

## تحلیل مسؤولیت پزشک در قبال خسارات غیر عمدی در پرتو

### قاعده احسان

حسین علی سعدی<sup>۱</sup>

#### چکیده

مسؤولیت پزشک در برابر خسارت‌های پدید آمده به لحاظ فقهی بسیار مهم و حیاتی است که از یک سو به حقوق بیماران و از سوی دیگر به مخاطره انداختن حرفه پزشکی مربوط می‌شود. در قانون مجازات اسلامی مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ به مسؤولیت محض (تعهد به نتیجه) پزشک اشاره و تنها راه را اخذ برائت از مریض یا ولی او می‌داند. مسأله مسؤولیت پزشک در پرتو قاعده احسان که نفی هر گونه ضمانتی از محسن دارد، به جدّ در این حوزه راهگشا خواهد بود. در این نوشتار ضمن تحلیل مبانی و قلمرو قاعده احسان به مؤلفه‌های تحقق موضوع آن پرداخته و این فرضیه به اثبات رسیده است که حرفه پزشکی آن گاه می‌تواند مشمول این قاعده قرار گیرد که تبرعی باشد و اخذ اجرت با احسان سازگار نخواهد بود لذا قاعده احسان نسبت به حرفه پزشکی در صورتی که اجرت دریافت نماید شمول نخواهد داشت و البته شمول قاعده نسبت به مسؤولیت کیفری مسأله دیگری است که باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

**واژگان کلیدی:** قاعده احسان، مسؤولیت پزشک، خسارت، اخذ اجرت

---

۱- استادیار و مدیر گروه فقه و رییس دانشکده الهیات، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

## مقدمه

حفظ جان از مصلحت‌های پنجگانه شرعی است که تشریح بسیاری از احکام فقهی بخاطر رعایت این مصلحت است. جایگاه این مصلحت به گونه‌ای است که برخی از فقها آن را از نماز هم مهم‌تر دانسته‌اند. (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۵۵)

رعایت مصلحت حفظ نفس هم برخود انسان لازم است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۲۹) و به همین خاطر فقیهان رجوع بیمار به طبیب برای معالجه شدن را واجب می‌دانند که این وجوب هم شرعی و هم عقلی است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۴۶۹) و هم بر دیگران رعایت این مصلحت لازم است. لذا قتل از محرمات کبیره است که هم قرآن (مائده/۳۲) و هم روایات متواتر (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۲۱۰) به شدت با آن مبارزه کرده‌اند. تحلیل و بررسی این نکته اساسی از دو منظر می‌تواند صورت گیرد.

نخست تحلیل آن در حوزه تشریح و دیگری تحلیل آن در حوزه اجرا. شارع مقدس در مقام تشریح به گونه‌ای برخورد کرده است که اهمیت حفظ نفس و ارزش گوهر جان آدمی را هم به صراحت و وضوح بیان نموده و هم در مقام تراحم رعایت این مصلحت با تمام مصالح آن را مقدم شمرده است. مرحوم «علامه حلی» می‌نویسد: «لأن حرمة الأدمی تقدم علی الصلاة». (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۲۵)

با همین نگاه می‌توان اهمیت دادن شرع به دانش پزشکی را تحلیل نمود. تا جایی که فقهای عظام به وجوب کفایی طبابت فتوا داده‌اند. (شیخ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۲۴۸)

## بیان مسأله

با توجه به ضرورت و اهمیت حفظ جان انسان و وجوب کفایی طبابت، مسأله ضمان پزشک بسیار مهم و حیاتی است که از یک سو ضامن و مسئول دانستن پزشکی که در چارچوب وظایف و طبق دانش خود عمل کرده است،

دانش پزشکی را متوقف و آثار سوئی را به جامعه تحمیل خواهد نمود و رغبت پزشکان به معالجه را خواهد گرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، ج ۴، ص ۷۸۱) و از یک سو استثنای یک حرفه به صرف این استحسان‌ها و معافیت آن از مسؤولیت، حقوق مردم را به گونه‌ای تهدید خواهد نمود.

قانون‌گذار ایران پزشک را مسئول خسارات ناشی از فعل خود می‌داند و ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌ای که شخصا انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان و یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.

این ماده نمونه‌ای از نظریه مسؤولیت محض در حقوق ایران است که مبنای جبران خسارت را صرف بروز زیان در نتیجه فعل و نه تقصیر شخص می‌داند. راه برون رفت از این ضمان در قانون صرفاً اخذ براءت از مریض است. ماده ۳۲۲ قانون مجازات می‌نویسد: هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا صاحب حیوان براءت حاصل نماید، عهده‌دار خسارت پدید آمده نخواهد بود.

تحلیل رابطه این دو ماده با هم جای دیگری را می‌طلبد. گرچه برخی در فقه خواسته‌اند بر اساس برخی روایات بین طبیب حاذق و غیر حاذق در ضمان و مسؤولیت تفکیک و تفصیل قائل شوند. (حراعلی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۲۶۱- علامه حلی، شرایع ج ۴، ص ۲۳۱) ولی عمومات ادله ضمان و تصریح ماده ۳۱۹، ابای از تخصیص و تفصیل دارد.

هرچند به لحاظ مباشرت طبیب و یا عدم مباشرت او در مسؤولیت می‌توان تفصیل داد. (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۵۸۴) راهی که ماده ۳۲۲ به تبعیت فقه برای رفع این ضمان مطلق پیشنهاد می‌کند اخذ براءت است. در این خصوص می‌توان به

روایت سکونی اشاره کرد که «من تطبب أو تبيطر فليأخذ البرائة من وليه و الا فهو له ضامن.» (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۳۶۴)

کثیری از فقیهان از جمله «شیخ طوسی» (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۷۲۶ و ۷۶۳)، «کیدری» (کیدری، ۱۴۱۶، ص ۴۹۶)، «ابی صلاح حلبی» (حلبی، ۱۴۰۳، ص ۴۰۲)، «شهید اول» (عاملی، ۱۴۱۰، ص ۲۷۵)، «قاضی ابن براج در مهذب» (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۹۹) به مقتضای روایت فتوا داده‌اند.

مسأله‌ای که مطرح است این که با توجه به تشکیک در اخذ برائت‌هایی که به صورت الزامی از بیمار گرفته می‌شود هر چند الزام در این جا به معنای فقهی و حقوقی خود نباشد و به معنای عرفی آن مد نظر باشد. آیا می‌توان به عدم مسؤولیت پزشک که رعایت قواعد حرفه‌ای را نموده و تقصیری مرتکب نشده است، نظر داد. آیا می‌توان در پرتو قاعده احسان مسؤولیت پزشک را منتفی دانست؟ و از این تشکیک‌ها رها شد؟

#### ۱- تأسیس اصل در مسأله

یکی از مسائلی که در روش تحقیق فقهی در بین فقهای عظام قابل توجه است این است که قبل از ورود در بحث و بررسی ادله آن مسأله به تأسیس اصل می‌پرداخته‌اند. در موارد متعدد به این روش عمل کرده‌اند. (میرزا حبیب الله رشتی، ۱۴۰۷، ص ۴۵۶-، بی‌تا، ص ۵۷-آشتیانی، ۱۴۲۵، ص ۳۳۸)

نقشی که تأسیس اصل در تبیین حکم فقهی ایفا می‌کند این است که در صورت عدم وجود دلیل اجتهادی و یا عدم تمامیت آن، فقیه با تکیه بر این اصل می‌تواند به اصدار حکم بپردازد یا در مواردی که صدق برخی ادله بر بخشی از مسأله مشکوک باشد به کمک اصل، تعیین تکلیف نماید. بر این اساس باید در مسأله ضمان طیب به تأسیس اصل پرداخت تا در مواقعی که در شمول قاعده احسان شک شد بتوان به کمک اصل به تنقیح آن پرداخت.

سؤال را این گونه می‌توان مطرح کرد که اگر شخصی (اعم از طیب یا غیر طیب) بر شخص دیگری یا بر مال دیگری خسارتی را متوجه سازد، مقتضای اصل چیست؟ آیا باید طبق اصل به ضمان او حکم کرد مگر اینکه دلیلی بر عدم ضمان او یافت شود یا مقتضای اصل عدم ضمان است و باید بر ضمان آن شخص دلیلی محکم اقامه شود؟ علت این تعمیم مورد به طیب و غیر طیب هم این نکته هست که طیب بودن اگر نقشی داشته باشد همان عنوان محسن است که به عنوان مخرج از مقتضای اصل باید مطرح شود فلذا اگر در صدق آن شک شود به عموم اصل باید رجوع شود کما اینکه در ضمان ید، مطلق ایادی موضوع بحث قرار می‌گیرد و اگر در صدق امانی بودن یدی شک حاصل شد به عموم اصل رجوع می‌شود.

با توجه به این مقدمه به نظر می‌رسد اصل اولی در توجه خسارت به شخص دیگری، ضمان و مسؤولیت است البته منظور ما فعلاً مسؤولیت مدنی است، بدین معنا که اقتضای اصل این است که اگر فردی در اموال و یا جسم شخصی دیگر خسارت و ضرری ایجاد کرد، نسبت به آن خسارت ضامن خواهد بود مگر اینکه با یکی از علل رفع ضمان مسؤولیت را از خود منتفی سازد.

گرچه برخی از فقهای عظام در عموم و شمول قاعده «علی الید» تشکیک کرده‌اند و آن را مخصوص ایادی غیر امینه می‌دانند ولی این ادعا فی نفسه جای تأمل دارد. به هر حال فقیهان در مواردی که در ضمان یا عدم ضمان شخص در برابر خسارت علیه اموال دیگری مشکوک بوده‌اند به اصل ضمان و عمومیت آن استناد کرده‌اند که حاکی از اصل اولی ضمان در برابر اموال دیگران است و هر کجا که خواسته‌اند عدم ضمان را ثابت کنند در پی مخرج و مخصص، بوده‌اند. از باب نمونه در مأخوذ بالمستام و موارد مشابه تصریح کرده‌اند که: «لان الاصل

الضمان». (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۴۰۷)

در موردی که شمول ادله امین نسبت به آن مشکوک است نیز به اصل ضمان تمسک جسته‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۴۰۷-حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۶۶-عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۸، ص ۲۵۱)

و نیز تصریح کرده‌اند که قاعده «حرمت مال مسلم»، اقتضای ضمان را دارد مگر آن که دلیلی بر استثنا از آن یافت شود. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص ۴۲۱)

این مسؤولیت و ضمان در برابر اموال دیگران، در مورد خسارت بدنی و تعرض علیه نفس به طریق اولی جاری است چراکه در نگاه شارع رعایت مصلحت نفس اهم و اولی از رعایت مصلحت مال می‌باشد. با حفظ این نکته در عین حال فقهای بزرگوار به اصل ضمان در خسارات علیه نفس نیز تصریح نموده‌اند که به نمونه‌هایی اشاره می‌شود.

«فخر المحققین» در بحث دیات می‌نویسد: «لان الاصل الضمان بالجناية» (حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۶۴۳)

صاحب «جواهر» در مسأله شخصی که در برابر دفاع از عرض و ناموس خود در مقابل کسی که تعرض کرده می‌نویسد: اگر این دفاع منجر به کشته شدن مدفوع شود دم او هدر است و اگر بینه‌ای بر مدعا نداشت که در واقع به لحاظ مقام اثبات مورد از موارد شک در ضمان و یا عدم ضمان دافع نسبت به مدفوع مقتول می‌باشد به این اصل استناد جسته و فتوا می‌دهد. ایشان می‌نویسد: «و علي كل حال فالمدفوع هدر للدافع في ما بينه و بين الله تعالي و الا فللولي القصاص منه ما لم تكن له بينه علي ذلك لان الاصل الضمان». (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۶۶۰)

به وضوح مشاهده می‌شود که ایشان به مقتضای اصل ضمان در تعرض علیه نفس در موارد مشکوک استناد می‌جوید.

برخی دیگر از فقها در مسأله تعرض به نفس کافر حربی نوشته‌اند: «و لو رماه فأصابه بعد اسلامه فعليه الدية فقط بلا قصاص اما الدية فلنلا يبطل دم امري مسلم مع اصالة

الضمان في الجنایات مطلقاً الا ما خرج بالدلیل و لا دلیل علیه في المقام». (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۲۲۶ و نیز ج ۲۹، ص ۱۳۰)

با توجه به عبارات فقهای عظام و نصوصی که دلالت بر مسؤولیت در برابر خسارت علیه اموال و اشخاص داشت می توان در مسأله تحقیق این گونه به تأسیس اصل پرداخت که اصل اولی درباره خساراتی که از شخصی علیه شخص دیگر وارد می شود ضمان است که از آن در تعبیر فقها به «اصالة الضمان» تعبیر شده بود، و واضح است که مراد از این اصل، اصل عملی که فقط در صورت فقدان ادله اجتهادیه می توان بدان رجوع نمود نیست بلکه اصل به معنای قاعده و ضابطه هست که برای خروج از شمول آن باید مخصص و مخرج را اثبات و احراز نمود. بر این اساس هم پزشک و هم غیر پزشک در صورتی که ضرر و خساراتی را بر شخصی وارد نماید نسبت به آن ضمان دارد مگر این که تحت شمول یکی از عناوین مخصص قرار گیرد که در این نوشتار عنوان محسن محل بحث است لذا اگر در صدق عنوان محسن بر طبیب به هر دلیل شک شد نمی توان به براءت پزشک از این ناحیه حکم نمود.

## ۲- قاعده احسان

تحلیل مبانی و مفاد قاعده برای حل مسأله، لازم و ضروری است چراکه با تأمل در مبانی قاعده می توان قلمرو و شرایط جریان آن را تعیین و تحدید نمود که آیا فعل پزشکی و طبابت در قلمرو احسان قرار می گیرد یا خیر؟ مدعا این است که طبابت فعلی محسنانه و پزشک محسن است لذا نباید در برابر خسارت هایی که بدون تعدی و تفریط از ناحیه فعل او بر مریض وارد می شود، ضمان و مسؤولیت داشته باشد که البته بعد از تحلیل قلمرو قاعده بین مسؤولیت کیفری و یا مدنی باید تفکیک نمود.

## ۲-۱- مدرک قاعده

در باره مدرک قاعده فقها به کتاب و سنت و اجماع استناد می‌کنند.

در مورد کتاب آیه ۹۱ سوره توبه «لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَ لَا عَلَى الْمَرْضَى وَ لَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَ رَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ» مفسران برای آیه مذکور شأن نزولهای متعددی نقل کرده‌اند که حاکی از استیذان اشخاص از رسول اکرم برای شرکت نکردن در جهاد است. (طبرسی، ۱۳۷۲ش، ج ۵، ص ۹۱- جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۳۵۲) و در آیه کریمه نسبت به آنها به شرط تحقق موضوع، نفی سبیل شده است، آن چه قابل توجه است این که منظور و مراد از سبیل که در آیه شریفه نفی شده است چه می‌باشد؟

سبیل در لغت به معانی متعددی از جمله راه، سبب (فیومی، بی تا، ص ۲۶۵) حجت و برهان و مواخذه و عقاب آمده است. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۰)

که ظهور آیات بعدی هم همین است که سبیل به معنای عقاب و مواخذه را بر گروهی ثابت می‌داند. (فاضل مقداد، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۴۱۰)

آنچه مهم است این که فقیهان مورد را منحصص عموم آیه نمی‌دانند و ملاک را عموم آیه می‌دانند. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص ۳۷۳- سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۷- بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۰- فاضل، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۱)

و به لحاظ الفاظ آیه چون سبیل نکره‌ای است که در سیاق نفی قرار گرفته است دلالت بر عموم و استیعاب می‌کند بدین معنا که هیچ سبیلی بر محسن اعم از دنیوی و اخروی، وضعی و تکلیفی نیست. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص ۳۷۳- سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۷- بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۰- فاضل، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۱)

و بر همین اساس فقهای عظام در ابواب مختلف فقهی به آیه کریمه بر نفی ضمان استدلال کرده‌اند بدون این که خصوص مورد و یا نفی سبیل اخروی آنها را با شکلی مواجه نموده باشد.



«شیخ طوسی» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۰۹) «قاضی ابن براج» (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۴۸۸) «ابن شهر آشوب» (ابن شهر آشوب، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۸۸) «ابن ادریس» (ابن ادریس، ج ۲، ص ۳۷ و ص ۲۴۸-ج ۳، ص ۴۰۰) «فاضل آبی» (آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۱۲) «علامه حلی» (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۶۳-۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۶۵) «سید عمید الدین عمیدی» (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۶۷۴) «فخرالمحققین» (حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۲۲۰) و دیگر فقیهان در موارد متعددی به آیه شریفه برای نفی ضمان استدلال جسته‌اند لذا با توجه به این قاعده که خصوص مورد مخصص عموم وارد نیست و عمل فقیهان امامی در شمول قاعده نسبت به سبیل دنیوی و یا به تعبیری دیگر ضمان، شکی نیست.

هرچند به عنوان احتمال می‌توان مطرح کرد که دلالت سیاقیه آیه کریمه اگر مد نظر قرار گیرد به نظر می‌رسد که نکره در سیاق نفی، به نحو سلب کلی به گونه‌ای که سبیل را این گونه توسعه دهیم و همه نوع سبیل منتفی شود و نیز با سؤال مواجه باشد.

آیات مشابهی در قرآن کریم وجود دارد که سبیل در سیاق نفی و نهی قرار گرفته است که چنین عمومیتی با این سعه و گستردگی قابل برداشت نیست.

آیه ۳۴ سوره نساء می‌فرماید: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَ اللَّائِي تَحَافُونَ نُسُوزَهُنَّ فَعُظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا» یا آیه ۹۰ سوره نساء می‌فرماید: «إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَ بَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أُنْ يُفَاتِلُوكُمْ أَوْ يُفَاتِلُوا قَوْمَهُمْ وَ لَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتِلُوكُمْ فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُفَاتِلُوكُمْ وَ أَلْقُوا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا»

آیا می‌توان در این آیات نیز قائل به نفی سبیل به گونه مطلق شد.

مبنای دیگری که فقیهان برای قاعده ذکر کرده‌اند حکم عقل است بدین توضیح که عقل مواخذه محسن بر احسانش را قبیح می‌شمارد چراکه نوعی ظلم محسوب می‌شود. (فاضل، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۱- بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۲)

مثلاً اگر کسی ببیند مال دیگری در معرض تلف است و برای حفظ مال، آن را بردارد و در مکان مناسبی هم نگهداری کند و از قضا و به خاطر حوادث طبیعی مکان خراب شود و مال تلف شود آیا عقل به قبح ضمان و مسؤولیت چنین انسان محسنی حکم نمی‌کند؟

آن چه در تحلیل این دلیل می‌توان گفت این است که این گونه استحسان‌های عقلی در فقه نمی‌تواند ملاک جعل حکم قرار گیرد و باید برای اثبات یا نفی حکم به ادله محکم و اطمینان بخشی استدلال نمود. (فاضل، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۳)

دلیل دیگری که فقیهان برای اثبات قاعده ذکر می‌کنند اجماع است بدین توضیح که با تتبع موارد زیادی از جمله مستودعی که مال را در مکان مناسب نگهداری می‌کند سپس در جابجایی به مکانی که تصور می‌کند که بهتر است، متاع تلف شود حکم به عدم ضمان کرده‌اند. (فاضل، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۳)

ولی این گونه اجماعات چون مستند به آیه و یا روایت است و در اصطلاح مدرکی می‌باشد حجت مستقلی محسوب نمی‌شود. فقها اجماعات مدرکی و یا حتی محتمل‌المدرکیه را به علت عدم استکشاف قول معصوم از آن حجت نمی‌دانند. (شاهرودی، ۱۴۰۲ق، ج ۳، ص ۲۴۱/مروج، ۱۴۱۵ق، ج ۸، ص ۵۵۲)

بر این اساس در بین مدارک قاعده آیه شریفه قرآن و البته با تأملاتی که بیان شد و شهرت عملی فقیهان در استناد به آیه شریفه در مقام نفی ضمان باقی می‌ماند.

## ۲-۲- مفاد قاعده

برای حل مسأله ضمان پزشک به استناد قاعده احسان باید در چند محور تأمل و تحقیق شود.

نخست مفاد قاعده و تحلیل عنوان محسن و این که احسان چیست و محسن کیست؟ دیگر اینکه آیا اطلاق و استیعاب نفی سبیل چگونه و بر چه اساسی استفاده شده است؟ آیا همه انواع سبیلها از محسن نفی شده است که به استناد آن ضمان که یک حکم وضعی است نیز برداشته شود و محور سوم تطبیق قاعده بر پزشکی است و آیا عمل طبیب احسان و طبیب محسن محسوب می‌شود یا خیر؟

## ۲-۲-۱- استیعاب و شمول نفی

فقها برای اثبات این نکته که تمام آن چه که به نوعی سیل محسوب می‌شود از محسن، نفی شده است معمولاً می‌گویند که آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» دلالت بر عموم و استیعاب دارد بدین علت که سبیل نکره هست که در سیاق نفی قرار گرفته و وقوع نکره در سیاق نفی و نهی دال بر عموم و استیعاب است. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۰/فاضل، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۱) در تحلیل این مدعا باید به این پرسش اساسی پاسخ داد که این دلالت بر عموم از چه ناحیه‌ای قابل فهم و برداشت است. آیا وقوع نکره در سیاق نفی و نهی بالوضع دلالت بر عموم دارد یا بالقرینه.

گرچه اصل دلالت این سیاق و ترکیب بر عموم را مشهور پذیرفته‌اند ولی نکته قابل توجهی را آخوند خراسانی مطرح ساخته است که اگر این ترکیب یعنی وقوع نکره در سیاق نفی و نهی بخواهد مفید عموم باشد این دلالت منوط بر این است که طبیعت و ماهیتی که در حیز نفی و نهی واقع شده به گونه مرسل اخذ شده باشد نه مبهم و این ارسال ماهیت نیز موقوف بر تمامیت مقدمات حکمت

است که از جمله آن‌ها در مقام بیان بودن مولی و عدم وجود چیزی که صلاحیت قرینیت دارد، می‌باشد. (آخوند، ۱۴۱۵ق، ص ۲۵۴)

چند نکته در این مسأله باید مورد توجه قرار گیرد.

از جمله این که آیا این استغراق و استیعاب ربطی به نکره بودن دارد یا خیر؟ یعنی آیا نکره بودن موضوعیت دارد؟ به گونه‌ای که اگر معرفه در سیاق نفی و نهی قرار گیرد این استیعاب قابل استفاده نباشد.

آیا مفاد «لا تکرّم النحوی با لا تکرّم نحوياً» تفاوت دارد؟ (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱ق،

ج ۳، ص ۲۵۸)

آنچه در این خصوص اصولیان از جمله آخوند خراسانی گفته‌اند وجود قرینه عقلی است که بین وقوع طبیعت در سیاق نفی و وقوع آن در سیاق امر تفاوت قائلند و ارتباطی به نکره یا معرفه بودن آن ندارد.

و حتی اگر طبیعت معرفه هم در سیاق نفی قرار گیرد به کمک آن قرینه عقلی، استیعاب و عموم فهم می‌شود و سر آن هم تفاوت امتثال در امر و نهی است. چراکه مطلوب در اوامر، صرف ایجاد الطبیعه است که با یک بار محقق می‌شود ولی مطلوب در نواهی، اعدام طبیعت است و طبیعت معدوم نمی‌شود مگر به انعدام همه افراد آن. این قرینه عقلیه می‌تواند دلیل استیعاب و عموم در نفی و نهی باشد نه نکره بودن مدخول نهی و نفی!

این ادعا گرچه به لحاظ فنی با اشکال جدی مواجه است چراکه همچنانکه طبیعت با وجود یک فرد محقق می‌شود با اعدام یک فرد هم معدوم می‌شود و این نگاه اصولی مشهور یا مبتنی بر رأی رجل همدانی در باب نحوه وجود کلی طبیعی در خارج و رابطه با افراد است که این رابطه به نحو رابطه اب و ابناء می‌دانست نه رابطه آباء و ابناء. و یا با غض نظر از بحث فلسفی به فهم عرفی تکیه دارد.

به هر روی نتیجه گیری در خصوص این نکته فعلا مورد نیاز نیست چراکه ممکن است گفته شود به دقت عقلی این اشکال وارد است ولی باب دلالات باب فهم عرف است نه دقت‌های عقلی. (شاهرودی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص ۲۵۹)

چرا که این جواب خود دلیلی بر مدعای ما خواهد بود که این شمول و استیعاب که مفاد وقوع نکره در سیاق نفی است بالوضع نیست بلکه به کمک قرینه خواهد بود.

بر این اساس شمول و استیعابی که از این ترکیب فهمیده می‌شود، عموم نخواهد بود چراکه عموم یعنی کلمه‌ای وضعاً دلالت بر استیعاب و شمول نماید در صورتی که در این جا بالوضع نیست و این شمول در واقع مقابل بدلیت است نه به معنای عموم. و همانگونه که مرحوم آخوند خراسانی معتقد است با غض نظر از اشکال محقق اصفهانی و پذیرش اینکه که طبیعت لا تنعدم الا بجمیع افرادها باید گفت اولاً باید اطلاق و ارسال مدخول نفی و نهی را فهم نمود و بعد از اثبات اطلاق و ارسال آن طبیعت، ادعا نمود که وقوع آن در سیاق نفی مفید شمول و استیعاب است. لذا استفاده از اطلاق و ارسال طبیعت باید به کمک قرینه و مقدمات حکمت باشد. اگر مولا در مقام بیان نباشد یا قرینه صارفه یا محتمل الصارفیه مبنی بر عدم اطلاق و ارسال آن طبیعت باشد، نمی‌توان استیعاب و شمول را فهم نمود. (شاهرودی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص ۲۶۰)

با تحفظ بر این مطلب می‌توان ادعا نمود که با توجه به عبارتهای مشابه به این ترکیب در قرآن مجید و ملاحظه این شیوه بیانی قرآن، قرینه یا لا اقل محتمل القرینه بر عدم اراده عموم، استیعاب وجود دارد که برخی از این ترکیبها اشاره می‌شود.

آیه ۳۴ نساء می‌فرماید: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ

فَعْظُوهُمْ وَ اهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُمْ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا»

و در آیه ۹۰ می‌فرماید: «إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَ بَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَنْ يُقَاتِلُوكُمْ أَوْ يُقَاتِلُوا قَوْمَهُمْ وَ لَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتَلُوكُمْ فَإِنْ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَ الْفَوْأَ إِلَيْكُمْ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا»

آیا می‌توان وقوع این نکره‌ها در سیاق نفی و نهی را که از قضا سبیل هم هست، مفید عموم دانست؛ آیا می‌توان در آیه دوم معتقد شد که نفی سبیل از مومنین نسبت به کفار شده و مطلق سبیل را برداشته است؟ هیچ فقیهی به نفی مطلق سبیل مؤمن بر کافر فتوا نمی‌دهد و به این آیه استناد نمی‌کند، سر مطلب همان نکته اصولی است که به تفصیل گذشت، نه مفردات و نه هیئت ترکیبی جمله هیچ کدام مفید استیعاب نیست و اگر اطلاق و ارسال ماهیت نکره فهم شد آن گاه وقوع چنین نکره‌ای در سیاق نفی به قرینه عقلیه مفید شمول خواهد لذا اگر قرینه‌ای حاصل از سیاق کلام یا قدر متیقنی در مقام تخاطب و ... مبنی بر عدم لحاظ طبیعت به نحو ارسال و اطلاق بود که در آیه ۹۰ سوره نساء چنین قرینه‌ای وجود دارد، هیئت ترکیبی مفید شمول و استیعاب نخواهد شد چنان‌که این آیه همین طور است.

۲-۲-۲- احسان

یکی از نکات مهم تحلیل قاعده مربوط به بررسی حقیقت احسان است. محسن کیست و احسان چیست؟ چه فعلی عنوان محستانه به خود می‌گیرد تا با تحقق این عنوان بتوان به رفع ضمان حکم کرد.

احسان باب افعال از ماده حسن می‌باشد. حسن به معنای ضد قبح و جمال و زیبایی می‌باشد. (ابن اثیر، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۸۷-فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۴۳-جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۲۰۹۹)

در این که محسن فاعل احسان است یا فاعل حسن احتمالاتی مطرح است. در این که فعل حسن نیز چیست اختلاف است. مرحوم شهید در «تمهید القواعد» می‌نویسد:

«ذهب الجمهور إلى أنّ المباح حسن، وكذا المكروه؛ بناء على أنّ الفعل الحسن ما للفاعل القادر عليه العالم بحاله أن يفعله... و أما المحسن فهو فاعل الإحسان، و ذهب بعضهم إلى أنه فاعل الحسن أيضا... و فيه نظر، و إنما المتحقق منه فاعل الإحسان. يقال: أحسن يحسن فهو محسن، و أما الحسن ففاعله حسن أيضا». (عاملی، ۱۴۱۶ق، ص ۴۳)

طبق این نظر محسن به کسی می‌گویند که به دیگری احسان می‌کند نه کسی که فعل حسن و مباح و لازم انجام می‌دهد چراکه به کسی که فعل حسن انجام می‌دهد حسن اطلاق می‌شود نه محسن.

این نکته در تحلیل موضوع قاعده نقشی اساسی دارد. فقها در تفسیر ماهیت احسان که موضوع قاعده است اختلاف کرده‌اند که آیا وقوع فعل محسنانه یعنی احسان به تنهایی و لو این که قصد احسان نباشد کافی است و یا حتی در صورتی که فاعل به گمان خود اسائه می‌کند ولی در واقع احسان محقق می‌باشد محسن صدق می‌کند؟ یا اینکه صرف قصد احسان ملاک و موضوع است ولی ماهیت عمل موضوعیت ندارد بدین معنا که اگر کسی قصد احسان کند ولی از روی جهل عمل قبیح انجام دهد باز عنوان محسن بر او صدق کند.

و احتمال سوم اینکه محسن برآیندی از قصد احسان و فعل حسن است که اگر هردو با هم بود عنوان محسن صدق می‌کند و در غیر این صورت موضوع قاعده محقق نشده است.

برخی معتقدند که وقوع و تحقق فعل محسنانه برای تحقق موضوع لازم است و قصد احسان در آن نقشی ندارد چراکه ظاهر این است که هر عنوان و مفهومی که موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرد معنای حقیقی و واقعی آنها ملاک است. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۲)

در مقابل عده‌ای از فقها مثل صاحب «عناوین» (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۷) و «فاضل لنکرانی» (القواعد الفقهیه، ۱۴۲۵ق، ص ۲۸۸) معتقدند برای تحقق موضوع، فعل احسان باید مقرون به قصد احسان باشد یعنی هر دو عامل وجود داشته باشد. لذا اگر کسی به گمان این که احسان است فعل را انجام داد که در حقیقت احسان نباشد محسن محسوب نمی شود.

برخی دیگر از فقیهان نیز معتقدند که: «المراد بالمحسن من حصل منه الاحسان لا من قصد الاحسان». (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۵۸-۲۵۹، مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۱، ص ۱۵۲)

آنچه از جمع بندی کلمات فقهای عظام استفاده می شود این است که اگر یکی از محورها مفقود باشد در صدق عنوان محسن شک می شود و نمی توان از عموم ادله ضمان خارج شد لذا برای تحقق عنوان محسن که رافع ضمان باشد باید هم فعل در واقع حسن باشد و هم فاعل آن قصد احسان داشته باشد یعنی اگر قصد احسان در عملی که فی نفسه احسان است مفقود شود، در تحقق عنوان محسن شک می کنیم و نمی توانیم به قاعده احسان تمسک نماییم چنانکه خواهد آمد اگر طیب از طبابت قصد کسب درآمد داشته باشد نه قصد احسان آیا می توان او را مشمول قاعده دانست؟

نکته دیگری که در تحلیل ماهیت احسان باید بررسی شود این است که آیا احسان به معنای دفع و رفع ضرر از دیگری یا به معنای نفع رساندن به دیگری و یا اعم از هر دو می باشد.

احسان هم به لحاظ لغوی و هم در معنای عرفی خود شامل هر دونکته می شود فلذا باید گفت موضوع قاعده احسان اعم از نفع رساندن به دیگری و یا دفع ضرر از او می باشد گرچه عرف در دفع ضرر از دیگری در خصوص برخی موارد احسان را برجسته تر و ملموس تر می بیند ولی نباید مفهوم محسن را منحصر بدان دانست.

(بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۵-حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۶-فاضل لنکرانی،

۱۴۲۵، ج ۱، ص ۲۹۶)



گرچه صاحب عناوین عبارتی را از استادش نقل می‌کند که خلاف این ادعاست. ایشان می‌نویسد:

«و یخطر بالبال أن الشیخ الوحید الأستاذ فی أثناء الدرس صرح فی أثناء الکلام، أن قاعدة الإحسان تختص بصورة دفع المضرة و لا تشمل صورة جلب المنفعة». (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۷)

ولی با توجه به صدق عنوان محسن بر صورت جلب و ایصال منفعت و عدم صحت سلب از آن و نیز با توجه به استقراء در موارد فقه که فقها این صورت را نیز محسن دانسته‌اند نمی‌توان این نظریه را پذیرفت. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۷) (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۷) برای تفکیک بین فعل طیب در ایصال منفعت و یا دفع ضرر نباشد و اعمال جراحی که برای زیبایی انجام می‌پذیرد را با فرض پذیرش این که موضوع مصداق ایصال منفعت است مشمول عنوان دانست و اگر صدق احسان بر اصل عمل تشکیک نشود در شمول احسان نسبت به آن شکی نیست.

### ۲-۲-۳- سییل

محور دیگر قاعده که در تحلیل مسأله مؤثر است، بررسی مفهوم سییل است چراکه با ادعای نفی آن از محسن، ضمان و مسؤولیت برداشته می‌شود. ضمان یک حکم وضعی است در تعریف حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی نوشته‌اند: حکم تکلیفی انشائی است که به داعی ایجاد بعث و زجر یا ترخیص از مولی صادر می‌شود که به احکام خمس و وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه تقسیم می‌شود و هر حکم مجعولی که تکلیفی نباشد ولی موضوع حکم تکلیفی قرار بگیرد حکمی وضعی خواهد بود. (مشکینی، ۱۳۷۴ش، ص ۲۱)

در باره نحوه جعل احکام وضعی که آیا می‌توانند مجعول بالاستقلال باشند یا به نحو انتزاعی و به جعل تبعی مجعول می‌شوند بین اصولیان اختلاف وجود دارد. (غروی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۸۲)

آنچه مهم است تفاوت این دو حکم به لحاظ احکام است. چراکه در حدیث رفع نسبت به احکام وضعی شمول ندارد. گرچه حکم تکلیفی حرمت را از امثال صبی و مجنون و ... مرتفع می‌سازد ولی ضمان آنها را منتفی نمی‌سازد. (شاهرودی، ۱۴۳۱ق، ج ۱۱، ص ۱۷۲)

لذا اطلاق و شمول سبیل منفی در قاعده باید به گونه‌ای باشد که حتی حکم وضعی آن را بتواند نفی کند. گرچه سبیل به معنای راه، سبب، حجت و برهان (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۶۵-ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۳۱۹) و مؤأخذة و عقاب (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۰) آمده است.

ولی فقها سبیل را به معنای مطلق آن و اعم از دینوی و اخروی و ... گرفته‌اند و در واقع اثبات ضمان بر محسن را نوعی سبیل علیه او دانسته‌اند که طبق آیه شریفه باید نفی شود.

شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۰۹) قاضی ابن براج (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۸۸) ابن شهر آشوب (ابن شهر آشوب، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۸۸) ابن ادریس حلی (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۸) فاضل آبی (آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۱۲) علامه حلی (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۶۳) و فخر المحققین (حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۳۴۰) به استناد قاعده، ضمان را رفع کرده‌اند و در شمول سبیل نسبت به حکم وضعی ضمان تشکیکی ننموده‌اند.

بر این اساس اگر تشکیکی در شمول و استیعاب آیه شریفه به تحلیلی که در مباحث اصولی گذشت و با توجه به سیاق‌های مشابه صورت پذیرد، ظاهراً در فراگیری سبیل نسبت به ضمان از سوی فقها تشکیکی نشده است و پذیرفته‌اند که ضمان با نفی سبیل منتفی می‌شود و در واقع اثبات ضمان را به نوعی اثبات سبیل بر محسن دانسته‌اند.

## ۳- تطبیق قاعده بر پزشک

با توجه به مباحثی که در قاعده احسان گذشت این نکته باید بررسی شود که آیا فعل طبابت مشمول قاعده احسان قرار می‌گیرد تا ضمان پزشک مرتفع شود یا خیر؟

البته منظور ما در اینجا فعل پزشکی است که در طبابت خود حاذق و به اصطلاح دارای شماره نظام پزشکی است و از طرف دیگر تلاش خود را چه در مرحله تشخیص مریضی و چه در مرحله مداوای آن به انجام رسانده است و در واقع مرتکب تقصیر و تعدی و تفریط نشده است. اگر چنین فعلی موجب وارد آمدن خسارت و ضرر و نقصانی علیه بیمار شود آیا پزشک مسؤولیت و ضمان دارد؟ و البته در این نوشتار تنها و تنها از منظر شمول قاعده احسان مسأله بررسی می‌شود نه اینکه رأی نهایی به ضمان یا عدم ضمان داده شود. ممکن است به لحاظ قاعده احسان حکم به ضمان پزشک داد ولی عدم ضمان او را به لحاظ قواعد دیگر ثابت نمود.

آن چه دقت در مسأله را می‌طلبد این است که گرچه طیب قصد بهبودی و معالجه همه بیماران خود را دارد و در سوگند پزشکی خویش نیز متعهد به تلاش جهت بهبودی شده است ولی به هر حال در مقابل انجام عمل خود از بیمار اجرت و دستمزد دریافت می‌کند. آیا اخذ اجرت مانعی برای تحقق احسان خواهد بود یا خیر؟ این سؤال اصلی این پژوهش است و فرضیه‌ای که داده می‌شود این است که اخذ اجرت بر عملی آن کار را از شمول قاعده احسان خارج می‌کند و احسانی که رافع مسؤولیت است این است که کار صرفاً به خاطر رساندن نفع و یا دفع ضرر از طرف مقابل صورت پذیرد و منفعت مادی عامل و فاعل، مطرح نباشد.

گرچه فقیهان طبابت را از جمله مکاسب و مشاغلی می‌دانند که وجوب کفایی دارد و در صورت تعین به شخص خاصی تبدیل به وجوب عینی می‌شود لذا

اصل اخذ اجرت بر آن از آن حیث که اخذ اجرت بر واجب است محل بحث است.

فقیهانی از جمله «شهید ثانی» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۳۰) «محقق» صاحب شرایع (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۱) محقق کرکی (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۵) «مقدس اردبیلی» (اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۸۹) اخذ اجرت بر مطلق واجبات را ممنوع دانسته‌اند که در این صورت عمل پزشکی یک عمل تبرعی و مجانی خواهد شد ولی از سوی کثیری از فقیهان اخذ اجرت بر واجب به نحو موجه جزئیة البته با تفصیل متعدد و مختلف ممنوع تلقی نشده است. برخی واجبات توصلی یعنی واجبات توصلی کفایی که آن را در عداد واجبات نظامیه که حفظ نظام اجتماعی و معیشتی مردم بدان وابسته است یاد می‌کنند. به نظر بسیاری از فقیهان قابلیت اخذ اجرت دارند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۲۱-خویی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۶)

فارغ از اصل جواز اخذ اجرت به عمل طبابت که الان به عنوان یک قول مشهور می‌توان از آن یاد کرد تفاوتی که در مسأله محل بحث ایجاد می‌کند تغییر در صدق عنوان محسن است اگر طبق فقهای که قائل به حرمت اخذ اجرت‌اند و علی القاعده رابطه اجیر و مستأجر فاسد خواهد بود. صدق عنوان محسن با اشکال کمتری مواجه خواهد شد اما اگر اخذ اجرت را طبق قول دوم، جایز دانستیم که الان هم حرفه پزشکی همین گونه است و در قبال عمل خود، اجرت دریافت می‌کند آیا بازهم عنوان محسن صادق است؟

با تتبعی که در کلمات فقهای عظام صورت پذیرفت مشاهده شد که اخذ اجرت بر عمل آن را از عنوان احسان خارج می‌سازد و در واقع از نگاه فقیهان به خاطر تنافی بین اجرت و احسان، کسی را که در مقابل عمل خود و لو این که برای طرف مقابل هم حسن باشد، اجرتی دریافت می‌کند نمی‌توان محسن به لحاظ موضوع قاعده احسان شمرد. موضوع قاعده احسان آن گاه محقق می‌شود که

شخصی صرفاً عملی را به خاطر احسان به دیگری و بدون اجرت انجام دهد. این احسان صرف می‌تواند ضمان را برطرف نماید. به برخی از این کلمات اشاره می‌شود.

«فاضل هندی در «کشف اللثام» می‌نویسد: اگر کسی ناودانی در طریق معینی نصب کند و با سقوط آن کسی تلف یا مجروح شود آیا ضامن است یا خیر؟ عده‌ای از فقها از جمله شیخ طوسی قائل به ضمان‌اند و عده‌ای همچون شیخ مفید، ابن ادریس، محقق و سلار دیلمی قائل به عدم ضمان‌اند. عبارت این فقها در توجیه عدم ضمان این است که «لم یضمن بالمباح مما يحدث في الطريق و كونه سائغا شرعا فلا يستعقب ضمانا و لانه محسن و ما علي المحسنين من سيل».

گویی از نگاه این فقیهان محسن به فاعل حسن و مباح نیز صدق می‌کند. به هر حال استدلال اینان بر عدم ضمان این است که چون فعل نصب میزاب به لحاظ شرعی جایز است و فاعل آن محسن است لذا باید نفی ضمان از او نمود. کاشف «اللثام» در نقد این استدلال که محل شاهد ماست تمسک به قاعده احسان را جایز و صحیح نمی‌داند و می‌نویسد: «و فيه أنه محسن الي نفسه لا الي المجني عليه». (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۶۸)

در واقع ایشان برای صدق عنوان محسن، این نکته را شرط می‌داند که باید احسان به طرف مقابل بشود نه فاعل تا این که موضوع قاعده احسان محقق شود. گرچه احتمال دارد ادعا شود که قیاس مسأله با پزشک مع الفارق است چراکه در طبابت، احسان و منفعت برای هر دو طرف است نه صرف فاعل و پزشک ولی در این مسأله منفعت صرفاً برای فاعل است. ولی با توجه به مباحث بعدی فقها روشن خواهد شد که احسان به نفس و تعلق منفعت به فاعل و لو اینکه به طرف مقابل هم منفعت برساند، عمل را از شمول قاعده خارج می‌سازد.

«سید محمد جواد عاملی» هم عبارت مشابهی در نفی احسان دارد که «لانه محسن الی نفسه» (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص ۳۰۲)

صحیحه حلبی از حضرت صادق علیه السلام نیز می‌تواند به عنوان یک قاعده عمومی بر مدعای ما دلالت نماید.

«حلبی عن ابی عبدالله قال: سئل عن القصار یفسد قال کل اجیر یعطی الاجر علی أن یصلح فیفسد فهو ضامن». (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۴۱)

گرچه سؤال از خسارت قصار است ولی حضرت طبق یک قاعده کلی پاسخ می‌دهد که هر اجیری که دریافت اجرت می‌کند در قبال خسارت خود ضامن است.

در تحلیل بیان حضرت، دو نکته برای ضمان مطرح شده است یکی اعطای اجرت و دیگری افساد و اتلاف است. اگر بگوییم تمام ملاک برای ضمان، افساد و اتلاف است و اخذ اجرت موضوعیتی ندارد. این ادعا با ظاهر حدیث که اجیر را توصیف به اخذ اجرت می‌کند و به لحاظ اصولی تعلیق الحکم علی الوصف شده است که مشعر به علیت آن است سازگار نیست. مضافاً بر اینکه اگر مراد از افساد، اتلاف باشد که قاعده اتلاف خود دلیل مستقلی برای ضمان است و ربطی به اجاره و غیر اجاره ندارد و اگر تعمد و اتلاف مطرح شود ضمان قطعاً خواهد بود چه اجرت بگیرد و چه اجرت نگیرد.

لذا باید روایت به گونه‌ای تحلیل شود که اخذ اجرت موضوعیت پیدا کند بدین معنا که یفسد به تلف حمل شود نه اتلاف، یعنی در صورت غیر تعمد، اگر تلفی حاصل شود در صورتی که فاعل آن اجرت گرفته شود ضامن و اگر اجرت نگرفته باشد و تبرعی عمل انجام داده باشد، ضامن نباشد.

محقق سبزواری چنین برداشتی از روایت دارد. ایشان می‌نویسد: «مفهوم الخبر

یدل علی عدم الضمان علی المتبرع». (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۶۶۳)

یعنی اخذ اجرت و یا تبرعی عمل کردن در توجه ضمان مدخلیت دارد. فیض کاشانی نیز معتقد است که اگر کسی در عملی مستأجر شد و اجرت اخذ نمود نسبت به خسارتی که وارد می‌کند هرچند حاذق بوده و احتیاط هم کرده باشد ضامن است.

ایشان می‌نویسد: «اذا افسد الصانع و لو كان خطئا عمله اذا كان مستأجرا ضمن و لو كان حاذقا شدید البصیره او كان غير مفرط» (فیض کاشانی، بی‌تا، فیض، ج ۳، ص ۱۱۳) مقتضای مفهوم اذا كان مستأجرا این است که در صورت تبرع، ضمان نسبت به خسارات غیر عمدی مطرح نباشد پس اخذ اجرت یا تبرع در توجه ضمان نسبت به خسارت غیر عمدی مدخلیت دارد.

مرحوم محقق اردبیلی به گونه‌ای واضح در ذیل مسأله اشاره می‌کند:

«يدل علی ضمان الصائغ المفسد، الروایة، مثل حسنة الحلبي (لإبراهيم) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن القصار يفسد؟ فقال: كلّ أجبر يعطى الأجرة علی ان يصلح فيفسد، فهو ضامن. و يمكن إدخال الطبيب و البيطار الذين يريدان الأجر، و نحوهما فيها. و هي تدل علی عدم الضمان علی المتبرع، بالمفهوم». (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۷۳)

سخن «محقق اردبیلی» از چند منظر قابل توجه است. نخست این که تعمیم در موضوع قصار و صانع و این که می‌توان طبیب و بیطار را نیز بدان ملحق نمود و بر اساس عموم ضابطه نسبت به آنها تعمیم حکم داشت. این تصریح به خاطر این است که برخی از فقها طبیب را موضوعا قابل الحاق به صانع نمی‌دانند و در اطلاق لفظ صانع بر طبیب تشکیک می‌کنند. گرچه با فرض پذیرش این تشکیک در اطلاق، ملاک عموم تعلیل و قاعده و پاسخ امام می‌باشد نه خصوص سؤال راوی. نکته دیگری که در کلام ایشان بسیار حائز اهمیت است این است که طبابت با اخذ اجرت و طبابت تبرعی و مجانی را به صراحت تفکیک نموده اند و پزشکی که در مقابل عمل و فعل خود اجرت می‌گیرد را مثل صانع در قبال خساراتی که بر مریض وارد می‌شود و لو اینکه عمدی نباشد را به مقتضای منطوق روایت ضامن

می‌داند و به مقتضای مفهوم روایت، پزشکی که تبرعی طبابت انجام می‌دهد را ضامن نمی‌داند.

مورد دیگری که می‌توان به مدخلیت اجرت در ضمان اشاره کرد این است که ضمان قصابی است که ذبح غیر شرعی داشته است.

مرحوم «سید یزدی» می‌نویسد: «اذا استوجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه علي غير الوجه الشرعي بحث صار حراما ضمن قيمته بل الظاهر ذلك اذا امره بالذبح تبرعا».

تفصیلی که در ذبح به نحو تبرع و اجاره شده موید مدعای ماست. «شرح عروة» تصریح کرده‌اند که فتوای صاحب عروه مبنی بر ظهور ضمان در صورت تبرع با اشکال مواجه است چراکه اعطای اجر هم به مصلحت موجر و هم به مصلحت اجیر است در این صورت افساد در عمل موجب ضمان است بر خلاف صورت تبرع که فقط به مصلحت موجر است و دلیلی بر ضمان وجود ندارد. (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۷، ص ۳۰۲)

و بالاخره «امام خمینی» در تحلیل «صحیحه حلبی» می‌نویسد: «و معلوم أن الضمان لاجل الفساد من غير دخالة للاجيرية. نعم لا يبعد ان يستفاد من نحوها ان المصلح من غير اخذ الاجر اذا افسد من غير تقصير فهو غير ضامن لقاعدة الاحسان». (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۴۶۱)

ایشان گرچه ضمان در صحیحه را معلول افساد می‌داند و هر کجا اتلاف باشد ضمان هم هست ولی سخن در اتلاف نیست، سخن در ضمان نسبت به تلف است. آیا نسبت به خسارتهای غیر عمدی پزشک ضامن است. تصریح ذیل کلام ایشان، تأیید مدعا و فرضیه ما هست که اگر پزشک، طبابت بدون اجرت نماید مشمول قاعده احسان قرار می‌گیرد و نسبت به خسارتهای غیر عمدی ضمان نخواهد داشت.



عبارت‌هایی که از فقها عظام نقل شد به خوبی می‌رساند که ماهیت احسان با اخذ اجرت منافات دارد. فعلی را می‌توان احسان نامید که در آن عوض و اجرت دریافت نشود، اخذ اجرت با تحقق موضوع قاعده، ناسازگار است.

«شہید ثانی» در «تمهید القواعد» به تصریح می‌نویسد: «مقتضی الآیة انه اذا كان بغير جعل یكون محسناً».

اگر جعل و عوض مطرح نباشد محسن خواهد بود مفهوم آن این است که با اخذ جعل عنصر احسان محقق نخواهد شد. (عاملی، ۱۴۱۶ق، ص ۴۳)

آن‌چه باید مورد توجه کافی قرار گیرد این است که منازعه لفظی مطرح نیست که لفظ احسان چه جاهایی صدق می‌کند بلکه احسان مورد قاعده که نافی ضمان است با توجه به صحیح‌ه حلبی و متون فقها جایی محقق می‌شود که فاعل و عامل برای اخذ اجرت کار نکند و اگر فاعل سودی ببرد و ما به ازای عمل، جعل و اجر دریافت کند احسان به خود کرده گرچه برای طرف مقابل هم احسان محقق شود ولی نافی ضمان نخواهد بود چرا که تمام مشاغل این گونه است که طرفین قرارداد انتفاع خواهند برد و پزشکی هم مثل آنها خواهد بود.

در کلمات برخی از فقها تفکیکی بین محسنین اتفاق افتاده که این‌ها «احسان محض» را مطرح کرده و آن را نافی ضمان می‌دانند. «شہید ثانی» در «مسالک» (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۱۶۷) و صاحب «مدارک» (عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۴، ص ۳۹۶) محسن محض را مطرح کرده‌اند اگر این قید ایضاحی باشد که نیاز به بحث ندارد ولی اگر این قید احترازی باشد معنای آن این است که محسن محض که موضوع قاعده هست کسی است که منفعت بدو عود نکند و صرفاً برای منفعت یا دفع ضرر غیر عمل می‌کند که محض احسان است و شائبه انتفاع خود مطرح نیست. به هر حال همانگونه که «شہید ثانی» تصریح می‌کند و کیل اگر به جهت اخذ اجرت و کالت کند، قطعاً محسن نیست ولی اگر تبرعی و کالت نماید محسن خواهد بود. عبارت

ایشان این است: «الوكيل الذي يعمل بأجرة فليس بمحسن كي لا يكون عليه سيل». (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۷۳)

لذا پزشکی که در برابر فعل و عمل خود از مریض اجرت اخذ می‌کند قطعاً محسن نخواهد بود. و مثل بقیه مشاغل نسبت به خسارتهایی که غیر عمدی هم به مریض وارد می‌شود ضمان و مسؤولیت خواهد داشت و اگر بخواهد مسؤولیت و ضمان از پزشک منتفی شود، با تمسک به قاعده احسان نخواهد شد و باید سراغ بقیه طرق از جمله اخذ برائت از مریض رفت.

اگر این فرضیه که اخذ اجرت ماهیت پزشکی را از احسان خارج می‌سازد که به تفصیل مورد اثبات قرار گرفت و صحیحه حلبی و کلمات فقها نیز آن را به اثبات می‌رساند، به هر دلیل مورد تشکیک قرار گیرد بازهم در نتیجه تفاوتی حاصل نخواهد شد چرا که لااقل با توجه به همه این مباحث در صدق عنوان محسن بر طبیبی که بر طبابت اجرت اخذ می‌کند شک می‌کنیم و همین شک کافی است که شمول قاعده احسان نسبت به پزشک را منتفی سازد چرا که چنانکه در تأسیس اصل گذشت، مقتضای اصل و قاعده این است که همه در برابر خسارتهای خود ضامن‌اند که از آن به اصالة الضمان یاد کردیم. برای خروج از این اصل دلیل محکم و غیر قابل شکی لازم است تا با استناد به آن عدم ضمان را ثابت نماییم و قاعده احسان این نقش را برای پزشک ایفا نمی‌کند.

البته این مدعا در حوزه مسؤولیت مدنی پزشک مطرح است و رابطه قاعده احسان و مسؤولیت کیفری پزشکان خود به نوشته‌ای مستقل نیازمند است.

### نتیجه گیری

یکی از مباحث مهم در مسأله مسؤولیت و ضمان مدنی پزشکان برائت آنها نسبت به خطاهای غیر عمدی به استناد قاعده احسان است به این توضیح که چون فعل طبابت، احسان در حق مریض است و طبیب محسن محسوب می‌شود، مقتضای

قاعده نفی سبیل از محسن این است که پزشک نسبت به مریض ضمان نداشته باشد.

در این نوشتار به تفصیل مفاد قاعده مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت و با اثبات این نکته که اصل و قاعده در خساراتی که متوجه به غیر می‌شود ضمان است و برای خروج از این اصل باید دلیل محکمی ارائه شود و با تأمل در معنای احسان و طبق روایات و کلمات فقها روشن شد که اخذ اجرت و دریافت مزد با ماهیت احسان ناسازگار است و منظور از احسان که موضوع قاعده است عمل تبرعی و مجانی است لذا حرفه پزشکی امروز که در برابر فعل خود اجرت می‌گیرد مثل بقیه مشاغل نسبت به خسارت‌هایی که به دیگران وارد می‌سازد مسؤولیت و ضمان دارد و قاعده احسان مستمسکی برای رفع ضمان نمی‌باشد و باید برای رفع مسؤولیت به طرق دیگری مثل اخذ براءت از مریض و ... تمسک جست و نیز ثابت شد حتی اگر این فرضیه پذیرفته هم نشود، صرف تشکیک در صدق عنوان محسن بر پزشک شود نیز کافی است که رجوع به اصالة الضمان شود و پزشک را مسؤول دانست.

## فهرست منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا) النهاية في غريب الحديث و الأثر (۵جلدی). ج ۱، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰هـ) السرائر، (۳جلدی) ج ۲ و ۳، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ابن براج، عبدالعزیز، (۱۴۰۶هـ) المهذب (دوجلدی). ج ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن شهر آشوب، محمد بن علی (۱۴۱۰هـ) متشابه القرآن و مختلفه، چاپ اول، قم: انتشارات بیدار
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴هـ) لسان العرب، (۱۵جلدی) ج ۱۱. چاپ سوم، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ هـ) مجمع الفائدة (۱۴جلدی). ج ۸. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- اشتهاردی، علی پناه، (۱۴۱۷ هـ) مدارک العروه (۳۰جلدی) ج ۲۷. چاپ اول، تهران: دار الاسوة للطباعة و النشر
- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۱ هـ) مکاسب. (۳جلدی). ج ۱، چاپ اول، قم: منشورات دار الذخائر.
- آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷ هـ) کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. (۲جلدی). ج ۲، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- آخوند خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۱۵ هـ) کفایه الاصول (یکجلدی) قم: موسسه آل البيت (ع).
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، (۱۴۲۵ هـ)، کتاب القضاء (دوجلدی)، چاپ اول، قم: انتشارات زهیر.
- بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹هـ) القواعد الفقهیه (۷جلدی). ج ۴، چاپ اول، قم: نشر الهادی
- جصاص، احمد بن علی (۱۴۰۵ هـ)، احکام القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جمعی از پژوهشگران، (۱۴۲۳ هـ)، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (ع). (۱۱جلدی). ج ۴. چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ هـ) الصحاح (۶جلدی) ج ۵. چاپ اول، بیروت: دار العلم للملایین.
- حلی، تقی الدین بن نجم الدین، (۱۴۰۳ هـ) الکافی فی الفقه (یکجلدی). چاپ اول، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المومنین ع.
- حلی، مقداد بن عبد الله (۱۴۲۵ هـ) کنز العرفان فی فقه القرآن. (دوجلدی)، ج ۱، چاپ اول، قم: پاساژ قدس
- ، (۱۴۰۴ هـ) التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. (۴جلدی). ج ۴، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۰۸ هـ) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. (۴جلدی). ج ۴، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.

- ، (۱۴۱۲ هـ) منتهی المطلب. (۱۵جلدی). ج ۳، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
- ، (۱۴۱۳ هـ) قواعد الاحکام. (۳جلدی). ج ۲. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ، (۱۴۱۳ هـ) مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. (۹جلدی) ج ۹. چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ، (۱۴۱۴ هـ) تذکره الفقهاء. (۱۷جلدی). ج ۲-۹، چاپ اول، قم: موسسه آل البيت .ع
- ، (۱۳۸۷ هـ) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. (۴جلدی). ج ۴. چاپ اول، قم: موسسه اسماعیلیان
- خمینی، روح الله (۱۴۲۱ق) کتاب البیع، (۵جلدی) ج ۴. چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- ، (۱۴۱۸ هـ)، تحریر الوسیله. (یک جلدی)، چاپ اول، قم: دارالعلم
- خوانساری، سید احمد بن یوسف، (۱۴۰۵ق) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (۷جلدی). ج ۵. چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان
- خویی، ابوالقاسم، (۱۴۱۳ هـ) مصباح الفقاهه (۷جلدی) ج ۱. بی نا.
- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۷ هـ) فقه الامامیه، قسم الخیارات. (یک جلدی)، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری
- ، (بی تا) کتاب الغضب، (یک جلدی)، بی نا.
- سبزواری، عبدالاعلی، (۱۴۱۳ هـ) مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام (۳۰جلدی). ج ۲۸ و ۲۹. چاپ چهارم، قم: موسسه المنار
- سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ هـ) کفایه الاحکام، (۲جلدی)، ج ۱. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲) مجمع البیان، چاپ سوم، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ هـ)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. (یک جلدی). چاپ دوم، بیروت: دارالکتاب العربی.
- ، (۱۴۰۷ق) الخلاف، (۶جلدی). ج ۵. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ هـ) مسالک الافهام (۱۵جلدی) ج ۳. چاپ اول، قم: موسسه المعارف الاسلامیه

- (۱۴۱۶ هـ) تمهید القواعد (یک جلدی) چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
- عاملی، سید جواد، (۱۴۱۹ هـ) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (۲۳جلدی)، ج ۱۸. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ هـ)، وسائل الشیعه. (۳۰جلدی). ج ۲۹، چاپ اول، قم: موسسه آل البيت ع.
- عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ هـ) مدارک الاحکام (۸جلدی) ج ۴. چاپ اول، بیروت: موسسه آل البيت ع عاملی، محمد بن مکی، (۱۴۱۰ هـ) اللعه دمشقیه فی الفقه الامامیه (یک جلدی) چاپ اول، بیروت: دار الاسلامیه
- عمیدی، عمید الدین (۱۴۱۶ هـ) کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد (۳جلدی) ج ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- غروی، محمد حسین (۱۴۱۰ هـ) اجود التقریرات (یک جلدی) چاپ دوم، قم: کتابفروشی مصطفوی
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ هـ) القواعد الفقهیه (یک جلدی)، چاپ اول، قم: چاپخانه مهر
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ هـ) کشف اللثام (۱۱جلدی) ج ۱۱. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ هـ) کتاب العین. (۸جلدی). ج ۳. چاپ دوم، قم: نشر هجرت
- فیض کاشانی، محسن (بی تا) مفاتیح الشرایع (۳جلدی) ج ۳. چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی
- فیومی، احمد بن محمد (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر (یک جلدی)، چاپ اول، قم: منشورات دار الرضی
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها. (۴جلدی) چاپ دوم، تهران: شرکت انتشار کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ هـ) جامع المقاصد (۱۳جلدی) ج ۴. چاپ دوم، قم: موسسه آل البيت ع کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ هـ) الکافی. (۸جلدی) ج ۲، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- کیدری، محمد بن حسین، (۱۴۱۶ هـ)، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه. (یک جلدی). چاپ اول، قم: موسسه امام صادق علیه السلام
- مامقانی، محمد حسن (۱۳۱۶) غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب (۳جلدی) ج ۱. چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه
- مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ هـ) عناوین الفقهیه (۲جلدی) ج ۲. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- مروج، محمد جعفر (۱۴۱۵ هـ) منتهی الدرایه (۳جلدی)، چاپ سوم، قم: موسسه دارالکتاب.

مشکینی، علی (۱۳۷۴) اصطلاحات الاصول، چاپ پنجم، قم: دفتر نشر الهادی.  
نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ هـ)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (۴۳جلدی). ج ۲۶. چاپ هفتم،  
بیروت: دار احیاء التراث العربی  
هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۳۱ هـ) بحوث فی علم الاصول.(۷جلدی) چاپ اول، قم: دائره المعارف  
اسلامی  
-----، (۱۴۰۲ هـ) کتاب الحج (۵جلدی). ج ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه انصاریان

#### یادداشت شناسه مؤلف

حسین علی سعدی: استادیار و مدیر گروه فقه و رییس دانشکده الهیات، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران،  
ایران.

نشانی الکترونیکی: saadi@isu.ac.ir

تاریخ دریافت مقاله: ۸۹/۱۲/۱۵

تاریخ پذیرش مقاله: ۹۰/۳/۲۳