

## بررسی انطباق مسؤولیت پزشک در فقه امامیه با اصل حسن نیت

علی جعفری<sup>۱</sup>

محمدرضا رهبرپور<sup>۲</sup>

### چکیده

اصل حسن نیت ابتدا در حقوق رومی ژرمنی ظهور و توسعه یافته است و از آنجا وارد ادبیات حقوقی در کشور ما گردیده است. حسن نیت در نظام رومی ژرمنی دارای دو مفهوم مستقل است: حسن نیت به مفهوم تصور خلاف واقع معفو و قابل حمایت و حسن نیت به مفهوم درستی و صداقت در انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد. به تبع این دو مفهوم، دو بعد حمایتی و الزامی اصل حسن نیت وجود دارد که هر بعد، ناظر به یک مفهوم حسن نیت است. بررسی انطباق اصل حسن نیت با فقه امامیه و اصطیاد قاعده فقهی حسن نیت، نیازمند پاسخ به سؤالات متعددی است که این پژوهش صرفاً به یکی از آن‌ها پاسخ می‌دهد. از جمله سؤالات این است که آیا مصادیق معارض با اصل حسن نیت در فقه وجود دارد؟ برخی مسأله مسؤولیت پزشک در فقه امامیه را از مصادیق معارض اصل حسن نیت دانسته‌اند. در این پژوهش با تبیین اصل حسن نیت و مسؤولیت پزشک، ثابت شد مسؤولیت پزشک در فقه امامیه تنافی با اصل حسن نیت ندارد. یافته‌های این پژوهش حاکی از آن است که در روابط پزشک و بیمار به صرف این‌که فقدان سوء نیت پزشک ثابت شد، تعهد حسن نیت پزشک محقق نشده است. علاوه بر بحث فقهی، تغییرات تقنینی اخیر در این حوزه نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

### واژگان کلیدی

مسؤولیت پزشک، حسن نیت، اجرای قرارداد، الزام، سوء نیت

۱. دکترای حقوق خصوصی؛ استادیار دانشگاه تهران پردیس فارابی، تهران، ایران.

۲. دکترای حقوق جزا؛ استادیار دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسؤل)

Email: r.rahbar@yahoo.com

## مقدمه

اصل حسن نیت از اصول مهم حقوقی (و چه بسا مهم‌ترین اصل) در نظام حقوقی رومی ژرمنی است به طوری که در صورت تزامم آن با اصول دیگر (حتی اصل آزادی قراردادی) اصل حسن نیت حاکم است. حسن نیت در قرون ۱۹ و ۲۰ در متن قوانین بروز یافته است و به صورت نص درآمد است. قانونگذاران فرانسوی در سال ۱۸۰۴ میلادی در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه رعایت حسن نیت را در اجرای قراردادها لازم دانسته‌اند و پس از آن اصل حسن نیت به انعقاد و تفسیر قرارداد نیز تعمیم داده شد. امروزه اصل حسن نیت در حقوق تعهدات جایگاهی شگرف یافته است، به گونه‌ای که در برخی از نظام‌های حقوقی، به عنوان یک قاعده لازم‌الرعایه در مراحل انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد شناخته می‌شود که حتی توافق متعاقدين برخلاف آن فاقد اثر است. امروزه در حقوق جدید، این اصل مبنای برخی از تئوری‌های نوین حقوق قراردادها مثل تعهد به همکاری را تشکیل داده است.

حسن نیت در عین این‌که قاعده حقوقی است (که در حقوق رومی ژرمنی از آن به اصل حسن نیت یاد می‌شود و موضوع این پژوهش نیز اصل حسن نیت به همین مفهوم است نه اصل عملی)، اماره قانونی مبتنی بر غلبه و ظاهر هم هست و شخصی که به سوء نیت استناد می‌کند بار اثبات با اوست.

دیدگاه مشهور فقها در مسأله مسؤولیت پزشک به گونه‌ای است که نمی‌توان میان آن و اصل حسن نیت سازگاری و انطباق برقرار کرد و از این روست که آن را از مصادیق ناقض اصل حسن نیت دانسته‌اند. در این پژوهش با تبیین اصل حسن نیت و ضمان پزشک ثابت می‌شود ضمان پزشک تنافی با اصل حسن نیت ندارد و ضرورتی ندارد آن را معارض این اصل تلقی کنیم.

بررسی انطباق اصل حسن نیت با فقه امامیه نیازمند پاسخ به سؤالات متعددی است که این پژوهش صرفاً به یکی از آن‌ها پاسخ می‌دهد. از جمله سؤالات این است که آیا مصادیق معارض با اصل حسن نیت در فقه وجود دارد؟ برخی مسأله مسؤولیت پزشک در فقه امامیه را از مصادیق معارض اصل حسن نیت دانسته‌اند. لازم به ذکر است برای حکم به انطباق کامل اصل حسن نیت با فقه امامیه و سپس اصطیاد قاعده فقهی حسن نیت از مبانی و نصوص فقهی، باید در ابتدا مصادیق معارض و منطبق با اصل حسن نیت در فقه امامیه استخراج و بررسی شود و مشخص شود مفاد آن‌ها حکم تکلیفی است یا حکم وضعی؟ اگر امکان اخذ وحدت ملاک از مصادیق نهی از سوء نیت باشد، نتیجه چنین وحدت ملاکی صرفاً نهی شارع از انعقاد و اجرای قرارداد همراه با سوء نیت است و هنوز برای اصطیاد قاعده حسن نیت کافی نیست. این مسأله هنوز انطباق اصل حسن نیت با فقه امامیه را اثبات نمی‌کند و نمی‌توان به طور مطلق اصل حسن نیت را مطابق فقه امامیه دانست. برای اثبات این تطابق علاوه بر وحدت ملاک، باید مسأله رابطه حسن نیت و سوء نیت، رابطه نهی از شیء و امر به ضد و دلالت نهی بر فساد در حالات مختلف نهی از سبب، مسبب، تسبیب، نهی از آثار و... بررسی شود، زیرا اصل حسن نیت اثر وضعی بر قراردادها دارد و اثبات نهی شارع از سوء نیت، و اخذ وحدت ملاک از مصادیق حسن نیت، پایان استدلال در اصطیاد این قاعده نیست. مقاله حاضر صرفاً درصدد بررسی این گام اصطیاد است که آیا مسؤولیت طبیب آن‌گونه که گفته شده با اصل حسن نیت در تعارض است یا نه که اگر باشد مانعی بر سر راه اصطیاد قاعده حسن نیت است (صرف نظر از مراحل دیگر اصطیاد که گفته شد).

در این پژوهش ناگزیریم به حسن نیت از دیدگاه حقوق فرانسه اجمالاً پردازیم، زیرا به رغم پذیرش این که در مطالعات تطبیقی اصولاً باید ابتدا فقه امامیه و حقوق ایران بررسی شود و سپس حقوق خارجی، در اصول خارجی که وجود آن (ولو با عناوین دیگر) در فقه و حقوق ما محل بحث و اول کلام است، تا وقتی مفهوم و آثار اصل مورد نظر در سیستم حقوقی مبدأ تبیین نشود، جستجوی موارد متناظر در فقه امامیه و حقوق ایران نسبت به آن اصل، غیر علمی و غیر عملی است. به عبارت دیگر تبیین اصل حسن نیت در حقوق خارجی جایگاه موضوع‌شناسی را دارد.

### ۱- مفهوم اصل حسن نیت

حسن نیت از دو واژه «حسن» و «نیت» تشکیل شده است. «حسن» در معنای «نیکو شدن، خوب شدن، زیباشدن، و خوبی نیکویی، زیبایی» (عمید، ۱۳۷۹ ش.) و «نیت» به معنای «قصد، عزم و آهنگ» آمده است. (عمید، ۱۳۷۹ ش.) واژه نیت از واژه عربی «نوی» گرفته شده است. النوی در لغت عربی به معنای هسته خرماست. (فراهیدی، ۱۴۰۹ ق.) واژه نوی در شکل فعلی آن به معنای قصد، عزم، حاجت، نیاز و خواسته بکار رفته است، (فراهیدی، ۱۴۰۹ ق.) اما این که انگیزه و علت فاعلی در درون آدمی را چرا به عنوان نیت می‌گویند به این سبب است که قصد پیش از انجام هر عملی در دل شکل می‌گیرد و سپس به گونه عملی خود را نشان می‌دهد. در حقیقت آن خطوراتی که در قلب و ذهن آدمی می‌گذرد، همان هسته اصلی عمل است که در پوششی از عمل خود را نشان می‌دهد، چنانکه هسته خرما این‌گونه عمل می‌کند. پس نیت همان امر و انگیزه و علت فاعلی است که در دل آدمی شکل گرفته یا خطور کرده است و در قلب آدمی نهان و مخفی است، چنان

که هسته خرما در میان خرما مخفی است. در لغت‌نامه دهخدا حسن نیت معادل خوش‌نیتی، پاک‌نیت‌بودن و مقابل سوء نیت دانسته شده است. (دهخدا، ۱۳۷۳ ش.). حسن نیت، ترجمه اصطلاح «bonne foi» در حقوق فرانسه است که در حقوق سوئیس نیز تحت همین عنوان آمده است، اما در آلمان تحت اصطلاح «treu und glauben»، در ایتالیا با عبارت «buona fede»، در حقوق کشورهای آمریکا و انگلیس تحت عبارت «good faith» مورد بحث قرار می‌گیرد و اصطلاح لاتین آن «bona fide» است. (ابراهیمی، ۱۳۸۸ ش.) Bona واژه‌های لاتین است که به عنوان اسم، معنی کالا، مالکیت و تصرف می‌دهد. در حقوق رم، این واژه برای مشخص کردن تمام انواع مالکیت عینی، دینی و مختلط بکار می‌رفت، ولی به صورت دقیق و مضیق، به اموال عینی گفته می‌شد. واژه biens یک واژه فرانسوی است که به عنوان اسم به تمام جنبه‌های مالکیت گفته می‌شود و به عنوان صفت bonus به معنای خوب است و در صورت ترکیبی good faith یا bona fides که همان حسن نیت است از اصطلاح «mala fides یا bad faith» متمایز می‌شود. (مک و همکاران، ۱۹۹۸ م.)

ارائه تصویر ساده‌ای از حسن نیت آسان نیست، اما حتی اگر این ابهام‌ها اجتناب‌ناپذیر باشد، ارائه تعریف جزئی از این اصطلاح با پذیرش وارونه ضابطه مشهور «استیوارد» که برای معنای اصطلاحاتی که در عین مشخص بودن تعریف آن دشوار است، ممکن می‌شود. بعد از بازگویی پیشینه تلاش‌های ناکام دیوان عالی ایالات متحده برای تعریف «قباحت»، «استیوارد» سرانجام به این نتیجه رسید: «من درک می‌کنم آن را وقتی که آن را ببینم.» (کلین، ۱۹۹۷ م.) در مورد حسن نیت گفته شده است «شما آن را درک می‌کنید وقتی آن را نبینید!» (کلین، ۱۹۹۷ م.)

حسن نیت در قوانین هیچ یک از کشورهای عضو نظام رومی ژرمنی تعریف نشده است. این کشورها ترجیح داده‌اند تعریف را به حقوقدانان و شارحین قانون واگذارند. تنها کشوری که در قوانین خود حسن نیت (البته حسن نیت در اجرای قرارداد) را تعریف کرده است، آمریکا می‌باشد. در ماده ۲۰۱-۱ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا حسن نیت به عنوان «صداقت واقعی در رفتار یا معامله<sup>۱</sup>» تعریف شده است. تعریف دیگری از اجرای با حسن نیت قرارداد در ماده ۲۰۵ «بازنویسی حقوق قراردادهای آمریکا<sup>۲</sup>» این کشور آمده، عبارت است از: «وفاداری در یک هدف مشترک مورد توافق و در نظرگرفتن توقعات به حق طرف دیگر.»

دو مفهوم حسن نیت مورد شناسایی قرار گرفته است. از یک طرف، تصور اشتباه و قابل بخشش که مورد حمایت واقع شده است، و از طرف دیگر، درستکاری و صداقت در اعمال حقوقی. تعاریفی که حقوقدانان از حسن نیت به عمل آورده‌اند بسیار متنوع است، لیکن غالب آن‌ها تنها یک بعد از حسن نیت را پوشش می‌دهد. همان‌گونه که «کانور» حسن نیت را این‌گونه تعریف می‌کند: «یک اصل بنیادین که از قاعده لزوم وفا به عهد و سایر قواعد حقوقی که به طور مستقیم و مشخص با صداقت، انصاف و معقولیت در ارتباط است، گرفته شده و اعمال آن به وسیله معیارهای صداقت، انصاف و معقولیت که در یک زمان مشخص بر جامعه تجاری حاکم هستند، تعیین می‌شود.» (اوکانور، ۱۹۹۰ م.) این مفهوم بیانگر مفهوم دوم حسن نیت است.

مطابق با این دو مفهوم، اصل حسن نیت دو بعد متمایز پیدا می‌کند. یکی بعد حمایتی در فرض اشتباه از جانب متصرف، مشتری و یا شخصی که با دارنده ظاهری حق معامله می‌کند (وائل، ۱۳۷۵ ش.) و از طرف دیگر بعد الزامی حسن نیت در انعقاد، اجرا و تفسیر اعمال حقوقی. (وائل، ۱۳۷۵ ش.)

## ۲- بعد الزامی حسن نیت در اجرای قرارداد

حسن نیت در اجرای قرارداد، در موارد بسیاری، اساس ابتدای تعهدات تبعی و نیز مبنای مسؤولیت یکی از طرفین قرارداد است. یکی از حقوقدانان فرانسوی اجرای با حسن نیت را چنین معنا می‌کند: «متعهد باید تمام تعهدات ناشی از قرارداد را صادقانه و دقیق و از روی اعتماد انجام دهد و مشکلات و موانعی که ممکن است در روند اجرای قرارداد حادث شود مانع از اجرای قرارداد نخواهد بود. به عبارت دیگر هر متعهدی باید در اجرای تعهداتش مانند «پدر خوب خانواده» رفتار نماید. فقط در حالت بروز حوادث خارجی (قوه قاهره) و حوادث داخلی غیر قابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر می‌تواند از اجرای قرارداد معاف شود.» (وائل، ۱۳۷۵ ش؛ شهیدی، ۱۳۸۲ ش). در هر مورد تشخیص انطباق یا عدم انطباق رفتار متعهد با حسن نیت با قاضی است و نمی‌توان تعریف دقیقی که تمام مصادیق را شامل شود ارائه داد. (صالحی راد، ۱۳۷۸ ش).

بند سوم ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه (که بیش از ۲۰۰ سال پیش حسن نیت را وارد ادبیات حقوقی خویش نموده است) به این مسأله اختصاص دارد. از آنجا که این ماده به طور کلی مفاهیم مهمی را در خود جای داده مورد اقتباس قانونگذاران دیگر کشورها از جمله ایران نیز قرار گرفته است، تجزیه تحلیل مفاد آن ضروری به نظر می‌رسد. متن کامل این ماده از این قرار است:

- ۱- قراردادهایی که به طور قانونی تشکیل شده باشند جایگزین قانون نسبت به اشخاصی که آن‌ها را منعقد کرده‌اند، می‌شود؛
- ۲- این قراردادها را نمی‌توان فسخ کرد مگر با اقاله یا به جهاتی که قانون اجازه می‌دهد؛

۳- قراردادهای باید با حسن نیت اجرا گردند.

ملاحظه می‌شود که بند سوم این ماده صراحتاً مبین وجود اصل حسن نیت در اجرای قرارداد در فرانسه است. قانونگذار ایرانی هنگام تصویب قانون مدنی، صدر این ماده را لحاظ کرده و بر اساس آن دو ماده ۳۱۰ و ۴۲۱۹ قانون مدنی به تصویب رسیده است، لکن بند سوم ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه که بیانگر اصل حسن نیت بوده لحاظ نشده و گویی قانونگذار ایرانی نسبت به پذیرش این اصل مجاب نشده بود.

در واقع شرایط خاص اجرای هر قراردادی می‌تواند تعهدات ضمنی بسیاری را در جهت نیل به هدف قرارداد همراه داشته باشد. به موجب اصل حسن نیت هر یک از طرفین باید چنان عمل کند که موضوع قرارداد برای طرف دیگر مفید واقع شود. دموگ<sup>۵</sup> با نظریه هدف، حسن نیت قراردادی را وسیله‌ای برای توسعه محتوای قرارداد می‌داند. (صالحی راد، ۱۳۷۸ ش.)

### ۳- رابطه اصل حسن نیت و مسؤولیت پزشک در فقه

در مسأله مسؤولیت پزشک، یک دیدگاه درمیان فقها وجود دارد که بر اساس آن نمی‌توان میان مسأله مسؤولیت پزشک و اصل حسن نیت سازگاری و انطباق برقرار کرد. بر اساس این دیدگاه مسؤولیت پزشک از مصادیق نافعی اصل حسن نیت است. بر اساس دیدگاه دیگری، ناسازگاری بین اصل حسن نیت و مسؤولیت پزشک وجود ندارد. در ادامه به بررسی این دیدگاه‌ها می‌پردازیم.

#### ۳-۱- تلقی ناسازگاری بین اصل حسن نیت و مسؤولیت پزشک

به موجب رأی مشهور فقها پزشک در صورت رعایت بعد الزامی حسن نیت (درستی و صداقت در اجرای قرارداد) از مسؤولیت مبرا نمی‌شود و در هر حال در صورت تلف نفس یا عضو بیمار مسؤول است، زیرا تلف مستند به فعل اوست.



(شهید ثانی، ۱۴۱۷ ق.) این گروه در برابر دلایل قائلان به عدم ضمان پزشک چنین استدلال کرده‌اند که تمسک به اصل برائت با وجود دلیل اشتغال ذمه بلاوجه است و در این مورد اصل جاری نمی‌شود. به علاوه اذن بیمار یا ولی بیمار در سقوط ضمان مؤثر نیست، زیرا اذن در معالجه و درمان است نه در تلف. همچنانکه عدم ضمان کسی که به قصد ادب کردن موجب جنایت بر دیگری می‌گردد، پذیرفته نیست. درباره این رأی بدون توجه به نظر ابن ادریس ادعای اجماع شده است. (شهید ثانی، ۱۴۱۷ ق.) مهم‌ترین مستند روایی نظر مشهور، روایت سکونی از امام صادق (ع) است. حضرت فرمود «ان علیا علیه‌السلام ضمن ختانا قطع حشفه غلام؛ علی (ع) شخصی را که کودکی را ختنه کرده بود و بیش از مقدار لازم بریده بود، ضامن گردانید. (حر عاملی، ۱۴۱۲ ق.) بر اساس این روایت اطبا عموماً در صورت ورود زیان ضامن خواهند بود و حاذق بودن و احتیاط نمودن، دخالتی در مسأله ندارد.

قانونگذار در قانون قدیم مجازات اسلامی به پیروی از نظر مشهور فقها جنایت واقع شده پزشک را از مصادیق جنایت شبه عمد دانسته است، زیرا طبیب با هدف درمان مجنی‌علیه فعل انجام شده بر او را قصد کرده است. بنابراین به موجب بند ماده ۲۵۹ پزشک مسؤول پرداخت دیه تلف حاصل از درمان خواهد بود. این در صورتی است که پزشک خود مباشرت در درمان بیمار کرده باشد. (نجفی، ۱۳۷۶ ش.) در ماده مذکور با تصریح بر آن امر چنین آمده است: «... طبیبی مباشرتاً بیماری را به طور متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود»، اما اگر طبیب در فرض مذکور با تسبیب و با وجود اذن و عدم خطای جزایی موجب تلف شده باشد، هیچ‌گاه مسؤولیتی نخواهد داشت، زیرا برای ضمان در تسبیب، تقصیر شرط است. بنابراین اگر پزشک در معالجه مباشرت ننماید، مانند آنکه به بیمار

بگوید: «به نظر من این دارو برای تو مفید است»، طبیب ضامن نخواهد بود، زیرا بیمار خود با اراده و اختیار اقدام کرده است.

برخی از فقهای اسلامی طبابت‌هایی را که امروزه به نحو متعارف و با نسخه‌نویسی صورت می‌گیرد، از مصادیق دستور به معالجه قلمداد کرده‌اند و در این موارد ضمان را بعید نشمرده‌اند؛ از جمله امام خمینی (ره) معتقد است: «پزشک اگر خودش بدون واسطه معالجه نماید، ضامن است، بلکه اگر طبق متعارف طبابت کند بعید نیست که ضامن باشد اگرچه مباشرت نکند، زیرا جنایت عرفاً به فعل پزشک اسناد داده می‌شود، اگرچه خود پزشک در آن مباشرت نکرده است، ولی اگر صرفاً از دارویی تعریف کند و بگوید برای فلان بیماری منفعت دارد یا بگوید: داروی تو این است بدون آن که به او دستور آشامیدن آن را بدهد، اقوا آن است که ضامن نیست». (خمینی، ۱۳۸۱ ش).

بنابر آنچه گفته شد، بر اساس نظر مشهور مسؤولیت یا عدم مسؤولیت پزشک تابع لحاظ یا عدم لحاظ درستی و صداقت در اجرای قرارداد (بعد الزامی حسن نیت) نیست و حسن نیت طبیب نقشی در ضمان یا عدم ضمان او ندارد. بنابراین مسأله ضمان طبیب با اصل حسن نیت تطبیق نمی‌کند و می‌تواند دلیلی بر عدم تطابق اصل حسن نیت با فقه امامیه باشد.

### ۳-۲- تلقی سازگاری بین اصل حسن نیت و مسؤولیت پزشک در فقه

در مقابل مشهور فقها، دو نظریه دیگر وجود دارد که اگرچه در بین قدامت طرفداران چندانی نداشته است، اما در بین متأخرین، طرفداران بسیار یافته است. (شیرازی، ۱۴۰۹ ق.) مطابق یکی از این نظریه‌ها که نخستین بار توسط ابن ادریس مطرح شده، پزشکی که با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد، مسؤول زیان وارد بر بیمار نیست مگر این‌که مرتکب تقصیر شده باشد. (ابن ادریس، ۱۴۱۱ ق.) این

عبارت ابن ادریس را اگر با آنچه در حقوق رومی ژرمنی تحت عنوان اصل حسن نیت مطرح می‌شود، تطبیق دهیم باید بگوییم: وظیفه پزشک در طبابت این است که به تعهدات ایجابی و سلبی حسن نیت متعهد باشد و اگر این تعهد را انجام داد، تلف و نقص مستند به او نیست (حسب مورد به نقص علم پزشکی یا به وضعیت خاص بیمار یا قصور بیمار در رجوع به موقع یا ... مستند است). بنابراین پزشک با حسن نیت، مسؤول جبران خسارات نیست.

در این قول غیر مشهور فقهی، اگر طبیب با رضایت بیمار طبابت کرده فقط در صورت تقصیر، ضامن است. در میان فقهای معاصر گرایش به این نظر زیاد شده است.<sup>۶</sup> حقوقدانان نیز بیشتر گرایش به این دیدگاه دارند و معتقدند «نظریه مسؤولیت محض و بدون تقصیر پزشک با حقوق تطبیقی و مصلحت اجتماعی سازگار نیست، زیرا جرأت و شهامت معالجه و عمل‌های جراحی بزرگ را از پزشک می‌گیرد و مانع پیشرفت علم پزشکی و درمان بیماری‌های سخت می‌شود. شاید به همین جهت قانون جدید مجازات اسلامی از قاعده پیشین عدول کرده است.» (صفایی، ۱۳۹۱ ش.) دیدگاه اخیر مغایرتی با اصل حسن نیت ندارد، زیرا مسؤولیت یا عدم مسؤولیت را تابع لحاظ بعد الزامی حسن نیت توسط پزشک دانسته است. حتی در مورد پزشکی که سوء نیت نداشته، ولی حاذق نبوده، حکم به ضمان مغایرتی با اصل حسن نیت ندارد، زیرا رابطه حسن نیت و سوء نیت در اجرای عقد تضاد است نه تناقض (و در ادامه این مطلب توضیح داده خواهد شد). از پیامبر اکرم (ص) روایت شده است که «من تطیب و لم یعلم منه الطّب قبل ذالک فهو ضامن؛ کسی که بدون آگاهی کامل از طب، طبابت کند مسؤول است.» (ذهبی، ۱۳۴۰ ش.) دو نکته زیر عدم ضمان پزشک دارای حسن نیت را تأیید می‌کند:

**الف - طبابت «واجب کفایی» است:** جامعه از بدو تکوین به طبیب و طبابت به لحاظ ضرورت و فایده آن به دیده احترام نگریسته و بزرگ‌ترین مصالح از نظر اسلام حفظ و سلامت نفس است. چنانکه در آیه ۳۲ سوره مائده می‌خوانیم «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» فقها نیز در بحث واجب کفایی، طبابت را از مصادیق بارز آن دانسته‌اند. در صحیحه أبان ابن تغلب از امام صادق (ع) روایت شده است: «قال (ع): كان المسيح (ع) يقول: «إن التارك شفاء المجروح من جرحه شريك جارحه؛ کسی که معالجه مجروحی را ترک بکند، بی‌تردید در گناه با عوامل جراحی وی شریک است.» (کلینی، ۱۴۱۳ ق.) آموزش و اعمال طبابت برای جامعه اسلامی واجب است و طبیب صاحب صلاحیتی که به فنون طبابت عمل می‌کند، به تکلیف شرعی خود عمل کرده و مسؤولیت را از دوش سایر مسلمین برداشته است. بنابراین بعید است طبیب با حسن نیت، در قبال عواقب ناگواری که ناخواسته بوده، مسؤولیت جزایی یا مدنی پیدا نماید. از سوی دیگر از آنجا که منتفع اصلی عمل پزشک، بیمار و جامعه است، مطابق قاعده فقهی «مَنْ لَه الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ» خسارات متوجه خود بیمار و جامعه می‌باشد.

**ب - قاعده احسان:** مبنای دیگری که در مورد رفع مسؤولیت پزشک می‌توان از محتوای کلام فقها بر اساس آیه شریفه «مَا عَلَي الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه: ۹۱) و نصوص دیگر به دست آورد، قاعده احسان است. ارتباط بیشتر قاعده احسان با بعد حمایتی حسن نیت است، زیرا مطابق این قاعده فعلی که فی حد نفسه موجب ضمان است اگر با حسن نیت (به مفهوم تصور خلاف واقع قابل حمایت و بعدحمایتی نه بعد الزامی) انجام پذیرد ضمان‌آور نیست و شخص محسن که در عمل خود حسن نیت داشته مورد حمایت فقه و حقوق قرار گرفته است. این رابطه بیشتر در ضمان قهری اثرگذار است تا قراردادهای، البته در کاهش

مسئولیت قراردادی می‌تواند موثر باشد، خصوصاً بر مبنای وحدت بنیادین مسئولیت قهری و قراردادی. (صفایی، ۱۳۸۹ ش.) آنچه در تحقق قاعده احسان مهم است، حسن نیت فاعل است و حتی در مواردیکه شخص با حسن نیت و بدون تقصیر شخصی و نوعی، به قصد جلب منفعت به دیگری و یا دفع ضرر از او اقدام کند و بر حسب تصادف، قصد او با واقعیت منطبق نشود و در اثر عمل او به محسن‌الیه ضرری برسد، به دلیل حسن نیتش، مسئولیتی متوجه او نیست. شمول این قاعده به لحاظ انطباق مفهوم آن با اعمالی که از روی حسن نیت انجام می‌گیرد، بر مصادیق زیادی قابل تعمیم است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها عمل پزشک است. صاحب نظران مسائل فقهی غالباً کاربرد این قاعده را در مواردی می‌دانند که ضرری ناخواسته یا گریزناپذیر به دلیل انجام عمل صادقانه و همراه با حسن نیت محقق شود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱ ش.)

نظریه دیگر که بین متأخرین، به ویژه بعد از صاحب جواهر شهرت یافته، این است که باید بین فرض مباشرت و عدم مباشرت پزشک در انجام معالجه تفکیک قائل شد. در فرض مباشرت، پزشک مسؤول است، هرچند مرتکب تقصیر نشده باشد، ولی در موردی که پزشک مباشر معالجه نیست، مسؤول نیست، مگر این‌که مرتکب تقصیر شده باشد، (نجفی، ۱۳۷۶ ش؛ خوانساری، ۱۳۶۴ ش.) ولی در این‌که در چه موردی پزشک مباشر یا مسبب محسوب می‌شود، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی انجام معالجه از طریق نوشتن نسخه را، از نوع مباشرت دانسته و پزشک را ضامن می‌دانند. (خمینی، ۱۳۸۱ ش.) در حالی که برخی دیگر، این مورد را از نوع تسبیب دانسته و او را ضامن نمی‌دانند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ ق؛ قدیری، ۱۳۷۷ ش.) به عبارت دیگر در این قول، حسن نیت طبیب در فرض مباشرت موضوعیت ندارد و در فرض عدم مباشرت موضوعیت دارد.

ابن ادريس و طرفداران او برای اثبات نظریه خود (عدم مسؤلیت پزشک غیر مقصر و لحاظ حسن نیت در مسؤلیت پزشک)، به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

۱- اصل بر براءة ذمه است؛ چنانچه در اصل ضمان پزشک تردید کنیم مطابق اصل براءة باید حکم به عدم ضمان کنیم، زیرا عدم ضمان موافق اصل است. (ابن ادريس، ۱۴۱۱ ق.)

۲- اذن بیمار مسقط ضمان پزشک است، (اردبیلی، ۱۴۱۶ ق.) زیرا این امر مباح و مشروع می‌گردد، و جواز شرعی با ضمان آوردن آن منافات دارد. (حسینی عاملی، بی تا)

۳- ابن ادريس در مورد اجماعی که از قول استاد وی ابن زهره، نقل شده است، معتقد است که معقد اجماع مطلق است. بر این اساس در فرضی که پزشک بدون رضایت بیمار اقدام به معالجه می‌کند، یقیناً ضامن عواقب ناشی از معالجه است و این مورد، جزء موضوع اجماع است، ولی در موردی که پزشک با رضایت بیمار به معالجه می‌پردازد، در شمول اجماع بر این مورد تردید وجود دارد. به اعتقاد وی و برخی از متأخرین، باید اجماع را بر موردی حمل نمود که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد. (حسینی عاملی، بی تا؛ اردبیلی، ۱۴۱۶ ق.)

### ۳-۳- اخذ براءة و اصل حسن نیت

اگر بیمار، پزشک را پیش از اقدام به درمان ابراء کند درباره تأثیر براءة در سقوط ضمان طبیب دو نظریه مطرح شده است: گروهی معتقدند اخذ براءة قبل از معالجه و به وجود آمدن «موجب ضمان» در واقع اسقاط حق قبل از ثبوت آن و از مصادیق اسقاط «ما لم یجب» است و بنابراین ابراء پزشک قبل از درمان در سقوط مسؤلیت وی مؤثر نیست، (نجفی، ۱۳۷۶ ش؛ خوبی، ۱۹۶۷ م.) اما نظریه مشهور فقهای اسلامی عدم ضمان طبیب در صورت اخذ براءة است. این گروه در

تأیید رأی خویش علاوه بر استناد به روایت سکونی (حر عاملی، ۱۴۱۲ ق.) چنین استدلال کرده‌اند که احتیاج و نیاز مردم به پزشک، ضرورتی است که لزوم تشریح ابراء در این مسأله را توجیه می‌کند. وقتی پزشک بداند که اگر به درمان و معالجه بیمار پردازد از ضمان رهایی ندارد از اقدام به درمان و طبابت خودداری خواهد کرد، در حالی که بیمار نیازمند اوست. (شهید ثانی، ۱۴۱۷ ق.) به علاوه از آنجا که ابراء، شرطی است که ضمن قرارداد استفاده از خدمت پزشکی مطرح می‌گردد، به مقتضای «المؤمنون عند شروطهم» لازم‌الوفاء است و بیمار نیز بنا بر آنکه در صورت وقوع خسارت غیر عمدی چیزی از پزشک طلب ننماید، وارد این قرارداد شده است. (نجفی، ۱۳۷۶ ش.)

قانونگذار در قانون قدیم مجازات اسلامی نظریه مشهور را مورد توجه قرار داده و به موجب ماده ۶۰ ق.م.ا. قدیم «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او براءت حاصل نماید ضمن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضمن نیست.» آنچه در قسمت اخیر ماده آمده است این توهم را برمی‌انگیزد که اخذ اجازه و اذن در معالجه موجب براءت است، در حالی که اذن و براءت دو امر متمایز از یکدیگر و دارای آثاری متفاوتند. اذن منحصراً موجب اباحه فعل طبیب به عنوان درمان و معالجه بوده و مانع ثبوت ضمان در صورت وقوع تلف یا نقص نمی‌گردد، زیرا این اذن متوجه نتیجه حاصله نبوده و فقط اذن در معالجه است که مشروط و مقید به سلامت بیمار و عدم قتل یا نقص اوست. از این رو برای عدم مسؤولیت پزشک علاوه بر وجود اذن در معالجه، عدم تعدی و تفریط و اخذ براءت نیز ضرورت دارد.

ماده ۳۲۲ ق.م.ا قدیم نیز تأکید کرده است: «هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان براءت حاصل نماید، عهده‌دار خسارت نخواهد بود.» مقصود از ولی در این ماده کسی است که در صورت تلف نفس یا عضو، حق مطالبه دیه دارد و منحصر در ولی قهری مجنی علیه نیست. از این رو چنانچه بیمار عاقل و بالغ باشد، اگر معالجات طبیب موجب تلف عضو گردد، خود وی در مواردی که درمان منتهی به قتل گردد اولیای دم باید قبلاً ابراء کرده باشند، لکن با توجه به رجحان ولایت بیمار بر نفس خویش چنانچه ولی، در کمال عقل، پزشک را پیش از درمان ابراء کرده باشد در سقوط ضمان طبیب کفایت می‌کند. (خمینی، ۱۳۸۱ ش.) برخی گفته‌اند مراد از ولی کسی است که امر به وی ارجاع می‌گردد، پس اگر بیمار عاقل و بالغ باشد خود، ولی خویش است و اگر کودک یا مجنون باشد، اذن و ابراء ولی او لازم است. (خمینی، ۱۳۸۱ ش.)

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ هر دو حکم حالت اخذ براءت و عدم اخذ براءت تعدیل شد و مسأله مسؤولیت پزشک دیگر از مصادیق معارض با اصل حسن نیت نیست. ماده ۴۹۵ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود.» تبصره یک ماده فوق بر ابتدای مسؤولیت پزشک بر تقصیر تأکید دارد و می‌گوید: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هر



چند برائت اخذ نکرده باشد.» تعبیر قصور در این ماده را می‌توان مؤید بر وجود رابطه تضاد بین حسن نیت و سوء نیت تلقی نمود. به موجب تغییرات تقنینی سال ۱۳۹۲ پزشکی که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد و قصور یا تقصیری در علم و عملش نباشد، یعنی هم از حیث علمی صلاحیت داشته و اشراف بر آن طبابت خاص داشته است و هم از صلاحیت عملی در شرایط مناسب بوده و توجه و دقت کافی داشته و بنابراین حسن نیت (هم به مفهوم حداقلی تناقضی و هم به مفهوم حداکثری تضادی) داشته، صرف نظر از نتیجه طبابت، مسؤولیتی ندارد.

به موجب ماده ۴۹۶ قانون مجازات جدید در حالتی که پزشک مباشر در درمان نیست، مبنای مسؤولیت تقصیر است. این ماده مقرر می‌دارد: «در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می‌نماید، در صورت تلف یا صدمه بدنی ضامن است مگر آنکه مطابق ماده (۴۹۵) این قانون عمل نماید.

تبصره ۱: در موارد مزبور، هرگاه مریض یا پرستار بداند که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف می‌شود و با وجود این به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست، بلکه صدمه و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است.» بنابراین آنجا که تقصیر پرستار یا خود بیمار رابطه سببیت تقصیر پزشک و ضرر را قطع کند مسؤولیتی متوجه او نیست.

ابراهیم پزشک نمی‌تواند پزشک فاقد حسن نیت را از مسؤولیت بری کند و پزشکی که با اتکا به اخذ برائت در درمان از حیث علمی (صلاحیت علمی و اشراف بر آن طبابت خاص) یا عملی (توجه و دقت کافی و تأمین شرایط مناسب برای طبابت) تقصیر داشته نمی‌تواند به برائت خود استناد کند، زیرا اطلاق این برائت

منصرف از موارد فقدان حسن نیت است. روایت «من تطیب و لم يعلم منه الطّب قبل ذلك فهو ضامن» (ذهبی، ۱۳۴۰ ش.) بر روایت «من تطیب فلیأخذ البرائة من ولیه و الا فهو ضامن» (نجفی، ۱۳۷۶ ش؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۷ ش.) حاکم است و طبیب ناآگاه حتی اگر شرط عدم مسؤولیت کرده باشد، ضامن است. چه در طبابت و چه در غیر آن، «شرط عدم مسؤولیت یا تحدید مسؤولیت ناشی از قرارداد در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین از سوی شخصی که شرط به نفع اوست، موثر نخواهد بود.» (صفایی، ۱۳۷۵ ش؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ ش.)

#### ۴- تقابل حسن نیت و سوء نیت در مسؤولیت پزشک

بررسی بعد الزامی حسن نیت در روابط پزشک و بیمار بدون بررسی منطقی تقابل حسن نیت و سوء نیت در مسؤولیت پزشک، کامل نیست. پرسش این است که در روابط پزشک و بیمار، به صرف این که فقدان سوء نیت پزشک ثابت شد، آیا تعهد حسن نیت پزشک محقق شده است؟

رابطه حسن نیت و سوء نیت در اجرای قرارداد را به دو حالت می‌توان تصور کرد: اول این که حسن نیت و سوء نیت مانع‌الرفع باشند و هر کس که سوء نیت ندارد، لزوماً حسن نیت دارد. به عبارت دقیق‌تر رابطه سوء نیت و حسن نیت را تناقض بدانیم. حالت دوم این که، حسن نیت مرحله‌ای فوق نبود سوء نیت است و چه بسا فردی سوء نیت نداشته باشد، اما حسن نیت هم نداشته باشد. به عبارتی رابطه تضاد میان آن‌ها باشد و ارتفاع هر دو ممکن باشد.

متأسفانه رابطه حسن نیت با سوء نیت نه تنها در نوشته‌های حقوقی داخل کشور، بلکه حتی در کشور فرانسه که اصل حسن نیت جایگاه فوق‌العاده‌ای در حقوق آن دارد، درست تبیین نشده است<sup>۷</sup>، لذا از برخی عبارات رابطه تناقض

فهمیده می‌شود و از عبارت دیگری، رابطه تضاد. برخی حقوقدان‌های کشورهای مختلف تقصیر سنگین را نقض حسن نیت می‌دانند و معتقدند در این حالت نه سوء نیت وجود دارد و نه حسن نیت. برخی اساتید حقوق ایران معتقدند شخص ممکن است با حسن نیت باشد و در عین حال مرتکب تقصیر سنگین شده باشد. (صفایی، ۱۳۷۵ ش.) دیدگاه اول حاکی از رابطه تضاد و دیدگاه دوم حاکی از رابطه تناقض میان حسن نیت و سوء نیت است. تقصیر سنگین تقصیری است که مظهر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدی شگفت‌انگیز است. نه قصد اضرار هست و نه خباثت (سوء نیت)، ولی آن چنان بی‌مبالاتی وجود دارد که گویی کار عمداً انجام گرفته است.<sup>۸</sup> در بیان فرق تقصیر سنگین (که در آن بی‌مبالاتی بسیاری وجود دارد) با تقصیر عمدی گفته‌اند «مرتکب تقصیر سنگین بر خلاف تقصیر عمدی، حسن نیت دارد.» (صفایی، ۱۳۷۵ ش.) گفتار فوق مبتنی بر وجود رابطه تناقض میان حسن نیت و سوء نیت است و اگر رابطه آن‌ها را تضاد بدانیم، مرتکب تقصیر سنگین نیز مانند مرتکب تقصیر عمدی، فاقد حسن نیت است.

بر اساس دیدگاهی سنتی در فرانسه حسن نیت، نبود سوء نیت دانسته شده است<sup>۹</sup> که اگر چنین باشد، رابطه تناقض برقرار است، اما حسن نیت معمولاً به نبود سوء نیت محدود نشده، بلکه ضوابط عینی را نیز ایجاد کرده است که اولین آن‌ها ضابطه منفعت است (اقدام بدون منفعت جدی یا مشروع یا با منفعتی که به صورتی غیر متناسب ضعیف است). از عبارات برخی اساتید حقوق ایران نیز استنباط می‌شود که ایشان رابطه حسن نیت و سوء نیت را تناقض می‌دانند و صرفاً تجاوز به عمد را خارج از دایره حسن نیت می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ش.)<sup>۱۰</sup> ایشان همچنین وکیلی که سوء نیت نداشته، ولی بی‌احتیاطی او به ضرر موکل تمام شده است را دارای حسن نیت دانسته و اقدامات او را در حق موکل نافذ

می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ش.)<sup>۱۱</sup> تعریف حسن نیت به «فقدان سوء نیت و فقدان نقشه‌ای برای گول‌زدن طرف مقابل یا طلب امتیازی مخالف با وجدان» (جنیدی و همکاران، بی تا) نیز یعنی لحاظ رابطه تناقض میان حسن نیت و سوء نیت و تعریفی حداقلی از مفهوم ثانوی حسن نیت است.

به نظر می‌رسد فرض این است که متعاقبین با حسن نیت، قبل از انعقاد قرارداد، بایسته‌های اجرای قرارداد را با صلاحیت‌های خود تطبیق داده‌اند و توانایی اجرای شایسته آن را در خود دیده‌اند و علی‌القاعده باید قدرت بر ایفای تعهدات با رعایت همه مقررات ایمنی ناظر بر آن را داشته باشد. با این حال مقتضای حسن نیت در خصوص ایمنی بیش از رعایت مقررات حرفه‌ای است، زیرا بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های ناظر به کیفیت انجام حرفه، توانائی شمارش پیشاپیش همه موازین مرتبط با سلامت متعهدله را ندارند. حسن نیت ایجاب می‌کند که متعهد، خود فعالانه و جستجوگرانه، این معیارها را بیابد و بکار بندد. از رأی ۱۶ ژانویه ۱۸۶۱ دیوان تمیز فرانسه نیز رابطه تضاد استنباط می‌شود. بر اساس این رأی، از آنجا که از شهروندان فرانسوی انتظار نمی‌رود از قوانین کشورهای دیگر آگاه باشند، در صورتی که اهمال و بی‌احتیاطی نکرده باشند و معامله را با حسن نیت انجام داده باشند، عدم اهلیت طرف خارجی موجب ابطال معامله نمی‌شود. (الماسی، ۱۳۸۴ ش.)

پیش‌بینی حوادثی که سلامت و امنیت طرف قرارداد را تهدید می‌کنند و نیز اتخاذ تدابیر لازم برای دفع این خطرات، جزئی از تکالیفی است که حسن نیت از متعهد طلب می‌کند. احتیاط در عمل و تمهید طرق مؤثر در رفع خطر نیازی به تصریح در عقد ندارد. حسن نیت ایجاب می‌کند که متعهد، به قدر متعارف بر خطرات در حین اجرای عقد و طرق دفع آن‌ها اشراف داشته باشد و مطابق آن

عمل کند. او نمی‌تواند به بهانه عدم تصریح قرارداد، منفعلانه به انتظار حادثه بنشیند و با استناد به عدم سوء نیت خود از مسؤولیت شانه خالی کند، بلکه باید فعالانه موانع را بپاید و براند. بر اساس اصل حسن نیت متعاقدين متعهد به تحذیر طرف دیگر در صورت لزوم هستند، هرچند این تعهد نقشی اساسی در تضمین مفیدبودن موضوع قرارداد نیز دارد، لیکن غالباً در خدمت تضمین ایمنی طرف است، چراکه امتناع از دادن اطلاعات می‌تواند نوعاً به لطمه به سلامت جسمانی دیگری منتهی شود. (صالحی راد، ۱۳۷۸ ش.)

متعهد باید هم حسن نیت به معیار ذاتی داشته باشد و هم حسن نیت به معیار موضوعی. (ناجی ملا صالح، ۱۳۹۵ ق.) حسن نیت به معیار ذاتی یعنی این که در جهت اضرار طرف دیگر عمل نکند، بدین صورت که از خطای عمد و همچنین اهمال فاحشی که قانون آن را دلیل عمد یا حداقل اثرش را معادل آن بداند، اجتناب کند. حسن نیت به معیار ذاتی تنها از نیت مباشرت در اضرار غیر باز نمی‌دارد، بلکه همچنین از هرگونه فعل یا ترک فعلی که ضرری ملازم آن باشد، باز می‌دارد. در کنار حسن نیت به معیار ذاتی، حسن نیت به معیار موضوعی هم لازم است، به عبارت دیگر این که اراده او آلوده به سوء نیت نباشد کافی نیست، بلکه واجب است اشراف و آگاهی داشته باشد که غرض بیمار از رابطه با پزشک را تأمین کند، لذا پزشک نباید نسبت به چیزهایی که دانستن آن‌ها لازم است و همچنین شرایط و موانع مؤثر در اجرا و احتیاطات و تدابیر لازم برای جلوگیری از عقیم‌شدن قرارداد، بی‌اطلاع باشد. (ناجی ملا صالح، ۱۳۹۵ ق.)

برخی نتیجه تمیز بین حسن نیت به معیار ذاتی و موضوعی را امکان توافق طرفین علیه آن می‌دانند: به این معنی که متعاقدين نمی‌توانند با توافق یکدیگر، مسؤولیت اخلاقی به حسن نیت به معیار ذاتی را اسقاط کنند، در حالی که توافق

بر اعفای مسؤولیت اخلاقی به حسن نیت به معیار موضوعی (مسؤولیت ارتکاب خطای غیر عمد و بی احتیاطی غیر سنگین) ممکن است. بند ۲ ماده ۲۵۹ ق.م.عراق نیز به همین نتیجه رسیده است. (ناجی ملا صالح، ۱۳۹۵ ق.)

رابطه تضادی میان حسن نیت و سوء نیت در مرحله اجرای قرارداد و این که صرف نبود سوء نیت، حسن نیت نیست، می تواند توجیه کننده اصطلاح «قراردادهای با حداکثر حسن نیت» باشد، در حالی که وجود نسبت تناقض، این اصطلاح را توجیه نمی کند، زیرا اگر حسن نیت امری عدمی (عدم سوء نیت) باشد حداکثر و حداقل در آن معنی ندارد. در روابط بین اهل تخصص مانند پزشکان و دیگران می توان به شرط ضمنی نیز برای توجیه رابطه تضادی تمسک جست. وظیفه کسی که تعهد حرفه‌ای و شغلی‌اش را انجام می دهد، بیشتر است، زیرا او امکان استنادجستن به فقدان اطلاعات لازم را ندارد. پیداست که لزوم تعهد آگاهانیدن از خطر در فرضی است که متعهدله خود بر آن واقف نباشد. هرگاه خطر چنان عیان باشد که طرف قرارداد خود امکان دانستن و دوری جستن از آن را داشته باشد. عقل سلیم نمی پسندد که شخص به اعلام بپردازد.

در قراردادهای پزشکی، رویه قضایی فرانسه، با استناد به حسن نیت وجود تعهد ضمنی مراقبت را تأیید نموده است. (صالحی راد، ۱۳۷۸ ش.) به موجب این تعهد، درمانگاه، با توجه به حالت بیمار، مکلف است بر بیمار چنان مراقبت نماید که او با اعمال عمدی یا غیر عمدی خود یا دیگر بیماران، دچار لطمه جسمانی نشود. این تعهد خصوصاً در مورد درمانگاه‌های روانی و اعصاب، سنگین تر است. مسؤولین این درمانگاه‌ها مکلفند با توجه به حالات و واکنش‌های عصبی بیماران بر آنان نظارت داشته و حتی از بیمار بستری شده بر تخت کنار پنجره‌ایی که آرام بخش‌های قوی مصرف نموده مراقبت شبانه به عمل آورده و او را تنها رها نسازند.

### نتیجه‌گیری

اگر بنابر التزام به قول مشهور فقها باشد، در مسأله ضمان طبیب، مغایرت با اصل حسن نیت وجود دارد، لکن دیدیم که عدول از نظر مشهور و لحاظ حسن نیت در ضمان طبیب ممکن و بلکه اقوی است. در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ هر دو حکم حالت اخذ براءت و عدم اخذ براءت تعدیل شد و مسأله مسؤولیت پزشک دیگر از مصادیق معارض با اصل حسن نیت نیست. این براءت منصرف از موارد فقدان حسن نیت است. بنابراین مشکل مصداق معارض ضمان طبیب با مفاد بعد الزامی اصل حسن نیت حل می‌شود و این مانع اصطیاد قاعده فقهی حسن نیت مرتفع می‌شود.

به نظر می‌رسد رابطه حسن نیت و سوء نیت در روابط پزشک و بیمار تضاد است. در این مرحله صرف نبود سوء نیت، حسن نیت نیست. این نظر می‌تواند توجیه‌کننده اصطلاح «قراردادهای با حداکثر حسن نیت» باشد، در حالی که وجود نسبت تناقض، این اصطلاح را توجیه نمی‌کند، زیرا اگر حسن نیت امری عدمی (عدم سوء نیت) باشد، حداکثر و حداقل در آن معنی ندارد. اصل حسن نیت در روابط بیمار و پزشک، چیزی فراتر از فقدان سوء نیت بر پزشک تحمیل می‌کند. در روابط بین اهل تخصص مانند پزشکان و دیگران می‌توان به شرط ضمنی نیز برای توجیه رابطه تضادی تمسک جست. تعبیر قصور در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را می‌توان مؤیدی بر وجود رابطه تضاد بین حسن نیت و سوء نیت تلقی نمود.

## پی‌نوشت‌ها

1. Honesty in Fact.

2. Restatement of the law second contracts 2d. adapted at washington. D.C. on may 17; 1979.

۳. ماده ۱۰ قانون مدنی ایران: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

۴. ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌التیاع است، مگر این‌که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ گردد.

5. Demogue

۶. دکتر محقق داماد در دومین کنگره بین‌المللی «اخلاق پزشکی ایران» می‌گوید: «حقیقت آن است که قوانین امروزی (پیش از تغییرات تغنیینی سال ۱۳۹۲) در خصوص ضامن بودن طبیب که ریشه در نظر مشهور فقها دارد، شهامت و شجاعت پزشکان را سست و ضعیف کرده است. وی تأکید کرد: اگر طبیب حادثی باشد و در عملش مقصر نباشد و موازین طبی را رعایت کرده باشد و اقدامش را نیز با اذن و درخواست بیمار انجام دهد، اما برائت نگرفته باشد، ضامن نیست. (بنابر نظر مشهور فقها، طبیب چون برائت حاصل نکرده، ضامن است). به اعتقاد ایشان سه امر را در این خصوص باید مورد ارزیابی قرار گیرد: ۱- انتساب مرگ بیمار به طبیب؛ ۲- ثبوت حق اذن برای بیمار و اولیای او؛ ۳- صحیح‌نبودن تفکیک میان اذن در علاج، اتلاف و نقص عضو بیمار. ۲۹ فروردین ۱۳۸۷، خبرگزاری قرآنی ایران (ایکنا) [http://www.iqna.ir/fa/news\\_detail.php?ProdID=241168](http://www.iqna.ir/fa/news_detail.php?ProdID=241168)

۷. ر.ک: سخنرانی نگارنده در همایش تحول علوم انسانی در دانشگاه تهران تحت عنوان «آسیب‌شناسی بومی‌سازی اصل حقوقی حسن‌نیت» در تاریخ ۱۷ اردیبهشت ۱۳۹۳: <http://farabi.ut.ac.ir/news/393021704.htm>

۸. ر.ک: کاربونی، حقوق مدنی، جلد ۴، ص ۲۷۴، شماره ۷. دکتر صفایی این تعریف را یکی از بهترین تعاریف تقصیر سنگین می‌داند: صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۴۴.

9. In a traditional French view reducing good faith to the absence of bad faith. Matthias E.storme, Good faith and the contents of contracts in European Private law. <http://www.ejcl.org/71/abs71-1.html>.

۱۰. ص ۳۲۷.

۱۱. ص ۱۲۴.



## فهرست منابع

## منابع فارسی:

- ابراهیمی، ی. (۱۳۸۸ ش.). مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادها. *مجله حقوقی بین‌المللی*. سال بیست و ششم، شماره ۴۱، ص ۶۳.
- ابن ادریس. (۱۴۱۱ ق.). *سرائر*. قم: موسسه النشر الاسلامی، جلد دوم، ص ۳۷۳.
- اردبیلی، ا. (۱۴۱۶ ق.). *مجمع‌الفائده*. قم: موسسه النشر الاسلامی، جلد چهاردهم، ص ۲۲۹.
- جعفری لنگرودی، م-ج. (۱۳۷۸ ش.). *حقوق تعهدات*. تهران: گنج دانش، ص ۳۲۳.
- جنیدی، ل. امام، ف. (در نوبت چاپ موسسه حقوق تطبیقی). *اصول بنیادی قراردادهای نمونه در حقوق تجارت بین‌الملل*. تهران: موسسه حقوق تطبیقی، ص ۲۹.
- حر عاملی، م. (۱۴۱۲ ق.). *وسایل الشیعه*. بیروت: دار احیاء التراث العربی، جلد نوزدهم، ص ۲۳۸.
- حسینی عاملی، م-ج. (بی تا). *مفتاح‌الکرامه*. قم: مؤسسه آل‌البیت، ص ۲۷۰ و ۲۷۱.
- خمینی، ر. (۱۳۸۱ ش.). *تحریر‌الوسیله*. قم: المکتبه العلمیه الاسلامیه، جلد دوم، صص ۵۰۵، ۵۰۵ و ۵۶۱.
- خوانساری، ا. (۱۳۶۴ ق.). *جامع‌المدارک فی شرح المختصر‌النافع*. قم: اسماعیلیان، جلد ششم، ص ۱۸۸.
- خویی، ا. (۱۹۶۷ م.). *مبانی تکمله‌المنهاج*. نجف اشرف، المطبعه العلمیه، جلد دوم، ص ۲۲۲.
- دهخدا، ع-ا. (۱۳۷۳ ش.). *لغتنامه*. تهران: دانشگاه تهران، جلد ششم، ص ۷۸۶۷.
- ذهبی، ش-م. (۱۳۴۰ ش.). *طب‌النبی*. تهران: کتابفروشی ادبی، ص ۶۱.
- شهید ثانی، ز. (۱۴۱۷ ق.). *الروضه البهیة فی شرح المعه‌الدمشقیه*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، جلد دوم، ص ۴۹۰ و ۴۹۸.
- شهیدی، م. (۱۳۸۲ ش.). *آثار قراردادهای و تعهدات*. تهران: مجد، ص ۱۱۳.
- شیرازی، م. (۱۴۰۹ ق.). *الفقه*. بیروت: دارالعلوم، ص ۷۶.

- صالحی راد، م. (۱۳۷۸ ش.). حسن نیت در اجرای قراردادهای و آثار آن. *مجله حقوقی دادگستری*. شماره ۲۶، صص ۹۲، ۱۰۰ و ۱۰۷.
- صفایی، ح. (۱۳۹۱ ش.). مسؤلیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی. *دیدگاه‌های حقوق قضایی*. شماره ۶۸، ص ۱۵۴.
- صفایی، ح. رحیمی، ح. ا. (۱۳۸۹ ش.). *مسؤلیت مدنی*. تهران: سمت. ص ۸۷.
- صفایی، ح. (۱۳۷۵ ش.). *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*. تهران: میزان، صص ۴۲۵، ۴۲۹، ۴۳۶ و ۷-۴۳۶.
- طباطبایی یزدی، م-ک. (۱۴۱۷ ق.). *عروه/لوثقی*. قم: مؤسسه نشر اسلامی، جلد دوم، ص ۶۰۲.
- طباطبایی یزدی، م-ک. (۱۳۷۷ ش.). *سؤال و جواب*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ص ۹-۱۷۸.
- عمید، ح. (۱۳۷۹ ش.). *فرهنگ فارسی عمید*. تهران: امیرکبیر، جلد اول، ص ۱۹۳.
- عمید، ح. (۱۳۷۹ ش.). *فرهنگ فارسی عمید*. تهران: امیرکبیر، جلد دوم، ص ۷۹۲.
- فراهیدی، خ. (۱۴۰۹ ق.). *العین*. قم: دارالهجره، جلد سوم؛ ص ۱۸۵۶.
- قدیری، م-ح. (۱۳۷۷ ش.). *الاجاره*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ص ۴۱۵.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۰ ش.). *عقود معین*. تهران: انتشار، ص ۱۰۳.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۰ ش.). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: انتشار، جلد چهارم، صص ۱۲۴ و ۳۲۷.
- کلینی، م. (۱۴۱۳ ق.). *کافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه، جلد هشتم، ص ۳۴۵.
- الماسی، ن-ع. (۱۳۸۴ ش.). *تعارض قوانین*. تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ص ۱۶۷.
- موسوی بجنوردی، م. (۱۳۸۱ ش.). *مسؤلیت کیفری و مدنی پزشک*. متین. شماره ۱۴، ص ۷.
- ناجی ملا صالح، ع-ج. (۱۳۹۵ ق.). *مبدأ حسن النیه فی تنفیذ العقود*. بغداد: دارالرساله للطباعه، ص ۳۲۴.

نجفی، م-ح. (۱۳۷۶ ش.). *جواهرالکلام*. تهران: دارالکتب اسلامی، جلد چهل و دوم، صص ۹-۴۷؛ ج ششم، ص ۶۴۵.

وائل، م. (۱۳۷۵ ش.). حسن نیت. مترجم غلامعلی سیف. کانون وکلا، شماره ۱۰، صص ۹۸، ۱۹۵ و ۱۹۷.

#### منابع انگلیسی:

O'Connor. (1990). *Good Faith in English Law*. Dartmouth Publishing Company Limited, Brook field. 43.

Jefferson, W. Patterson, D. (1999). *Introduction to the Philosophy of law*. New York, Oxford University Press.

Klein, J. (1997). *Good Faith in International Transactions*. 118.

Koneru, P. (1997). *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles*.

Mack, W. Kister, D. (1938). *Complete restatement of the entire of American law*. 11: 385.

Matthias, ES. (2011). *Good faith and the contents of contracts in European Private Law*.

Powers, P. (2005). *defining the Undefinable: Good faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

Willmott, L. Christensen, S. (2001). *Contract Law*. London: Oxford University Press.

#### یادداشت شناسه مؤلفان

علی جعفری: دکترای حقوق خصوصی؛ استادیار دانشگاه تهران پردیس فارابی، تهران، ایران.

محمد رضا رهبرپور: دکترای حقوق جزا؛ استادیار دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده

مسئول)

پست الکترونیک: r.rahbar@yahoo.com

## Compliance with the principle of good faith and liability of physician in Shiite jurisprudence

*Ali Jafari*

*MohammadReza Rahbarpour*

### Abstract

The principle of good faith is made and developed in civil law (Roman Germanic) and then entered in legal literature in our country. Good faith in in civil law system has two independent concepts: The first concept of Good faith is False and supportable belief. The second concept is honesty in fact in the conclusion, execution and interpretation of the contract. As a result of these two concepts, there are two aspects of good faith, protection and required aspects of principle of good faith. Verify compliance with the principle of good faith and Shiite jurisprudence and make a principle of good faith in Shiite jurisprudence requires a response to several questions. (This study only answers to one question). The question is whether we have an instance which is in conflict with the principle of good faith in the Shiite jurisprudence? Some lawyers believe that liability of physician is the examples in Shiite jurisprudence which is not comply with the principle of good faith. In this paper, the principle of good faith and liability of physician explained and proved that liability of physician in Shiite jurisprudence is not contrary to the principle of good faith.

### Keywords

Liability of Physician, Good Faith, Execution of Contract, Requirement, Bad Faith