعنی

در صورتی که معالجه طبیب منتهی به تلف جانی و یا نقص عضو گردد، ضامن است گر

چه نهایت کوشش و سعی و احتیاط را نموده و معالجه نیز به اذن بیمار باشد.)

مشهور برای اثبات مدعای خود به دلایلی تمسک کرده اند که ذیلا به آنها اشاره

می شود:

### ۱- روایات

روایت سکونی از امام صادق علیه السلام و او از امیرالمؤمنین علیه السلام که

فرمود:

«من تطیب او تبيطر فليأخذ البرائة من وليه و الا فهو له ضامن»<sup>(۱۷)</sup> کسی که طبابت یا

بیطاری می کند باید قبلا از ولی بیمار و صاحب حیوان برائت حاصل نماید و گرنه ضامن

خواهد بود.

روایت دیگری از سکونی از امام صادق علیه السلام و از پدرش که آن حضرت

فرمود:

«ان علیا علیه السلام ضمن ختانا قطع حشفه غلام»<sup>(۱۸)</sup> (علی علیه السلام شخصی را

که کودکی را ختنه کرده بود و بیش از مقدار لازم بریده بود، ضامن گردانید).

بنابراین براساس این دو روایت اطبا عموما خواه طبیب انسان باشند و خواه طبیب

حیوان (دامپزشک) و حتی ختنه گر مسئول اعمال خود بوده و در صورت ورود زیان

ضامن خواهند بود.

### ۲- قواعد فقه و حقوق<sup>(۱۹)</sup>

عمل طبیب مشمول برخی از قواعد فقه و حقوق است که شخص را ضامن و مسئول

می‌دانند از قبیل:

قاعده اتلاف: که به نحو عموم می‌گوید: هر کسی باعث تلف مال یا جان یا سلامت

دیگری گردد، ضامن است. و می‌دانیم که در این قاعده، قصد و عدم قصد، عقل و عدم

عقل، بلوغ و عدم بلوغ، علم و جهل، تاثیری ندارند یعنی در تمام موارد متلف ضامن

است بنابراین کار طبیب که باعث تلف جان یا مال یا قوه ای از قوای جسمانی و یا نقص

عضو می‌گردد طبیب ضامن است و چون قصد اتلاف نداشت مصداق شبه عمد است.

قاعده تسبیب: در بعضی از موارد با کار طبیب تطبیق می‌کند مثلاً اگر طبیبی تزریق

آمپولی را به مریض تجویز کرده و پرستار طبق دستور پزشک عمل کند و آن آمپول را

به مریض تزریق نماید و در اثر آن، مریض فوت کرده و یا نقص عضوی پیدا کند مثلاً

فلج یا کور شود، در این صورت از باب اقوی بودن سبب از مباشر، طبیب ضامن است نه

آن پرستاری که موظف به عمل کردن طبق دستور پزشک است.

قاعده غرور: در بعضی از موارد طبیب طبق قاعده غرور ضامن است، در جایی که

طبیب دارویی را برای مریض تجویز کرده و نسخه می‌نویسد و مریض به اعتماد نظر

طبیب طبق دستور دارو را تهیه و مصرف می‌کند به امید اینکه با مصرف دارو دردش

درمان و مرضش معالجه می‌شود، لکن مصرف دارو باعث فوت یا نقص عضو و یا

خسارت دیگری می‌گردد. در این صورت طبیب مصداق «غار» و مریض مغرور است لذا

طبق قاعده غرور و حدیث معروف نبوی «المغرور یرجع الی من غره» مریض یا ورثه او در صورت فوت می‌توانند به طبیب مراجعه نمایند.

قاعده لاضرر: طبق این قاعده هر ضرری از ناحیه هر کسی بر کسی وارد شود باید

جبران شود، از جمله ضرری که از ناحیه طبیب بر مریض وارد می‌شود باید جبران گردد.

### ۳ - اجماع

بعضی از فقها در این مساله ادعای اجماع نیز کرده اند و یا تعبیر به «لا خلاف»

نموده‌اند<sup>(۲۰)</sup>. و حتی شهید ثانی در شرح لمعه عمده دلیل را اجماع دانسته است.

بر همین اساس و تبعیت از مشهور است که حقوقدانان اسلامی در قانون مجازات

اسلامی موادی را به این موضوع اختصاص داده اند از قبیل:

ماده ۳۱۹: «هر گاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه هایی که

شخصا انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند هر چند با اذن مریض یا ولی او

باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است».

ماده ۳۲۰: «هر گاه ختنه کننده در اثر بریدن بیش از مقدار لازم موجب جنایت یا

خسارت شود، ضامن است گرچه ماهر بوده باشد».



ماده ۳۲۱: «هر گاه بیطار و دامپزشک گرچه متخصص باشد در معالجه حیوانی هر چند با اذن صاحب او باشد موجب خسارت شود ضامن است».

بنابراین طبق قوانین موضوعه نیز طبیب هر چند حاذق و مازون از ناحیه مریض یا ولی مریض باشد و احتیاط را نیز مراعات کرده باشد، ضامن است.

### ب - نظر غیر مشهور (عدم ضمان طبیب):

در مقابل نظر مشهور، عده ای از فقها از قبیل ابن ادریس از قدمای اصحاب در کتاب سرائر<sup>(۲۱)</sup> و آیت الله سید محمد شیرازی در کتاب «الفقه»<sup>(۲۲)</sup> از معاصرین و برخی از

حقوقدانان<sup>(۲۳)</sup> به عدم ضمان طبیب حاذق محتاط معتقدند. این گروه نیز برای خود دلایلی دارند که ذیلا به آنها اشاره می شود:

۱ - اصل برائت، یعنی در صورت تبحر و محتاط و مازون بودن طبیب برای معالجه شک داریم که ضامن است یا نه، اصل برائت زمه طبیب است.

۲ - اذن بیمار یا ولی او بر معالجه، یعنی چون طبیب از طرف بیمار یا ولی او مازون است، نباید در صورت فوت بیمار یا نقص عضو او ضامن باشد.

۳ - اذن شرع و عقل، یعنی نباید کاری که عقلا و شرعا مجاز و مشروع است ضمان آور باشد، تا جایی که گفته شد: «کل ما هو مازون شرعا لیس فیه ضمان ما تلف لاجله. و

کل ما هو غیر ماذون فیه، ففیه الضمان»<sup>(۲۴)</sup> بنابراین چون مداوا و علاج بیمار شرعا مجاز است نباید در صورت تلف یا نقص عضو برای طبیب ضمان آور باشد.

۴ - روایات وارده از معصومین علیهم السلام، که از آنها عدم ضمان طبیب استفاده

می شود مانند:

روایت اسماعیل بن حسن (که طبیب بود) می گوید: به امام صادق علیه السلام عرض

کردم من مرد عربم که به علم پزشکی آشنا هستم و طبابت من عربی است و پول معاینه

هم نمی گیرم، حضرت فرمودند: مانعی ندارد، عرض کردم: ما زخم را شکافته و با آتش

می سوزانیم؟ فرمود: باکی نیست، عرض کردم: ما برای بیماران داروهای سمی تجویز

می کنیم؟ فرمود: مانعی ندارد. عرض کردم: ممکن است بیمار بمیرد، فرمودند: ولو بمیرد».

(۲۵)

روایت یونس بن یعقوب که می گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی

(طبیعی) دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می کند و ممکن است از آن دارو و یا

قطع رگ نتیجه بگیرد و یا آن دارو و قطع رگ بیمار را بکشد؟ حضرت فرمودند: می تواند

رگ را قطع و دارو را تجویز نماید.<sup>(۲۶)</sup>

روایت احمد بن اسحاق که می گوید: من فرزندی داشتم که مبتلا به سنگ (کلیه یا

مثانه) شده بود، به من گفتند که علاجی جز جراحی ندارد، هنگامی که او را جراحی

کردم، فوراً مرد، بعضی از شیعیان به من گفتند: تو شریک خون فرزندت هستی، ناچار

نامه ای به امام عسکری علیه السلام نوشته و مآوقع را برای او شرح دادم، حضرت در پاسخ نوشتند: بر تو چیزی نیست چرا که هدف تو معالجه بود ولی اجل او در همان بود که تو انجام دادی. (۲۷)

از این روایات نیز استفاده می‌شود که طبیب ضامن نیست.

### ارزیابی دلایل دو گروه:

با مراجعه به کتب فقه و کلمات فقها معلوم می‌شود که بر ادله طرفین ایراد و خدشه وارد کرده‌اند، ولی در مجموع ایرادات وارده بر دلایل مشهور قابل رد و ایرادات وارده بر نظر غیر مشهور قویتر به نظر می‌رسد، لذا به نظر نگارنده نظر مشهور طبق ادله معتبر تر و با قواعد سازگارتر است.

یکی از ایرادات<sup>(۲۸)</sup> بر مستند مشهور این است که تمسک به حدیث سکونی صحیح نیست چون سکونی در علم رجال تضعیف شده و حدیث، به خاطر سکونی ضعیف است.

پاسخ این ایراد این است که عمل مشهور جابر ضعف سند حدیث است، یعنی وقتی متن حدیث مورد پذیرش فقها قرار گرفته و به آن عمل کرده اند ضعف سند جبران می‌شود.

نسبت به روایت دوم یعنی ضمان ختنه گر نیز ایراد شده: این در جایی بوده که ختان

تعدی کرده است. در حالی که در روایت هیچ سخن از تعدی و تفریط نیست. و یا در

اجماع خدشه وارد کرده اند که اساسا اجماع طبق نظر بعضی از فقها حجت نیست. این

سخن نیز مردود است زیرا یقیناً اجماع یکی از ادله است گرچه ممکن است نظر یک فقیه چیز دیگری باشد و اجماع در این مساله مدرکی نیز نیست که بعضیها ادعا کرده اند، البته اگر در جایی اصل وجود اجماع محقق و معلوم نباشد و یا مدرکی بودنش مسلم باشد، بحث دیگری است. ولی آقایان از یک سو می‌گویند روایت ضعیف و قابل عمل نیست، از سوی دیگر می‌گویند فقها در طول تاریخ به خاطر این روایت ضعیف، اجماع بر ضمان طیب نمودند، حداقل اگر اجماع مدرکی باشد نشانگر این معناست که روایت در نظر فقها معتبر بوده و آن را قابل عمل می‌دانستند و هر چند روایت را ضعیف می‌دانستند. پس اجماع خود دلیل مستقلی است، چون معقول نیست فقها به خاطر یک روایت ضعیف در طول تاریخ بر ضمان طیب اجماع نمایند.

#### ایرادات وارده بر دلایل غیر مشهور (۲۹):

دلیل اول، یعنی اصل برائت بر اهل فن مخفی نیست که با وجود ادله لفظیه نوبت به اصل عملی از قبیل اصل برائت نمی‌رسد.

دلیل دوم، یعنی اذن بیمار یا اذن ولی او، این دلیل نیز مورد قبول نیست زیرا اذن در معالجه اذن در اتلاف یا نقص عضو نیست تا گفته شود خود مریض اذن داده و اساساً آیا مریض می‌تواند به طیب اذن در اتلاف و نقص عضو دهد؟

دلیل سوم یعنی اذن شرعی، در پیرامون این دلیل گفته می‌شود، گرچه در غالب

موارد کاری که شرعاً مجاز است ضمان آور نیست ولی این کلیت ندارد لذا با اینکه زدن

برای تادیب از ناحیه معلم یا پدر شرعا جایز است اگر منجر به تلف یا نقص عضو شود  
ضمان آور است و روشن تر از همه اینکه با اینکه ختنه شرعا واجب است و ختنه گر  
قطعا مجاز به انجام چنین کاری هست وقتی موجب خسارت شد، امیرالمؤمنین علیه  
السلام او را ضامن دانست.

دلیل چهارم یعنی روایات (روایت اسماعیل بن حسن و یونس بن یعقوب و احمد بن  
اسحاق)، اساسا ناظر به ضمان یا عدم ضمان نیستند بلکه ناظر به جواز اقدام بر معالجه  
ولو منجر به فوت بیمار شود می باشند یعنی این روایات در مقام بیان این جهت بودند که  
حتی با احتمال فوت نیز می توان اقدام به معالجه نمود، اما اینکه اگر بیمار فوت و یا نقص  
عضو پیدا کرد ضمان دارد یا ندارد بحث دیگری است، خصوصا در روایت احمد بن  
اسحاق طبیب پدر مریض بود. بنابراین طبق ادله حکم به ضمان طبیب اقوی است،  
خصوصا به خاطر نکته ای که از حدیث سکونی استفاده می شود و آن اینکه اگر طبیب از  
نظر شرع ضامن نبود، چرا علی علیه السلام برای عدم ضمان طبیب به اخذ برائت  
متوسل شده و راه چاره نشان داد، خوب بود که بگوید طبیب ضامن نیست. در ابتدا،  
متذکر شدیم محور بحث هم طبیب جاهل یا مقصر نیست که شما بگویید اخذ برائت  
مربوط به آنها است، توسل به تحصیل برائت دلیل بر این است که طبیب اولاً و بالذات  
ضامن است و ثانیاً و بالعرض یعنی با اخذ برائت ضامن نیست که بحث بعدی ما است.

چنانکه ملاحظه کرده اید از یک سو، طبیب طبق قواعد و ادله، ضامن است. از سوی

دیگر می‌دانیم که اگر طبیبی بداند که در صورت فوت بیمار یا نقص عضو باید دیه

بپردازد، هیچ گاه حاضر به معالجه بیمار نخواهد شد و قهرا بیماران در وضع بدی قرار

خواهند گرفت و علاج بیمار که یک حکم الهی و عقلی است ترک خواهد شد، لذا باید برای

این جهت فکری کرد، تاکنون راههایی برای آن در نظر گرفته شد که بر اساس آن طبیب

ضامن نخواهد بود که ذیلاً به آنها اشاره می‌شود.

### ۱- تحصیل برائت: (۳۰)

فقهاء به اتفاق معتقدند: تحصیل برائت از مریض یا ولی مریض قبل از درمان مسقط

ضمان است، عمده دلیل آن همان روایت سکونی است که امام صادق علیه السلام از

امیرالمؤمنین علیه السلام نقل کرد که طبیب ضامن است مگر اینکه برائت گرفته باشد:

«من تطب او تبيطر فليأخذ البرائة من وليه و الا فهو له ضامن» تنها ایرادی که در اخذ

برائت قبل از درمان هست، این است که این عمل به تعبیر فقهاء مصداق قاعده معروف

اسقاط مالم يجب است یعنی اسقاط حق قبل از ثبوت آن است، زیرا هنوز خسارتی رخ

نداده است که بیمار یا ولی بیمار بخواهد آن را از ذمه طبیب اسقاط کند.

این ایراد از دو طریق پاسخ داده می‌شود:

اولا برای اسقاط حق ثبوت قطعی آن لازم نیست بلکه همین اندازه که زمینه ثبوت آن

فراهم گردد می توان آن را ساقط کرد، در مورد مداوای بیمار زمینه های ثبوت آن

حاصل است، هر چند قبل از اقدام به معالجه و مداوا باشد.

ثانیا: اسقاط این حق می تواند به عنوان «شرط ضمن عقد» در مساله معالجه مریض

در آید، یعنی همانطوری که می توان در ضمن عقد بیع مثلا تمام اختیارات را اسقاط کرد

در حالی که بعضی از اختیارات از قبیل خیار مجلس، حیوان و تاخیر ثمن، با انجام معامله

زمینه آنها فراهم می شود، در باب علاج بیمار نیز در ضمن عقد اجاره طیب برای

مداوای بیمار می توان آن حق را اسقاط کرد. بنابراین با توجه به ضرورت علاج و عدم

تمکین طیب برای معالجه در صورت ضمان، چاره ای جز صحت برائت نیست.

سؤال: حال که معلوم شد تحصیل برائت مسقط ضمان است، این سؤال پیش می آید

که این برائت باید از چه کسی گرفته شود

پاسخ: برائت قبل از هر کس از خود بیمار گرفته می شود مگر در چند صورت: بالغ

نباشد، عاقل نباشد، و یا با وجود کمال عقلی و بلوغی ممکن نباشد، مثل اینکه مریضی که

عمل جراحی او پنجاه درصد خطری است شما بخواهید به مریض بگویید که وضع شما

این است این کار از لحاظ روانی تاثیر سوء داشته و ممکن است خطر را قطعی نماید. در

این موارد باید از ولی بیمار برائت گرفته شود، و منظور از ولی، پدر یا جد پدری است و

اگر آنها نباشند، حاکم شرع و اگر دسترسی به حاکم نبود (که اغلب این چنین است)



بستگان نزدیک او که از لحاظ عقل و درایت کامل و از لحاظ تقوی مورد وثوق اند، از باب عدول مؤمنین امر ولایت مریض را به عهده می گیرند.

## ۲ - عرف و عادت

عده ای معتقدند که از قدیم الایام رسم بر این بوده است که پزشکان در مقابل مرگ یا نقص جسمی و روحی بیماران مسئولیتی نداشته اند و عرف و عادت خود به عنوان یکی از مبانی حقوق سبب معافیت پزشک از مسئولیت ضررهای ناشی از انجام طبابت می باشد.

ولی حق این است که هر چند عرف و عادت و آداب و رسوم محلی در قدیم به عنوان مصدر قانونی شناخته می شدند، ولی امروزه دیگر آن تاثیر را ندارند یعنی با وجود قوانین عام و خاص دیگر عرف و عادت نمی تواند منشا حکم یا حقی باشد و یا حق ثابتی را سلب نماید لذا در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: دادگاه ها باید بر اساس قوانین موضوعه حکم نمایند، پس با وجود قوانین نوبت به عرف و عادت نمی رسد و قوانین هم طبیب را ضامن می دانند.

## ۳ - فقدان عمد و سوء نیت

طرفداران این نظریه می گویند: چون پزشک با هدف و انگیزه انسانی به معالجه و جراحی مریض می پردازد دیگر نباید مسئول شناخته شود.

این نظریه ممکن است در مواردی توجیه گر معافیت از مسئولیت کیفری پزشک باشد، یعنی نمی‌توان پزشک را قصاص کرد، ولی نمی‌تواند مبنایی برای معافیت پزشک از مسئولیت مدنی گردد، چنانکه در ضمن بیان دلایل ضمان پزشک گفته شد در قاعده اتلاف عمد و قصد تأثیری نداشته و تقصیر نقشی را بازی نمی‌کند، بلکه همینکه رابطه سببیت بین کار شخص و تلف موجود باشد برای ایجاد ضمان کافی است. بنابراین عمد و قصد در مسئولیتهای کیفری ممکن است نقش داشته باشد ولی در مدنی نقشی ندارد.

#### ۴- رضایت بیمار

بعضی ها عقیده دارند که اذن و رضایت بیمار در معالجه باعث سقوط ضمان از طبیب است.<sup>(۳۱)</sup> ولی چنانکه قبلا هم اشاره شد اذن و رضایت بیمار در علاج، اذن و رضایت در اتلاف یا نقص عضو نیست و رضای بیمار اصل مشروعیت عمل طبیب را ثابت می‌کند نه سقوط ضمان، در صورت تلف مواد ۳۱۹ و ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی صریح در این امر است.

حاصل آنکه در بین عوامل یاد شده تنها تحصیل براءت است که مسقط ضمان است نه امور دیگر لذا مقنن در قانون مجازات اسلامی تنها به تحصیل براءت اشاره کرده و در روایت نیز به تحصیل براءت اکتفا نموده است. قانون مجازات اسلامی در ماده ۳۲۲ چنین می‌گوید:

«هر گاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از

صاحب حیوان برائت حاصل نماید، عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود».

### جمع بندی

با بررسیهایی که انجام گرفته معلوم شد که طبیب هر چند حاذق و ماهر و محتاط

باشد اگر در اثر طبابت و معالجه او بیمار تلف شود یا نقص عضوی حاصل شود و یا

قوه ای از قوا را از قبیل قوه باصره یا سامعه و یا ... از دست بدهد و همچنین خسارات

مالی حاصله از طریق معالجه بی ثمر و یا خطایی را، ضامن خواهد بود و باید از مال

خود خسارات را جبران نماید.

ولی چون این عمل موجب عسر جرح در جامعه می شود و علاج بیمار را با مشکل

مواجه می سازد، چرا که طبیب در صورت ضمان، حاضر به معالجه نخواهد شد، در

صدد علاج برآمده و راههایی را برای سقوط ضمان طبیب پیشنهاد کرده اند که تنها راه

تحصیل برائت شرعا و قانونا مورد پذیرش قرار گرفته است. لذا لازم است اطبا قبل از

درمان، از مریض یا ولی او و همچنین دامپزشک از صاحب حیوان برائت کسب نمایند که

امروزه در بیمارستانها این عمل رایج است.

---

پی نوشتها:

- ۱- عضو هیئت علمی مجتمع آموزش عالی قم وابسته به دانشگاه تهران.
- ۲- روضه کافی، ص ۲۴۵.
- ۳- حدیث کافی، ج ۵، ص ۲۹۲، حدیث ۱.
- ۴- جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۵۰.
- ۵- روضه کافی، حدیث شماره ۵۴۵.
- ۶- مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک از شجاعپوریان، ص ۶-۳۵ به نقل از  
المسئولیتة الاطباء دکتر ابراشی.
- ۷- وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۲۱.
- ۸- کنز العمال، ج ۱۰، ص ۱۵.
- ۹- اسراء/ ۳۶.
- ۱۰- یونس: ۳۶.
- ۱۱- شرایع، محقق کتاب الدیات؛ جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۴؛ مجمع البرهان، محقق اردبیلی، کتاب الدیات، ریاض المسائل ج ۲، ص ۵۹۶ و ...
- ۱۲- ر.ک: جواهر، ج ۴۳، ص ۴۴؛ مجمع البرهان، اردبیلی، کتاب الدیات، ص ۱؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۶۱، مساله ۵ و مبانی تکمله المنهاج، ج ۲، ص ۲۲۱، مساله ۲۲۴.
- ۱۳- مائده: ۳۲.
- ۱۴- مسئولیت مدنی پزشک، ص ۶۹.
- ۱۵- روضه کافی، حدیث ۵۴۵.

۱۶- ر.ک: جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۵؛ جامع المدارک، خوانساری، ج ۶، ص ۱۸۸؛ منتاح

الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۷۰؛ لمعه و شرح لمعه، ج ۲، کتاب الديات؛ تحرير الوسيله، ج ۲، کتاب

الديات موجبات ضمان، مساله ۴؛ الفقه، سيد محمدحسين شيرازي، ج ۹۰، ص ۷۴ و مباني

تكملة المنهاج آقاى خويى، ج ۲، كتاب الديات، مساله ۲۲۴ و ...

۱۷- وسائل الشيعه، ج ۱۹، ص ۱۹۵، باب ۲۴ از ابواب موجبات الضمان، حديث ۱ و ۲.

۱۸- همان

۱۹- برای آگاهی بیشتر به این قواعد به کتابهایی از قبیل: قواعد الفقيه آقاى ميرحسن

بجنوردی و آقاى مكارم شيرازى و مسئوليت مدنى دكتور كاتوزيان، و حقوق مدنى، ج ۲،

اثر نگارنده مراجعه كنيد.

۲۰- جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۶ و شرايع محقق حلى، و مباني تكملة المنهاج، ج ۲، ص

۲۲۱ و غنيه ابن زهره و شهيد ثانى در شرح لمعه و ...

۲۱- سرائر، كتاب الحدود، باب النفوس.

۲۲- الفقه، ج ۹۰، ص ۷۶.

۲۳- مسئوليت مدنى پزك، از شجاعپوريان زير نظر دكتور كاتوزيان.

۲۴- تحرير الوسيله، ج ۲، ص ۵۶۵.

۲۵- روضه كافي، ص ۴-۱۹۳، حديث ۲۲۹ و ۲۳۰.

۲۶- همان.

۲۷- كافي، ج ۶، ص ۵۳.

۲۸- برای آگاهی بر ایرادات، به کتاب «الفقه» شیرازی، ج ۹۰ و مسئولیت مدنی پزشک از شجاعپوریان مراجعه نمایید.

۲۹- ر.ک: جواهر الکلام، ج ۴۳ و جامع المدارک، ج ۶ و ...

۳۰- جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۴؛ لمعه و شرح لمعه، کتاب الديات؛ سرائر، کتاب الديات؛  
تحریرالوسیله، ج ۲، کتاب الديات؛ جامع المدارک، ج ۶، کتاب الديات؛ مبانی تکملة المنهاج،  
ج ۲، کتاب الديات و ...

۳۱- پاره ای از این مباحث از کتاب مسئولیت مدنی پزشک شجاعپوریان نقل شده البته  
با اختلاف نظری که هست.

---

فصلنامه نامه مفید - شماره ۱۴