

ضمان طبیب از دیدگاه آیت الله محسنی^(ره)

محمد عیسی فهیمی *

چکیده

شغل طبابت از این جهت که مرتبط به حفظ سلامت، صحت و حیات انسان است، از مشاغل حساس و مهم به شمار می‌رود. طبیعی است که لازمه اشتغال به فعالیت‌های طبی و درمانی، همانند بسیاری از افعال دیگر، انسان مصون از بروز خطاهای احتمالی نیست. بروز خطا در اقدامات طبی در اثر عوامل مختلفی ممکن است رخ دهد و سبب ورود خسارات نسبت به بیمار شود. این خطاها آثار و پیامدهای فقهی - حقوقی فراوانی به دنبال دارد که در کتب فقهی تحت عنوان «ضمان طبیب» یا «مسئولیت طبیب» نام برده شده است. برای صیانت از حق مریض و جلوگیری از تضییع حقوق مریض و به منظور رعایت دقت و احتیاط لازم از سوی اطباء و اولویت حفظ جان بیمار و همین‌طور به کارگیری اقدامات لازم از سوی اطباء، در فقه و حقوق اسلامی مقرراتی برای جبران ضررهای احتمالی مریض پیش‌بینی شده است تا هم حیات و سلامت مریض با خطر مواجه نشود و هم در صورت ورود خسارت به بیمار، مساعدت‌های لازم صورت گرفته و صدمات وارده جبران شود. بحث ضمان طبیب - چه در فرض طبابت به صورت مباشر و چه به صورت تسبیب - از مباحث دامنه‌دار و گسترده در فقه اسلامی است؛ از این رو، فقها چه در کتب استدلالی فقهی و چه در کتب فتوایی‌شان به این بحث توجه و اهتمام داشته‌اند. از میان فقهای که به بحث مزبور اهتمام ورزیده، آیت الله محسنی رحمته الله علیه می‌باشد. وی در چندین اثر فقهی خود بحث ضمان طبیب را در مواردی مطرح و صور مختلف مسئله را به خوبی شرح داده است. نوشتار پیش رو بحث ضمانت طبیب را از نظر فقهی و با تأکید بر آرای فقهی وی در این زمینه به بررسی می‌گیرد.

واژگان کلیدی: طبیب، برائت، ضمان، مباشرت، تسبیب.

* استاد پوهنتون خاتم النبیین ﷺ

دریافت: ۱۴۰۰/۳/۲۰

مقدمه

در شریعت اسلامی، فراگیری و آموختن علم طب و سپس پرداختن به حرفه‌ی طبابت از واجبات کفایی به شمار می‌رود. علم طب و اشتغال به حرفه‌ی طبابت از منزلت و الایی برخوردار است؛ اما از این جهت که حرفه‌ی طبابت و اقدامات طبی در مواردی توأم با بروز خطا و اشتباه می‌باشد، وضعیتی مانند وضعیت سایر مشاغل و حرفه‌های دیگری دارد که همراه با خطا و اشتباه می‌باشند. انتشار گزارش‌های طبی از گذشته‌ها تا کنون نشان می‌دهد که مشکلات فراوانی ناشی از خطاهای طبی به صورت گسترده در همه‌ی عرصه‌های طبی به وجود آمده است و این اشتباهات پیوسته در حال افزایش است. اشتباهات طبی به هر نوعی آن که باشد، در یک سطح و درجه نیستند: برخی اشتباهات به مرگ بیمار یا از بین رفتن عضوی از اعضای بیمار می‌انجامد و برخی به ایراد صدمات پایین تراز وفات و هلاک شدن عضوی از اعضای مریض منجر می‌شود؛ هم‌چنان‌که علل خطاهای طبی یکنواخت نمی‌باشند: برخی از خطاها ناشی از رعایت نکردن اصول و موازین علمی حاکم و رایج در زمان درمان مستقیم بیمار است که همان خطای فنی و حرفه‌ای می‌باشد، برخی خطاها ناشی از مراعات نکردن قواعد احتیاطی و برخی هم ناشی از عملیات جراحی و... است.

بروز چنین خطاها باعث مسئولیت طبیب می‌گردد. مقصود از مسئولیت طبیب در اصطلاح شرعی، پیامدها و عواقب جنایت طبیب می‌باشد خواه قصاص باشد، خواه تعزیر و خواه ضمان مالی. در مباحث فقهی، بحث از مسئولیت ناشی از پیامدهای اقدامات طبی بیش‌تر زیر عنوان «ضمان طبیب» مورد بحث واقع شده است و واژه‌ی «مسئولیت» کم‌تر به چشم می‌خورد. آنچه در مباحث فقهی تحت عنوان «ضمان طبیب» تعبیر و از کلمه‌ی «ضمان» استفاده شده، بیش‌تر به افاده‌ی همان معنایی می‌پردازد که در اصطلاحات امروزی از آن تحت عنوان «مسئولیت مدنی» یاد می‌شود و بحث ما هم در این نوشتار متمرکز بر مسئولیت مدنی و جبران خسارت از سوی طبیب با تأکید بر دیدگاه‌های آیت‌الله محسنی رحمته‌الله علیه است؛ هرچند که به مناسبت ممکن است به مواردی از مسئولیت کیفری هم اشاره شده باشد. لازم به یادآوری است که بحث از ضمان طبیب و تحمل مسئولیت از سوی طبیب اختصاص به طبیب به معنای خاص نداشته؛ بلکه کلیه افرادی را که به اقدامات طبی می‌پردازند، شامل می‌شود؛ اعم از این‌که اقدامات طبی راجع به انسان باشد یا حیوان؛ مانند دامپزشک،

حجامت‌گر، ختنه‌گر و... زیرا در تمام این نوع اقدامات طبی، علم و معرفت و مراعات اصول و ضوابطی که برای این حرفه لازم است، شرط می‌باشد.

مقصود از ضمان طبیب

مقصود از ضمان طبیب این است که هرگاه طبیب به معالجه‌ی مریض پردازد و علاج و درمان طبیب به تلف مریض و مرگ او یا به نقص عضوی از اعضای بیمار بینجامد، بدون آن‌که تعدی از ناحیه طبیب در کار باشد؛ به‌گونه‌ای که تلف به علاج طبیب مستند باشد، طبیب مسئول تلف یا نقصی است که بر بیمار وارد شده و بر طبیب لازم است که دیه و عوض آنچه را که در اثر اقدامات طبی وی صورت گرفته - مطابق آنچه در شریعت مقرر شده است - باید پرداخت کند (آل‌راضی، ص ۵-۶ و ص ۱۲۸). به بیان دیگر، منظور از ضمان در این جا مطلق تعهدات و غرامت‌های مالی است که خواسته یا ناخواسته به عهده انسان می‌آید (لنکرانی، ص ۱۸۷).

پیشینه‌ی بحث ضمان طبیب

بحث ضمان طبیب در موارد زیادی از مسایل طبی مطرح است؛ مانند ضمانت در آزمایشگاه، ضمانت طبیب در تشخیص، ضمانت در تجویز دارو، ضمانت در درمان، ضمانت در فروش دارو، ضمانت در تزریقات، ضمانت در دندانپزشکی، ضمانت در ختنه، ضمانت در انتقال خون و... از نظر سابقه‌ی تاریخی باید یادآور شد که بحث ضمان طبیب منشأ روایی داشته و به تبع روایات در آثار فقها مطرح شده است. معروف‌ترین روایت در این زمینه روایت سکونی از امام صادق علیه السلام به نقل از امیرالمؤمنین علی علیه السلام است که فرمود: «من تطبب او تبیطر فلیأخذ البرائة من ولیه والی فهوله ضامن» (عاملی، ۱۴۰۹: ص ۲۹ و ص ۲۶۰). در کتب فقهی متقدمان، ضمان طبیب تحت عناوین «ختان»، «بیطار» و «حجام» مطرح شده است. مقصود از ختنان روشن است. مقصود از بیطار دامپزشک و افرادی است که به درمان چارپایان و نعل‌کردن آن‌ها می‌پرداختند و احتمالاً مقصود همان جراح باشد و حجام که به معنای خون‌گیر، حجامت‌چی و در برخی نسخه‌ها «جراح» آمده است که این افراد هرگاه کاری را در مورد انسان بدون اجازه خود انسان یا ولی او و بدون اخذ برائت انجام دهند، همگی ضامن هستند (ابن براج، ۱۴۰۶: ص ۴۹۰).

اکثریت فقهای امامیه، مانند شیخ مفید، شیخ طوسی، محقق کرکی، محقق حلی و... در ابواب مختلف فقهی، مانند باب اجاره، دیات و سایر ابواب فقهی، بحث مزبور را مطرح کرده‌اند. از جمله فقهایی که به این بحث توجه کرده، حضرت آیت الله محسنی رحمته الله علیه است. وی در سه اثر فقهی خود به نام «الضمانات الفقهية و اسبابها» و دیگری در دو کتاب فقهی مختص به مسایل فقهی «الفقه و المسائل الطبية» و «توضیح المسائل طبی» بحث ضمان طبیب را مطرح کرده است که در ادامه به بحث ضمان طبیب راجع به آرای فقهی وی در سه کتاب مزبور اشاره می‌شود.

نقش اخذ برائت در رفع ضمان

از نکات مهم در بحث ضمان طبیب، اخذ برائت از بیمار یا ولی او است. مقصود از برائت، تعهد صاحب حق به اسقاط حق خودش در صورت حدوث موجب حق است؛ به این معنا که مریض یا ولی او به طبیب تعهد می‌سپارند که در حالات حدوث آنچه موجب ضمان و مسئولیت طبیب می‌شود، طبیب را مسئول و ضامن ندانند. مشهور میان فقها و بلکه از مسایل مورد اتفاق میان فقها این است که هرگاه طبیب یا دامپزشک از مریض و مالک حیوان قبل از درمان برائت اخذ کند، ضمان از آنان ساقط است. البته، به برخی از فقها، مانند ابن ادریس و شهید ثانی، نسبت داده شده که در صحت چنین ابراء و رفع ضمان تردید کرده‌اند و چنین ابراء را از قبیل ابرای مالم یجب دانسته‌اند؛ چون ضمان دیه و قیمت دابه محقق نمی‌شود جز پس از تلف شدن؛ و ابراء و اسقاط ضمان قبل از ثبوت سبب ضمان صحیح نیست؛ زیرا از قبیل اسقاط چیزی است که وجود ندارد. اسقاط ضمان در صورتی معقول است که منجز و بالفعل باشد؛ اما اسقاط و ابرای مشروط و معلق بر فرض تلف، مبطل عقود و ایقاعات است.

این سخن از سوی کسانی که معتقد به صحت ابراء و اسقاط ضمان قبل از علاج و قبل از تحقق سبب ضمان هستند، به دلایلی مردود شمرده شده است.

۱. وجود نص: در این زمینه روایت معروفی وجود دارد که همان روایت سکونی از امام صادق علیه السلام از امیرالمؤمنین علیه السلام باشد که در آن آمده: «من تطیب او تبيطر...». این روایت همان‌گونه که ضمان را در صورت خطای طبیب و بیطار (دامپزشک) در فرض عدم اخذ برائت ثابت می‌کند، همان‌گونه دلالت بر سقوط ضمان با اخذ برائت از ولی قبل از علاج دارد و با

وجود نص در مسئله جایی برای ادعای بطلان ابراء به قاعده اسقاط مال می‌یجب باقی نمی‌ماند. البته، برخی در سند حدیث به دلیل وجود روایت نوفلی از سکونی مناقشه کرده‌اند که جواب داده شده سکونی در کلام شیخ طوسی موثق است و به دلیل وثوق نوفلی و واقع شدن در اسناد کامل الزیارات هم امکان توثیق آن وجود دارد. علاوه بر این که این روایت مشهور و معمول به در نزد اصحاب است و در نزد اکثر فقها شهرت و عمل اصحاب برای اعتبار روایت کافی است.

حدیث مزبور از جهت دلالت این‌گونه مورد مناقشه واقع شده است که احتمال دارد منظور از اخذ برائت در نص، اخذ برائت پس از علاج و تحقق نقص و فساد باشد؛ حتی ادعا شده است که مقصود از حدیث، اخذ برائت پس از علاج و تحقق نقص و فساد است به خاطر دو قرینه:

۱-۱. قرینه‌ی اول این که برائت به معنای حقیقی آن صدق ندارد جز پس از ثبوت حق در ذمه‌ی طبیب و دامپزشک و ثبوت حق پس از تحقق تلف ثابت می‌شود نه قبل از آن؛ پس استعمال برائت قبل از تحقق تلف، استعمال در معنای مجازی و خلاف ظاهر است (جمعی از پژوهش‌گران، ۱۴۲۳ هـ، ج ۲: ص ۴۲۶).

۲-۱. قرینه‌ی دوم این که مقصود از اخذ برائت پس از علاج و تحقق نقص و فساد این است که اخذ برائت در حدیث به «ولی» نسبت داده شده است نه به مریض، ولی قبل از حدوث جنایت بر مریض حقی ندارد. اگر منظور اخذ برائت قبل از علاج و قبل از حدوث جنایت می‌بود، باید در روایت گفته می‌شد که طبیب باید از خود مریض برائت بگیرد. البته، از این سخن جواب داده شده که منظور از حدیث، اخذ برائت در حین معالجه و پیش از حصول خطا و تلف است و حدیث ظهور در اخذ برائت در حین علاج دارد؛ زیرا در حدیث گفته شده «من تطب او تبیطر فلیأخذ...» و این حدیث ظهور در این دارد که منظور اخذ برائت از همان اول کار و پیش از پایان یافتن معالجه است تا طبیب و دامپزشک ضامن نباشند.

هر دو قرینه‌ی مذکور بر این که حدیث دلالت بر اخذ برائت پس از علاج و تحقق فساد و تلف دارد، نادرست‌اند؛ اما قرینه‌ی اول که گفته شد برائت به معنای حقیقی آن زمانی صدق دارد که تلف محقق شده باشد، از این جهت نادرست است که استعمال کلمه برائت به لحاظ زمانی است که ضمان در آن حاصل می‌شود که پس از افساد و تلف باشد و هیچ مجازیتی هم در استعمال لازم نمی‌آید؛ چنان که در سایر موارد استعمال مشتقات به لحاظ زمان جاری و تطبیق

هیچ مجازی لازم نمی‌آید. به بیان دیگر، حدیث فرض نکرده که اخذ برائت به لحاظ زمان اخذ برائت است؛ بلکه برائت از ضمانی است که در آن زمان به دلیل سبب ضمان، ضمان حاصل می‌شود؛ پس همان‌گونه که ضمان در زمان تطبیب و تبیطر فعلیت ندارد، برائت نیز فعلیت ندارد و همان‌گونه که پس از تطبیب و تبیطر در صورتی که تلف واقع شود ضمان فعلیت می‌یابد، برائت نیز فعلیت می‌یابد؛ پس استعمال برائت به لحاظ زمان جاری است و هیچ مجازیتی در استعمال نیست.

اما قرینه‌ی دوم که در حدیث اخذ برائت به «ولی» نسبت داده شده نه خود مریض (و این نشان می‌دهد که مقصود اخذ برائت پس از علاج و تحقق فساد و نقص است) مقصود از کلمه «ولی» در حدیث کسی است که عهده‌دار مسئولیت است و به او مراجعه می‌شود؛ خواه فردی که عهده‌دار مسئولیت است، شخص خود مریض باشد؛ چنان‌که در طبابت اشخاص مریض کبیر، مسئولیت بر عهده خود مریض است، خواه فرد عهده‌دار مسئولیت ولی مریض باشد؛ مانند افراد قاصرو خواه فرد عهده‌دار مسئولیت مالک باشد؛ چنان‌که در دامپزشکی چنین است؛ پس مقصود از «ولی» تنها ولی دم نیست تا نسبت برائت به ولی قرینه باشد بر این‌که مقصود اخذ برائت پس از علاج و پس از تلف باشد؛ بلکه حدیث دلالت دارد بر این‌که مراد اخذ برائت حین معالجه و قبل از حصول تلف یا نقص است و گویا حدیث صراحت دارد که منظورش جلوگیری از تحقق ضمان و اشتغال ذمه‌ی طبیب و دامپزشک است؛ اما وقتی که ذمه‌ی طبیب و دامپزشک اشتغال یابد و پس از علاج ضمان محقق شود برای طبیب و دامپزشک محذور محقق شده و هر دو ملزم به پرداخت دیه و غرامت هستند و حال طبیب و دامپزشک مانند حال هر مدیون و ضامن دیگری می‌باشد؛ در این صورت اخذ برائت معنایی جز مصالحه و جلب رضایت دائن و ولی ندارد؛ امری که در تمام موارد ضمان و دیون وجود دارد؛ پس امر در دلالت حدیث واضح است (همان: ص ۴۲۷).

۲. از دلایل صحت ابرای قبل از علاج، مطالبی است که از برخی عبارات جواهر استفاده می‌شود؛ با این توضیح که ابرای طبیب یا دامپزشک از ضمان پیش از علاج در حقیقت به اذن در اتلاف و تصرف برمی‌گردد و چنین اذنی اقتضای عدم ثبوت ضمان را دارد؛ پس همان‌گونه که اگر مالک برای غیر خود در اکل مال یا تصرف تلف‌کننده اذن داده باشد، ضمانی نیست؛ همین‌طور است اگر مریض طبیب را از ضمان ابراء نموده باشد؛ بدین معنا که برای طبیب اذن

داده باشد که جهت معالجه در بدن او تصرف کند ولو به تلف بینجامد؛ زیرا انسان بر جان و مال خود به اقتضای سیره عقلایی امضا شده از سوی شرع مسلط است و دلایل لفظی نیز بر عدم ضمان در صورت اذن قبلی دلالت دارد.

پس آنچه را در مورد ابراء و اسقاط گفتیم، ابراء و اسقاط قبل از ثبوت حق نیست؛ بلکه از باب اذن در اتلاف است که اقتضای عدم ضمان و ارتفاع ضمان را موضوعاً دارد. نظیر این مطلب را فقها در فرع دیگری نیز یادآور شده‌اند و آن این که مجنی علیه اگر اذن در جنایت داده باشد، ضمان جنایت ساقط می‌شود؛ حتی اگر فعل حرام باشد و گروهی از فقها مانند شیخ در مبسوط و محقق در شرایع و... همین نظر را دارند. دلیل شان این است که مجنی علیه با اذن در اتلاف حق خود را در مورد ضمان اسقاط نموده و وارث که فرع مقتول است، هیچ تسلطی بر آن حق ندارد. در این دلیل مناقشه شده به این که انسان تسلط بر اتلاف جان خود را ندارد تا اگر به اتلاف جان خود اذن داد، ضمان ساقط شود؛ چنان که وضع در اموال چنین است و در نتیجه عموماً ادله قصاص و ضمان حاکم است (همان: ص ۴۲۸).

ایراد مزبور (انسان بر اتلاف جان خود تسلط ندارد) بر فرض درست بودن، در قصاص و مانند آن درست است نه در مثل مورد محل بحث که بدون تردید و اشکال برای مریض جایز است طبیب را دستور به علاج دهد ولو به تلف بینجامد؛ زیرا چنین دستور از سوی مریض برای طبیب تکلیفاً جایز و از نظر شرعی و عقلایی حق مریض است؛ پس تسلط انسان بر جانش به مقتضای سیره عقلاییه مورد امضای شارع است و در چنین مواردی هیچ اشکالی ندارد که به مقتضای سیره عقلاییه مورد امضا، مریض قبل از معالجه ضمان را از طبیب رفع نماید و ادله‌ی لفظی که دلالت بر عدم حلیت مال و خون مسلمان جز با رضایت مسلمان (لایحل مال و دم امرئ مسلم) دارد، بر این مطلب صراحت داشته و با این دلایل ما از اطلاق ادله دیه در جنایت رفع ید می‌کنیم.

آنچه که باید در این مورد توجه کرد این است که استدلال به این وجه متوقف بر این است که اذن باید بدین گونه باشد که بیماری یا ولی او اذن در علاج بدهد «ولو منجر به تلف شود». صرف اذن دادن در علاج کافی نیست؛ به خاطر این که اذن در علاج، اذن در اتلاف نیست.

بر اساس این وجه، اخذ برائت در محل بحث از قبیل ابراء مصطلح نمی‌باشد؛ بلکه از باب اخذ اذن در اتلاف است و حدیث قبلی هم قابلیت دارد که بر همین معنا حمل شود؛

چون در حدیث تعبیر به ابراء نشده؛ بلکه تعبیر به «اخذ براءت» شده است و اخذ براءت معنایش اخذ عدم ضمان و نبودن شخص مشغول الذمه است و این نوع تعبیر با گرفتن اذن و رضایت خاطر مریض و رضایت مریض به اتلافی که احتمال حصول اتلاف با علاج وجود دارد، سازش دارد.

۳. از دلایل صحت ابراء و اخذ براءت قبل از علاج و حصول تلف، ضرورت و حاجت است برای این که مردم اضطرار به معالجه و استعانت به طبیب دارند و این استعانت گاهی ممکن است موجب تلف شود؛ پس حکمت اقتضا دارد که شریعت سقوط ضمان از طبیب را به واسطه اذن و صحت ابراء تجویز کند. اگر شارع در چنین مواردی حکم به ضمان کند، ضرر و ضیق و عسر برای مریض حاصل می شود و نیز باعث دشواری علاج و در نتیجه خودداری اطباء از معالجه می شود به خاطر این که معالجه ضمان را در پی دارد (همان: ص ۴۲۹).

بر دلیل مزبور گاهی از نظر کبرا ایراد شده که صرفاً ضرورت و احتیاج دلیل کافی برای رفع ضمان و اثبات حکمی که مخالف قواعد و ادله عامه است، نمی باشد و گاهی در مورد دلیل مزبور از نظر صغروی مناقشه شده است؛ به این بیان که احتیاج و ضرورت رفع می شود به امکان رفع ضمان به شکل دیگری؛ مانند شرط رفع ضمان در ضمن عقد لازم یا مانند اشتراط رفع ضمان در ضمن عقد اجاره بر طبابت؛ چون ممکن است اشتراط سقوط ضمان در عقد اجاره بر طبابت برفرض تلف به نحو شرط نتیجه یا اشتراط اسقاط ضمان به نحو شرط فعل و هیچ محذوری در تعلیق بر امر استقبالی در شروط لازم نمی آید؛ مانند شرط سقوط خیار و مانند آن بنا بر آنچه در جای خود ثابت شده است.

این معنا نیز از اخذ براءت امکان دارد که حدیث متقدم را حمل بر آن نماییم؛ بلکه ادعای ظهور حدیث را در این معنا از براءت نمود؛ به این بیان که اخذ براءت به معنای شرط براءت در عقد اجاره بر عمل طبابت یا دامپزشکی باشد. با این بیان روشن شد که حدیث دلیل بر صحت ابراء ما لم یجب در محل بحث نیست؛ چنان که در وجه اول بیان شد که گروهی از اعلام و از جمله خوئی به ابراء ما لم یجب تفسیر کرده بود؛ بلکه حدیث به بهترین تقدیر دلالت دارد بر معنای اعم و گسترده ای که صلاحیت انطباق بر اخذ براءت دارد. اخذ براءت به معنای اذن در اتلاف یا شرط براءت به عنوان شرط ضمن عقد اجاره یا هر طریق صحیح شرعی دیگر. گاهی به اطلاق عنوان «اخذ براءت» استدلال می شود که اخذ براءت یعنی ابراء قبل از تلف

و در نتیجه اطلاق حدیث دلالت دارد که اخذ برائت به نحو ابراء نیز درست است؛ ولی می‌توان گفت که در حدیث چنین اطلاقی وجود ندارد؛ زیرا حدیث ناظر به تصحیح اسباب اخذ برائت و انحاء و کیفیت اخذ برائت نیست؛ بلکه حدیث دلالت دارد که بدون اخذ برائت و شرط برائت بر ولی، طبیب ضامن است و با اخذ برائت، طبیب ضامن نیست؛ اما این که این اخذ برائت از باب ابراء است یا اسقاط ما لم یجب، یا شرط ضمن عقد، یا اذن در اتلاف و یا از قبیل شرط ابتدایی... امکان ندارد که این احتمالات را از طریق حدیث مشخص نماییم؛ چون حدیث در مقام بیان این جهات نیست (همان: ص ۴۳۰).

دلایل سقوط ضمان با اخذ برائت

۱. ادعای ضرورت و حاجت: ضرورت و احتیاج به طبابت موجب می‌شود که ضمان با اخذ برائت سقوط کند؛ چون طبیب هرگاه بداند که ضمان بر او است و از ضمان خلاصی ندارد، به زودی از تداوم شغلش امتناع می‌کند. در صورتی که طبابت از امور ضروریه برای انسان است و لذا احتیاج و ضرورت ایجاب می‌کند که گفته شود با اخذ برائت، ضمان از عهده طبیب ساقط است.

نقد: قبول که طبابت یک نیاز و ضرورت مسلم است؛ اما صرف نیاز به طبابت برای اثبات حکم مخالف با قواعد عامه کافی نیست؛ زیرا برطرف کردن نیاز از راه‌های دیگر ممکن است؛ مانند تعهد دولت به پرداخت عوض از بیت‌المال و یا مانند گرفتن طبیب اجرتی از بیمار که در صورت ورود خسارت احتمالی بتواند خسارت را جبران نماید.

۲. ادعای تمسک به اصل عدم ضمان در فرض شک در ضمان پس از اخذ برائت: بدین معنا که اگر پس از اخذ برائت در ضمان شک کردیم، اصل بر عدم ضمان است و تمسک به اصل عدم ضمان متوقف بر این است که ادله ضمان اطلاق نداشته باشند و حالت اخذ برائت را شامل نباشند و اگر ادله ضمان دارای اطلاق باشند، مجالی برای تمسک به اصل عدم ضمان نیست. ظاهراً این است که ادله ضمان اطلاق داشته و شامل حالت اخذ برائت هم می‌شود؛ زیرا چیزی که باعث تقیید ادله ضمان به غیر آن حالت باشد، وجود ندارد؛ پس اطلاق ادله ضمان در کلام مفروض است؛ چون اگر ادله ضمان اطلاق نداشته باشد، دلیلی بر ضمان در حالت اخذ برائت نداریم تا بحث نماییم که با ابراء ضمان ساقط می‌شود یا نه؟

۳. تمسک به عموم «المؤمنون عند شروطهم» یا «المسلمون عند شروطهم»: عموم این حدیث محل بحث را شامل است؛ در نتیجه اگر طبیب شرط عدم ضمان کرده باشد، شرط مشروع و واجب الوفاء است؛ بدین جهت که طبیب برائت ذمه خود را از ضمان در جایی که موجب ضمان وجود داشته باشد، شرط کرده است. این تقریب تام است خواه اشتراط برائت طبیب از ضمان در ضمن عقد اجاره باشد یا در ضمن هیچ عقدی نباشد؛ مانند موردی که معالجه مجانی باشد یا طبیب در برابر علاج برائت از ضمان را شرط کرده باشد؛ زیرا ادله وجوب وفای به شرط هردو مورد را شامل است؛ اما صورت اول واضح است؛ زیرا شرط در ضمن عقد لازم است و قدر متیقن از ادله است و معظم فقها بر شمول ادله و وجوب وفا نسبت به این مورد اتفاق دارند؛ اما صورت دوم با این مناقشه روبه‌رو است که شرطی که در ضمن عقد نیست، از قبیل شروط ابتدایی بوده و شبیه به وعده می‌باشد و وفای به آن واجب نیست (آل‌رازی، همان: صص ۱۴۴-۱۴۵).

آیت‌الله محسنی رحمته‌الله‌علیه در اثر فقهی خود تحت عنوان «ما يتعلق بضمان الطبیب و عدمه» بحث اخذ برائت از ضمان را مطرح کرده و مانند مشهور فقها معتقد است که هرگاه طبیب از ضمان برائت جوید و مریض یا ولی او بپذیرد و او را برائت دهد و طبیب در اجتهاد و کوشش و احتیاط و دقت کوتاهی نکرده باشد، اظهار این است که طبیب از ضمان فساد بری است؛ هرچند فساد با مباشرت طبیب در درمان اتفاق افتاده باشد. آیت‌الله محسنی رحمته‌الله‌علیه نظریه عدم ضمان طبیب را در صورت اخذ برائت مختار محققین و نظر مشهور می‌داند.

از نظر آیت‌الله محسنی رحمته‌الله‌علیه دلایل عدم وجوب ضمان طبیب در صورت اخذ برائت اولاً، روایت سکونی است که «من تطیب او تبیطر...» و ثانیاً، احتیاج و ضرورت است؛ به این بیان که علاج و درمان از مواردی است که احتیاج و ضرورت نسبت به آن وجود دارد و اگر ابراء مشروع نباشد، علاج متعذر خواهد شد. وی ضمن نقل سخن ابن ادریس که معتقد به ضمان و عدم برائت طبیب است و اخذ برائت را موجب رفع ضمان نمی‌داند به دلیل این که این نوع ابراء، اسقاط حق قبل از ثبوت آن است، سخن صاحب جواهر را در رد ابن ادریس نقل کرده و سپس نظریه صاحب جواهر را مبنی بر عدم ضمان طبیب در صورت ابراء موجه می‌داند و می‌فرماید آنچه را که صاحب جواهر راجع به عدم ضمان طبیب در صورت اخذ برائت گفته، سخن موجه به نظر می‌رسد (محسنی، ۱۴۲۶ هـ ج ۱: ص ۱۷).

آیت الله محسنی در توضیح المسائل طبی به صراحت می فرماید: از مشهور فقها نقل شده است که اگر داکتر از اول برائت ذمه خود را شرط کند، مریض یا ولی او آن را بپذیرد و داکتر نیز کوشش و احتیاط خود را به عمل آورده و کوتاهی نکند، ضامن نخواهد بود چه مریض بمیرد یا حالش بدتر شود؛ بنابراین، اگر طبیب در فهمیدن مرض یا تشخیص دوا یا عملیات کوتاهی کند و یا اساساً برخلاف اعتقاد مریض در مورد مرض تخصص و مهارتی نداشته است، برائت مریض رافع ضمان او نیست (محسنی، ۱۴۱۷ هـ: ص ۲۵).

دیدگاه مزبور یعنی برائت طبیب در صورت اخذ برائت از بیمار یا ولی او میان فقها مشهور است و مقصود از ابراء این است که بر طبیب ضمان و حقی ثابت نمی شود ولو موجب ضمان تحقق یابد؛ به دلیل حاجت و ضرورت و این که شرط عدم ضمان از شروط واجب الوفا است (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۹: ص ۸۰۳).

فقهای معاصر اکثراً عدم ضمان طبیب را در فرض اخذ برائت طبیب از بیمار یا ولی او مسلم انگاشته اند و لذا در فتاوی خود به این مسئله تصریح کرده اند: «اگر طبیب حاذق بود و اخذ برائت و اذن از مریض نمود در صورتی که مریض کامل العقل باشد و از ولی او در صورت عدم کمال، پس با مباشرت او اتلاف شد، اظهار عدم ضمان است و ممکن است استظهار ابراء از اذن متعارف در علاج، اگرچه احوط عدم اکتفا به مجرد اذن و ابراء است مادامی که به نحو شرط در ضمن عقد اجاره، شرط برائت نشده باشد و در صورت ضمان (مثل صورت عدم اذن) ضامن است از مال خودش مثل سایر موارد شبه عمد (بهبخت، ۱۴۲۶، ج ۵: صص ۴۸۴-۴۸۵).

پاره‌ای دیگر از فقها تخصص و مهارت طبیب را نیز افزوده و فرموده اند: «اگر طبیب اقدام به طبابت مریض نمود و از ناحیه اقدامات وی به مریض آسیبی برسد، در صورتی که از تخصص و مهارت لازم برخوردار نباشد، به اتفاق فقها ضامن و حتی مستحق مجازات است؛ چون متجاوز محسوب می شود؛ اما اگر طبیب اهل تخصص و با حرفه‌ی طبابت آشنا باشد و تلاش و احتیاط لازم را به خرج دهد و از خطرات احتمالی برائت اخذ کرده باشد، طبیب ضامن نیست (مغنیه، ۱۴۲۱ هـ، ج ۴: ص ۲۸۴).

فقهای بزرگوار در پاسخ به این پرسش که آیا طبیب در صورت خطا به مریض ضرری وارد نماید، ضامن است؟ فرموده اند در صورت اخذ برائت طبیب از بیمار یا ولی او اگر اشتباهاً به مریض آسیبی برساند، طبیب ضامن نیست (خوئی، ۱۴۲۷: ص ۱۳۷). برخی فقهای دیگر

راجع به عدم ضمان طبیب بر «شرط عدم ضمان» تأکید ورزیده و طبیب را در صورتی ضامن نمی‌دانند که قبلاً با بیمار یا ولی او عدم ضمان را در صورت اشتباه شرط کرده باشد. «اگر در معالجه و معاینه به هیچ‌وجه تقصیر و کوتاهی و مسامحه نکرده باشد و شرط عدم ضمان در صورت سهو و نسیان کرده باشد، ضامن نیست.» (منتظری، ۱۴۲۷: ص ۵۳).

دلایل عدم ضمان طبیب در حالات علاج غیر مباشر

در حالات علاج غیر مباشر طبیب ضامن نیست؛ چون ادله ضمان بر حالات علاج غیر مباشر منطبق نیست. دلایلی که بر ضمان طبیب در حالات علاج مباشر دلالت دارند، یکی از چند امری باشد که هیچ‌کدام در حالات علاج غیر مباشر انطباق ندارند.

۱. دخول جنایت در شبهه عمد که موجب ضمان است؛

۲. روایت سکونی؛

۳. صحیح‌ه حلبی؛

۴. قاعده اتلاف.

اما دلیل اول (دخول در جنایت شبهه عمد): در حالات علاج غیر مباشر، جنایت شبهه عمد نیست؛ زیرا معیار جنایت شبهه عمد قصد فعل متعلق به مجنی علیه بدون قصد قتل و نقص می‌باشد و دیگر این که فعل از افعالی نباشد که معمولاً موجب قتل یا نقص می‌شود؛ مانند موردی که چیزی را به سوی شخصی پرتاب می‌کند که معمولاً باعث قتل نمی‌شود و قصد قتل هم ندارد؛ ولی مرگ اتفاق می‌افتد. این معنا از جنایت شبهه عمد در حالات علاج غیر مباشر وجود ندارد؛ زیرا طبیب هیچ فعلی را نسبت به مریض انجام نداده تا جنایت شبهه عمد تحقق یابد و باعث ضمان شود.

برسخن مزبور اعتراض شده به این که حالات معمول و متعارف در طبابت عصر حاضر از همین قبیل است. مباشر شخص مریض یا کس دیگری می‌باشد و طبیب هیچ عملی را که مربوط به مریض است، انجام نمی‌دهد؛ فقط نسخه‌ای را برای درمان مریض می‌نویسد پس به چه دلیل مورد از حالات علاج مباشر برشمرده شده و حکم به ضمان طبیب شده است؟

اعتراض مزبور مردود است. اولاً، کتابت نسخه از سوی طبیب و دستور طبیب به مریض به این که مطابق نسخه عمل کند، عرفاً باعث اسناد فعل به طبیب می‌شود و عرفاً می‌گوید که

فلان طبیب مریض را معالجه کرده است؛ پس طبیب قصد فعل را نسبت به مریض دارد؛ هرچند که مستقیماً فعل را انجام نمی‌دهد؛ از این رو، در حق طبیب جنایت شبه عمد صدق دارد و سرمطلب این است که واسطه و مباشر ضعیف و مانند ابزاراند و مثل موردی می‌ماند که طبیب به مستخدم خودش دستور داده باشد که فلان دارو را به مریض بخوراند و یا با سوزن به وی تزریق نماید که مستخدم هرچند مباشر است اما به خاطر ضعف تأثیر مستخدم در نتیجه، مانع نمی‌شود از اسناد فعل به طبیب، و مریضی که در حالات علاج معمول در زمان ما مطابق ارشاد طبیب عمل می‌کند، از همین قبیل است و به همین جهت، عرفاً در این حالات فعل به طبیب نسبت داده می‌شود و گفته می‌شود فلان طبیب مریض را معالجه و یا به قتل رسانده است و این برخلاف محل بحث است که فعل به طبیب نسبت داده نمی‌شود و طبیب به منزله ناصح است.

ثانیاً، بر فرض صحت و تمام بودن سخن معترض، مقصود این است که دلیل مزبور (جنایت شبه عمد) حالت طبابت رایج را شامل نمی‌شود و دلالت ندارد که سایر ادله‌ای دال بر ضمان مورد را شامل نباشد.

اما دلیل دوم (روایت سکونی): واضح است که روایت سکونی شامل حالات علاج غیر مباشر نیست؛ زیرا روایت سکونی به قرینه قول امام علیه السلام «او تبيطر» ظهور در حالات علاج مباشر دارد و حداقل این است که در شمول روایت نسبت به حالات غیر مباشر شک وجود دارد به خاطر همراه بودن کلام امام علیه السلام به چیزی که صلاحیت قرینه بودن دارد.

اما دلیل سوم (صحیح حلبی و مانند آن) شامل مورد بحث (علاج غیر مباشر) نیست؛ زیرا صحیح حلبی ظهور در این دارد که شخصی که اجرت را دریافت می‌کند، خودش عمل را انجام دهد؛ چنان‌که از مثال‌های مذکور در روایتی مانند قصار و غسال و... استفاده می‌شود.

دلیل چهارم بر ضمان (قاعده اتلاف) نیز مورد را شامل نیست؛ زیرا در حالات علاج غیر مباشر بر طبیب اتلاف صدق ندارد و متلف شخص مریض و یا کس دیگری می‌باشد.

نتیجه این‌که در حالات علاج غیر مباشر با تمام حالات متصور آن دلیل بر ضمان طبیب نیست و طبیب آنچه را که مریض خودش انجام داده مسئول نمی‌باشد. از مجموع مطالب مزبور می‌توان به طور خلاصه یادآور شد که در حالات علاج مباشر در هر چهار صورتی که ذکر شد، طبیب ضامن است و در حالات علاج غیر مباشر طبیب مطلقاً ضامن نیست و

همین طور ثابت شد که حالت طبابت متعارف در زمان ما داخل در قسم اول (علاج مباشر) است و طبیب ضامن می باشد (آل راضی، صص ۱۴۱-۱۴۳).

آیت الله محسنی نیز در حالات علاج غیر مباشر طبیب را ضامن نمی داند و دلیل را نبود موجب و سبب برای ضمان ذکر می کند. وی با نقل کلام صاحب عروه که فرموده اگر طبیب آمر باشد، در ضمان طبیب اشکال است جز در صورتی که طبیب سبب باشد؛ سببی که اقوی از مباشر باشد؛ اما در موردی که طبیب صرفاً به توصیف پرداخته و هیچ دستوری صادر نکرده مانند این که طبیب به بیمار گفته باشد دوی شما فلان چیز است، اقوی عدم ضمان طبیب است. او اضافه می کند که استاد وی مرحوم خوئی نیز همین نظر را داشته است (محسنی، ص ۲۱).

حالات علاج غیر مباشر (غیر مستقیم)

اگر طبیب شخصاً و بنفسه درمان را به عهده نگیرد؛ بلکه بگوید گمان می کنم که این دوا برای فلان مرض نافع و سودمند است یا بگوید اگر به جای تو بودم، چنین می کردم و سایر مواردی که طبیب مباشرت ندارد، اگر مریض عاقل و مختار یا ولی او با اعتماد به گفته طبیب آن کار را انجام دهد، طبیب ضامن نیست به دلیل این که اصل عدم ضمان است (محسنی، ص ۲۲۶). آیت الله محسنی رحمته الله علیه پس از نقل سخن صاحب عروه در مورد نفی اشکال در عدم ضمان در صورت علاج غیر مباشر، بحثی را مطرح کرده که آیا مورد مزبور مشمول قاعده غرور نیست؟ چون بر اساس قاعده غرور اگر کسی موجب فریب فردی شود، باید ضامن باشد و در صورت مزبور هم سخن طبیب باعث فریب بیمار شده است؛ ولذا طبیب باید ضامن باشد. وی بدون آن که در این زمینه بحث را ادامه و بسط دهد، فرموده در مورد شمول قاعده غرور نسبت به صورت مذکور تفصیل وجود دارد و فرموده اگر طبیب را اجیر بدانیم، طبیب باید ضامن باشد؛ زیرا مشمول قول امام علیه السلام است که فرموده «کل عامل اعطیته اجراً علی ان یصلح فافسد فهو ضامن»؛ پس مطابق حدیث مزبور، طبیب اجیر بوده و اجرت را برای اصلاح گرفته و چون باعث افساد شده، طبیب ضامن است؛ مگر آن که ادعا شود که حدیث انصراف به حالت علاج مباشر دارد که در این صورت چون مورد از حالات علاج غیر مباشر است، طبیب ضامن نمی باشد (محسنی، ص ۲۰).

موارد علاج غیرمباشر فراوان است. از موارد علاج غیرمباشر موردی است که طبیب برای مریض بگوید درمان شما منحصر در اجرای عمل این چینی است و مریض آن عمل جراحی را انجام دهد و ضرر ببیند. هم چنین، از موارد علاج غیرمباشر موردی است که مریض در علاج خودش بر کتاب یا گزارشی از سوی یکی از اطباء اعتماد کند و آن شیوه را به کار ببندد و ضرر ببیند. ظاهراً آن است که در صورت علاج غیرمباشر در تمام حالات متصوره طبیب ضامن نمی‌باشد؛ زیرا دلیلی بر ضمان وجود ندارد.

صورت‌های مختلف بحث ضمان طبیب

بحث ضمان طبیب در مرحله نخست به دو قسم عمده، تلف ناشی از معالجه مستقیم توسط طبیب و تلف ناشی از علاج غیرمستقیم توسط طبیب، تقسیم می‌شود. هرکدام از دو قسم مزبور گاهی طبیب معالج تقصیر دارد و گاهی طبیب معالج تقصیر ندارد. این که طبیب معالج تقصیر دارد، گاهی درمان بدون اذن بیمار یا ولی او صورت می‌گیرد و گاهی هم بدون اذن مریض یا ولی او صورت می‌گیرد و مجموعاً صور ضمان طبیب به هشت صورت قابل تصور است.

۱. تلف ناشی از درمان مستقیم توسط طبیب همراه با تقصیر (بی‌لیاقتی و بی‌کفایتی) و بدون اذن.

این نوع در موارد زیر تحقق می‌یابد:

الف. مورد اول جایی است که معالجه و درمان در انجام عمل جراحی که طبیب بدان اقدام نموده، پدیدار می‌شود.

ب. طبیب به مریض دارویی را خورانده و تزریق کرده که به نابودی مریض منجر شده است و طبیب هم تقصیر داشته است. تقصیر طبیب گاهی از نظر عملی و گاهی از نظر علمی است. تقصیر عملی بدین معنا که صلاحیت طبیب برای تداوی و درمان از سوی نهادهای صحی مربوطه مورد تأیید بوده ولی طبیب در مقام درمان با غفلت، سهل‌انگاری و بی‌توجهی برخورد کرده است. تقصیر علمی بدین معنا است که طبیب در حقیقت طبیب نبوده و به دروغ خود را طبیب معرفی می‌کند و در حقیقت کلاهبردار و شیاد است. طبیب مقصر شامل هردو مورد مزبور می‌شود؛ پس صورت اول درمان مستقیم توسط طبیب است که به تلف بیانجامد و

طیب اجازه درمان نداشته و مقصر باشد.

در فرض مذکور (درمان مستقیم توسط طیب که به تلف می‌انجامد و طیب مقصر و اجازه درمان ندارد) گاهی درمان به نابودی بیمار و گاهی هم به نقص عضوی از اعضای بیمار می‌انجامد. نقص اعضای بیمار هم گاهی از اعضایی است که عوض مقدر شرعی به نام دیه دارد و گاهی نقص و تعطیل عضوی است که دیه ندارد.

ج. گاهی هم منجر به نابودی مال غیر می‌شود؛ مانند موردی که مریض حیوانی باشد که با درمان از بین رفته است (آل‌راضی، صص ۱۳-۱۳۰).

حکم صورت مزبور (درمان مستقیم توسط طیب که باعث تلف بیمار شده و طیب مقصر بوده و اجازه درمان ندارد) بدون تردید ضمان مدنی طیب است و طیب مسئولیت کیفری یعنی قصاص ندارد. این که طیب مسئولیت کیفری ندارد و قصاص نمی‌شود، بدین جهت است که مورد از قبیل قتل خطای شبه عمد است؛ زیرا موجب قصاص فقط قتل عمدی است و قتل عمد در صورتی است که قصد قتل وجود داشته باشد یا وسیله‌ای به کار گرفته شده از وسایلی باشد که عادتاً به قتل می‌انجامد. هردو معیار مزبور در محل بحث که درمان مستقیم توسط طیب همراه با تقصیر و بدون اذن است، وجود ندارد؛ یعنی نه قصد قتل و جرح وجود داشته و نه تعدی در کار بوده است و تلف ناشی از اشتباه و... است. معیار دوم که قتاله و کشنده بودن ابزار باشد هم وجود ندارد؛ زیرا کاری را که طیب قصد انجام آن را دارد، برحسب فرض کشنده نیست.

صورت مزبور از قبیل قتل خطای محض هم نیست؛ زیرا طیب قصد انجام فعل را نسبت به مجنی علیه شخصاً و مستقیماً داشته نه نسبت به دیگران و فعل هم بر مجنی علیه واقع شده است؛ در صورتی که معیار در خطای محض این است که قصد فعل متوجه کس دیگری باشد نه مجنی علیه و وقوع فعل بر مجنی علیه اتفاقی باشد؛ مانند این که قصد پرتاب تیر به گوسفندی را داشته باشد و به قصد گوسفند پرتاب کند؛ ولی تیر به انسان اصابت کند خواه قصد قتل گوسفند را داشته باشد یا نه؟

بنابراین، محل بحث از قبیل قتل خطای شبه عمد است. با این توضیح دلیل فتوای مشهور به هردو شق آن (عدم قصاص - ثبوت ضمان) و پرداخت دیه مقرر شرعی - خواه جنایت بر نفس باشد و خواه جنایت بر عضوی از اعضایی باشد که عوض مقدر شرعی دارد - واضح می‌شود.

بر علاوه، روایت سکونی از امام صادق علیه السلام از امیرالمؤمنین علیه السلام که فرموده «من تطیب او تبیطر...» به وضوح بر ضمان در صورت عدم اخذ برائت دلالت دارد و قدر متیقن از روایت محل بحث ما است (صورت مباشرت طبیب همراه با تقصیر و عدم اذن) تنها مشکل روایت مخدوش بودن سند به خاطر نوفلی است.

دلیل دیگر بر ضمان در فرض مذکور، قاعده اتلاف است؛ زیرا فرض مزبور، به ویژه با در نظر داشت تقصیر طبیب، مصداق روشن اتلاف است و اتلاف بنا بر بنای عقلا موجب ضمان است و در اتلاف موجب ضمان، شرط نیست که ضمان ناشی از قصد و تعمد باشد؛ چنان که در بسیاری از دیگر حالات اتلاف، فقها ملتزم به ضمان شده‌اند، بدون این که قصد و تعمدی در کار باشد. نکته‌ای را که در این بحث باید توجه کرد این است که چون محل بحث در مورد اتلاف اعضایی است که دارای عوض مقدر شرعی (دیه) است، پس طبیب ضامن دیه مقرر شرعی است و دیه مقرر شرعی به اختلاف حالات مختلف می‌باشد که تفصیل آن در کتاب دیات آمده است (همان: صص ۱۳۴-۱۳۵).

حکم صورت دوم (درمان مستقیم توسط طبیب در صورت تقصیر و بدون اذن که منجر به تلف و نقص عضوی از اعضای مریض شده باشد و عضو هم از اعضایی باشد که عوض مقرر شرعی یعنی دیه ندارد) مطابق نظر مشهور که بر آن ادعای اجماع شده، وظیفه پرداخت ارزش است که به نام «حکومت» نیز یاد می‌شود. ارزش به این شکل است که مریض حر و آزاد را به عنوان مملوک در نظر گرفته یکبار به صورت صحیح قیمت گذاری و یکبار به صورت معیوب قیمت گذاری می‌شود (مقصود از معیوب همان عیبی است که در اثر معالجه و درمان پیدا شده است). حال اگر تفاوت میان دو قیمت وجود داشت، به این صورت که صحیح آن هزار مثلاً و غیر صحیح آن هفت صد قیمت داشت، طبیب این تفاوت بین هزار و هفت صد را ضامن است. بلی، اگر نقص و جنایت ناشی از درمان باعث تفاوت به شکل مزبور نشده باشد؛ مثلاً در اثر اجرای عملیات جراحی برخی انگشتان بیمار از رشد بازمانده یا روئیدن موی سینه او متوقف شده باشد، در چنین مواردی تعیین مقدار دیه به حاکم شرع واگذار می‌شود و حاکم شرع آنچه را مصلحت ببیند، می‌تواند به عنوان دیه از طبیب اخذ کند.

حکم صورت سوم (تداوی و درمان به اتلاف مال غیر بیانجامد؛ مثلاً مریض حیوان باشد) در این صورت نیز طبیب ضامن است و ضمان در این مورد به قیمت است.

برخی گفته‌اند در طبابت معمول و متعارف امروز، طبیب نباید ضامن باشد؛ چون طبیب فقط نسخه می‌نویسد و دستور به استعمال نسخه می‌دهد. درست است که طبیب آمراست؛ ولی چون مباشر عاقل، بالغ و مختار است، مورد از مواردی است که مباشر اقوی از سبب است و فعل مستند به مباشر می‌باشد نه سبب (طبیب) و در نتیجه طبیب نباید ضامن باشد. بلی، اگر مباشر صرفاً ابزار باشد؛ به‌گونه‌ای که عرفاً فعل به سبب (طبیب) استناد داده می‌شود، مانند موردی که مباشر کودک یا دیوانه باشد، در این فرض، سبب (طبیب) ضامن است؛ زیرا سبب اقوی از مباشر است.

خلاصه، طبیب در مواردی ضامن است که فعل موجب اتلاف مستند به طبیب باشد و این استناد در صورتی است که طبیب درمان را مباشرتاً و مستقیماً انجام دهد؛ اما در غیر صورت مباشرت نمی‌توان فعل موجب اتلاف را به طبیب مستند کرد جز در صورتی که سبب اقوی از مباشر باشد و قوی بودن سبب (طبیب) از مباشر در صورتی که مباشر بالغ و عاقل باشد، قابل تصور نیست.

درست آن است که بگوییم دلیل و مدرک ضمان در صورتی که علاج به اتلاف مال غیر بیانجامد، چیست؟ اگر دلیل ضمان روایت سکونی باشد، باید گفت که حالت مزبور داخل در روایت نمی‌باشد و ضمان ثابت نیست؛ زیرا روایت سکونی به قرینه «او تبیطر» و اقتران آن به فرمایش امام علیه السلام که فرموده «او تطیب» ظهور در موردی دارد که طبیب یا دامپزشک حیوان مریض را مستقیماً درمان کند و روایت سکونی اختصاص به صورت علاج و درمان به صورت مستقیم دارد.

اما اگر مدرک و دلیل ضمان سایر ادله غیر از روایت سکونی باشد، مانند قاعده اتلاف، یا شبه عمد بودن جنایت، ظاهراً این است که در محل بحث ضمان وجود دارد؛ زیرا آنچه باعث تلف حیوان شده، خوردن دوا است و خورنده دوا و کسی که به حیوان دوا خورانده، هر چند به حسب فرض شخص طبیب نیست؛ اما طبیب از این جهت که نسخه نوشته و دستور استعمال آن را داده، فعل عرفاً به طبیب مستند بوده و گفته می‌شود فلان طبیب معالجه کرده است و وقتی فعل مستند به طبیب باشد، ضمان هم بر طبیب ثابت است؛ زیرا طبیب متلف و جانی است و ادله هم بر ضمان طبیب دلالت دارند (همان: ص ۱۳۶).

نکته‌ای را که لازم است به آن توجه شود این است که مقصود از امر و دستور طبیب به

درمان معین، تنها امر و توصیه لفظی نمی‌باشد که طبیب فقط گفته باشد این نسخه را استفاده کن؛ بلکه دستور طبیب هم شامل دستور لفظی و هم دستور واقعی به استعمال دارو است و قرینه حالیه گواه بر این مطلب است. قرینه حالیه همان حالت نوشتن نسخه است که طبیب پس از جست و جوی نسخه را به مریض تسلیم می‌کند و این به منزله دستور صریح طبیب به استعمال نسخه است؛ به همین جهت درست نیست که ما راجع به ضمان بین دو مورد مزبور تفاوت بگذاریم.

بلی، خوب است که میان حالتی که قبلاً بیان شد و میان موردی که طبیب صرفاً بگوید دوی شما فلان چیز است بدون آن که دستور به استعمال آن بدهد، تفاوت گذاشت که در مورد اخیر طبیب را بدین جهت که فعل به او نسبت داده نمی‌شود، ضامن ندانیم؛ زیرا فعل اصلاً به طبیب نسبت داده نمی‌شود.

خلاصه، حالات درمانی که در زمان ما رواج است، مربوط به علاج به صورت مستقیم است و موجب ضمان می‌باشد. بلی، برای این که این نوع درمان به درمان مستقیم و موجب ضمان ملحق شود، ناگزیر هستیم که فرض را بر موردی قرار دهیم که تلف ناشی از علاج و درمانی باشد که طبیب توصیف کرده است؛ اما اگر تلف ناشی از تطبیق دوی موصوف باشد یا ناشی از کیفیت استعمال دوا باشد، طبیب اصلاً مسئول نیست؛ برای این که تلف از درمان و نسخه‌ای که طبیب توصیف کرده بود، ناشی نمی‌شود تا طبیب ضامن باشد؛ بلکه ناشی از عوامل دیگری است که ربطی به طبیب ندارد. از همین رو لازم است که میان دو حالت فرق گذاشت: حالتی که تلف مستند به کارگیری همان درمانی باشد که طبیب تجویز کرده بدون کدام تغییر در دستور طبیب و میان حالتی که تلف مستند به استعمال چیز دیگری باشد که طبیب آن را توصیف نکرده است؛ هر چند مریض معتقد بوده که آنچه را که استعمال می‌کند، نفس همان چیزی است که طبیب توصیف کرده است که در اول طبیب ضامن است و در دومی طبیب ضامن نیست (همان: ص ۱۳۷).

آیت‌الله محسنی رحمته‌الله‌علیه بحث ضمان طبیب را در سه اثر فقهی خود مطرح کرده است: یکی در کتاب «الضمانات الفقهیه و اسبابها»، دیگری در کتاب «الفقه و المسائل الطبییه» و سومی در «توضیح المسائل طبیی». در کتاب نخست بدون ذکر تفصیل و جزئیاتی که بیان شد، طبیب را در صورت علاج مباشرنه تسبیب در سه صورت ضامن می‌داند.

الف. معالجه بدون اذن بیماری یا ولی او صورت گرفته باشد؛

ب. طبیب تقصیر داشته باشد و مهارت لازم را نداشته باشد؛

ج. در صورتی که در علاج و درمان کوتاهی کرده باشد.

وی ضمن یادآوری سخن صاحب جواهر مبنی بر نبود خلاف در ضمان طبیب در موارد مزبور، سبب و موجب ضمان را در این موارد قاعده اتلاف می‌داند و به اعتراض مقدر کسانی که ممکن است ایراد کنند که در موارد وجود اذن مانند مواردی که طبیب اذن داشته ولی حذقت لازم را نداشته یا در درمان کوتاهی نموده؛ پس چرا طبیب ضامن باشد؟ پاسخ داده که طبیب اذن در معالجه داشته نه اذن در اتلاف و اذن در علاج غیر از اذن در اتلاف است؛ پس مانعی برای ضمان طبیب وجود ندارد.

اواز دلیل مزبور نتیجه می‌گیرد که طبیب ضامن است ولو طبیب ماذون بوده و حذقت لازم را هم دارا بوده و هیچ کوتاهی علمی و عملی از سوی طبیب در کار نبوده است؛ برخلاف ابن ادریس که در این مورد طبیب را ضامن نمی‌داند (محسنی، ۱۳۸۲: ص ۲۲۴).

از سخنان آیت الله محسنی رحمته الله علیه صریحاً استفاده می‌شود که در صورت علاج مستقیم طبیب در فرض نخست یعنی در صورتی که طبابت به صورت مستقیم و همراه با تقصیر و بدون اذن صورت گرفته باشد، می‌توان به ضمان طبیب حکم کرد و به نظریه دلیل و مدرک ضمان هم قاعده اتلاف است. او با نقل سخن صاحب جواهر حکم به ضمان طبیب را در صورت تقصیر عملی و علمی طبیب حتی در صورت وجود اذن بعید ندانسته و استدلال صاحب جواهر را مبنی بر این که اذن در علاج غیر از اذن در اتلاف است، تقویت می‌کند.

حالت دوم علاج مستقیم همراه با تقصیر و اذن

حالت دوم طبیب مستقیماً به علاج و درمان پرداخته، از سوی بیماری یا ولی او اذن هم داشته؛ ولی کوتاهی کرده و این کوتاهی به تلف مریض منجر شده است.

تفاوت صورت دوم با اول در اذن است که در صورت اول هم تقصیر بود و هم اذن وجود نداشت؛ ولی در صورت دوم طبیب مقصر است؛ ولی اجازه وجود دارد. محور بحث در صورت دوم وجود «اذن» است و در واقع بحث در این است که آیا اذن کسانی که در درمان اذن‌شان معتبر است، موجب رفع ضمان طبیب می‌شود یا نه؟ و آیا ضمان طبیب در صورت نخست

نتیجه نبود اذن است که اگر چنین باشد، باید در حالت دوم طبیب ضامن نباشد؛ زیرا اذن افرادی که اذن‌شان در درمان معتبر است، وجود دارد؛ اما اگر ضامن در حالت اول ربطی به نبود اذن نداشته باشد؛ بلکه طبیب مطلقاً ضامن باشد، باید در صورت دوم هم به ضمان طبیب حکم کرد؟ کسانی معتقدند که طبابت اگر با اذن افرادی صورت گیرد که اذن‌شان معتبر است، طبیب ضامن نیست؛ زیرا اذن، ضمان را برمی‌دارد. علاوه بر این که با وجود اذن، درمان شرعاً جایز است؛ از این رو، نباید ضمانی را در پی داشته باشد.

پاسخ دلیل مزبور این است که اذن در صورتی می‌تواند رافع ضمان باشد؛ حتی در صورت صدق اتلاف که اذن در اتلاف باشد؛ پس هرگاه مالک اذن در اتلاف داده باشد، بدون تردید، ضمان وجود ندارد؛ اما در محل بحث اذن در اتلاف نیست؛ بلکه مریض صرفاً اذن در علاج و طبابت داده است و اذن در علاج و طبابت با اذن در اتلاف تفاوت دارد. بلی، اذن در علاج رافع حرمت تکلیفی است؛ یعنی اگر علاج به تلف انجامید، جایز است و این جواز شرعی منافاتی با ضمان ندارد؛ مانند ضرب برای تأدیب در صورتی که به تلف منجر شود.

در محل بحث هم قاعده اتلاف در این مورد صدق دارد؛ زیرا اذن مانع صدق اتلاف نیست و اتلاف حتی در موردی صدق دارد که اذن در اتلاف هم وجود داشته باشد چه رسد به محل بحث که فقط اذن در علاج وجود دارد، نه اذن در اتلاف و اذن در علاج قطعاً مانع صدق اتلاف نمی‌باشد.

اما بودن جنایت از قبیل شبه عمد به دلیل این است که ادله‌ای که در جنایت شبه عمد بر ضمان دلالت دارند، محل بحث را نیز شامل می‌شوند؛ زیرا موضوع ادله ضمان - چنان که قبلاً گذشت - فعلی مربوط به مجنی‌علیه است که معمولاً باعث قتل نمی‌شود و این مطلب در این بحث تحقق دارد و وجود اذن در علاج از سوی افرادی که اجازه‌شان معتبر است، مانع تحقق ضمان نمی‌شود.

روایت سکونی و صحیحه حلبی مطلقاً شامل این حالت دوم است؛ زیرا در دو روایت مزبور چیزی که موجب تخصیص دو روایت به موردی شود که اذن وجود نداشته باشد (حالت اول)، وجود ندارد.

خلاصه، فرض وجود اذن در قسم دوم نتیجه سابقه را که ضمان باشد، تغییر نمی‌دهد؛ برای این که تمام ادله سابقه در حالت دوم نیز جاری است؛ مانند قاعده اتلاف، بودن جنایت

شبه عمد و... با این بیان واضح می شود که ضمان در قسم اول (حال و صورت اول) به خاطر نبود اجازه نیست؛ بلکه ضمان ثابت است؛ حتی در صورتی که اذن باشد مانند صورت دوم (آل راضی، همان: ص ۱۳۸).

در نظر آیت الله محسنی رحمته الله علیه نیز در صورت دوم طبیب باید ضامن باشد؛ زیرا وی - چنان که قبلاً یادآوری شد - طبیب را در صورتی که معالجه را مستقیماً انجام داده باشد، در سه صورت ضامن می داند: مورد نبود اذن و مورد وجود اذن در صورتی که طبیب تقصیر علمی و یا عملی داشته باشد؛ و لذا در موارد ضمان طبیب در صورت معالجه مستقیم فرموده هرگاه طبیب تقصیر داشته باشد و مهارت لازم را نداشته باشد، در صورتی که در درمان تقصیر کرده باشد، ضامن است. این سخن هم به تقصیر علمی و هم به تقصیر عملی اشاره دارد (همان).

وی در جای دیگر ضمن اشاره به این نظر که برخی معتقد به عدم ضمان طبیب اند؛ البته طبیبی که قصور او برای اذن دهنده روشن است و دلیل عدم ضمان طبیب را اذن می داند و بنا را بر سقوط ضمان به خاطر اذن در جنایت یا در علاج می داند؛ هر چند که تلف را در پی داشته باشد. در رد نظر مزبور می گوید این اذن فقط در حکم تکلیفی مؤثر بوده که جواز معالجه برخی امراض ناچیز و سطحی باشد؛ امراضی که البته در صورت اشتباه طبیب قاصر می تواند مهلک باشد نه در امراض خطیری مانند نابینایی و فلج و قطع عضو و... و اذن در حکم وضعی مؤثر نیست؛ زیرا اذن در علاج غیر از اذن در اتلاف است (محسنی، همان: ص ۲۲۵).

فقههای پیشین امامیه نیز در موارد مزبور حکم به ضمان نموده و اظهار داشته اند که اگر طبیب قاصر باشد یعنی از نظر عملی کوتاهی کرده باشد ولو عارف و به طبابت آشنایی داشته باشد و از نظر علمی تقصیر نداشته باشد، بدون خلاف و اجماعاً ضامن است و همین طور طبیب ضامن است در صورتی که با مسایل طبابت آشنا باشد؛ ولی به تداوی و درمان کودک و یا دیوانه ای بدون اذن به طبابت پرداخته باشد (حسینی، ۱۴۱۹ هـ، ۱۹: ص ۷۹۹).

آیت الله محسنی رحمته الله علیه در کتاب «الفقه و المسائل الطبیه» تصریح فرموده که طبیب آنچه را در صورت تداوی از سوی وی تلف می شود، ضامن است؛ در صورتی که طبیب قاصر باشد چه قصور و ناتوانی طبیب در تداوی باشد و چه در تشخیص مرض و لو این که مریض اذن به تداوی داشته باشد. وی مجدداً سخن افرادی را که به سقوط ضمان به دلیل وجود اذن حکم کرده اند، به دلیل قاعده ضمان در مورد هر متلف مردود می داند؛ به ویژه در مورد دماء که حدیث در مورد

آن وارد شده که «لایبطل دم امرئ مسلم». از نظری، اذن در صورت تقصیر طبیب مانند عدم اذن است؛ به خصوص پس از ورود نهی شرعی در مورد هدر رفتن خون مسلمان. ایشان تصریح دارد که ولو ما درمان مستقیم را برای طبیب به خاطر قاعده احسان و یا به خاطر مقدمه بودن درمان برای حفظ نفس محترم واجب بدانیم؛ اما هیچ‌کدام منافات با ضمان طبیب نداشته و نمی‌تواند باعث رفع ضمان طبیب شود (محسنی، ۱۴۲۶هـ.ج: ۱، ص: ۱۷).

فقه‌های معاصر دیگری نیز در رساله‌های عملیه خود به ضمان طبیب در صورت کوتاهی و مقصر بودن طبیب در معالجه و تقصیر عملی حتی با وجود اذن فتوا داده‌اند «اگر طبیب مقصر در علاج باشد، ضامن است مطلقاً اگرچه حاذق و مأذون باشد.» (بهجت، ۱۴۲۶هـ.ج: ۵، ص: ۴۸۴). از نظر فقه‌های امامیه در صورت دوم اقوی ضمان طبیب است ولذا گفته‌اند: «طبیب یا بیطار (دامپزشک) در صورتی که خودش مستقیماً به درمان می‌پردازد، در صورت ناتوانی علمی و عملی آنچه را که در اثر طبابت از بین می‌برد، ضامن است ولو اجازه گرفته باشد (لنکرانی، ۱۴۱۸: ص: ۵۶).

صورت سوم، علاج مستقیم توسط طبیب در صورت عدم تقصیر و اذن

صورت سوم این است که درمان مستقیماً توسط طبیب صورت می‌گیرد و به تلف مریض می‌انجامد. در این صورت طبیب اجازه نداشته ولی در عین حال هیچ نوع کوتاهی از سوی طبیب هم صورت نگرفته است.

تفاوت این صورت با صورت دوم در این است که در صورت دوم اذن وجود داشت؛ ولی در این صورت اذن وجود ندارد. در صورت دوم تقصیر بود؛ ولی در این صورت تقصیر نیست. تفاوتش با صورت اول هم در این است که در صورت اول طبیب هم مقصر بود و هم اذن وجود نداشت؛ ولی در صورت سوم طبیب بدون اذن مستقیماً به معالجه می‌پردازد ولی از نظر علمی و عملی هیچ تقصیر و کوتاهی ندارد؛ یعنی هم واقعاً طبیب بوده و از سوی نهادهای مربوطه مجاز به انجام طبابت بوده است و از نظر عملی هم درمان را به صورت کامل و جامع با تمام ویژگی‌های مورد انتظار انجام داده و هیچ خلل و اشتباهی در کارش نبوده؛ ولی از باب اتفاق به تلف بیمار انجامیده است.

با توجه به تفاوت این صورت با صورت اول که در صورت سوم تقصیر و کوتاهی از سوی

طیب در کار نبوده، لازم است که بحث روی این نقطه متمرکز شود که آیا ضمان طیب در صورت اول به خاطر تقصیر وی در طبابت بوده است؟ اگر ضمان به خاطر تقصیر در طبابت باشد، پس در موردی که طیب از نظر علمی و عملی تقصیر ندارد، مانند صورت سوم، باید به عدم ضمان طیب حکم کرد یا این که طیب مطلقاً ضامن است خواه مقصر باشد یا نه؟ آنچه پس از مراجعه به ادله‌ای دال بر ضمان به دست می‌آید این است که ضمان منوط به تقصیر نیست (یعنی در ضمان لازم نیست که طیب حتماً تقصیر داشته باشد)؛ بلکه آنچه از ادله استفاده می‌شود، این است که ادله در هنگام حکم به ضمان، تقصیر را در نظر نگرفته است.

ادله‌ای دال بر ضمان طیب عبارت بود از قاعده اتلاف، بودن جنایت از قبیل شبه عمد و دوروایت سکونی و صحیححه حلبی که ذیلاً هر کدام بررسی می‌شود.

در مورد قاعده اتلاف باید گفت که صدق اتلاف وابسته به فرض تقصیر نمی‌باشد؛ بلکه حتی اگر فرض را بر عدم تقصیر هم بگذاریم، اتلاف صدق دارد. البته، در صورتی که فعل موجب اتلاف را بتوان به شخص طیب مستند کرد و بودن جنایت از قبیل خطای شبه عمد نیز در صورت سوم صدق دارد، مطابق تعریفی که راجع به جنایت شبه عمد از روایات استفاده می‌شود این است که فعل مربوط به مجنی علیه باشد که معمولاً باعث تلف نمی‌شود؛ بنابراین، درمان و علاجی که توسط طیب شخصاً انجام می‌گیرد، مصداق روشن این تعریف و تحدید است؛ حتی اگر طیب مقصر نباشد. اما اطلاق روایت سکونی شامل صورت سوم است و هیچ قرینه‌ای راجع به اختصاص روایت به حالت تقصیر نیست؛ زیرا حالت تقصیر یک حالت استثنایی و نادر در قبال حالات عدم تقصیر است که حالات عدم تقصیر در طبابت از حالت‌های معمولی است نه تنها دلیل بر تقیید روایت سکونی در دست نیست؛ بلکه در روایت قرینه وجود دارد که اطلاق روایت را استوارتر و محکم‌تر می‌سازد و آن قرینه، استثنای حالت اخذ برائت از ولی است از حکم به ضمان (که در صورت اخذ برائت از ولی طیب ضامن نیست). این استثنا (اخذ برائت از ولی) ظهور در این دارد که در تمام حالات باقیمانده پس از استثنا طیب ضامن است که از جمله حالات باقیمانده موردی است که طیب تقصیری نداشته باشد.

اطلاق صحیححه حلبی نیز شامل صورت سوم است؛ زیرا طیب، حتی در صورتی که تقصیر نداشته باشد، اجرت را برای این گرفته که اصلاح کند؛ ولی خراب و فاسد نموده و عدم تقصیر

طبیب مانع از صدق افساد نمی‌شود؛ همان‌گونه که عدم تقصیر مانع از صدق اتلاف نمی‌شود. بلی، فرض اجازه نگرفتن طبیب از مریض یا ولی وی حکم به ضمان را در برخی حالات تأکید می‌کند؛ زیرا علاج تصرف در مال غیر بدون اجازه است و تصرف در مال غیر، بدون اجازه، قطعاً موجب ضمان است؛ بنابراین، صحیح این است که در این قسم از صورت علاج مباشر نیز حکم به ضمان نموده و معتقد به ضمان طبیب باشیم (آل‌راضی، همان: ص ۱۴۴).

آیت‌الله محسنی رحمته‌الله در «الفقه والمسائل الطبییه» در فرع چهارم فرموده طیبی که با مسایل علمی و عملی طبابت آگاهی دارد و مریض به وی اجازه درمان داده باشد و طبیب در درمان تقصیر و کوتاهی هم نکرده باشد و به درمان مریض پرداخته باشد و درمان توسط طبیب به تلف جان و یا عضو بیمار منجر شده باشد، از نظر ابن ادریس طبیب ضامن نیست؛ به خاطر اصل عدم ضمان و به خاطر این که ضمان با اذن ساقط می‌شود و درمان از نظر شرعی امر جایز است و ضمان را در پی ندارد. گروهی دیگر طبیب را به خاطر اتلاف ضامن دانسته‌اند. صاحب جواهر ضمان طبیب متلف را به مطلق اصحاب نسبت داده است. از سخن ابن ادریس مبنی بر سقوط ضمان طبیب به دلیل اذن مریض در علاج جواب داده شده که اذن در علاج اذن در اتلاف نیست و جواز شرعی طبابت منافات با ضمان ندارد؛ چنان‌که در ضرب برای تأدیب وضع از همین قبیل است. آیت‌الله محسنی رحمته‌الله پس از نقل این سخنان فرموده با توجه به این که طبیب تعمد نداشته، قصاص نمی‌شود و فعل طبیب در این صورت از قبیل شبه‌عمد است و طبیب ضامن است و دیه را از مال خودش باید بپردازد نه از مال عاقله (محسنی، ۱۴۲۶: ص ۱۸).

وی در کتاب دیگر خود، ضمان طبیب را در صورت سوم محل تأمل می‌داند و می‌نویسد: «اگر طبیب متخصص بدون تقصیر و کوتاهی کسی را با اجازه او معالجه کند؛ ولی علاج او منجر به مرگ مریض یا تلف شدن عضو بدن او شود، به گفته جمعی از فقها داکتر ضامن دیه او می‌شود؛ ولی اطلاق این حکم محل تأمل است.» (محسنی، ۱۴۱۷: ص ۲۶).

علاج مباشر توسط طبیب بدون تقصیر و همراه با اذن

صورت چهارم این است که درمان مستقیماً توسط خود طبیب صورت گرفته باشد و طبیب تقصیر نداشته باشد و اجازه درمان را هم داشته باشد؛ ولی درمان مریض به تلف بیمار بیانجامد. با توجه به آنچه گفته شد که بر اساس ادله، ضمان منوط به تقصیر و عدم اذن نمی‌باشد تا

گفته شود در صورت نبود تقصیر و وجود اذن ضمان برداشته می‌شود. ظاهر برخی ادله پس از فرض شمول ادله حالت عدم تقصیر را اثبات ضمان در صورت تحقق اذن است؛ چنان‌که در صحیح حلی است؛ زیرا دفع اجرت در برابر اصلاح مستلزم اذن است. علاوه بر این‌که حالت اذن گرفتن، حالت شائع و متعارف در حالات انجام طبابت است؛ پس اختصاص ادله به حالت غیر متعارف (حالت اذن گرفتن) خلاف ظاهر است. این اقسام چهارگانه علاج مستقیم و مباشر بود که روشن شد. طبیب در تمام این اقسام ضامن است (آل راضی، همان). از نظر آیت الله محسنی^(ره) در این فرض نیز طبیب باید ضامن باشد؛ زیرا چنان‌که در صورت سوم گذشت، وی ضمان طبیب را منوط به تقصیر و اذن طبیب نمی‌داند.

به این اقسام چهارگانه می‌توان حالت درمان متعارف در زمان ما را نیز ملحق کرد و آن موردی است که طبیب مستقیماً و مباشراً به علاج نمی‌پردازد؛ بلکه نسخه‌ای را می‌نویسد و دارو را تجویز و توصیف می‌کند و به مریض دستور استعمال می‌دهد که این حالت در ضمان ملحق به علاج مباشر است.

نتیجه‌گیری

از آنچه بیان شد، می‌توان بدین نتیجه رهنمون شد که دیدگاه آیت الله محسنی^(ره) در بحث ضمان طبیب با آرای مشهور فقها تفاوت قابل توجهی ندارد و وی نیز همانند اکثر فقها ضمان طبیب را در صورتی که اقدامات علاجی طبیب منجر به بروز ضررهایی نسبت به بیمار شود، تابع تقصیر و بی‌دقتی طبیب و عدم مهارت و نبود اذن و رضایت بیمار یا ولی او و عدم اخذ برائت می‌داند و طبیب را ضامن صدمات وارده می‌داند که طبعاً در فرض دقت و احتیاط، کفایت و مهارت لازم، اذن و رضایت بیمار یا ولی او و تحصیل برائت از سوی طبیب وی ضامن جبران خسارات وارده به مریض نخواهد بود و تأکید می‌کند که اموری چون اذن و رضایت و تحصیل برائت در صورتی مؤثر و رافع مسئولیت طبیب خواهد بود که طبیب در انجام مسئولیت طبی خود بی‌مبالاتی نکرده باشد و تقصیری نداشته باشد. آیت الله محسنی^(ره) معتقد است که صرف تحصیل برائت و اذن مریض و... مصونیتی برای طبیب ایجاد نمی‌کند و امور مزبور در صورتی رافع مسئولیت طبیب است که طبیب در اقدامات طبی خود مرتکب تقصیری نشده باشد.

منابع

۱. آل راضی، محمدهادی (بی تا)، مسئولیة الطیب و ضمانه، جلد ۵-۶، مجله فقه اهل البيت علیهم السلام، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت علیهم السلام، چاپ اول.
۲. بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ هـ ق)، جامع المسائل، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم.
۳. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳ هـ ق)، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت علیهم السلام، چاپ اول.
۴. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ هـ ق)، تفصیل وسائل الشیعة الی تحریر مسائل الشریعة، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.
۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ هـ ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. طرابلسی، ابن براج قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ هـ ق)، المهدب، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۷. فاضل لنکرانی، محمد (بی تا)، احکام پزشکان و بیماران، بی جا، بی نا.
۸. محسنی، محمدآصف (۱۳۸۲)، الضمانات الفقهية و اسبابها، قم، انتشارات پیام مهر، چاپ اول.
۹. _____ (۱۴۱۷ هـ ق)، توضیح المسائل طبی، کال، حرکت اسلامی، شعبه فرهنگی، چاپ اول.
۱۰. _____ (۱۴۲۶ هـ ق)، الفقه و المسائل الطیبة، قم، بوستان کتاب، چاپ اول.
۱۱. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ هـ ق)، فقه الامام الصادق علیه السلام، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ اول.
۱۲. منتظری، حسین علی (۱۴۲۷ هـ ق)، احکام پزشکی، قم، نشر سایه.
۱۳. الموسوی الخوئی، ابوالقاسم (۱۴۲۷ هـ ق)، فقه الاعذار الشرعية و المسائل الطیبة من صراط النجاة، قم، دارالصدیقة الشهيدة (س)، چاپ اول.