

## Fundamentals of quittance and responsibility in case of committing an error in Shiite Jurisprudence

Hosseinali Sa'di

Mohamad.H Ahmadi

Hossein khodayar

### Abstract

Saving patients' lives is an important duty for physicians. Regardless of the level of a physician's skills, there is always a possibility of damage or loss in patients' life. In jurisprudence, there is a dispute as to whether a physician is responsible if he commits medical mistakes in the course of treatment. Some scholars believe that a physician is always responsible for damages related to his professional mistakes whether he has obtained permission or not. They base their arguments on the generality of the related narrations of *ajir* (hired) and juridical rules such as *Itlaf* (destruction), *Tasbib* (causing damages), *La darar* (denegation of harmfulness) and *Qorur* (deception).

On the other hand, some others believe that physicians are never responsible for such damages. They base their arguments on the *Ihsan* (beneficence) rule and *Bara'ah* (quittance) principle. They argue that physicians have not undertaken achieving the improvement result and they are merely responsible for treatment of the patients.

According to *Bara'ah* principle, physicians could be released from such responsibility. In other words, they are always responsible unless they obtain quittance from their patients. This argument is based on the general rules of *al-osr wal-haraj* (denegation of hardships) in the society along with *Sokuni's narration*. In addition, the necessity of commitment to conditions is another reason for this argument. Exploring the grounds of responsibility (*al-ziman*) and the grounds for their release from *al-ziman* the latter argument proves to be more acceptable. Therefore physicians should

1. کارشناس ارشد معارف اسلامی و حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه امام صادق (علیه السلام).

Email: hossein.khodayar@gmail.com

(نویسنده‌ی مسئول)

obtain permission from the patients or their guardians before taking medical actions and also the veterinary should obtain quittance from the owner of animal. Theses evidences are stronger and they are not responsible after obtaining quittance.

#### Keywords

Physician, responsibility, quittance, permission, rule, *isqat, talaf, ihsan, ibra'*

## مبانی ضمانت و برائت پزشک در صورت ارتکاب خطا

### در فقه امامیه

حسینعلی سعدی

محمد حسن احمدی

حسین خدایار<sup>1</sup>

### چکیده

نجات جان بیمار از واجباتی است که خدا بر دوش پزشکان نهاده است. پزشک هر اندازه در طبابت‌ماهر باشد، اما همیشه احتمال خطا و وارد آمدن خسارت بر جان بیمار وجود دارد. در فقه، ضامن بودن یا نبودن پزشک در صورت ارتکاب خطاهای پزشکی مورد مناقشه است. شماری قایل به این هستند که پزشک همیشه و در همه حال، ضامن خساراتی است که به سبب خطای وی بر بیمار، وارد شده است؛ حال چه اذن گرفته باشد یا نه. اینان با تمسک به اطلاق احادیث اجیر و مستأجر احادیثی که وی را در همه حال ضامن می‌داند، همچینتمسک به قواعد فقهی، مانند قاعده‌ی اتلاف، قاعده‌ی تسبیب، قاعده‌ی لاضرر، قاعده‌ی غرور، وی را ضامن می‌دانند. در مقابل، شماری دیگر مبنا را بر مبرادانستن پزشک از هرگونه ضمان در همه حال می‌دانند. قاعده‌ی احسان و اصل برائت را، دلایلی بر برائت ذمه آنان می‌دانند. می‌گویند پزشک شرعاً موظف به درمان بیمار است، اما در این راه به حصول نتیجه‌ی بهبودی وی، متعهد نشده است. می‌توان پزشک را به مقتضای اخذ برائت از ضمان خلاصی داد. به عبارت دیگر، اصل بر ضامن بودن پزشک است، اما با گرفتن برائت از بیمار از دادن خسارت رهایی می‌یابد. مبنای برائت در اینجا، روایت سکونی و همچنین قواعد عمومی عسر و حرج در جامعه است. همچنین لزوم تعهد به شروط، از دیگر ادله‌ی این گروه است. با بررسی ادله‌ی ضمان و ادله‌ی رهایی آنان از ضمان، قول اخیر مقبول‌تر می‌باشد؛ لذا لازم است پزشکان قبل از درمان، از مریض یا ولی او و همچنین دامپزشک از صاحب حیوان، برائت کسب نمایند. این ادله از

قوت بیشتری برخوردار است و وی با اخذ برائت ضامن نمی‌باشد.

### واژگان کلیدی

طیب؛ ضمان؛ اذن؛ ابراء؛ قاعده؛ اسقاط؛ تلف؛ احسان

## مبانی ضمانت و برائت پزشک در صورت ارتکاب خطا

### در فقه امامیه

#### طرح مسأله

جامعه از بدو تکوین به طیب و طبابت به دیده‌ی احترام نگریسته، چراکه حفظ جانفرد و جامعه، از بزرگترین مصالح از منظر اسلامی است. شرع و قانون نسبت به این موضوع بی‌توجه نبوده و وظیفه‌ی خود دانسته که وظایف، روابط و حقوق بین بیمار و پزشک را تبیین نماید. از مهمترین مسایل در حقوق پزشکی، رابطه‌ی بین بیمار و پزشک و مسؤولیت پزشک در قبال بیمار است.

در پزشکی فرد نسبت به جان دیگری مسؤول است، اما پزشک هر اندازه در پزشکی ماهر باشد، همیشه احتمال خطا در پزشکی، جان و سلامت بیمار را تهدید می‌کند.

فقها در مورد ضمان پزشک خطا کار، دو دیدگاه عمده ارائه کرده‌اند: 1- ضمان پزشک در همه حال، به نحوی که حتی رضایت و برائت بیمار، او را از ضمان خلاصی نمی‌بخشد. 2- عدم ضمان پزشک: که خود دارای دو تفصیل است: الف) تفصیل اول: عدم ضمان پزشک در همه حال، حتی آن زمان که بدون اجازه مبادرت به مداوای بیمار می‌کند. ب) در تفصیل دوم: اصل بر ضامن بودن پزشک می‌باشد، اما پزشک با گرفتن برائت‌نامه از بیمار، خود را از ضمان خلاصی می‌بخشد. بنابراین سؤال اصلی تحقیق این است که آیا پزشک ماهر خطا کار، مسؤول اعمال خویش و ضامن جبران خسارات وارده بر بیمار می‌باشد یا نه؟

در دسته‌بندی متداول کتب فقهی، این مبحث غالباً در باب دیات و اجاره آورده

شده است و اگرچه مقالات خوبی در این زمینه نوشته شده است، اما بیشتر به جنبه‌ی حقوقی این مسأله متعرض و کمتر به ذکر ادله، نقد، جرح و تعدیل و تحلیل فقهی آنها - که مسأله‌ی مهم تحقیق می‌باشد - پرداخته‌اند. بر این اساس بخش عمده اطلاعات و اقوال بزرگان فقه، از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و استفاده از فیش‌ها و نمایه‌ها و نیز مطالعه مقالات مرتبط در حیطه‌ی موضوع تحقیق به روش تحلیلی - توصیفی گردآوری شده است.

### 1- کلیات و تعاریف

در فقه، پزشکی از علوم مباح و مشروع است و آموختن آن در حدّ نیاز، برای درمان بیماران، واجب کفایی می‌باشد. (انصاری، 1415 ق، ج 2، ص 129) بر پزشک، رسیدگی به حال بیمار واجب شرعی و بر بیمار نیز که از مکلفین به شمار می‌آید، مراجعه به طبیب، به خاطر وجوب عقلی و شرعی دفع ضرر از آدمی (فاضل مقداد، 1404 ق، ج 4، ص 469) و حفظ جان خویش، واجب می‌باشد. از جمله دلایل این مطلب، 1- آیه‌ی «و لاتلقوا بایدیکم الی التهلکه» (بقره/ 195) 2- حدیث «لا ضرر و لا ضرار» (کلینی، 1407 ق، ج 5، ص 292) و احادیثی دیگر از قبیل «تداووا فان الذی انزل الداء انزل الدواء» (الحمیری، 1379 ق، ص 52) و دلیل دیگر اجماع فقها بر تداوی و حفظ جان می‌باشد. (فاضل مقداد، 1404 ق، ج 4، ص 469)

بر اساس این ضرورت، در شریعت مقدس اسلام، پزشکی - که در قوانین موضوعه، تنها به عنوان «حق» شناخته می‌شود - در اسلام، نوعی واجب (کفایی) دانسته شده و مطابق قاعده‌ی فقهی «مَن لَه الغنم فَعَلِیْهِ الغُرم» منتفع این امر، مریض

و جامعه‌اند. (جعفری لنگرودی، 1370 ش، ص 787)

### کشف رابطه‌ی طیب و پزشک

در روابط مختلف، می‌توان شاهد کنش‌ها و واکنش‌های متفاوتی باشیم که هر کدام مسؤولیت‌های مختلفی را به همراه دارد. رابطه‌ی پزشکو بیمار، یا در قالب رابطه‌ی محسن و احسان شونده است (و این به سبب و جویی که اسلام بر ذمه‌ی پزشک گذارده می‌باشد) یا در قالب رابطه‌ی اجیر و مستأجر؛ که دلیل آنان، منافاتی است که بین اخذ اجرت و اخلاص‌عنوان کرده‌اند و یا می‌توان هم قایل به اجیر بودن و هم محسن بودن وی می‌باشیم.

#### 1-2-1 رابطه بین محسن و احسان‌شونده

از نظر فقهی، احسان را می‌توانیم به «ما یقابله العوض» و «ما لایقابله العوض» تقسیم کرد. قسم دوم بر دو وجه: الف) مجانی و ب) معاوضی می‌باشد. (طباطبایی حکیم، 1416 ق، ج 13، ص 291) هبه، نمونه‌ای از «احسان ما لایقابله العوض مجانی» و قرض و مانند آن، تحت عنوان «احسان ما لایقابله العوض معاوضی» قرار دارند.

از اختصاصات احسان معاوضی، درخواست اجرت برای انجام فعلی محسانانه است، بنابراین پزشک از زمره‌ی محسنینی است که در مقابل کارش عوض دریافت می‌کند. در این قسم از احسان، وجوب وفا به آن لازم است؛ کما اینکه عرف و سیره‌ی متشرعه این وفا را قبول دارد. (طباطبایی حکیم، 1416 ق، ج 13، ص 291)

بعضی از فقها، پزشکی را تنها از نوع «احسان ما لایق‌بله العوض مجانی» تصور کرده‌اند. این قسم از احسان، احسان محض شمرده می‌شود و دریافت اجرت به هیچ وجه جایز نیست. طبق این دیدگاه، عمل پزشک در صورتی مشمول قاعده‌ی احسان است که صرفاً به خاطر حس نوع‌دوستی و کمک باشد، اما اگر در مقابل آن اجرت اخذ شود - که امروزه اخذ اجرت، امری متداول در حرفه پزشکی است - در این صورت، قاعده‌ی احسان در آنها جریان ندارد. باید توجه داشت که اجرت‌گیری از سوی پزشک، در قبال عمل خود، منافاتی با ماهیت احسان ندارد، اما اینکه این پزشک، مشمول قاعده‌ی احسان است یا نه، مورد مناقشه است. خلاصه آنکه پزشک محسن است و می‌تواند اجرت نیز بگیرد؛ لکن مشمول بودن وی در ضمن قاعده‌ی احسان، مورد مناقشه است.

### 1-2-2-2-1 رابطه اجیر و مستاجر

پزشکی واجبی کفایی است و پزشک مکلف، ملزم است وظیفه‌ی شرعی خود را انجام دهد. گرفتن اجرت، منافات با امتثال امر برای خدا و قصد اخلاص دارد. در اینجا برای فهمیدن اینکه وجوب در طبابت مانعی بر گرفتن اجرت می‌باشد یا نه، به اختصار به تفصیلی که در مورد رابطه‌ی واجبات و اخذ اجرت بر واجبات آمده است، می‌پردازیم:

1- ممنوعیت اخذ اجرت بر واجبات به طور مطلق. (شهید ثانی، 1413 ق. ج 3، ص 130؛ حلی محقق، 1408 ق. ج 2، ص 11؛ مقدس اردبیلی، 1416 ق. ج 8، ص 89) در این دیدگاه، به نوعی حکم به فساد رابطه‌ی اجیر و مستاجر می‌باشد. به دیگر معنا حکم به عدم ضمان پزشک، به سبب مشمول قاعده‌ی احسان می‌باشد.

2- شیخ انصاری، جواز اخذ اجرت در واجبات توصلی و منع اخذ در واجب



تعبدی راه، از کتاب «مصاییح» فخرالدین حکایت کرده است. (انصاری، 1415، ج 2: 132) در این صورت، اگر دلیلی مبنی بر عدم ضمان طیب یافت نشد، می‌بایست حکم به ضمان وی نمود.

3- تفصیلی که علما بین واجبات عینی و کفایی و بین واجبات توصلی کفایی قایل شده‌اند، که در اولی منع و در دومی جواز اجرت گرفتن را تجویز کرده‌اند. طبابت و بسیاری از مشاغل که برای نظام معاش مردم، لازم می‌باشد، طبق این قول در قسمت دوم جای می‌گیرد، پس اجرت گرفتن در آن مشکلی ندارد. (طباطبایی، 1412 ق، ج 8، ص 83)

4- در این دیدگاه، اخذ اجرت در واجب تعبدی مطلقاً ممنوع است. واجب توصلی بر دو قسم واجب کفایی و عینی می‌باشد که اخذ اجرت در واجب کفایی، جایز و در واجبات عینیاگر وجوبش برای حفظ نظام یا ضرورتی باشد جایز و در غیر موارد مذکور، اخذ اجرت ممنوع شده است. (بحرالعلوم، 1403 ق، ج 2، ص 12)

5- تفصیل بین واجب عینی تعیینی و واجب کفایی تعبدی، که در هر دو اینها اخذ اجرت منع شده و بین واجب کفایی توصلی و واجب کفایی تخییری که اخذ اجرت را جایز دانسته‌اند. (انصاری، 1415 ق، ج 2، صص 136-135)

6- آخرین تفصیل این است که اخذ اجرت بر واجبات را مطلقاً جایز دانسته‌اند. این دسته از فقها، دلیلی بر عدم جواز اخذ اجرت بر واجبات و اتیان عمل مجانی نیافته‌اند. کلام در این است که بین دو مقام اخذ اجرت به خاطر وجوب عمل و اتیان عبادت، وجوباً یا مستحباً، منافات وجود دارد. با این حال منافاتی بین اخذ اجرت بر واجب به خاطر وجوبش و عبادت بودنش نمی‌باشد. (خویی، 1413 ق، ج 1، ص 460)

در ماحصل این استدالات دو دلیل عمده در حرمت اخذ اجرت در واجبات، ذکر

شده که پس از بیان دلایل به پاسخ آنان می‌پردازیم.

**استدلال اول:** اخذ اجرت بر واجبات حرام است؛ چرا که آن منافات با قصد قربت و اخلاص دارد. در پاسخ می‌توان گفت: اگر انجام واجبی، هیچ منفعتی برای پرداخت‌کننده نداشته باشد و تنها واجبی بر گردن انجام‌دهنده باشد، این‌گونه اجرت گرفتن باطل است، مانند آنجا که پدری به طفلش می‌گوید: اگر نماز ظهر بخوانی اجرتی نزد من داری! چرا که اکل مال به باطل است، اما از جهت قصد قربت، مانعی بر اداکننده‌ی واجب نمی‌باشد. ثانیاً: حکم به حرمت در اخذ اجرت در واجبات نه جامع است و نه مانع. به عبارت دیگر، این استدلال مانع مستحبات تعبدی نیست؛ چرا که مستحبات تعبدی نیز همراه با قصد قربت است. پس این استدلال جامع نیست، چرا که واجبات توصلی قصد قربت لازم ندارد، در حالی توصلیات - را که از واجبات هستند - می‌بایست حکم به حرمت داد. در نهایت اینکه، این استدلال اول فقط در مورد واجبات تعبدی و آنهم فی‌الجمله استوار است، اما در توصلی‌ها در مورد این حرمت جای شک و شبهه باقی می‌ماند. (انصاری، 1415 ق، ج 2، ص 129)

**استدلال دوم:** «اجتماع دو مستحق در حق واحد محال است.» این استدلال نیز خالی از اشکال نیست، اولاً: اجتماع دو مالک بر یک مملوک محال نیست؛ چرا که بین مالکیت خدا و انسان فرق است. مالکیت خدا و در همان زمان مالکیت انسان بر عملی با هم منافات ندارند. بنابراین اجتماع دو مالک بر یک مملوک محال نیست. ثانیاً: این استدلال فقط در واجبات عینی کاربرد دارد. چرا که در واجب کفایی، وجوب به فرد معینی نخورده است؛ بنابراین اجماع دو مستحق بر حق واحد، به وجود نخواهد آمد. انجام دهنده‌ی واقعی، شخص اجیرکننده است و اجیر فقط وجوب از او برداشته می‌شود؛ زیرا اجیرکننده که کار را به دست می‌گیرد، از

دیگران ساقط می‌شود.

بنابراین امروزه پزشکی را، که غالباً با دریافت اجرت همراه است، می‌توانیم یکی از مصادیق عقد اجاره و آثار و قواعد عقد اجاره را بین طبیب و بیمار بار کنیم. از جمله‌ی این قواعد، ضمان اجیر در صورت اتلاف است.

## 2- ضمان پزشک

عمل پزشک را از دو بُعد می‌توان مورد بررسی قرار داد: 1- از بُعد مهارت و مآذون‌بودن وی؛ 2- از بُعد مباشر یا غیرمباشر بودن پزشک.

در بُعد اول چهار احتمال، ممکن است: 1- پزشک مهارت لازم برای طبابت را دارد و اجازه مداوا را داشته باشد؛ 2- پزشک نه مهارت لازم و نه اجازه مداوا دارد. 3- پزشک ماهر می‌باشد، اما مآذون نمی‌باشد. 4- پزشک مهارت لازم برای مداوای بیمار را ندارد، اما اجازه‌ی درمان بیمار را دارد.

فقه‌های شیعه، پزشکانی که مهارت لازم برای طبابت ندارند را به طور مطلق ضامن دانسته‌اند. بنابراین، در حالات دوم و چهارم حکم به ضمان وی داده‌اند. در حالت سوم، هرگاه پزشک ماهر باشد، اما مآذون نباشد، طبیب ضامن می‌باشد؛ چرا که مصداق بارز فضولی و تعدی محسوب می‌شود. این حالت، به مانند این است که شخصی بدون اجازه، منزل فردی که در حال خراب‌شدن است، را تعمیر کند. در این حالت، تعدی در حق صاحب خانه محسوب می‌شود و تعمیرکار باید آنچه ساخته را دوباره خراب کند. از طرفی هم، او را می‌توان اتلاف‌کننده دانست، چرا که تنها با استناد تلف به شخص، قاعده‌ی اتلاف جریان پیدا می‌کند. علاوه بر این دلایل، روایاتی که در باب جنایات شبه عمد آمده، ضمان وی را ثابت می‌کند؛ چرا که اگرچه فعلی انجام داده است که عادتاً موجب تلف نمی‌شود، اما قصد انجام فعل را داشته است، حتی اگر قایل به روایت سکونیروایت من تطیب او

تبطیر فالیاخذ البرائة فهو ضامن بودیم، باز نیز ضمان از گردن طبیب خارج نمی‌شود. (آل راضی، 1417 ق، ص 135) در بُعد دوم مباشرت پزشک در طبابت مورد توجه قرار گرفته است. در این مقاله به دنبال دریافت ضامن بودن یا نبودن پزشکِ ماهرِ مأذون - چه مباشر و چه غیرمباشر - که بر اثر ارتکاب خطایی پزشکی، منجر به خسارت یا فوت بیمار شده، می‌باشیم.

### ضمان پزشک مباشر

برخی قواعد فقهی و حقوقی و آیات و روایات در اثبات ضمان پزشکی که به صورت مباشر اقدام به طبابت کرده است، دیده می‌شود از جمله‌ی این ادله:

#### 1-1-2 قاعده‌ی اتلاف

قاعده‌ی اتلاف عبارت «من أتلف مال غیره فهو له ضامن» شهرت یافته که رابطه‌ی اینزدیک با ضمان قهری دارد. در این قاعده، کسانی که موجب اتلاف مالی شوند و تلفرا بتوان به آنان نسبت داد و یا مال دیگران که بدون اجازه‌ی صاحب مال یا مخالف نظر شارع تلف کنند، ذمه‌ی آنان به عوض مال، مشغول می‌شود. (طوسی، 1387 ش، ج 7، ص 170؛ طرابلسی، 1406 ق، ج 2، ص 492؛ شهید ثانی، 1410 ق، ج 15، ص 383) مفاد این قاعده‌ی متصدیه، نه تنها مال، بلکه جان انسان‌ها نیز می‌باشد. ضمانت ناشی از اتلاف، جنبه‌ی موضوعی دارد؛ یعنی کافی است که شخصی خسارتی به دیگری وارد آورد تا ضمان در هر حالی بر گردن او ثابت شود؛ خطا و تقصیر، عمد و غیرعمد، تمیز و بلوغ و عدم آن، در ضمان بودن تلف کننده، نقشی ندارد و این، مورد اتفاق فقهای شیعه و سنی

است. (کاشف الغطا، 1359 ق، ج 1، ص 87؛ الزحیلی، 1405 ق، ج 5، ص 741) بنابراین لزومیندارد که تقصیر تلف کنند هم‌حاضر شود.

اگر پزشکی موجب تلف شدن جان یا نقص عضو شود، پزشک از مال خود، ضامن است؛ چرا که تلف مستند به فعل اوست. از طرفی در شرع اسلام، هدر و تلف جان مسلمان، با توجه به قاعده‌ی لایبطل دم امرء مسلم (کلینی، 1407 ق، ج 7، ص 142) نارواست. (نجفی، 1404 ق، ج 42، ص 45) از آن طرف، پزشک برای حفظ جان مسلمان قصد مداوای وی را کند؛ چرا که به عنوان مکلف، امر واجبی بر گردن وی بوده که می‌بایست به نتیجه مطلوب برسد. همچنین لاضرر حکم می‌کند که زیان وارد به بیمار، جبران نشده باقی نماند، (نجفی، 1404 ق، ج 42، ص 45) پس مانند این است که فعلش شبیه عمد باشد، هرچند احتیاط نماید و جدیت به خرج دهد و مریض نیز اذن به علاج داده باشد.

مخالفین قاعده‌ی اتلاف، با تمسک به قاعده‌ی احسان، پزشک محسن را غیر متلف می‌دانند. (حسینی شیرازی، 1409 ق، ج 90، ص 77) و این قاعده را حاکم بر قاعده‌ی اتلاف می‌دانند. بنابراین دلیل، محسنین غالباً تخصیص می‌خورند و از گروه متلفین خارج شده‌اند. اینان روایت سکونی که از امام جعفر صادق علیه‌السلام که از پدر بزرگوارشان نقل می‌فرمایند مؤید خویش قرار داده‌اند. در حدیث آمده: «أَنَّ رجلاً شرد له بعیران فأخذهما رجل فقرنهما فی حبل فاختنق أحدهما ومات، فرفع ذلك إلى علی (علیه‌السلام) فلم یضمنه»، وقال: «إنما أراد الاصلاح»، (یعنی: فردی به قصد احسان دو شتر را با یک طناب تغییر مکان می‌دهد، یکی از شترها در طناب اسیر می‌شود و خفه می‌شود. از امام علی علیه‌السلام سؤال می‌کردند که آیا فرد کمک‌کننده ضامن است یا نه؟ امام می‌فرمودند: «این فرد می‌خواست اصلاح کند». (حرعاملی، 1409 ق، ج 19، ص

(206)

در پاسخ به مخالفان جواب می‌دهیم: در حدیث سکونی، خفه‌شدن شتر به سبب عمل کسی که شتر را نگه داشته بود، نبوده، بلکه شتر خود حرکت کرده و موجبات خفه‌شدن خود را فراهم کرده است.

اما در مورد دیگر ادله مخالفین می‌توان پاسخ داد: قاعده‌ی اتلاف، اطلاق دارد و محسن و غیر محسن را شامل می‌شود. (طباطبایی، 1412 ق، ج 10، ص 339؛ شهید ثانی، 1410 ق، ج 10، ص 108؛ نجفی، 1404 ق، ج 43، ص 45) ادله‌ی این قاعده از جمله روایت «كَلَّ أَجِيرٌ يُعْطَى الْأَجْرَةَ عَلَى أَنْ يُصْلِحَ فَيُفْسِدَ، فَهُوَ ضَامِنٌ» (حرعاملی، 1409 ق، ج 13، ص 271) و روایات مشابه هر اجیری را ضامن تلفش می‌داند. بنابراین این قاعده بر عالم یا جاهل، غافل یا عامد، ناسی یا ذاکر، صبی یا بالغ و... جریان دارد. (کاشف الغطاء، 1359 ق، ج 1، ص 88)

ثانیاً: بیمار اجازه به معالجه می‌دهد نه اجازه‌ی تلف و نقص عضو یا قتل خود! و اگر پزشک ادعا کند که عملش شرعاً جایز بوده، باید در جواب بگوییم ممکن است عملی شرعاً جایز باشد، اما انجام آن فعلمسئولیت‌آور باشد، مانند آنجا که پدر علی‌رغم آنکه برای تأدیب فرزندان مجاز به استفاده از قدری از خشونت هستند، اما چنانچه تأدیب منجر به فوت و صدمه جسمانی فرزند گردد، مسؤول می‌باشند. (طباطبایی، 1412 ق، ج 10، ص 108؛ نجفی، 1404 ق، ج 42، ص 45) یا قاضی که به سبب حکم خطا، می‌بایست موجبات رد خسارت به مدعی یا منکر را فراهم آورد؛ یا آنجا که یابنده‌ای مالی را پیدا کرد، اما صاحب آن پیدا نشد و از طرف وی صدقه دهد، اگر صاحب به صدقه‌دهنده رجوع کند، باید عین یا مثل آن مال را

به صاحب اصلی بدهد.

## 2-1-2 قاعده‌ی لاضرر

اضرار و اتلاف، رابطه‌ی عموم و خصوص مطلق دارند. از جمله ادله‌ی ضمان، سیره‌ی عقلاست (خویی، 1413 ق، ج 1، ص 36) و ملاک و معیار آن، عرف است. بنابراین هر آنگاه که عرف، فعلی را مضر خواند، ضمان بر گردن ضررزننده ثابت می‌شود (رحمانی، 1376 ش، ص 275) و بی‌شک عرف خسارات پزشکی را، ضرر می‌داند. همچنین مطلق بودن الفاظ ضرر و ضرار در حدیث، می‌طلبد که ضررزننده، در صورت بروز موضوع ضرر، باید تن به ضمان دهد. اما بعضی از فقها، هر ضرری را ضمان آور نمی‌دانند. شیخ انصاری (انصاری، 1419 ق، ج 2، ص 534) و آخوند خراسانی، (خراسانی، 1409 ق، ص 382) لاضرر را به «احکام ضرری» یعنی عدم جعل حکم ضرری در اسلامو برخی چون امام خمینی (ره) (خمینی، 1395 ش، ص 55)، لاضرر را به «نهی سلطانی»، منحصر کرده‌اند.

اما باید مفاد این قاعده را، هرگونه ضرری دانست، یعنی ضرری که از نظر شارع بدون جبران رها شده باشد، در اسلام وجود ندارد. بنابراین لازمه‌ی نفی ضرر این است که شارع حکم به جبران ضرر دهد. بر اساس این مبنا، این حدیث از ادله‌ی قاعده‌ی اتلاف به شمار می‌آید. همانگونه که ایشان پیش از بحث لاضرر می‌فرماید: اگر کسی درب قفس را باز کند و پرنده بپرد، برائت جاری نمی‌شود، چون موجب ضرر است و داخل در قاعده‌ی اتلاف است. (انصاری، 1419 ق، ص 532) این مبنا، مبنای صحیحی است؛ زیرا بعد از نقد و بررسی مبانی دیگر فقهای دیگر می‌توان پاسخ‌های فراوانی برای آنها یافت، اما مشکل اصلی، حکومت قاعده‌ی اقدام بر قاعده‌ی لاضرر است؛ پس نمی‌توان از قاعده‌ی لاضرر استفاده

کرد.

### 2-1-3- قاعده‌ی غرور

منظور از قاعده‌ی غرور در یک تعریف آن است که، شخصی کاری انجام دهد که موجب وارد آمدن ضرربه دیگری شود، و متضرر شدن شخص دوم، به سبب فریب خوردن وی از شخص اول باشد؛ هر چند شخص اول قصد فریب دادن شخص فریب خورده را نداشته و حتی ممکن است خودش نیز فریب خورده یا ناآگاه بوده باشد. (بجنوردی، 1413 ق.، ج 1، ص 225) مطابق این تعریف، لازم نیست شخص اول، قصد فریب دیگری را داشته باشد. در تعریف دیگری از قاعده‌ی غرور آمده است: هرگاه کسی شخصی دیگر را فریب دهد و در نتیجه موجب تلف مالی گردد، باید از عهده‌ی ضرر، برآید. بنابراین میان فقها بر سر این که آیا در تحقق معنای غرور، علم و آگاهی غار شرط است یا نه، مورد اختلاف است.

در معنای لغوی غرور و غار نمی‌توان فهمید که غرور در حالت جهل یا عدم علم غار محقق شده یا نه، اما بر مبنای بنای عقلاء، حکم به ضمان غار (فریب دهنده) شده است؛ چرا که سبب اقوی از مباشر است. (فاضل لنگرانی، 1425 ق.، ص 223) در باب پزشکی، پزشک و بیمار از وقوع این خطا و غرور بی‌اطلاع هستند. این مسأله، ما را در مورد استفاده از قاعده‌ی غرور با مشکل روبرو می‌کند؛ چرا که در مورد ضمان غار نادان، تشکیک وارد شده است. تصور کنید پزشک ماهری، نسخه‌ای برای بیمار می‌نویسد و اعتقاد به مؤثر بودن آن دارد، اما هنگامی که بیمار به نسخه، عمل می‌نماید، خلاف نظر پزشک روی می‌دهد.

اما تحلیل معنای غرور، در قولی گفته شده است؛ غرور از جمله عناوین قصدیه‌ای، مانند بزرگنمایی و کوچک‌نمایی کردن، که تحقق این عنوان مبتنی بر



قصده عنوانی فریبنده باشد، نیست؛ بلکه غرور از عناوینی که مبتنی بر نفس فعل - که قصد در آنها دخالت ندارد - مثل عنوان ضرب، می‌باشد؛ طبق این حالت، اگر شخصی در حال خواب شیشه‌ای را بشکند، ضامن است؛ پس ظاهر معنای کلمه غرور، تحقق فریب است، اگرچه غارت جاهل باشد. اما مشکل اینجاست چگونه خدعه از جاهل سر می‌زند؟ (فاضل لنکرانی، 1425، ص 225) این ممکن نیست که بتوان فریب‌دادن را به جاهل نسبت دهیم. مؤید ما در باب تدلیس آمده است. اگر دختری عیوب خود را از دید دیگران پوشاند، به طوری که حتی ولیّ دختر از آن عیوب بی‌خبر باشد، ولیّ را متهم به تدلیس و پوشاندن عیب دختر نمی‌کنند. از این مورد می‌فهمیم، مدخلیت علم و جهل در معنای غرور و تدلیس، مستلزم بودن این عنوان، تحت عناوین قصدیه نیست. (فاضل لنکرانی، 1425 ق، ص 226)

اما از کلمه‌ی «یرجع» که در حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غره» آمده، چنین برداشت می‌شود که لفظ غرور عمومیت دارد. اطلاق شامل رجوع به مطلق غار؛ چه عالم چه جاهل می‌باشد، اما اگر قایل به این عمومیت نباشیم، فقط رجوع به غارت عالم جایز است.

نهایت آنکه صدق خدعه و تدلیس مشکوک است و با شک، نوبت به اصل عملی می‌رسد و آن، اصل عدم خدعه و تدلیس است.

به هر حال بحث غرور مورد اختلاف است. از طرفی آیت... حکیم (حکیمطباطبایی، 1426 ق، ص 269) مانند مرحوم فاضل بر گذاردن فرق بین عالم و جاهل نظر دارند؛ اما عده‌ای دیگر چون سید کاظم یزدی (یزدی، 1378 ش، ص 179) و مراغی (مراغی، 1417 ق، ص 323) همه را مشمول معنای غرور می‌دانند. اینان عقیده دارند بنای عقلا در ضمان غارت، فرقی میان صورت علم با صورت جهل

نمی‌گذارند. اینان غار جاهل را مستحقّ توبیخ نمی‌دانند و اما، وی را ضامن می‌دانند. (رحمانی، 1376 ش.، ص 195) اما مرحوم فاضل می‌فرماید: اگر غرور مدّلت به بنای عقلا بود، ظاهر، اختصاص ضمان فقط در صورت عالم بودن غارّ می‌باشد و آلا، فلا. (فاضل لنکرانی، 1425 ق.، ص 227) اگر دلیل غرور به اجماع بود، قدر متیقّن اجماع تنها در خصوص غرورِ غاری که عالمانه خدعه زده است، می‌باشد و اگر غرور مستند به اقواییت سبب از مباشر بود، در این صورت تمایزی برای برتری صورت علم یا جهل غارّ وجود ندارد. (فاضل لنکرانی، 1425 ق.، ص 226) پس در این حالت، اگر غرورِ غارّ جاهل، سببی اقوا از مباشر بود، قطعاً ضامن است.

#### 2-1-4-14 حدیث ضمان پزشک

#### 2-1-4-1-1 روایت حلبی

از بعضی روایات، مانند صحیح‌های حلبی، چنین برداشت می‌شود که هر اجیری، ضامن جبران خسارت به بار آورده، می‌باشد. در این روایت از امام صادق علیه‌السلام پرسیده شد: «سئل عن القصار یفسد، فقال: کلّ أجیر یُعطى الأجرة علی أن یصلح فیفسد، فهو ضامن» (حر عاملی، 1409 ق.، ج 13، ص 271) و از این قبیل روایات دیگری که در بر دارنده‌ی قاعده‌ی کلی «کلّ عاملٍ أعطیته اجراً علی أن یصلح فأفسد فهو ضامن» می‌باشند.

در مقام اشکال، اگر پزشک تبرعاً اقدام به طبابت کند، کار او نوعی احسان است و محسن ضامن نیست. (مقدس اردبیلی، 1416 ق.، ج 10، ص 73) خارج بودن پزشکانی محسن، نشان از این است که، این قاعده جامع و مانع نیست. آیت... مکارم، مورد این روایت و روایات مشابه را، تنها در صورت تعدّی و تفریط دانسته‌اند، ایشان می‌فرمایند: «انصاف این است که این روایات، ناظر به صورت تعدّی و تفریط می‌باشد.» (مکارم شیرازی، 1419 ق.، ص 48) بنابراین اگر جامعه‌شوی به وظیفه‌ی

خود به نحو احسن عمل کرد با این حال فسادى - مثلاً از ناحیه‌ی کهنگی لباس - عارض شد، جامه‌شوی یا خیاط تفریط نکرده است و وی بر مبنای این حدیث ضامن نیست. یا آنجا که فردی، چهارپایی را جهت حمل بار، کرایه می‌کند و چهار پا در راه پایش لغزیده، کالا از بین می‌رود یا معیوب شود، در این صورت، صاحب چهارپا، ضامن نیست. (کاشف الغطاء، 1359 ق، ج 2، ص 221)

قایلین به ضمان پزشک‌جواب داده‌اند: امین و محسن بودن، فقط باعث ضمان ید می‌شود، اما اتلاف هیچ ارتباطی با ضمان ید ندارد. تفصیل اینمباحث ذیل مداخل ابراء و سرایت در کتب فقهی آمده است.

همچنین می‌توان احسان طیب را از نوع معاوضی یا ما لایقابلة العوض (مجانى یا معاوضی) بنامیم. سخن مستشکلین در محدود کردن روایت به تعدی و تفریط مردود می‌باشد، زیرا روایت به صراحت اطلاق دارد و نمی‌توان بدون دلیل، گروهی را ضامن ندانست. در نتیجه اینکه، اطلاق این روایات، ضمان را به طور مطلق ثابت می‌کنند و برای خروج از ضمان، نیاز به دلیل خاص می‌باشد.

## 2-4-1-2 روایت سکونی

از جمله روایات دیگری که دلالت در خصوص ضمان پزشک دارد، روایت سکونی است: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من تطبَّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو له ضامن» (حر عاملی، 1409 ق، ج 29، ص 260؛ کلینی، 1413 ق، ج 9، ص 364؛ النوری الطبرسی، 1407 ق، ج 18، ص 324)

گفته شده است که روایت از ناحیه‌ی سند، دارای ضعف است؛ از شخصیت‌های غامض این روایت، إسماعیل بن ابی‌یاد السکونی می‌باشد. این راوی در کتاب الخلاصة الحلی به تصریح از اهل سنت (حلی علامه، 1411 ق، ص 199) و در

کتاب البرقی متهم به نقل روایات از اهل سنت است. (برقی، 1383 ش.، ص 28) در این بین، شهید ثانی و مجلسی اول فرموده‌اند: «سکونی، راوی سنی مذهب بوده و از عاقله روایت کرده و نوفلی، شیعه‌ای که در اواخر عمر خود، به غلو گراییده است.» (مجلسی اول، 1414 ق.، ج 1، ص 527) شهید ثانی در شرح لمعه با عبارت «الاولی الاعتماد علی الاجماع، لا علی روایه، لضعف سندها بالسکونی»، بر این امر تصریح فرموده‌اند. (شهید ثانی، 1410 ق.، ج 10، ص 110)

اما دیگر رجالیون، مانند شیخ الطائفه و ابن قولویه وی را ثقه دانسته‌اند. شیخ الطائفه در کتاب العده، اصحاب فقهای شیعه را از عاملین به روایات سکونی می‌داند. (خویی، 1418 ق.، ج 5، 166؛ حلی (محقق)، 1412 ق.، ج 3، ص 170) و ابن قولویه، رجالی نامی، در اول کتاب کامل الزیارات که روایات خویش را از ثقاتش ارائه می‌نمایند وی را از رجال خود درج می‌کند. (قمی، 1398 ش.، ص 98) مرحوم خویی نیز در کتاب فقه الشیعه (خویی، 1418 ق.، ج 5، ص 166) و معتمد الشیعه (خویی، 1410 ق.، ج 1، ص 80) به تبعیت از این بزرگان، سکونی را ثقه و نوفلی را علی الاظهر، ثقه دانسته است. میرزای قمی نیز سکونی را موثق دانسته است. (گیلانی، 1413 ق.، ج 3، ص 447) در مورد نوفلی بیشتر رجالیون و بخصوص ابن قولویه رأی به وثاقت وی داده‌اند. (خویی، 1413 ق.، ج 7، صص 122-123) ما نیز به تبعیت از این بزرگان، روایت را موثق می‌دانیم و در صورتی که حتی به این روایت خدشه‌ای وارد شود، ضعف روایت، به واسطه عمل مشهور فقها جبران می‌شود.

اشکال دلالی به حدیث: شاید این تصور شود که روایت ناظر به پزشک غیر ماهر است؛ زیرا نویسنده «دعائم الاسلام و مستدرک

الوسایل» در ادامه حدیث عبارت: (یعنی اذا لم یکن ما هراً) (التمیمی المغربی، 1383 ق، ج 2، ص 417) و (اذا لم یکن ما هراً) (النوری الطبرسی، 1407 ق، ج 18، ص 325) را آورده‌اند، اما آنچه ما در کتب معتبر حدیثی دیدیم، بدون اضافه بود و در کتب فقهی معتبر نیز، عین روایات بدون اضافات آمده است.

اشکالگرفته‌اند که روایت ناظر به اخذ برائت کلی است. بدین معنی که اگر حین درمان بیمار، خسارتی به بار آید، پزشک ضامن به شمار نیاید. بنابراین، پزشک برای رفع ضمان احتمالی، برائت می‌جوید و روایت می‌خواهد، مشروعیت آن را در ضمن قرارداد بیان و تأکید کند. (حسینی شیرازی، 1409 ق، ج 90، صص 81-80؛ مقدس اردبیلی، 1403 ق، ج 14، ص 23) اما این اشکال خود اقراری به اینکه پزشک ابتدائاً ضامن خسارات محتمل می‌باشد. بنابراین، از نظر دلالتی هم ضامن دانستن طبیب، از جمله تصریحاتی است که روایت بدان اشاره دارد.

### 2-1-4-3 روایت ختان

سکونی از امام صادق (ع) نقل کرده‌اند: «انّ علیاً علیه‌السلام ضمن ختّانا قطع حشفه» (حر عاملی، 1409 ق، ج 29، ص 261) بنابراین حدیث، هر پزشک مطلقاً ضامن است. اشکال کرده‌اند روایت تنها در مورد ختنه گرانی که در ختنه تعدی و تفریط کرده‌اند، می‌باشد. کما اینکه ابن ادریس این روایت را ناظر به پزشک مقصر می‌داند. ایشان گفته‌اند: کدامین پزشک متخصص، به جای بریدن قفله، حشفه‌ی پسر بچه را می‌برد، در حالی که این دو با یکدیگر بسیار متفاوتند! (حلی ابن‌ادریس، 1410 ق، ج 3، ص 373) در پاسخ به اشکال ابن ادریس از اطلاق روایت استمداد می‌جویم؛ چرا که در روایت هیچ سخن از تعدی و تفریط

نیست.

## 2-1-5 اجماع

غالب فقها با بیان الفاظی چون اتفاق اصحاب (حلی محقق، 1412 ق.، ج 3، ص 421)، الاشبه (حلی محقق، 1408 ق.، ج 4، ص 232)، لاخلاف (نجفی، 1404 ق.، ج 43، ص 46)، الاقوی (خمینی، 1418 ق.، ج 2، ص 560)، لم اجد خلاف (طباطبایی، 1418 ق.، ج 16، ص 374)، عدم خلاف (مقدساردییلی، 1403 ق.، ج 14، ص 227)، اجماعاً (فاضلمقداد، 1404، ج 4، ص 469)، الاقرب (خویی، 1410 ق.، ج 2، ص 221)، الاشهر و اجماع (شهیدثانی، 1413 ق.، ج 15، ص 327؛ شهید ثانی، 1410 ق.، ج 10، ص 110) راجع به ضمان پزشک اجماع کرده‌اند.

## 2-2 ضمان پزشک غیرمباشر

در بسیاری از امور پزشکی، پزشک رأساً اقدام به طبابت نمی‌کند، بلکه پرستار با کمک او یا حتی خود فرد، در روند مداوا نقش مؤثر دارند. سؤال این است که آیا این اشخاص، که به طور غیرمباشر در مداوا نقش دارند و تنها به عنوان فرمان‌بردار پزشک می‌باشند، ضمان بر گردن آنان ثابت خواهد شد یا نه؟ از جمله ادله‌ای که برای اثبات ضمان این گروه می‌آوریم، به شرح ذیل می‌باشد:

## 2-2-1 قاعده‌ی تسبیب

در مورد تعریف سببیت میان فقها و حقوق‌دانان تعریف واحدی وجود ندارد. فقها تعاریف گوناگونی از تسبیب ارائه داده‌اند؛ محقق حلی در شرایع در کتاب دیات

می‌گوید: «سبب چیز یا استکها گرو وجود نداشته باشد، تلف حاصل نخواهد شد، اما علت تلف چیز دیگری است». (محقق حلی، 1408 ق، ج 4، ص 1024) حقوق دانان در تعریف سبب گفته‌اند: «در تسبیبش خصبه طور مستقیم مباشر تلف کردن مال نیست و لیکن مقدمه تلف را اهرامی آورد». (کاتوزیان، 1386 ش، ص 216)

ملاک در تشخیص اتلاف به صورت تسبیب عرف است و از این رو باید آن را به عرف واگذار کرد. (نجفی، 1404 ق، ج 37، صص 51-50؛ الحسینی المرآی، 1417 ق، ج 2، ص 435؛ مکارم شیرازی، 1379 ش، ج 2، صص 207-205) منشأ ضمان - طبق نصوص و فتاوا - تحقق اتلاف است و ملاک و معیار آن، صدق عرفی خواهد بود. از نظر عرف، گاهی متلف بر سبب و مباشر هر دو صدق می‌کند و گاهی فقط بر مباشر و نه سبب، گاهی فقط بر سبب و نه مباشر.

در روایات، تسبیب به معنی ایجاد چیزی که تلف به وسیله‌ی آن - ولو به واسطه‌ی چیز دیگری - حاصل شود تعریف شده؛ خواه آن سبب همانند کندن چاه، دخالتی در علیت علت داشته باشد یا مانند فریب دادن و اجبار دخالت در وجود علت داشته باشد. اما این برداشت درست نیست؛ زیرا بدیهی است که آنچه از روایات به دست می‌آید، خصوص بعضی مصادیق است و مراد آنان از این تعاریف، ضبط موارد ضمان در روایات می‌باشد. علاوه بر این که سبب نزد عرف مفهوم روشنی ندارد و چه بسا اسم سبب بر موردی اطلاق شود که عدم ضمان در آن معلوم است.

در مقایسه بین نظر فلسفی و عرفی تسبیب می‌توان گفت: از جهت تعریف فلسفی تفاوتی بین کندن چاه در ملک خود و ملک دیگری از نظر سببیت نیست، ولی از آنجا که در مورد اول، صاحب ملک، خود اوست، می‌تواند هرگونه تصرفی در آن داشته باشد و دیگران حق داخل شدن در ملک او را بدون اجازه وی

ندارند. به خلاف کردن چاه در ملک دیگری، اگر شخصی یا حیوانی وارد ملک دیگری شود و درون چاه سقوط کند، قطعاً تلف به او نسبت داده نمی‌شود و از نظر عرف و عقلا، تلف به کسی که داخل در ملک شده، نسبت داده می‌شود، اما در صورت دوم کردن چاه در ملک دیگری یا در مسیر عمومی تلف به خود وی نسبت داده می‌شود. این مسأله عقلی نبوده و منظور از اصطلاحات علت و سبب، معانی فلسفی آنها نیست، بلکه این مسأله عرفی است و مقصود از تسبیب، انتساب تلف به مسبب تلف و استحقاق دریافت خسارت از تلف کننده می‌باشد. طبابت نیز از این گروه مستثنا نیست و انتساب تلف به پزشک در صورت غیر مباشر بودن به نظر عرف و عقلاء بستگی دارد.

اتلاف تسبیبی به لحاظ نوع سبب و چگونگی، انواع مختلفی دارد؛ یکی از انواع آن، اتلاف به سبب سرایت است. مقصود از این نوع اتلاف، آن است که انسان کاری را انجام دهد که مستقیماً باعث تلف نمی‌شود؛ مانند عمل جراحی یا ختنه کردن که پزشک جهت معالجه مریض انجام می‌دهد، ولی بر اثر جراحی و ختنه، محل آن ملتهب شده و عفونت کرده و به دیگر اعضای بدن سرایت می‌کند و در نتیجه سبب مرگ انسان یا تلف عضوی از اعضای وی می‌گردد. (هاشمی شاهرودی، 1386 ش.، ص 192)

## 2-2-2 قاعده‌ی غرور

در ناحیه‌ی پزشک غیر مباشر - که طبابت دوران معاصر نیز به این گونه می‌مانند - استناد اتلاف امر عرفینه حقیقی است. در این حالت، کلام از اقوایت سبب از مباشر مطرح است و قاعده‌ی غرور جایگاهی ندارد.



### 3- ضمناً بودن پزشک از دادن ضمان

می‌توان برائت پزشک را از دو زاویه مورد بررسی قرار داد؛ در زاویه اول، امر پزشکی، از اموری است که فرض ضمان برای آن محالست. اما در زاویه دوم، ابتدائاً پزشک را، مسؤول اعمالش می‌دانیم، اما به دنبال راهی برای خلاصی وی از ضمان هستیم.

### 3-1-1 عدم ضمان پزشک مطلقاً

در این دیدگاه، چنانچه پزشکی متخصص و حاذق، با رعایت اصول و مقررات فنی، بیماران را درمان کند، پزشک به هیچ وجه ضامن خسارات وارده نیست؛ چه بدون اجازه اقدام به مداوا کرده باشد چه با اجازه؛ چه اخذ برائت، چه بدون آن. پیشروان این نظریه ابن ادریس حلی است. ادله‌ی این دیدگاه از این قرار است:

### 3-1-1-1 قاعده‌ی احسان

موضوع قاعده‌ی احسان، شامل رساندن نفع یا دفع ضرر از غیر می‌باشد. (فاضل لنکرانی، 1425 ق، ج 1، ص 296؛ بجنوردی، 1419 ق، ج 4، ص 15) عرف نیز این شمولیت را دریافته و احسان را هم در دفع مضرت و هم جلب منفعت دانسته است. اما گاهی بعضی از بزرگان چون وحید بهبهانی، قاعده‌ی احسان را، تنها به صورت دفع مضرت، اختصاص داده‌اند. جلب منفعت به نفع کسی را احسان نمی‌دانند! (الحسینی المراغی، 1417 ق، ج 2، ص 477) بطلان این کلام واضح است؛ چراکه با لفظ احسان مطابقت ندارد، زیرا رساندن نفع در آن واضح‌تر از دفع مضرت است و تخصیص به دفع مضرت، وجیه نیست.

برای اعمال قاعده‌ی احسان باید هم فعل، فعلی نیکوکارانه باشد و هم مقرون به قصد احسان باشد. (الحسینی المراغی، 1417 ق، ج 2، ص 478) زیرا برطبق نظر عرف،

مردم تنها کار فردی را که قصد احسان دارد و در واقع نیز احسان باشد، احسان می‌دانند. نظر «محقق بجنوردی» که وقوع احسان را در تنها در وقوع احسان - به سبب معنای واقعی احسان که متفاهم عرفی نیز این می‌باشد - می‌داند. (بجنوردی، 1419 ق، ج 4، ص 12) مورد اشکال است، زیرا قصد احسان از ارکان جداناپذیر احسان می‌باشد؛ چراکه همان عرف که محقق بجنوردی از آن سخن به میان آورده‌اند، غیرقاصد را محسن نمی‌دانند، مانند آنجا که فردی دیوار خانه‌ای را به قصد اذیت خراب کند، اما در عمل، این اقدام به نفع صاحب دیوار شود، در اینجا کسی به این شخص محسن نمی‌گوید و مشمول قاعده‌ی احسان قرار نمی‌گیرد؛ پس نتیجه می‌گیریم که اعتبار قصد و وقوع احسان، با هم خطاب فعلی به احسان لازم است.

حال که با ماهیت احسان آشنا شدیم، این سؤال پیش می‌آید که آیا هر فعل نیکوکارانه‌ای ضمان از آن ساقط می‌شود یا نه؟ گفتیم که موضوع قاعده احسان دو دسته است: الف) مواردی که احسان در جهت دفع مضرت از دیگری است. ب) مواردی که احسان در جهت جلب منفعت به دیگری است. (فاضل لنکرانی، 1425 ق، ج 1، ص 298؛ بجنوردی، 1419 ق، ج 4، ص 16)

در قسم اول، اگر محسن به خاطر دفع مضرت، ضرری مالی بر نیکوشونده وارد کند که آن ضرر کمتر یا مساوی از ضرر مالی که وارد می‌شد بود، این فرد ضامن نیست. (بجنوردی، 1419 ق، ج 4، ص 17) از جمله این موارد: الف) اگر لباس فردی آتش گرفته باشد و حفظ و نجات فرد در پاره کردن و اتلاف لباس باشد.

ب) اگر فردی در حال غرق شدن است و نجات وی متوقف بر اتلاف بعضی

وسایل و تأسیسات باشد و مانند این مثال‌ها. (هاشمی شاهرودی، 1388 ش، ج 7، ص 40)

در این مثال‌ها، اذن شارع ملاک ضامن نبودن این افراد می‌باشد. اذن به فعلی یا وجوب در امری باعث ساقط شدن ضمان از فاعلین می‌باشد؛ مانند آنجا که فعلی برای حفظ نفس انسان‌ها صورت گیرد؛ به عبارت دیگر، در مواردی که اذن شارع و یا وجوب شارع در انجام دادن امری باشد، برائت آنان از ضمان، به خاطر ماذون و یا مکلف به این انجام آن فعل بوده‌اند، می‌باشد و اصلاً قاعده‌ی احسان در اینجا جایگاهی ندارد. در موارد و مثال‌های بالا، نیکوکار بدون اجازه اقدام به فعلی کرده است، در پزشکی و اموری مانند مثال‌های بالا، شارع با امر به حفظ نفوس، اذن به دست بردن در جسم فرد را داده است، البته مقدمات این واجب، ضمان‌آور می‌باشند. نهایت آنکه در این موارد، قاعده‌ی احسان جایگاهی ندارد.

قسم دوم افعالی هستند که در جهت جلب منفعتند و ضمان آنان مورد بحث است:

1- اگر کسی اقدام به حفر قنات و یا اصلاح چاه خشکیده‌ای برای صاحب قناتی نماید، اما این اقدام وی منجر به تخریب قنات و چاه شود، این شخص ضامن خسارت وارد آورده نمی‌باشد.

2- اگر شخصی به قصد احسان و ازدیاد مال شریکش، با مال شریکش اقدام به تجارت کند، اما تجارت وی منجر به بروز خسارت شد.

در مثال دوم، حکم به ضمان می‌دهیم، با این که این افراد محسن می‌باشند. فرق مصداق اول با مصداق دوم در این است که در اولی، اجازه در تصرف وجود دارد، در حالی که این امر در مصداق دومین امر دیده نمی‌شود. این مسأله در باب لقطه

نیز می‌باشد؛ در باب لقطه، حکم شده اگر صاحب مال، بعد از یک سال به یابنده مراجعه نکرد، یابنده از طرف صاحب مال صدقه دهد، اما شارع در عین حال فرموده «اگر صاحب مال بعد از یک سال مراجعه کرد و درخواست دریافت مال گمشده‌اش را کرد، یابنده ضامن پرداخت مال می‌باشد» (هاشمی شاهرودی، 1388 ش، ج 7، ص 42)

در مورد پزشکی، عمل پزشک، احسانی از نوع دفع ضرر می‌باشد و در عرف، نیکو و به سود عموم است و احسان از عناوین قصديه است. (محقق داماد، 1370 ش، ص 274) حتی پزشکی، مرکب از دو عنصر قصد احسان و تحقق نیکی است. حال اگر حین عمل پزشکی، اتفاقی از سوی پزشک روی داده و منجر به خسارت شود، این قاعده به یاری او نمی‌آید و او را مبری از ضمان نمی‌کند. علاوه بر مصادیق ذکر شده، دلایل و نصوصی بر ضمان پزشک پیدا کرده‌ایم، مانند عموم قاعده‌ی «لایبطل دم امرنی مسلم»، که دیه را ثابت می‌کند و قاعده‌ی اتلاف که شامل محسن و غیر محسن می‌شود. نصوصی چون عموم روایات اجیر و روایت سکونی و غیره علیه قاعده‌ی احسان موضع گرفته‌اند.

### 3-1-2 اصل براءت

بر مبنای این اصل، هنگامی که شک داریم که پزشک ماهر، در صورت خطا در طبابت، ضامن است یا نه، اصل بر براءت ذمه‌ی اوست، اما بر اهل فن مخفی نیست که با وجود ادله‌ی لفظیه، نوبت به اصل عملی از قبیل اصل براءت نمی‌رسد و تمسک به اصل براءت، با وجود دلیل اجتهادی بر اشتغال ذمه، بی‌جاست؛ زیرا در این مورد اصل جاری نمی‌شود. نکته دیگر آنکه، نمی‌توان گفت اصل اولی در مال و جان مردم براءت است، بلکه باید گفت اصل ضمان است، مگر این که نصی

برائت ذمه را ثابت کند.

### 3-1-3 قاعده‌ی اذن و جواز شارع

اگر پزشک، از بیمار و یا اولیای او اذن به درمان بگیرد، حتی اگر درمان او منجر به فوت و یا خسارت جانی شود، پزشک مسؤول نمی‌باشد. (کاشف الغطاء، 1359 ق.، ج 2، صص 219-221؛ اصفهانی، 1409 ق.، صص 284-285)

اما مسأله‌ی سقوط ضمان به وسیله گرفتن اذن از بیمار یا ولی او، مسأله‌ای پیچیده می‌باشد، تا آنجا که فقهای بزرگی چون محقق حلی در شرایع، (حلی، 1410 ق.، ج 2، ص 222) شیخ بهایی در جامع عباسی (بهایی، 1319 ش.، ج 2، ص 438)، آیت‌... خوئی (خوئی، 1410 ق.، ج 42، ص 273) در این مسأله به دید تردید نگریسته و در تعیین تکلیف ضمان این پزشکان اظهار تردید، کرده‌اند.

در تحلیل این دلیل، باید گفت: بین اذن و ضمان منافاتی نیست. اذن بیمار، اذن به درمان کردن است و هیچ بیماری اذن قتل و یا نقص عضو خود را اذن نمی‌دهد. عرف نیز، این تحلیل را قبول می‌کند؛ زیرا اذن، رخصت در تصرف است و در آن صحبتی از اینکه ضمان به همراه می‌آورد یا نه، به میان نیامده است. بنابراین قاعده‌ی اذن می‌گوید؛ طیب تنها حق تصرف در بدن بیمار را دارد و استفاده از لوازم آن، مانند استفاده از بیهوشی، تیغ جراحی و... مأذون است، نه آنکه بیمار اذن در تلف جان خود و نقص عضو خود را داده باشد.

از دیگر ادله‌ی برائت پزشک از هرگونه ضمان، جواز شارع است؛ یعنی هرآنچه را شارع جواز انجام آن را صادر کرده است، ضمانی از آن حیث بر گردن انجام‌دهنده نخواهد بود. طبق این بیاناز آنجا که پزشکی، امری مباح و جایزی - بلکه واجبی کفایی- است، اگر پزشک خطا کرد نباید او را مؤاخذه کرد؛ به

عبارت دیگر، نباید کاری که عقلاً و شرعاً مجاز و مشروع است، ضمان آور باشد. این دلیل نیز ردّ می‌شود؛ چراکه گرچه در غالب موارد، کاری که شرعاً مجاز است، ضمان آور نیست، اما این کلام کلیت ندارد؛ زیرا اموری مانند قضاوت، تأدیب کودک توسط پدر یا معلم (العاملی، 1418 ق، ج 7، ص 265؛ شهید ثانی، 1413 ق، ج 15، صص 327-328) یا صدقه دادن یابنده‌ی مالی در باب لقطه و غیره، شواهدی بر این قول است که آنچه که جایز است، ممکن است ضمان آور نیز باشد.

### 3-1-4 روایات وارده در منع ضمان طیب خطا کار

الف. اسماعیل بن حسن می‌گوید: (به امام صادق(ع) گفتم: عربی هستم که به دانش پزشکی آشنا و در عوض آن، پولی نمی‌گیرم. حضرت فرمودند: «مانعی ندارد.» گفتم: من زخم را شکافته، با آتش می‌سوزانم؟ فرمود: «اشکال ندارد.» عرض کردم: ما برای بیماران، این داروهای سمی را تجویز می‌کنیم؟ فرمودند: «اشکالی ندارد.» گفتم: شاید بیمار بمیرد. فرمودند: «حتی اگر بمیرد.» (حرعاملی، 1409 ق، ج 17، ص 167؛ کلینی، 1407 ق، ج 4، ص 193)

ب. یونس بن یعقوب می‌گوید: (به امام صادق(ع) عرض کردم: مردی، دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می‌کند و ممکن است از آن دارو و یا قطع رگ، نتیجه بگیرد و یا آن دارو و قطع رگ بیمار را بکشد؟ حضرت فرمودند: «می‌تواند رگ را ببرد و دارو را تجویز کند.» (کلینی، 1407 ق، ج 6، ص 53) همه این روایات دلالت بر آن دارد که پزشک در قبال فعل خود مسؤول به شمار نمی‌آید. در تحلیل این روایات باید گفت: روایات ناظر به ضمان یا عدم ضمان نمی‌باشد، بلکه ناظر به جواز شرعی و اقدام به معالجه - صرف نظر از نتایج و عواقب آن

سمی باشد. به عبارت بهتر، این روایات فقط در مقام بیان این امر بوده است که حتی با احتمال فوت بیمار نیز، امکان اقدام به معالجه وجود دارد. (طاهری، 1377 ش، ص 373؛ العاملی، 1414 ق، ص 96) اما این که اگر بیمار فوت و یا نقص عضو پیدا کرد، ضمان دارد یا ندارد، بحث دیگری است.

### 3-1-5 عموم ادله‌ی منع حرج

طبابت از لوازم حفظ یک جامعه است و اگر پزشکان را در همه حال ضامن بدانیم، باعث ترس و خودداری پزشکان از معالجه می‌شود. بنابراین اگر امکان براءت وجود نداشت، هیچ پزشکی از ترس ضمان، کسی را معالجه نمی‌کرد. به عبارت دیگر اگر شرع ابراء را تشریح نکند، درمان معتذر می‌شود. (نجفی، 1404 ق، ج 42، ص 48؛ مقدس اردبیلی، 1416 ق، ج 10، ص 78؛ فاضل هندی، 1416 ق، ج 2، ص 483)

اشکال کرده‌اند؛ 1- چگونه می‌توان ضرورت و حاجت را راهی برای فرار از ضمان بدانیم، در حالی که مخالف قواعد و ادله‌ی عامه‌ی فقهی می‌باشد، مگر نه آن است که احکام را می‌بایست از مجاری خود که همان ادله و قواعد است استخراج کرد، حال چه شده است که در اینجا، برای رهایی و خلاصی گروهی، تمام این قواعد را نادیده می‌گیریم! اما این اشکال وارد نیست چراکه قاعده‌ی «الضرورات تبيح المحظورات» پاسخ بر این اشکال کبروی است. 2- ما زمانی می‌توانیم از ضرورت و حاجت برای خلاصی از ضمان استفاده کنیم که آن را شرطی در ضمن عقد لازمی مانند عقد اجاره، قرار داده باشیم. تنها در این حالت، پزشک می‌تواند ضامن نبودن را با بیمار شرط کند، حال طبابت، شرط نتیجه باشد و یا شرط فعل. آنان که اسقاط مال می‌باید را جایز نمی‌دانند،

می‌گویند: ساقط کردن ذمه‌ای که هنوز به وجود نیامده، باطل است؛ به عبارت دیگر، پیش از آنکه هنوز دین یا جنایتی به وجود آید، نمی‌توان خود را از آن خلاصی بخشید، اما طرح این اشکال نیز صحیح نیست؛ چرا که طبق قاعده‌ی جمع، هم می‌توان پزشک را - ابتدائاً - ضامن دانست و هم او را از ضمان رهایی دهیم؛ یعنی این مشقتی که بر جامعه پزشکی وارد می‌شود را می‌توان با گذاشتن شرطیه نام اخذ برائت، رفع کرد.

### 3-1-6 اجماع

ابن ادریس پزشک ماهریکه بیمار را تشخیص و به درمان آن می‌پردازد، به دلیل اصل برائت، ضامن ندانسته است. حتی ابن ادریس فراتر گذاشته و فتوای ضمان کلام فقهای مانند شیخ طوسی، مفید و غیره - که پزشکان را ضامن دانسته‌اند - تنها در مورد پزشکان غیر متخصص و یا متخصصینی که بدون اجازه به درمان پرداخته‌اند منحصر کرده است. وی با عبارت لاخلاف فیها، (حلی ابن ادریس، 1410 ق، ج 3، ص 373) ادعای اجماع را در راستای نظر خود، مبنی بر عدم ضمان پزشک ماهر مأذون، منصرف کرده است. شهید ثانی نیز در شرح لمعه و مسالک فرموده‌اند: «بهتر است که مبنای ما در برائت پزشکان، اجماع باشد، چرا که روایت سکونی به دلیل سندی ضعیف است». (شهید ثانی، 1410 ق، ج 10، ص 110؛ شهید ثانی، 1413 ق، ج 15، ص 328) ابن زهره نیز در کتاب غنیه ادعای اجماع کرده‌اند. (حلی، 1417 ق، ص 402)

کلام ابن ادریس خالی از اشکال نیست؛ چرا که، اگر چه ابن ادریس، کلام فقهای قبل از خود را - مبنی بر ضمان پزشک - منصرف به پزشکانی که ماهر نباشند یا مأذون نبوده‌اند منحصر کرده، اما این انصراف از نوع بدوی است و لذا



مانع اطلاق نمی‌باشد. علت این که گفتیم این انصراف بدوی است، بدین سبب است که اکثر فقها، قطعاً پزشک غیرمتخصص و غیر مأذون را ضامن دانسته‌اند و شکی در این نیست. بلکه ابن ادریس، سخن فقها را که پزشکان حاذق و مأذون را ضامن دانسته‌اند، منصرف به پزشکان غیرحاذق و غیر مأذون کرده است. با توجه به آنچه گفته شد، اجماع ادعایی از سوی ابن ادریس صحیح نیست.

### 3-2 برائت، به مقتضای شرط

مشهور فقها بر ضمان پزشک فتوا داده‌اند، اما اینان خود به دو دسته تقسیم شده‌اند: غالب اینان به خلاصی یافتن پزشک در صورت اخذ برائت فتوا داده‌اند، اما شماری دیگر، به ضمان مطلق پزشک؛ چه برائت اخذ کند، چه نکند، فتوا داده‌اند. در این بخش به ادله‌ی کسانی که پزشک را ضامن، اما اخذ برائت را راهی برای خلاصی وی یافته‌اند می‌پردازیم:

### 3-2-1 نیاز عمومی جامعه و عموم ادله‌ی منع حرج

در قسمت قبل بیان شد، ما تنها زمانی می‌توانیم از قاعده‌ی عسر و حرج استفاده کنیم که جلوگیری از به وجود آمدن عسر و حرج ممکن نباشد. بنابراین اگر راه حلی برای ریشه‌کن کردن حرج و مشقت بر پزشکان وجود داشته باشد، ابتدا حرج را از بین می‌بریم و اگر مقدور نبود از این قاعده استفاده می‌کنیم. ما می‌توانیم این تعذر و حرج را، با شرط اخذ برائت رفع کنیم، به طوری که منافاتی با ضمان پزشکانداشته باشد.

## 3-2-2 تمسک به عموم قاعده‌ی «المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم»

شرط متعهدبودن به برائت‌نامه می‌تواند هم به عنوان شرطی در ضمن یک عقد - مانند عقد اجاره - باشد و هم می‌تواند به عنوان شرطی در ضمن غیرعقود؛ مانند آنجا که پزشکی مجاناً معالجه‌ای را برعهده گیرد، در این صورت وفای به شرط واجب است، اما علت وفای به شروط در غیر عقود را این‌گونه تحلیل می‌کنیم: شرط گاهی: 1- به معنای ربط بین دو چیز می‌آید؛ یعنی «جعل شیء فی ضمن جعل شیء آخر» است که شرط مظروف و آن شیء اولی طرف می‌باشد و دیگر شامل إلزام و إلتزامات ابتدایی نمی‌شود. 2- در معنای دوم شرط گفته‌اند: إلزام و التزم بر چیزی می‌آید. فقها و لغویان، شرط را با هر دو معنا استعمال کرده‌اند، اما شرط معمولاً به معنی ربط - که همان معنوی لغوی آن است - استفاده می‌شود، حتی در عرف نیز همین‌طور است. شرط یک معنای ربطی (ربط بین دو چیز) را می‌رساند؛ یعنی یک چیز قبلاً سابقه داشته و بعد شرط به آن مربوط می‌شود. این معنا، هم عقود و هم غیرعقود را دربر می‌گیرد.

با این معنا، هنگامی که بین پزشک و بیمار، شرطی‌مانند برائت از ضمان - گذاشته شود، شرط پزشک، رابطی است بین علاج مجانی و بین برائت از ضمان. در این صورت مریض یا ولی‌اگر بر این ربط و شرط موافقت نمایند لازم است ملتزم به شرط فیما بین باشند؛ چراکه از مفاد این معنا، چنین برمی‌آید.

شاید اشکالی به ذهن آید که چگونه می‌شود انتظار وفای به شرط برائت از دین یا جنایتی را داشته باشیم که آن دین یا جنایت هنوز به وقوع نپیوسته است، اما این اشکال درست نیست؛ چراکه اولاً هیچ دلیل و مانعی برای بطلان این‌گونه شروط و

عدم صحت « اسقاط ما لم یجب » وجود ندارد. ثانیاً: برای اسقاط حق، ثبوت قطعی آن لازم نیست؛ بلکه همین اندازه که زمینه‌ی ثبوت آن، فراهم گردد، می‌توان آن را ساقط کرد. ثالثاً: اسقاط این حق می‌تواند به عنوان «شرط ضمن عقد» در مسأله‌ی معالجه‌ی مریض درآید، همان‌گونه که می‌توان در ضمن قرارداد معامله، تمام اختیارات را اسقاط کرد - در حالی که بعضی از اختیارات مدنی، بعد از معامله، تحقق می‌یابد - ولی چون با انجام معامله زمینه‌ی آنها فراهم شده است، می‌توان ضمناً آنها را اسقاط کرد. (مکارم شیرازی، 1365 ش.، ص 12) در پزشکی، اگر پزشکی را عقد اجاره دانستیم، وفای به شرط لازم است و در غیرعقود، همان‌طور که پیشتر گفتیم، بر مبنای معنای لغوی شرط، وفای به شروط واجب‌الوفاست.

نتیجه آنکه اخذ به براءت جائز، مشروع و موافق قواعد عامه می‌باشد و وفای به آن واجب است.

### 3-2-3 روایت سکونی

بسیاری از فقها، مهمترین دلیل برای خلاصی پزشک از ضمان را، روایت سکونی ذکر کرده‌اند. این روایت می‌گوید: «من تطبب أ و تبیطر فلیأخذ البراءة من ولیه، وإلاً فهو له ضامن». (حر عاملی، 1409 ق.، ج 29، ص 260؛ کلینی، 1413 ق.، ج 9، ص 364) ایراداتی بدان گرفته‌اند که مورد بررسی قرار می‌دهیم: اولاً: اشکال سندی: کمی پیشتر در مورد سند و دلالت این روایت بحث شد و آنرا موثق دانستیم.

ثانیاً: از متن روایت دو اشکال عمده‌ی دلالتی گرفته شده است: 1- «براءت» که تنها بعد از ثبوت حق، محقق می‌شود و اطلاق براءت قبل از وقوع جنایت در معنای

مجازیان است. 2- لفظ «ولی» در حدیث؛ آنچه از لفظ ولی در روایت برداشت می‌شود، دیه‌ی حاصله از وقوع جنایت، حقی به نفع ولی می‌باشد و تنها ولی است که حق اجازهی درمان و گرفتن دیه را دارد؛ به دیگر معنا، بیمار حق اجازهی درمان خودش و گرفتن دیه‌ی وارده بر خودش را ندارد.

اما این‌گونه برداشت از روایت برداشتی صحیحی نیست. حدیث به گرفتن برائت، قبل وقوع جنایت اشاره دارد؛ چراکه در این روایت آمده «من تطیب او تیبر فلیاخذ». این قسمت از روایت نشان از اراده و درخواستی است که قصد آن برائت گرفتن قبل از علاج می‌باشد، تا بدین صورت ضمان از وی رفع شود.

بنابراین می‌توان به دو قرینه بالا ایراد گرفت: 1- در این روایت، برائت به معنای حقیقی به کار رفته است، نه به معنای مجازی. برائت حقیقی، از زمانی شروع می‌شود که ضمان بر گردن پزشک ثابت شود؛ به عبارت دیگر، اشاره‌ی حدیث به زمان اخذ برائت نیست، بلکه حدیث ناظر به زمانی است که ضمان برگردن پزشک ثابت می‌شود؛ به عبارت دیگر، اراده‌ی برائت، مورد نظر می‌باشد. این مطلب مانند آن است که پزشک در حال مداواست و در همان حال برائت می‌گیرد. بنابراین در اینجا برائت در محل و معنای حقیقی خودش به کار رفته است و مجازیتی در کار نیست.

اما برداشت دوم ما از روایت که دادن برائت و گرفتن دیه را منحصر به ولی کرده است، اشتباه است. این برداشت تنها در بیمار صغیر و مجنون که ولی امر آنان خودشان نیستند، به کار می‌رود، اما برای انسانی که در صحت عقل است، چه ولی امری بالاتر از خود مریض می‌باشد!

2- اشکال دلالتی دیگر به روایت، این است که، در حدیث اشاره به «اخذ به برائت» شده است، اما در این که این اخذ برائت معنای شرط می‌دهد یا معنای «براء

ما لم یجب» یا روشی دیگر، مورد اختلاف است. اگر اخذ برائت را شرط بگیریم، این حدیث هرگونه گذاردن شرطی مبنی بر عدم ضمان پزشک را نافذ می‌داند، چه مفاد شرط، برائت از ضمان باشد، چه اذن در اتلاف یا هر راه دیگری که برای انتفاء مسؤولیت پزشک، شرعاً مجاز شناخته شده باشد. شاید سؤال پیش آید که ظاهر حدیث تصریح در اخذ به برائت دارد و می‌توان آن را تنها به همان معنای اصطلاحی‌براء مالم یجب - یا همان اخذ به برائت قبل تلف - بگیریم، اما چنین اطلاقی در این حدیث دیده نمی‌شود؛ چراکه حدیث ناظر به روش اخذ به برائت و چگونگی و کیفیت اخذ به برائت نیست؛ یعنی اینکه حدیث تنها به بیان اخذ به برائت اشاره دارد حال این اخذ برائت از طریق اسقاط ما لم یجب باشد؛ یا شرط ضمن عقد؛ یا اذن در اتلاف یا شرط ابتدایی، یا هر روش دیگری. تنها نکته‌ی اصلی حدیث، تأکید بر ضمان بودن پزشکی است که اخذ برائت نکرده باشد و نه بیش. بنابراین در حدیث سکونی، با توجه به اینکه بعضی از حالات مذکور صحیح و بعضی دیگر، باطل هستند، نمی‌توانیم حدیث را به یکی از معانی صحیح‌هی برائت حمل کنیم. بنابراین از این حدیث نمی‌توانیم نوع و کیفیت برائت را استخراج نماییم.

## نتیجه

با بررسی‌هایی که انجام شد، روشن شد، پزشک، آن زمانی که تخصص کافی در طبابت را داراست، اگر اقدام به طبابت نماید، ادله‌ی ضامن - مانند قاعده‌ی اتلاف و غرور و احادیث وارده در این مورد - مورد اطمینان است و در وهله‌ی اول می‌بایست، ضامن جبران خسارات یا دیه‌ی فوت بیمار باشد.

اما ضامن دانستن پزشک به صورت مطلق، باعث ترس و خودداری پزشکان از طبابت - که جایگاهی والا در حیات جامعه دارند - می‌شود. بنابراین، این نیاز عمومی، اقتضا می‌کند که ضامن وی، به سبب مصححتی بزرگتر، ملغی شود. اگر امکان رهایی پزشک از ضامن وجود نداشته باشد، هیچ پزشکی از ترس ضامن، کسی را معالجه نمی‌کند. علاوه بر نیاز عمومی مردم به مداوای امراضشان، پایبندی به شروط و صحت «براء ما لم یجب» نیز مویداتی دیگری بود که ادله‌ی براءت پزشک را به شرط «اخذ به براءت» ثابت کردند. در نهایت می‌توان نتیجه گرفت طبیب ابتدائاً ضامن می‌باشد، مگر این که با اخذ براءت خود را از این ضامن خلاصی دهد؛ پس چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریضیا ولی او یا صاحب حیوان براءت حاصل نماید، ضامن خسارت جانی، مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد، طبیب ضامن نمی‌باشد.

پی‌نوشت‌ها

1- برای دیدن اقوال فقها و نقد اقوال مخالف مراجعه کنید به: مقاله‌ی قاعده اتلاف، آیت‌... محمد رحمانی، مجله فقه اهل بیت فارسی، شماره 11-12، ص 256.

فهرست منابع

- قرآن کریم  
ابن منظور، 1414 ق، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار صادر، بیروت، چاپ سوم.  
اصفهان‌ی، 1409، محمد حسین، بحوث فی الفقه، تحقیق: لجنة التحقیق، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.  
انصاری، 1415 ه ق، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، قم.  
انصاری، 1419، مرتضی بن محمد امین، فراید الاصول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.  
بجنوردی، 1413 ه ق، محمد حسن، القواعد الفقهیة، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.  
بحر العلوم، 1403 ه ق، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم، تهران.  
بهائی، 1319 ه ق، بهاء الدین محمد بن حسین عاملی و ساوجی، نظام بن حسین، جامع عباسی و تکمیل آن (محمشی)، مصحح محلاتی، علی مؤسسه منشورات الفراهانی، چاپ اول، تهران.  
بهجت، 1381، محمد تقی، وسیله النجاه للفقیه الراحل آیه الله العظمی السید ابوالحسن الموسوی الاصفهانی، قم، چاپ دوم.  
التمیمی المغربي، 1383 ه ق، ابی حنیفه النعمان بن محمد بن منصور بن احد بن حیون، دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام

عن اهل بیت رسول الله علیه و علیهم افضل السلام، مصر القاهرة، دارالمعارف.

جعفری لنگرودی، 1370، حقوق مدنی (رهن و صلح)، گنج دانش، چاپ اول، تهران.

حرّ عاملی، 1409 هـ ق، محمد بن حسن بن علی، تفصیل وسائل الشیعة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، قم.

الحسینی المراغی، السید میر عبدالفتاح، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی لجماعة المدرسین، قم، چاپ اول، 1417 هـ ق.

حسینی شیرازی، 1409 ق، سید محمد؛ الفقه، بیروت، دار العلوم، چاپ دوم.

حلی، 1417 هـ ق، ابن زهره، حمزة بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، مؤسسه امام صادق، چاپ اول، قم.

حلی، ابن ادیس، 1410 هـ ق (الف)، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج 3، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، قم

حلی، 1413 هـ ق، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، قم

حلی، 1387 هـ ق، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف اسدی، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، مؤسسه السماعیلیان، چاپ اول، قم، مصحح: کرمانی، سید حسین موسوی؛ اشتهاردی، شیخ علی‌پناه؛ بروجردی، شیخ عبدالرحیم.

حلی، 1408 هـ ق، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج 4، مؤسسه السماعیلیان، چاپ دوم، قم، مصحح عبد الحسین محمد علی بقال



حلی، 1412 هـ ق (ب)، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، النهایة و نکتها، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ: اول، قم، مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، 1410 هـ ق (ب)، علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الأذهان الی احکام الأیمان، ج 1، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین، قم، مصحح: شیخ فارس حسون.

حلی، 1420 هـ ق، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، تذکرة الفقهاء (طبع جدید)، قم، مؤسسه بیت لایحیاء التراث، چاپ اول.

الخمیری، 1379، عبد الله بن جعفر، قرب الإسناد، مؤسسه آل بیت لایحیاء التراث، قم.  
خراسانی، 1409 هـ ق، آخوند محمد کاظم بن حسین، کفایة الاصول مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، قم.

خمینی، 1418 هـ ق، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیلة، مؤسسه دار العلم، چاپ: اول، قم.  
خمینی، 1395 سید روح الله موسوی، الرسائل، امام خمینی، مؤسسه مطبوعاتی السماعیلیان، قم.  
خوانساری، 1405 هـ ق، سید احمد، جامع المدارک، مؤسسه السماعیلیان، چاپ دوم، قم، مصحح: علی اکبر غفاری.

خویی، 1365 هـ ق، سید ابو القاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، مقرر: شیخ مرتضی بروجردی، مدرسه دار العلم، قم.

خویی، 1418 هـ ق، سید ابو القاسم، فقه الشیعه، مؤسسه آفاق، چاپ سوم، قم، مقرر: خلخالی، سید محمد مهدی موسوی.

خویی، 1386 هـ ق، ابوالقاسم، مصباح الاصول، چاپ بی‌تا، نجف اشرف، مطبعه نجف، ج 2.

- خویی، 1410 هـ ق (الف)، سید ابو القاسم موسوی، تکملة المنهاج، نشر مدينة العلم، چاپ 28، قم.
- خویی، 1413 هـ ق (الف)، سید ابو القاسم، مصباح الفقاهه (المکاسب)، مقرر: محمد علی توحیدی، المطبعة الحیدریة، نجف.
- خویی، 1410 هـ ق (ب)، سید ابو القاسم، معتمد العروة الوثقی، مقرر: سید رضا موسوی خلخالی، مدرسه دار العلم، قم.
- الزحیلی، 1405، وهبة، الفقه الاسلامی وأدلته، ج5، بیروت، دارالفکر.
- سیستانی، 1416، سید علی، منهاج الصالحین، مکتبه‌ی آیت الله سید علی الحسینی السیستانی، قم، چاپ اول.
- شهید اول، 1410 هـ ق، محمد بن مکی عاملی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، دار التراث- الدار الإسلامیة، چاپ اول، بیروت، مصحح: محمد تقی مروارید- علی اصغر مروارید.
- شهید ثانی، 1410 هـ ق، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ط-الحدیثة)، کتابفروشی داوری، چاپ: اول، قم، مصحح: کلانتر، سید محمد شهید ثانی، 1413 هـ ق، زین الدین عاملی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامیة، چاپ اول، قم.
- طباطبائی 1416 هـ ق، حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، مؤسسة دار التفسیر، چاپ اول، قم.
- طباطبائی حکیم، 1426، سید محسن، نهج الفقاهه، انتشارات 22 بهمن، چاپ اول، قم.
- طباطبائی، 1412 هـ ق، سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، چاپ اول، بیروت، دارالهادی.

طباطبائی، 1418 هـ ق، صاحب ریاض، سید علی بن محمد بن ابی معاذ، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، قم، مصحح: بهره‌مند، محمد و قدیری، محسن و انصاری، کریم و مروارید، علی.

طرابلسی، 1406 هـ ق، ابن براج قاضی، عبد العزیز بن نحریر، المهذب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، مصحح: جمعی از محققین و مصححین تحت إشراف شیخ جعفر سبحانی. طریحی، 1375 ش، فخر الدین، مجمع البحرین، کتابفروشی مرتضوی، تهران، چاپ سوم، تحقیق سید احمد حسینی.

طوسی، 1387 هـ ق، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، تهران، مصحح سید محمد تقی کشفی العاملی، 1418 هـ ق. محمد جواد الحسینی، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، چاپ اول، دارالتراث، بیروت، لبنان.

فاضل لنکرانی، 1425 هـ ق، محمد موحدی، القواعد الفقهیة، مرکز فقه ائمه الاطهار، قم.

فاضل مقداد، 1404 هـ ق، جمال الدین مقداد بن عبد الله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، مصحح: حسینی کوهکمری، سید عبد اللطیف، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول: قم.

فاضل هندی، 1416 هـ ق، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم.

فراهیدی، 1410 هـ ق، خلیل بن احمد، کتاب العین، جلد 7، منشورات الهجرة، قم.

- قمی، 1398 هـ ق، ابن قولویه، ابو القاسم جعفر بن محمد بن جعفر، کامل الزیارات، دار المرتضویة، نجف.
- کاشف الغطاء، 1359 هـ ق، محمد حسین، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضویة (الحیدریة)، چاپ اول، نجف.
- کرکی، 1414 هـ ق، محقق ثانی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم، قم، مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- کلینی، 1407 هـ ق، ابو جعفر محمد بن یعقوب، کافی، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، تهران.
- گیلانی، 1413 هـ ق، میرزای قمی، ابو القاسم، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، مؤسسه کیهان، چاپ اول، چاپ: تهران.
- مامقانی، 1404 هـ ق، شیخ عبدالله، مناہج المتقین، قم، مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- مجلسی اول، 1414 هـ ق، لوامع صاحبقرانی المشتهر بشرح الفقیه، محمد تقی، ج 1.
- محقق حلی، 1368، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، چاپ چهارم، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران.
- محقق داماد، 1370، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، چاپ سوم، اندیشه نو در علوم اسلامی.
- مصطفوی، 1421 هـ ق، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقیهیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ چهارم، قم.
- مقدس اردبیلی، 1403 هـ ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، احمد بن محمد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول، قم، مصحح: آقا مجتبی عراقی و شیخ علی‌پناه اشتهاردی و آقا حسین یزدی اصفهانی.

مقدس اردبیلی، 1416ق، محمد بن احمد؛ مجمع الفائدة و البرهان، تحقیق مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهااردی و حسین یزدی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.  
مکارم شیرازی، 1379، ناصر، القواعد الفقهیه، مدرسه امیرالمومنین علیه السلام، قم.

نجفی، 1404ه.ق محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ ششم، مکتبه الاسلامیه، تهران.

النوری الطبرسی، 1407، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج18، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

هاشمی شاهرودی، 1387، سید محمود، تحقیق و تالیف: موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، فرهنگ فقه مطابق با مذهب اهل بیت علیهم السلام، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت علیهم السلام.

هاشمی شاهرودی، 1388 سید محمود، موسوعة فقه اهل البيت علیهم السلام طبق مذهب اهل البيت علیهم السلام، تحقیق توسط موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت علیهم السلام.

#### مجلات

آل راضی، 1417 ه.ق، الأستاذ الشیخ محمد هادی، مسؤولیة الطبیب و ضمانه، مجله فقه أهل البيت، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت علیهم السلام (زیر نظر

- آیت الله هاشمی شاهرودی)، سال اول، شماره 5 و 6، صص 129-150.
- جعفری تبار، پاییز 1377، حسن، قولی در مسؤولیت مدنی پزشکان، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوقی و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش 74، صص 55-86.
- رحمانی، پاییز و زمستان 1376، محمد، قاعده اتلاف، مجله‌ی فقه اهل بیت فارسی، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت علیهم السلام (زیر نظر آیت الله هاشمی شاهرودی)، شماره 11-12، سال سوم، صص 240-281.
- رحمانی، تابستان 1376 الف، محمد، قاعده غرور، مجله‌ی فقه اهل بیت فارسی، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت علیهم السلام (زیر نظر آیت الله هاشمی شاهرودی)، سال سوم، شماره 10، صص 168-202.
- طاهری، تابستان 1377 حبیب الله، آیا طبیب ضامن است؟، نامه‌ی مفید، سال چهارم، شماره دوم، پیاپی 14.
- مکارم شیرازی، 1365، ناصر، آیا طبیب ضامن است، مجله‌ی درس‌هایی از مکتب اسلام، شماره 10.
- مکارم الشیرازی، 1419 ه. ق. ب، ناصر، المستحدثة فی الطب، القسم الثانی، مجله‌ی فقه اهل بیت عربی، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت علیهم السلام (زیر نظر آیت الله هاشمی شاهرودی)، سال سوم، شماره 10، صص 27-54.

#### یادداشت شناسه‌ی مؤلفان

حسینعلی‌سعیدی: استادیار و مدیر گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده معارف اسلامی و الهیات و ارشاد دانشگاه امام صادق (علیه السلام).

محمد حسناحمدي: کارشناس ارشد معارف اسلامي و فقه مباني حقوق اسلامي دانشگاه امام صادق (عليه السلام).

حسين خدايار: کارشناس ارشد معارف اسلامي و حقوق جزا و جرم‌شناسي دانشگاه امام صادق (عليه السلام). (نويسنده‌ي مسؤول)

نشانی الکترونيکی: hossein.khodayar@gmail.com

تاریخ وصول مقاله: 1389/3/8

تاریخ پذیرش مقاله: 1389/4/28