

# مبانی مسئولیت مدنی پزشکان در فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۸۹/۵/۶

تاریخ تأیید: ۸۹/۹/۲۰

علی شریفی\*

## چکیده

مسئولیت مدنی پزشکان، از مباحث مهم و روزآمد فقه امامیه است. در فقه سنتی تنها از ادله ضمان و عدم ضمان طیب و حالات مختلف آن بحث شده است، اما در این نوشته تلاش می‌شود تقسیم‌بندی جدیدی ارائه گردد. این بحث که آیا مسئولیت مدنی پزشک قرار دادی است یا قهری تاکنون در نوشته‌ای مشاهده نشده است، همان‌گونه که پیامدهای این بحث واکاوی نگردیده است. این سخن که طیب مطلقاً ضامن است مگر در فرضی که اخذ برائت کند، امروزه با اشکالاتی مواجه است. از یک طرف، فرضهایی وجود دارد که ضامن دانستن طیب با عدل و انصاف سازگار به نظر نمی‌رسد. از سوی دیگر، اشکال می‌شود که اخذ برائت به تشریفات فاقده محتوای واقعی بدل شده که تنها کارویژه آن رهیدن از قید ضمانت است. این همه، علاوه بر نظامات دقیقی که امروزه بر مسئولیت مدنی پزشکان در قوانین موضوعه حاکم است، چالشی برای فقه محسوب می‌شود.

در این نوشته تلاش می‌شود قرآنی نواز مسئولیت مدنی پزشکان ارائه گردد که بر اساس آن نظامی کاملاً خردپسند، عادلانه و دقیق از درون فقه استنباط شود، بدون اینکه کوچک‌ترین

\* دانشجوی دوره دکتری فقه قضایی مجتمع آموزش عالی فقه.

تکلفی در سازگارسازی مصنوعی فقه با قوانین موضوعه و تحمیل‌گرایی صورت‌پذیرفته باشد.  
تمام این نوشته در پی اثبات همین ادعاست.

**کلیدواژه‌ها:** مسئولیت مدنی، مسئولیت عقدی، مسئولیت قهری، پزشک، فقه امامیه.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

مسئولیت مدنی پزشکان، یکی از مباحث مهم و کاربردی حقوقی در دنیای امروز به حساب می‌آید که با توجه به پیچیدگی حرفه پزشکی و ابزارهای درمانی، ذهن دانشمندان حقوق را به خود مشغول داشته است. این مسئله در فقه امامیه نیز از دیر باز مورد توجه فقها بوده و در کتب فقهیه پیرامون آن نظریه‌پردازی شده است. اما به دلیل دوری فقه شیعه از بحث قانونگذاری و دیگر مسائل حکومتی، باید اعتراف نمود که آن‌گونه که باید جوانب مختلف آن واکاوی نشده است. این درحالی است که مبانی بسیار کارآمد و روشنی در فقه امامیه برای استخراج این حکم و بسط فروع مختلف آن وجود دارد و ما با مشکلی با عنوان منبع قانونگذاری مواجه نیستیم. در سالهای اخیر آثار برخی از نویسندگان حوزوی و حقوقدانان، به صورت کتاب، پایان‌نامه و یا مقاله، عرضه شده که در جای خود بسیار ارزنده و قابل تقدیرند، اما به هر حال، هنوز مسائل بسیاری جای بحث دارد. عمده‌ترین کمبودی که گاهی در نوشته‌ها دیده می‌شود این است که نویسندگان حوزوی وضعیت امروز پزشکی و مسائل فنی بسیاری را که پدید آمده است از نظر انداخته‌اند و صرفاً بر اساس معیارهای سنتی به قضیه نگاه کرده‌اند. این در حالی است که حقوقدانان به دلیل نداشتن مهارت کافی در مباحث فقهی آن‌گونه که باید به جهات فقهی قضیه توجه نکرده‌اند.

این نوشته ادعایی راجع به حل مشکل خاصی در این حوزه ندارد، اما تصور می‌کند نگاه جدیدی به قضیه صورت گرفته که اگر دنبال شود خالی از فایده نخواهد بود. بنای اولیه بر این بود که مسئله از سه بعد ارزیابی شود: نخست از دید فقه امامیه، دوم از نگاه فقه اهل سنت و سوم از دید حقوقدانان که عمده نظر به حقوقدانان عرفی محض (حقوق غرب) بود. اما فرصت تکمیل دو بحث اخیر پیش نیامد. به همین دلیل فقط از زاویه نخست مسئله مورد بحث قرار گرفت. باید اعتراف کنیم که در همین بعد نیز در پاره موارد آن‌گونه که در نظر بود نتوانستیم حق مطلب را ادا کنیم. به

همین دلیل، نشانه‌های شتابزدگی در سراسر مقاله مشاهده خواهد شد. باشد که در فرصت مناسب نواقص جبران گردد.

## تحریر محل نزاع

مسئولیت مدنی پزشک حالات و فروض مختلفی دارد که باید به دقت از هم تفکیک شود و هر مورد جداگانه بحث و بررسی گردد. به صورت کلی، پزشک در امر طبابت یا مباشر است یا غیر مباشر؛ در هریک از دو فرض یا جاهل است یا حاذق؛ در صورتی که حاذق باشد یا مقصر است یا غیر مقصر (خطاکار)؛ در هریک از فروض قبل یا از سوی مریض یا ولی او مأذون است یا غیر مأذون. به لحاظ دیگر، یا از مریض یا ولی او براءت از ضمان گرفته است یا نگرفته است. از جهت دیگر، خسارتی که از ناحیه پزشک متوجه مریض می‌شود یا مالی است یا روانی و یا جانی. در خسارتهای بدنی یا دیه مقدر دارد یا ندارد. از جهت دیگر، خسارتی که متوجه بیمار می‌شود یا در نتیجه عمل معالجه‌ای پزشک است یا در نتیجه نقص علم پزشکی است و یا در نتیجه نقص دستگاههای لازم برای معالجه و یا در نتیجه بی‌دقتی پزشک و یا در نتیجه اشتباه او. از جهت دیگر، خسارت بدنی که به بیمار وارد می‌شود یا به این صورت است که موجب می‌شود بیماری بیمار بهبود پیدا نکند، یا موجب وخیم تر شدن حال بیمار می‌شود و یا موجب ایجاد نقص جدیدی در او می‌شود که ارتباطی با بیماری قبلی اش ندارد. حکم هریک از این فروض باید مشخص شود. در این نوشته، هرچند ما به صورت مجزا حکم این حالات را بررسی نکرده‌ایم، اما در ضمن مباحثی که مطرح گردیده، حکم آنها به خوبی قابل تشخیص است. مباحث این نوشته در ضمن سه بخش تنظیم شده که بخش نخست بحث تمهیدی است و دو بخش دیگر بحثهای اصلی این نوشته را در بر می‌گیرد.

### بخش نخست: ماهیت حقوقی مسئولیت پزشک؛ قهری یا قرار دادی؟

یکی از مباحثی که در بحث ضمان طیب لازم است راجع به آن تعیین موضع شود، بحث ماهیت حقوقی ضمان طیب است. توضیح اینکه حقوقدانان مسئولیت مدنی را به دو بخش تقسیم کرده‌اند: مسئولیت مدنی قراردادی و مسئولیت مدنی خارج از قرار داد. مسئولیت قراردادی عبارت است از مسئولیت در قبال خساراتی که در نتیجه اجرا نکردن تعهدی به بار آید که از عقد ناشی می‌شود. کسی که به عهد خود وفا نمی‌کند و بدین وسیله باعث وارد آمدن زیان به هم پیمانش می‌شود، باید از عهده خسارتی که به بار آورده برآید. ضمانی که بدین سبب متوجه فرد متخلف می‌شود، به لحاظ ریشه اصلی، «مسئولیت قراردادی» نامیده می‌شود (کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری ۱۳۷۴: ۱۷۴). اما مسئولیت خارج از قرار داد که در شریعت از آن به ضمان قهری تعبیر می‌شود، عبارت است از مسئولیتهایی که به موجب قانون و براساس حرمت اضرار به غیر تحمیل می‌شود و تابع اراده طرفین عقد نیست (همان).

تعیین موضع راجع به این بحث از آن جهت اهمیت دارد که بر اساس قوانین عرفی در ضمان قراردادی امکان توافق بر خلاف وجود دارد. یعنی متعاقدین مثلاً می‌توانند در متن قرارداد شرط کنند که اگر خسارتی از ناحیه عمل نکردن، یا تأخیر در اجرا، یا خوب اجرا نکردن قرارداد به طرف متعاقد وارد آمد، مسئولیت و ضمانی متوجه او نباشد (شرط عدم مسئولیت). اما در مسئولیتهای خارج از قرارداد چنین توافقی امکان‌پذیر نیست و مسئولیت به صورت قهری مترتب می‌شود. تنها راه رهایی از این مسئولیت، گذشت صاحب حق است. بنابراین، اگر مسئولیت پزشک از نوع مسئولیت قراردادی باشد، تابع ضوابط قرارداد خواهد بود و این امکان وجود خواهد داشت که بیمار با پزشک در ضمن پیمان طبابت، شرط عدم ضمان یا ضمان به مقدار مشخص کنند. در حالی که اگر مسئولیت قهری باشد، تنها می‌توان از اسقاط یا ابراء ذمه سخن گفت و توافق بیمار و پزشک در آن مداخلیتی ندارد.

علاوه بر این، اگر مسئولیت پزشک از قبیل مسئولیت قرار دادی باشد، جای طرح این بحث وجود دارد که آیا تعهد پزشک تعهد به نتیجه است یا تعهد به وسیله. اما اگر قهری باشد، چنین بحثی اساساً جا ندارد، بلکه مسئله در بحث ایراد جراحت بر غیر داخل می‌شود که خود یا عمدی است یا شبه عمد و یا خطای محض. آنچه ما در این بحث (تعیین ماهیت حقوقی ضمان طیب) به دنبال آن هستیم، اولاً بیان موضع فقه راجع به همین نتیجه است و اینکه آیا به لحاظ فقهی میان ضمان قهری و قراردادی فرقی وجود دارد یا خیر. ثانیاً: تأثیر آن در بحث مسئولیت مدنی پزشکان چیست. ثالثاً: آیا ماهیت ضمان طیب عقدی است یا قهری؟

#### **مطلب اول: آیا به لحاظ فقهی میان ضمان قهری و عقدی فرقی وجود دارد؟**

چنان‌که گذشت، مهم‌ترین فرق ضمان قهری و قراردادی این است که در مسئولیت قراردادی توافق بر خلاف امکان دارد، چون قرارداد تابع اراده آزاد متعاقدین است، اما در مسئولیت قهری چنین چیزی ممکن نیست. چون مسئولیت قهری به حکم قانون است و کسی نمی‌تواند بر خلاف حکم قانون توافق کند. آیا این فرق گذاری مورد تأیید فقه است؟

هرچند عنوان «توافق بر خلاف» که در حقوق مطرح شده در فقه وجود ندارد، اما به نظر می‌رسد عنوان «شرط مخالف کتاب و سنت» بر آن منطبق باشد. بنابراین، اگر دو نفر توافق کنند که مثلاً دیه قتل عمد آنها به جای صد شتر پنجاه شتر باشد، چنین چیزی امکان ندارد. اما لازم است یاد آور شویم که در فقه احکام بر دو دسته‌اند: احکام الزامی و احکام ترخیصی. در یک بحث بسیار پیچیده و غامض در فقه این مسئله مطرح شده است که چه شرطهایی مخالف کتاب و سنت‌اند و چه شرطهایی چنین نیستند. مجال طرح این بحث به تفصیل در این مختصر وجود ندارد. در اینجا به همین مقدار اکتفا می‌شود که اگر شرطی موجب تغییر حکم الزامی شود، مثلاً موجب شود که حرامی حلال شود، یا واجبی ممنوع گردد، چنین شرطی به لحاظ

شرعی هیچ ارزشی نداشته، وجوب وفا ندارد. اما اگر شرطی موجب شود که حلالی حرام شود، در کلیت قضیه بازهم جای تردید وجود ندارد که چنین شرطی فاقد ارزش است. اما تمام بحث در این است که اگر این مسئله به صورت کلی صحیح و درست باشد، موجب می‌شود که گذاشتن هیچ شرطی امکان‌پذیر نباشد، چون هر حلالی (مثلاً خیاطت لباس) بعد از اینکه شرط شد، تبدیل به حکم الزامی می‌شود و اگر این امر حلال، ترکش شرط شده باشد، تبدیل به حکم می‌شود و چنین چیزی قابل التزام نیست. اینجاست که در چگونگی حل این معضل میان فقها اختلاف وجود دارد (شیخ انصاری، کتاب المکاسب ۱۴۱۱: ۱/ ۲۱؛ امام خمینی، کتاب البیع ۱۴۱۹: ۵/ ۲۳۶؛ خوئی، مصباح الفقاهه بی تا: ۱۷/ ۳۱۳). به هر حال، آنچه در بحث ما اهمیت دارد این جهت است که عدم امکان توافق بر خلاف قانون به لحاظ شرعی نیز مورد تأیید است. البته با این توضیح که اگر حکم شرعی از احکام الزامی باشد، توافق بر خلاف آن امکان‌پذیر نیست. اما اگر از احکام ترخیصی باشد، تا آنجا که به تحریم یک امر مباح (با تمام اختلافاتی که در معنای این جمله وجود دارد) منتهی نشود، هیچ اشکالی ندارد. بنابراین، در بحث مسئولیت مدنی پزشک، اگر ما به این نتیجه رسیدیم که ماهیت عقدی دارد، باید این را نیز بحث کنیم که آیا توافق بیمار و پزشک به نحو شرط عدم ضمان، یا تخفیف ضمان، چه به نحو شرط نتیجه یا به نحو شرط فعل، شرط خلاف کتاب و سنت است یا خیر؟

### مطلب دوم: تأثیر این بحث در مسئولیت مدنی پزشکان

آیا مسئولیت مدنی پزشکان جزء آن دسته از احکام شریعت است که امکان توافق بر خلافش وجود دارد یا خیر؟ این سؤالی است که بعد از بحث مستوفی و در پایان مشخص خواهد شد. اما اگر در بحث بعدی به این نتیجه برسیم که مسئولیت مدنی پزشکان از نوع قهری است، و در پایان این نوشته نیز به این نتیجه برسیم که حکم شرعی مسئولیت مدنی پزشک از نوع حکم الزامی غیر قابل تغییر است، امکان اشتراط

عدم ضمان یا تحدید مسئولیت به میزان مشخص وجود نخواهد داشت. اما اگر نتیجه‌ای که می‌گیریم این باشد که مسئولیت طیب از نوع قراردادی است، یا ماهیت دوگانه قهری و قرار دادی دارد، نتیجه تابع شروط ضمن العقد خواهد بود و حتی اشتراط عدم مسئولیت هم خالی از اشکال است.

### مطلب سوم: آیا ضمان طیب عقدی است یا قهری؟

فقها و حقوقدانان تفاوت ضمان قهری و عقدی را در وجود و عدم وجود عقد نافذ و صحیح دانسته‌اند. به عبارت دیگر، اگر میان خسارت دیده و وارد کننده خسارت، عقدی وجود داشته باشد و خسارت در نتیجه عدم اجرای تعهد، یا نقص در اجرای تعهد یا تأخیر در انجام تعهد وارد آمده باشد، قواعد ضمان قرار دادی میان آن دو حاکم است. اما اگر قراردادی وجود نداشته باشد، یا خسارت ربطی به قرارداد نداشته باشد، مسئولیت هم قهری و تابع قواعد ایراد خسارت بر غیر خواهد بود (جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق* ۱۳۷۴: ۶۴۳ - ۶۴۴). بنابراین، برای اینکه بدانیم مسئولیت مدنی پزشک از نوع عقدی است یا قهری، لازم است بدانیم که الف. تلقی فقها از مسئولیت مدنی پزشک چیست؛ قهری یا قراردادی؟ ب. آیا میان بیمار و پزشک قبل از شروع به معالجه یا در حین معالجه عقدی وجود دارد یا خیر؟ ج. اگر عقدی وجود دارد، ماهیت آن چیست؛ اجاره، وکالت، پیمانکاری یا نوع دیگر؟

### الف. تلقی فقها از قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی پزشک

فقها این بحث را به صورت روشن مطرح نکرده‌اند، اما قرائنی در خلال بحث‌هایشان وجود دارد که نوع تلقی شان را نشان می‌دهد. مثلاً برخی از فقها این بحث را در «کتاب الاجاره» و به عنوان یکی از فروع بحث اجاره مطرح نموده‌اند (یزدی، *العروة الوثقی* ۱۴۱۹: ۶۷/۵؛ رشتی گیلانی، *کتاب الاجاره* ۱۳۱۰: ۲۴۶). و این خود می‌رساند که تلقی آنها از ماهیت حقوقی ضمان الطیب، قراردادی و از نوع عقد اجاره بوده است.



این در حالی است که برخی دیگر از فقها این بحث را در «کتاب الديات» و در بحث موجبات الضمان مطرح کرده‌اند<sup>(۱)</sup> و مفاد ضمنی انتخاب این جایگاه برای طرح بحث آن است که تلقی ضمان قهري از مسئولیت مدنی پزشک داشته‌اند.

از برخی استدلالهایی که فقها برای مسئله آورده‌اند نیز می‌توان مذاقشان را تحصیل نمود. به عنوان نمونه، دسته‌ای از فقها برای اثبات مسئولیت مدنی پزشک، به قاعده اتلاف یا به ادله قتل شبه عمد یا خطا تمسک کرده‌اند. این دسته، علی‌القاعده باید تلقی شان ضمان قهري باشد. چون این قواعد جزء قواعد عام شریعت است و اختصاص به باب اجاره ندارد. به علاوه، ضمانی که از آنها به دست می‌آید، ربطی به توافق طرفین عقد ندارد، کما اینکه وجود و عدم وجود عقد هم در تطبیق این قواعد تفاوتی ایجاد نمی‌کند.

این در حالی است که برخی دیگر از فقها به احادیث باب اجاره برای اثبات ضمان تمسک کرده‌اند، مانند صحیح حلبی از امام صادق علیه السلام: «کل اجیر يعطى الاجرة علی أن یصلح فیفسد فهو ضامن» (حر عاملی، وسائل الشیعة ۱۴۰۹: ۱۹ / ۲۶۰). گمان حقیر آن است که جوانب فنی این قضیه برای فقها آن‌گونه که باید به تفصیل روشن نبوده است و دلیل پریشان‌گویی ایشان نه بذل عنایت به ماهیت مسئولیت مدنی پزشک، بلکه ابهام در ماهیت بحث بوده است. به همین دلیل، گاهی آن را در بحث دیات مطرح نموده‌اند و گاهی در کتاب الاجاره. به همین دلیل، ممکن است از شاهد اول جواب داده شود که صرف طرح بحث دلیل بر مذاق فقهی نیست، چون فقها عادت دارند بحثهایی را به صورت استطرادی مطرح کنند. با این همه، نمی‌توان منکر شد که اعمال قواعد باب دیات و یا قواعد باب اجاره می‌تواند شمای کمرنگی از چگونگی تلقی فقها از ماهیت حقوقی ضمان الطیب ارائه دهد، هرچند این تلقی ناخود آگاه باشد. شاید این سخن نیز خالی از وجه نباشد که برای اثبات ضمان به عنوان یک فتوای فقهی، اعمال هریک از قواعد به تنهایی کافی بوده است. از این‌رو، فقها این

بحث را در هردو جا مطرح کرده‌اند و تفکیک بحث برایشان مهم نبوده است. اما این بهانه پذیرفته نیست، چون آن‌گونه که در آینده به اثبات خواهد رسید، این تفکیک بدون ثمر نیست.

### **ب. آیا میان طبیب و بیمار عقدی وجود دارد؟**

برای اینکه پاسخ این سؤال روشن شود لازم است حالات مختلف مراجعه بیمار به طبیب در عصر حاضر را بررسی کنیم. بیماری که برای معالجه به پزشک مراجعه می‌کند، ممکن است یکی از حالات زیر را داشته باشد:

#### **حالت اول: بیمار پزشک را می‌شناسد و با انتخاب او تحت درمان قرار می‌گیرد**

در این حالت که در عصر ما شیوع بیشتری دارد، بیمار ابتدا به پزشک مراجعه می‌کند و اقدامات تشخیصی اولیه انجام می‌شود و سپس برای ادامه معالجه در مطب یا بیمارستان شخصی پزشک یا در بیمارستان دولتی تحت درمان قرار می‌گیرد. ممکن است اساساً نیازی به ارجاع به بیمارستان هم وجود نداشته باشد و در همان مطب با پیچیدن یک نسخه به مداوای مریض مبادرت شود. در این فرض، بدون شک میان بیمار و پزشک قراردادی وجود دارد، اعم از اینکه در مطب شخصی خود پزشک معالجه شود یا با معرفی او در بیمارستان تحت مداوا قرار گیرد. چون بیمار با مراجعه به پزشک و گزارش شرح حالش نوعاً از نتیجه مسیر معالجه‌اش، مصارف احتمالی و مدت درمان، نوع بیماری و مسائل جنبی دیگر مطلع می‌گردد و با اعلام آمادگی برای درمان، در واقع شرایط پزشک را می‌پذیرد. بنابراین، بیمار و پزشک با هم توافق می‌کنند. اما دو نکته در این حالت باید روشن شود:

الف. ممکن است میان پزشک و بیمار قرارداد مکتوبی وجود نداشته باشد، کما اینکه ممکن است عقدی با لفظ خاص هم اجرا نشود. این مسائل در اصل وجود عقد خللی وارد نمی‌کند، چون ما عقود غیر معینی داریم که نیاز به هیچ یک از این امور

ندارد. اما ممکن است در نوع عقد تفاوت ایجاد کند، چون عقد نامعین تابع شرایط عمومی قراردادهاست، در حالی که اگر مثلاً ماهیت عقد اجاره را داشته باشد، علاوه بر آن، شرایط خاص باب اجاره را نیز دارد.

ب. ممکن است در میزان اجرت و مصارف بیمار، دست پزشک و بیمار کاملاً باز نباشد، چون در اغلب موارد تعرفه‌های پزشکی از سوی دولت اعلام می‌شود و پزشک و بیمار مجبور به رعایت آن هستند. این امر نیز ماهیت عقدی قضیه را مخدوش نمی‌کند. چون در دنیای جدید، به دلیل پیچیدگی روابط اجتماعی، دولت در بسیاری از قراردادها دخالت می‌کند و اگر دخالت نکند نظم عمومی از هم می‌پاشد و مظالم بسیاری اتفاق خواهد افتاد. اما در عین حال، آن قراردادها از حالت عقدی به حالت الزام قانونی تغییر ماهیت نمی‌دهند. به عنوان مثال، دولت اعلام می‌کند که کرایهٔ هواپیما در فلان مسیر فلان مبلغ باشد. این به معنای تبدیل ماهیت عقد اجاره نیست.

### **حالت دوم: بیمار ابتدا به بیمارستان مراجعه می‌کند و در آنجا با پزشکی مواجه می‌شود که در واقع در خدمت بیمارستان کار می‌کند**

در این حالت هم تردیدی در وجود قرارداد وجود ندارد، چون همانند فرض قبل توافق صورت می‌گیرد، برای بیمار پرونده‌ای حاوی اطلاعات لازم تشکیل می‌شود و مصارف بیمارستان به اطلاع بیمار می‌رسد. اما آیا این قرارداد میان بیمارستان و بیمار است یا طیب و بیمار؟ در نگاه نخست چنین به نظر می‌رسد که قرار داد میان بیمارستان و بیمار منعقد می‌شود، چون این بیمارستان است که طرف حساب بیمار است و پزشک صرفاً یکی از عوامل بیمارستان به حساب می‌آید. اما اگر دقت شود، در همین فرض نیز حالات مختلفی متصور است: اگر میان پزشک معرفی شده از سوی بیمارستان و بیمار بر سر میزان مصارف، سیر معالجه، نوع بیماری و... صحبتی صورت گرفته باشد و توافقی هرچند لفظی میان پزشک و بیمار حاصل شده باشد، قرار داد میان بیمار و پزشک خواهد بود. در حالی که اگر صرفاً تعرفه‌های بیمارستان

اعمال شود و پزشک به عنوان عاملی از عوامل بیمارستان سیر معالجه بیمار را تشریح کرده باشد، قرارداد میان بیمار و بیمارستان منعقد شده است. اما به هر حال، قرارداد وجود دارد، چون بیمار از مصارف بیمارستان مطلع می‌شود و رضایت می‌دهد که با آن مصارف بیمارستان به وسیله عواملش به درمان او اقدام کند. در قرارداد ما چیزی فراتر از توافق متعاقدین لازم نداریم.

### **حالت سوم: بیمار خود به بیمارستان مراجعه نمی‌کند، بلکه در حالت بیهوشی به بیمارستان منتقل می‌شود**

در این فرض نیز دو حالت متصور است: گاهی ولی یا قیم بیمار موضوعات مرتبط با درمان را با پزشک یا بیمارستان مطرح می‌کند و توافق حاصل می‌شود؛ گاهی شخص اجنبی صرفاً از روی نوع دوستی یا وظیفه قانونی بیمار را به بیمارستان می‌آورد و تحت درمان قرار می‌دهد. در این فرض ممکن است وجود قرارداد مورد تردید واقع شود، چون بیمار در وضعیتی نیست که بتواند قراردادی را به امضا برساند. اما در عین حال، سخن درست این است که در این فرض میان بیمارستانهای خصوصی و عمومی تفاوت بگذاریم. اگر بیمارستان خصوصی باشد، قرار دادی وجود ندارد، صرفاً به این دلیل که عمل آن محترم است، بیمار موظف به پرداخت مصارفش می‌باشد. اما اگر بیمارستان دولتی باشد، و بر اساس مقررات دولتی وظیفه درمان بیمار را داشته باشد، می‌توان گفت بازهم قرارداد وجود دارد. چون هرچند میان شخص بیمار و بیمارستان هیچ توافقی صورت نگرفته است، اما میان دولت و کادر درمانی دولت قرارداد وجود دارد و براساس آن توافق کادر درمانی موظف به درمان این فرد است. به هر حال، در این حالت بعید نیست بگوییم میان بیمار و بیمارستان قراردادی وجود ندارد. هرچند در جامعه امروز برخی از فرایندهای اجتماعی به صورت ارتكازی مورد پذیرش همه است. از آن جمله می‌توان به ارجاع بیماران اورژانسی به بیمارستانها اشاره نمود که تقریباً همه مردم آن را و مصارف بیمارستان را به صورت ارتكازی می‌پذیرند.

در بحث قرارداد با بیمارستان لازم است این بحث نیز حل شود که آیا ما شخصیت حقوقی بیمارستان را به عنوان طرف قرارداد می‌پذیریم یا خیر، و آیا مسئولیت وارده بر عهده بیمارستان است یا بر عهده پزشک؟ این بحثها در جای خود بسیار سود مند است، اما به دلیل اجتناب از اطاله بحث از طرح آن صرف نظر می‌شود. نتیجه حاصل از این بحث آن است که وجود عقد به عنوان یک رکن اساسی مسئولیت قراردادی میان طیب و بیمار، در بسیاری از فروض در عصر حاضر جای تردید ندارد.

### ج. چه نوع عقدی میان پزشک/ بیمارستان و بیمار وجود دارد؟

اینکه ماهیت حقوقی این عقد چه می‌تواند باشد، در نتیجه‌گیری فقهی ما تأثیر چندانی ندارد (هرچند بحثهای خوبی می‌توان از آن به دست آورد)، چون آنچه برای ما مهم است، اثبات اصل وجود قرار داد است. به همین دلیل، ما فقط به چند مبنا اشاره می‌کنیم و نظریه مختار فقها را بیان خواهیم کرد.

حقوقدانان بر مبنای تعاریفی که برای عقد طبابت نموده‌اند، عقود مختلفی را بر آن تطبیق کرده‌اند؛ عده‌ای آن را عقد مقاطعه یا پیمانکاری نامیده‌اند (زکی ابراشی، *المسئولیه الاطباء* ۱۹۵۰: ۹۷). برخی دیگر آن را عقد اجاره اشخاص نامیده‌اند (همان: ۲۴). عده‌ای دیگر آن را عقد وکالت نامیده‌اند (همان: ۲۵) و دسته‌ای دیگر اصولاً ماهیت عقد طبابت را نامعین شمرده و آن را از نوع عقود دانسته‌اند که در هیچ یک از عقود شناخته شده جای نمی‌گیرد (همان). اما در این میان، فقهای امامیه (مطابق آنچه که قبلاً از تلقی شان بیان کردیم)، ماهیت عقد طبابت را عقد اجاره اشخاص می‌دانند و به همین دلیل آن را در کتاب الاجاره مطرح کرده‌اند. اما در میان متأخرین این تلقی با ایرادهایی مواجه گردیده که به صورت کلی در دو گروه جای می‌گیرد:

عده‌ای بدون اینکه منکر وجود عقد الاجاره میان طیب و بیمار باشند بر این باورند که قواعد حاکم بر ضمان طیب به هیچ عنوان قواعد باب اجاره نیست، بلکه

قواعد ضمان قهری است و به همین دلیل باید در بحث دیات بررسی شود.<sup>(۲)</sup> این بحثی است که ما در آینده به آن خواهیم پرداخت. دسته دیگر از این جهت بر عقد الاجاره بودن ایراد گرفته‌اند که: الف. در عقد الاجاره اجیر کاملاً تحت فرمان مستأجر است و مشخصات کاری که انجام می‌دهد از سوی کارفرما تعیین می‌شود، در حالی که در طبابت، خود بیمار هیچ سلطه‌ای بر طبیب ندارد و پزشک در عمل خود از بیمار دستور نمی‌گیرد. ب. عقد الاجاره دانستن عقد طبابت یک پیامد منفی دارد و آن اینکه دست طبیب را در اعمال ضوابط پزشکی می‌بندد (عندلیب، مسئولیت مدنی کادر درمانی بیمارستانها ۱۳۸۵: ۲۴).

تصور ما این است که هر دو ایراد غیر موجه است. اما ایراد اول به این دلیل که لزومی ندارد در عقد الاجاره اجیر کاملاً تحت سلطه مستأجر باشد، چون در آن صورت باید برای بسیاری از عقود اجاره فکر دیگر بکنیم. به عنوان مثال، خیاطی که اجیر می‌شود تا لباسی مناسب برای مستأجر بدوزد، در اعمال فنون خیاطت از مستأجر تبعیت نمی‌کند. در این صورت، بنا، کشاورز و تمامی کسانی که حرفه‌ای دارند که در آن تخصص نقش دارد، باید نتوانند اجیر تلقی شوند. واقعیت این است همان‌گونه که مثلاً در خیاطت اصل کلی جامه مناسب حال مستأجر ساختن سفارش مستأجر است، اما اجیر در اعمال فنونش کاملاً صاحب اختیار است. در طبابت نیز اصل بهبود و اصلاح نقص بدنی سفارش بیمار (مستأجر) است و بقیه امور در اختیار طبیب قرار دارد و دست طبیب در اعمال طبابت هم بسته نمی‌شود. بلی، از این نکته نمی‌توان چشم پوشید که عرفاً به طبیب اجیر اطلاق نمی‌شود. اما این گفته کاملاً صحیح است که بیمار بگوید: من به فلان طبیب این مقدار اجرت دادم تا بیماری‌ام را مداوا کند. بنابراین، تلقی فقها از ماهیت عقد طبابت به عنوان عقد الاجاره تلقی کاملاً درست و صحیحی است. اما مشکل این است که گاهی پزشک در مقابل کاری که انجام می‌دهد از مریض اجرتی نمی‌گیرد و به اصطلاح تبرعاً به مداوای او اقدام می‌کند. در این فرض، عقد الاجاره‌ای میان مریض و طبیب وجود ندارد و ضمان هم

از نوع ضمان عقدی نخواهد بود. البته جناب شیخ محمد هادی آل رضی بر این عقیده است که اگر قرار باشد قواعد باب اجاره را جاری کنیم (که ظاهراً ایشان قبول ندارد)، اصلاً اعطای اجرت خصوصیتی ندارد، چون به لحاظ لسان روایات این باب، مهم این است که شما اصلاح چیزی را به کسی واگذار کنید و او به جای اینکه اصلاح کند فاسدش کند (آل رضی، مسئولیت الطیب و ضمانه ۱۴۱۸: ۱۳۴). ولی این سخن درست نیست، چون آن روایات ناظر به اجاره‌های متعارف‌اند که در مقابل اصلاح اجرت پرداخت می‌شود. به علاوه، در برخی از آن روایات کلمه «اعطیته اجرا» آمده است.

### بخش دوم: مسئولیت مدنی پزشک مباشر

پزشک گاه خود مستقیماً اقدام به معالجه بیمار می‌کند و گاه بالتسبیب. حداقل در دو صورت پزشک خود مستقیماً به علاج بیمار می‌پردازد: یکی اینکه اقدام به عمل جراحی کند و بخشهایی از بدن بیمار را مجروح سازد؛ دوم اینکه دارویی را به بیمار بخوراند و یا تزریق کند. همان‌گونه که در مقدمه بحث اشاره شد، مشکلاتی که ممکن است برای بیمار به وجود آید، به لحاظ حالات پزشکی که اقدام به معالجه می‌کند، و به لحاظ عیوبی که در بیمار به وجود می‌آید و هم به لحاظ نوع قراردادی که میان بیمار و پزشک وجود دارد، تقسیماتی دارد که لازم است از هم تفکیک شوند.

به لحاظ حالات مختلف، پزشک تقسیم می‌شود به: الف. پزشک جاهل و پزشک حاذق؛ ب. پزشک مباشر و غیر مباشر؛ ج. در فرض حاذق بودن، پزشک تقسیم می‌شود به مقصر و غیر مقصر.

به لحاظ عیوبی که در بیمار حاصل می‌شود، بیمار تقسیم می‌شود به: الف. بیمار بهبود پیدا نمی‌کند و بر اثر بیماری می‌میرد یا دچار نقص عضو می‌شود (عدم توفیق در معالجه بیمار)؛ ب. بیماری بیمار بدتر می‌شود و در اثر آن می‌میرد یا دچار عارضه‌ای می‌شود؛ ج. در بیمار نقص جدیدی پیدا می‌شود (اعم از اینکه بر اثر آن بمیرد یا خیر).

به لحاظ نوع قرارداد تقسیم می‌شود به: الف. بیمار اذن در معالجه می‌دهد یا اذن نمی‌دهد؛ ب. بیمار خسارات پیش آمده را ابراء می‌کند یا نمی‌کند. ما در این نوشته، ترتیب مباحث را براساس حالات پزشک تقسیم‌بندی می‌کنیم و بقیه تقسیمات را در ذیل آن بیان خواهیم کرد.

### مطلب اول: پزشک جاهل به طبابت

دین مقدس اسلام بالاترین حرمت را برای انسان و حیات او قائل است و به همین دلیل، کشتن یک انسان را معادل کشتن همه بشریت می‌داند:

مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا (مائدة: ۳۲).

اسلام مقرر فرموده است که حتی اگر کسی مؤمنی را از روی خطا به قتل برساند، علاوه بر دیه او که باید به خانواده‌اش پرداخت شود، لازم است کفاره گناهی را که مرتکب شده است نیز پرداخت کند: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ» (نساء: ۹۲). این حکم تا آنجا مورد عنایت شارع است که حتی قتل از روی ترحم و خودکشی را نیز ممنوع و حرام اعلام داشته است: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره: ۱۹۵). در حدیثی از رسول خدا ﷺ وارد شده است:

كان فيمن كان قبلكم رجل به جرح فجزع، فأخذ سكيناً فحز بها يده فما رقا الدم حتى مات. فقال الله تعالى: بادرني عبدی بنفسه حرمت عليه الجنة (نیسابوری، صحیح مسلم: ۱۴۶/۴).

پزشکی که علی‌رغم ناآگاهی از فنون طبابت اقدام به طبابت می‌کند، در واقع جان بیمار را به بازی می‌گیرد و مورد تعدی قرار می‌دهد. این عمل او به حکم شرع حرام است و اگر در کارش عمدی وجود داشته باشد و منجر به خسارتی شود، بعید نیست



که قتل یا جنایت عمد تلقی گردد. در اینکه چنین طیبی در قبال خساراتی که از سوی او متوجه مریض می‌شود ضامن است هیچ بحثی نیست، بلکه قاعده اولیه ضمان او است، چون بر جان مؤمنی بدون حق تعدی کرده است. به لحاظ روایات خاصه نیز در حدیثی از رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آمده است که «من تطب و لم يعلم منه طب فهو ضامن» (ابی داود، سنن ابی داود ۱۴۱۰: ۲/۳۸۷؛ نسائی، سنن نسائی ۱۲۴۸: ۱/۵۳). از امیرمؤمنان عَلَيْهِ السَّلَام روایت شده که فرمود: «بر امام واجب است علمای فاسق و پزشکان جاهل و... را زندانی کند» (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ۱۴۱۳: ۶/۳۱۹). بسیاری از فقها ادعای اجماع کرده‌اند که پزشک جاهل ضامن خساراتی است که وارد می‌کند (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام: ۴۳/۴۴). بنابراین، اصل ضمان پزشک جاهل (که به دلیل جهالتش همواره مقصر هم هست) بحثی ندارد، اما برای روشن شدن جوانب مسئله دو نکته را یادآور می‌شویم:

الف. اگر پزشک جاهل وانمود کند که آگاه و حاذق است، مصداق قاعده غرور خواهد بود و علاوه بر ادله ضمان نفس و مال (مانند قاعده اتلاف، ادله خاصه و ادله عامه باب ضمان الانفس) می‌توان برای مسئول دانستنش به قاعده غرور نیز تمسک کرد. اگر این عنوان در قانون مجازاتهای خاص خود را داشته باشد، علاوه بر مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری هم متوجه او خواهد شد (بجنوردی، القواعد الفقهیه ۱۴۱۹: ۱/۲۶۹).

ج. در صورتی که بیمار از جهالت چنین طیبی آگاه باشد و مع ذلک به او اذن طبابت دهد، مسئولیت مدنی از دوش او ساقط نخواهد شد، چون اولاً انسان تسلطی بر اتلاف خودش ندارد و بنابراین، حق دادن اذن در اتلاف را ندارد. ثانیاً: این عمل به لحاظ شرعی حرام است و هیچ کس نمی‌تواند اذن در عملی بدهد که شارع آن را ممنوع اعلام کرده است (خویی، مبانی تکملة المنهاج: ۲/۱۸).

در صورتی که شخص علی‌رغم علم و اطلاع از جهالت طیب، ذمه او را نسبت به مسئولیتهای مدنی احتمالی ابراء کند، آیا چنین ابرائی نافذ است؟ ما در آینده در بحث

ابراء این مسئله را توضیح خواهیم داد و مشخص خواهد شد که ابراء صحیح است و اخذ غرامت حقی از بیمار است که اگر اسقاط کند ساقط می‌شود.

### مطلب دوم: مسئولیت مدنی پزشک حاذق

پزشک حاذق در حالات مختلف ممکن است باعث وارد آمدن خسارت به بیمار شود که در هریک از این حالات حکم به مسئولیت مدنی او متفاوت است:

#### حالت اول: پزشک حاذق مقصر

شایع‌ترین حالتی که در آن پزشک دچار خطا می‌شود و باعث به وجود آمدن خسارت جسمی یا روحی به بیمار می‌شود، مواردی است که به دلیل سهل‌انگاری و عدم دقت کافی در شرایط بیمار، روند معالجه، ابزارهای پزشکی، حدود تأثیر داروها و... رخ می‌دهد. در این حال، هیچ‌یک از فقها قائل به عدم ضمان نیست، بلکه حتی ابن ادریس که قائل به عدم ضمان طیب است، بنابر نقل صاحب جواهر، در فرض تقصیر قائل به ضمان است (نجفی، همان: ۴۳ / ۴۵). اما عمده بررسی دلایل ضمان طیب در این فرض است که می‌توان از سه طریق بر آن استدلال نمود:

#### راه اول: اثبات ضمان طیب مقصر با استفاده از ادله ضمان اجیر

در بحث ماهیت حقوقی عقد معالجه به تبع فقها به این نتیجه رسیدیم که ماهیت این عقد اجاره است. بنابراین، یکی از راههای ثبوت ضمان در این بحث، تمسک به ادله ضمان اجیر است. عمده‌ترین دلیل آن صحیحته حلبی از امام صادق علیه السلام است که در مورد رنگرز و قصار (کسی که لباسهای مردم را می‌شوید) وارد شده است:

«عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن القصار يفسد، فقال: كل اجير يعطى الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن» (حر عاملی، همان: ۱۹ / ۲۹). در حدیث دیگر از حلبی از امام صادق علیه السلام آمده است: «فی الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل

عامل أعطيته اجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن» (همان: ۱۹). نیز در معتبره ابی الصباح آمده است: «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الْقَصَّارِ هَلْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ فَقَالَ نَعَمْ كُلُّ مَنْ يُعْطَى الْأَجْرَ لِيُصْلِحَ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِنٌ» (همان: ۱۲). کبرای کلی که در این روایات مطرح گردیده ضمان اجیر است. منتها نه هر اجیری، بلکه اجیری که برای اصلاح چیزی اجیر شده است، اما به جای اصلاح فاسدش می‌کند. این کبرای کلی به لحاظ لفظ عام «کل من يعطى» عام است، اما به لحاظ مورد مخصوص جایی است که اجرت برای اصلاح باشد. بنابراین، شامل اجیری نمی‌شود که برای انجام کارهایی غیر از اصلاح (مانند حمل بار یا تخریب ساختمان فرسوده و...) اجیر شده است. اما به هر حال، شامل طیب می‌شود، چون او هم برای اصلاح اجیر شده است.<sup>(۳)</sup>

از میان فقهایی که بحث ضمان طیب را در کتاب الاجاره مطرح کرده‌اند و قواعد باب اجاره را بر آن حاکم دانسته‌اند، می‌توان از صاحب عروه نام برد، اما تا آنجا که اطلاعات ناقص نویسنده اجازه می‌دهد، فقهای زیر به روایات فوق برای ضمان طیب استدلال کرده‌اند:

یک. محقق اصفهانی در کتاب الاجاره در مورد مسئولیت صنعتگری که مواد خام را از مردم می‌گیرد تا روی آنها صنعتی انجام دهد، این‌گونه استدلال می‌کند: «اگر صنعتگر موجب فاسد شدن مال گردد، ضامن است، هر چند ماهر باشد، مانند قصاری (شوینده لباس) که لباس را پاره می‌کند. سخن در این باره گاهی به لحاظ مقتضای قواعد است و گاهی به لحاظ آنچه اخبار باب اقتضا می‌کند... مورد دوم عبارت است از اخباری که در باب قصار، رنگرز، نجار و آنچه در باب دیات در مورد پزشک و دامپزشک و ختان وارد شده است. این اخبار دلالت می‌کنند بر ضمان کسانی که در حرفه خودشان مرتکب جنایت می‌شوند. یکی از آن روایات که ضابطه عام به دست می‌دهد این فرمایش امام عليه السلام است: «كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن» و این روایت مطابق قاعده اتلاف هم هست (اصفهانی، الاجارة ۱۴۰۹: ۲۱۵).

دو. مرحوم آقا ضیاء‌الدین عراقی در شرح تبصرة المتعلمين می‌گوید:

صنعتگر ضامن جنایتی است که مرتکب آن می‌شود هرچند ماهر باشد، مانند قصاری که لباس را پاره می‌کند. و همین‌گونه است پزشک و دامپزشک و حجام و حمال. به دلیل عمومی که از محتوای روایات استفاده می‌شود، از آن میان صحیحۀ حلبی: کل عامل أعطیته أجزاً علی أن یصلح فأفسد فهو ضامن (عراقی، شرح تبصرة المتعلمين ۱۴۱۴: ۵/۶۶۷).

سه. مرحوم کاشف الغطاء در تحریر المجلة سخنان فقها را این‌گونه جمع‌بندی می‌کند:

اکثر فقها بر این عقیده‌اند که خیاط و قصار اگر موجب وارد آمدن خسارت به جامه شود ضامن است، همین‌گونه است ختان و حجام و کحال و دامپزشک و هر کسی که خودش را اجیر کند برای کاری بر روی مال مستأجری و آن را فاسد کند؛ چنین شخصی ضامن است، هرچند قصد نداشته باشد. دلیل مطلب، عموم قاعدة «من اتلف...» و صحیحۀ امام صادق علیه السلام است «کل عامل أعطیته علی ان یصلح فأفسد فهو ضامن» (کاشف الغطاء، تحریر المجله ۱۳۵۹: ۱/۲۱).

چهار. از معاصران آیت‌الله مکارم شیرازی برای ضمان طیب به این احادیث تمسک کرده است:

از میان ادله خاصه‌ای که در مسئله وجود دارد چند روایت است ۱. آنچه در باب مطلق اجیر وارد شده، مثل صحیحۀ حلبی از امام صادق علیه السلام: سنل عن القصار یفسد، فقال: «کل أجیر یعطى الأجرة علی أن یصلح فیفسد، فهو ضامن». ۲. روایت ابی‌الصباح: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن القصار هل علیه ضمان؟ فقال: نعم، کل من یعطى الأجر لیصلح فیفسد، فهو ضامن». روایات دیگر نیز به این مضمون وجود دارد. تقریب استدلال به این

روایات بدین صورت است که: چون این احادیث عام‌اند، شامل پزشک و دامپزشک و ختنان و جمیع ارباب تخصص می‌شوند (مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامة ۱۴۲۲: ۳۰۸).

قدر متیقن از این روایات فرضی است که اجیر تقصیر نموده و در مورد مال مورد اصلاح افراط یا تفریط کرده باشد. البته تعداد فقهایی که ماهیت عقد معالجه را اجاره دانسته‌اند و با استناد به این ادله قائل به ضمان طیب شده‌اند، منحصر به اینها نیستند که ما برای اجتناب از تطویل از ذکر بقیه خود داری می‌کنیم.

### راه دوم: تمسک به قواعد کلی ضمان

قبل از ورود به بحث لازم است مقدمه‌ای را ذکر کنیم: ممکن است بر ما اشکال شود که مطابق آنچه در بحث ماهیت حقوقی ضمان طیب به دست آمد، علی‌الاصول نباید بحث قواعد کلی باب ضمان را مطرح کنید، چون ضمانی که از این قواعد به دست می‌آید، از نوع ضمان قهری است، این در حالی است که در آن بحث، نتیجه گرفته شد که ضمان طیب قراردادی است.

به این اشکال می‌توان چنین جواب داد: اولاً؛ همه این قواعد به ضمان قهری منتهی نمی‌شوند. مثلاً روایات خاصه و قاعده لا ضرر می‌سازند با اینکه همان ضمان عقدی را ثابت کنند. بلی، قاعده اتلاف و قواعد باب دیات، ضمان قهری را ثابت می‌کنند. آن دو نیز، چنان‌که بعداً به اثبات خواهد رسید، نسبت به مواردی ضمان را ثابت می‌کنند که خسارت خارج از مفاد توافق و قرار داد باشد، یا مواردی که اصولاً بین پزشک و بیمار قرار دادی نیست.

ثانیاً: تفاوت مهم ضمان قهری و عقدی در اصل ثبوت ضمان نیست، بلکه در امکان توافق بر خلاف یا توافق در کمیت آن است و هدف ما عجالاً ثبوت اصل ضمان است.

در فقه، قواعد عامی برای ضمان بیان گردیده که می‌تواند مدرک ما در ضمان

طیب هم باشد و ما به صورت اختصار به این قواعد اشاره می‌کنیم:

### قاعده اول: اتلاف

عبارتی در کلمات فقها در مقام بیان قاعده اتلاف به چشم می‌خورد که در هیچ روایت و آیه قرآنی نیامده است، اما در عین حال کسی در صحت آن تردید نکرده، و آن عبارت «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» است. معنا و مفاد قاعده عبارت است از اینکه: اگر کسی مال یا منافع مترتب برمالی را که متعلق به غیر است به سببی از اسباب تلف کند، اعم از اینکه عالم باشد یا جاهل، مکلف است که مثل یا قیمت آن را ادا کند (مکارم شیرازی، القواعد الفقهية ۱۴۱۱: ۱۹۳/۲). تعبیری که فقها دارند این است که این قاعده از ضروریات عند جمیع المسلمین، بلکه جمیع عقلا در همه عالم به حساب می‌آید (همان: ۲۰۲). مع ذلک برآن از ادله اربعه، کتاب و سنت و اجماع و بنای عقلا استدلال آورده‌اند. اما در این قاعده عمومیتی وجود دارد که اکثریت ادله از اثبات آن عاجز است و آن اینکه اتلاف، چه به عمد باشد یا خطا، عن علم باشد یا عن جهل، درحال خواب باشد یا بیداری، به صرف ثبوت نسبت اتلاف موجب ضمان است. در اینجا مجال بررسی همه آن ادله وجود ندارد، اما دو دلیل هست که اگر ثابت شود، توان اثبات این عمومیت را دارد:

**دلیل اول:** حدیثی که با مضمون واحد اما به طرق مختلف نقل شده و مشهورترین آن متنی است که در مستدرک الوسائل آمده است:

عن ابی عبدالله عليه السلام عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله خطب يوم النحر بمنى في حجة الوداع و هو على الناقة العضاء فقال: ايها الناس، اني خشيت ان لا ألقاكم بعد موقفي هذا، بعد عامي هذا، فاسمعوا ما أقول لكم فانتفعوا به. ثم قال: ايّ يوم أعظم حرمة؟ قالوا هذا اليوم يا رسول الله صلى الله عليه وآله قال: فأىّ الشهور أعظم حرمة؟ قالوا:

هذا الشهر يا رسول الله ﷺ قال: فأى بلد أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد يا رسول الله ﷺ قال: فإن حرمة أموالكم عليكم و حرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، الى ان تلقوا ربكم فيسألکم عن أعمالکم، ألا هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد (نوری، مستدرک الوسائل ۱۰۴۸: ۱۷/ ۸۸).

شبيهه این روایت را شیخ در مبسوط هم آورده است:

روى الأعمش عن أبي وائل عن عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ انه قال: حرمة مال المسلم كحرمة دمه (شيخ طوسی، المبسوط فى فقه الامامية ۱۳۸۷: ۳/ ۶۰).

برخی از فقها از تشبیه موجود در این روایات چنین استفاده کرده‌اند که همان عمومیتی که در بحث دماء وجود دارد که حتی با فرض خطای محض بازهم ضمان آور است، در اینجا هم موجود است. لکن گذشته از سند هر دو حدیث که روشن نیست و نمی‌تواند مستند حکم فقهی قرار گیرد، به لحاظ دلالت هم جای تردید وجود دارد، چون همان‌گونه که آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز اشاره کرده است، این روایت فقط ناظر به حکم تکلیفی است، اما استفاده حکم وضعی از آن مشکل است (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه: ۴۸). مخصوصاً با توجه به این نکته که در باب دماء، احادیثی چون «لا یطلّ دم امرء مسلم هدرأ» و امثال آن را داریم و چنین چیزی در باب اموال وجود ندارد.

**دلیل دوم:** بنای عقلا. ادعا می‌شود که عقلا در تمام عالم متلف مال را ضامن می‌دانند و در این ضمان تقصیر، علم و... شرط نیست. به نظر می‌رسد در عمومیت این بنا نیز جای تردید وجود دارد. به عنوان مثال، آیا اگر شخصی متاعش را کنار انسان خواب قرار دهد و او بدون اطلاع از وجود متاع بر روی آن بیفتد، می‌توان گفت ضامن است؟! (توجه شود که گذارنده مال سبب اقوی از مباشر نیست). به هر حال، از خود واژه اتلاف هم به دست می‌آید که باید استناد عمل به شخص مسلم

باشد، و اگر مال در حال خواب یا در حال جهل مطلق صورت گیرد، صدق «اتلاف» هم مورد تردید است. آیت‌الله فاضل هم به ناتمامی مدرک این قاعده برای اثبات عمومیت توجه داشته و لذا می‌گوید: «هرچند دلالت اکثر این روایات مخدوش است، اما از ملاحظه مجموع آنها و گذاشتن آنها در کنار ادله‌ای که قبلاً گذشت (ادله ضمان اجیر و...) و با در نظر داشتن اینکه قاعده اجماعی است، شکی در ثبوت آن و تردیدی در تحقق آن باقی نمی‌ماند» (همان: ۴۹). اما ایشان مشخص نمی‌کند که از جمع چند صفر چگونه عدد به دست می‌آید!

اگر از مدرک قاعده بگذریم، برای استفاده ضمان طیب حاذق مقصر از این قاعده لازم است اموری را مشخص کنیم:

۱. مشخص کنیم که عبارت «مال» در این قاعده خصوصیت ندارد و شامل منافع هم می‌شود. اثبات این امر نیز به سادگی امکان‌پذیر است، چون اولاً این عبارت همان‌گونه که گذشت، یک عبارت اصطیادی است و در هیچ آیه و روایتی نیامده است. بنابراین، مهم تعبیر ادله قاعده است و در میان ادله قاعده هیچ کدام اختصاص به اموال ندارد، بلکه اتلاف جان و اعضا به قیاس اولویت هم دانسته می‌شود. ثانیاً: مهم‌ترین دلیل، قاعده بنای عقلاست و بنای عقلا در مورد جان قوی‌تر است.

۲. مشخص کنیم که موانع ضمان، از قبیل قاعده احسان، اذن شرعی، اذن بیمار و... وجود ندارد. این امر هم در قضیه مورد بحث ما، یعنی ضمان طیب مقصر به سادگی امکان‌پذیر است، چون او با تقصیرش محسن نیست. اذن شرعی مشروط به عدم تقصیر است و اذن بیمار هم اذن در طبابت و معالجه است نه اذن در اتلاف. اگر بحثی در این باب باید صورت گیرد در فرضهای بعدی است.

اگر به کلمات فقهای عظام توجه کنیم، اکثریت قریب به اتفاق به این قاعده برای ضمان طیب تمسک کرده‌اند (البته عبارت بسیاری از آنها عام است و شامل طیب غیر مقصر هم می‌شود، ولی طیب مقصر قدر متیقن است). ما برای نمونه عبارت مرحوم خوئی را می‌آوریم که در ذیل این عبارت صاحب عروه «الطیب المباشِر



للعلاج اذا افسد ضام و ان كان حاذقاً» می فرماید: «لقاعدة الاتلاف» (خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی: ۴/۲۴۷).

### قاعده دوم: لاضرر

یکی از قواعد مهمی که فقها در طول تاریخ و در ابواب مختلف فقه به آن تمسک کرده‌اند، قاعده لاضرر است. این قاعده علی‌رغم کاربردی بودنش یکی از پرمناقشه‌ترین قواعد فقهی نیز هست. سؤالات بسیاری هم به لحاظ سند و هم به لحاظ متن احادیث و هم به لحاظ مفاد و محتوای احادیث و هم از جهت شبهات و اشکالاتی که بر آن وارد شده، پیرامون این قاعده مطرح گردیده است. ما در اینجا نمی‌توانیم به تفصیل پیرامون این قاعده بحث کنیم، چون در آن صورت باید رساله مستقلی تألیف کنیم. اما به صورت مختصر می‌توانیم نگاه اجمالی به مجموعه نظریات و برداشتهایی بیفکنیم که از این قاعده صورت گرفته و اینکه بر کدام مبنا امکان استفاده از این قاعده برای ضمان طیب وجود دارد. هرچند در میان فقهای قدیم و معاصر کسی را نیافتیم که به صورت صریح برای ضمان طیب به این قاعده استدلال کرده باشد.

مجموعاً چهار نظریه راجع به محتوای این قاعده وجود دارد:

**نظریه اول:** شیخ الشریعه اصفهانی معتقد است که «لا» در جمله «لاضرر و لاضرار» برای نهی است و جمله در مقام بیان حرمت ضرر رساندن به دیگران است. از قبیل «فَلَا رَفَتْ وَ لَا فُسُوقَ وَ لَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (بقره: ۱۹۷). هرچند ظاهر جمله نفی است، اما در واقع نهی است و مبین حرمت (اصفهانی، قاعده لاضرر ۱۰: ۲۴-۲۵).

اگر محتوای قاعده همین باشد که شیخ الشریعه می‌گوید، لزوم تدارک ضرری که از ناحیه غیر بر شخص وارد گردیده مدلول مطابقی قاعده نیست. اما اینکه آیا مدلول التزامی قاعده لزوم تدارک هست یا نیست، در کلمات خود شیخ الشریعه تصریحی بر آن وجود ندارد. ولی از آنجا که ایشان معنای دوم (نفی ضرر غیر متدارک) را کاملاً رد

می‌کند، می‌توان فهمید که این لازمه را قبول ندارد (همان: ۲۷). در کلمات فقها هم به موردی بر نخوردیم که این معنای التزامی را کسی پذیرفته باشد. اما شاید بتوان گفت مورد روایات نوعاً مربوط به قضاوت‌های پیامبر ﷺ است و در قضاوت صرف بیان حکم تکلیفی کفایت نمی‌کند، بلکه حسم ماده نزع جز به تدارک ضرر امکان ندارد، هرچند مواردی از قضاوت‌های پیامبر که به این قاعده تمسک شده از جمله مواردی نیست که ضرری باید تدارک شود، بلکه حسم ماده نزع با نهی تنها یا انجام یک عمل بازدارنده امکان‌پذیر بوده است. اما همه موارد از این قبیل نیست.

از کسانی که معتقد است «لا» در این حدیث برای نهی است و به همین نکته که اشاره شد (مدلول التزامی نهی) توجه داشته، حضرت امام علیه السلام است. ایشان در کتاب *البیع* بعد از اینکه می‌گوید این جمله را نمی‌توان به معنای حقیقی آن حمل کرد، بلکه باید در آن ادعایی صورت گرفته باشد، می‌گوید: ادعا مصحح می‌خواهد و مصحح دو امر می‌تواند باشد: یکی اینکه شارع بگوید: من به این دلیل می‌گویم ضرری نیست که در میان تشریحات من حکم ضرری وجود ندارد. دوم اینکه بگوید: من به این دلیل می‌گویم ضرری نیست که جمیع ابواب ضرر را سد کردم. یکی از ابواب ضرر تشریح حکم ضرری است. باب دیگر بدون جبران ماندن ضررهایی است که در میان مردم رخ می‌دهد. مولا می‌گوید: بعد از این ضرری وجود ندارد، چون هیچ ضرری در میان شما رخ نخواهد داد مگر اینکه من حکم به جبران خواهم نمود. اگر این احتمال دوم مصحح ادعای شارع باشد، قاعده لاضرر هم مثبت حکم است و هم دلالت بر لزوم تدارک می‌کند (امام خمینی، کتاب *البیع*: ۴/ ۴۰۵). اما ایشان بر این رأی دوم این‌گونه اشکال می‌کند: فرق است میان اینکه این کلمه از یک سلطان صادر شود یا از یک قانونگذار. در صورت اول می‌توان ادعا کرد که مصحح ادعای او سد جمیع ابواب ضرر است، اما در صورت دوم، مقام تشریح و قانونگذاری اقتضا می‌کند که فقط در حیطة قانونگذاری سخن بگوید و اگر ادعایی هم می‌کند در حیطة قانونگذاری ادعا کند. اگر چنین ادعایی را مطرح کند و در میان قوانینی که وضع می‌کند حکم و تشریح

ضرری وجود نداشته باشد، چنین ادعایی از او مسموع است. بنابراین، بازهم نتیجه‌اش این می‌شود که در میان تشریحات من حکم ضرری نیست، نه اینکه من حکم به تدارک ضرر می‌کنم. با این بیان، امام با استفاده و جوب تدارک از قاعده لاضرر مخالفت می‌کند.

اما به این سخن امام می‌توان چنین پاسخ داد: اولاً درست است که مدعی نفی قانونگذار است و ادعاهایش در حیطه تشریح قرار دارد، اما ایشان از طرفداران نظریه نفی است و کسی که با لسان نفی نواهی خودش را می‌رساند، لابد در انتخاب این لسان نکته نهفته‌ای می‌بیند، مثل تأکید و غلظت در بیان. در مانحن‌فیه، این غلظت جز با سد جمیع ابواب ضرر میسور نیست. البته خود امام به این نکته توجه داشته و جواب می‌دهد که نفی در تشریح دخالت ندارد، بلکه صرفاً برای دفع وقوع ضرر خارجی بر مردم است، لکن هیچ دلیلی بر مدعایش اقامه نمی‌کند. ثانیاً: امام خود واقف است که مستند این قاعده قضاوت‌های پیامبر ﷺ است و این قضاوت‌ها تنها در مقام تشریح و قانونگذاری نبوده است، بلکه «بما آنه سلطان» واقع شده است. بنابراین، اگر مبنای نفی را بپذیریم، به نظر می‌رسد که استنباط لزوم تدارک ضرر و در نتیجه ضمان از قاعده لاضرر بعید نیست. اما نظریه نفی با مشکلاتی مواجه است که مجال بسط آن در اینجا وجود ندارد.

**نظریه دوم:** نظریه آخوند خراسانی و عده‌ای دیگر از فقها این است که «لا» در این جمله برای نفی است و محتوای قاعده «نفی حکم است به لسان نفی موضوع». به عبارت دیگر، کانه پیامبر ﷺ فرموده است: حکم ضرری وجود ندارد، اما این مطلب را با لسان نفی موضوع یعنی «ضرر» بیان فرموده است. مثلاً به جای اینکه بگوید حکم «وجوب» برای «وضوء ضرری» وجود ندارد، فرموده است: وضوی ضرری وجود ندارد. این نوع ترکیب در روایات دیگر هم برای بیان همین مقصود به کار رفته است. مثلاً در ترکیب «لاشک لکثیر الشک»، «لا سهو للمأموم مع حفظ الامام»، به جای اینکه بگوید حکم شاک بر کثیر الشک نیست، فرموده است شک کثیر الشک اصلاً شک

نیست. یا به جای اینکه بگوید حکم سهو (یعنی وجوب اعاده، قضا یا سجده سهو) برای مأمومی که سهو کرده است با حفظ امام نیست، می‌گوید در این فرض اصلاً سهو نیست. در اینجا هم به جای اینکه بگوید: وضوی ضرری وجوب ندارد، فرموده است: اصلاً وضوی ضرری نیست (آخوند خراسانی، کفایة الاصول ۱۴۰۹: ۳۸۱).

از پیامدهای این مبنا آن است که قاعده لاضرر را حاکم بر احکام اولیه بدانیم و گستره آن را تنها محدود به آن دسته از احکام اولیه‌ای بدانیم که موجب ضرر می‌شوند. مانند وجوب وضوی ضرری، روزه ضرری و... در این صورت، لاضرر خودش منبعی برای استنباط احکام شرعی نخواهد بود و حکمی را ثابت نخواهد کرد. و همین اشکالی است که بعضی از فقها در استنباط خیار از لاضرر در بحث خیار غبن مطرح کرده‌اند. این معنا از قاعده لاضرر تنها به نفی حکم می‌پردازد و همان‌گونه که بسیاری از فقها گفته‌اند، به هیچ عنوان اثبات تدارک و ضمان نمی‌کند، چون مفادش منحصر به این می‌شود که شارع حکمی که سبب ضرر شود جعل نکرده است، اما اینکه اگر ضرری وارد شد باید تدارک شود، از این قاعده استفاده نمی‌شود. شاید سر اینکه بسیاری از حقوقدانان لزوم تدارک ضرر را امر بدیهی پنداشته‌اند و گفته‌اند نسبت به قاعده لاضرر بی‌مهری صورت گرفته، ناشی از عدم دقت کافی در مفاد ادله این قاعده باشد. چون لزوم تدارک ضرر به حکم عقلاً ممکن است بدیهی باشد (که این همان مفاد قاعده اتلاف است)، اما استفاده این امر از قاعده لاضرر به سادگی امکان‌پذیر نیست. این بزرگان در واقع به جای اینکه در لسان روایات دقت کنند، ذهنیت عقلایی شان را بر روایت تحمیل کرده‌اند.

**نظریه سوم:** نظریه شیخ انصاری رحمته الله علیه مبنی بر اینکه «لا» برای نفی است و منفی عبارت است از خود حکم و نه موضوع حکم - آن‌گونه که در کلام آخوند مطرح شد - اما تحلیل اینکه چرا ما لاضرر را به نفی حکم معنا می‌کنیم، با اینکه در کلام نامی از حکم برده نشده است، به صورت مبسوط در کلام مرحوم شهید صدر آمده و مجال طرح آن در این مختصر نیست (صدر، قاعده لاضرر ۱۴۰۷: ۱۸۰ - ۱۸۴).

این نظریه به لحاظ پیامدی که ما به دنبال آن هستیم، یعنی استفادهٔ ضمان، با نظریهٔ آخوند تفاوتی ندارد و بنابراین نظریه، ما نمی‌توانیم از لاضرر لزوم تدارک را استفاده کنیم، مگر بر مبنای بعضی از بزرگان که می‌گویند مراد از حکم تنها احکام اثباتی شارع نیست، بلکه ضرر ناشی از موقف شارع را هم شامل می‌شود. با این تحلیل که شارع همان‌گونه که حکمش به مقتضای این قاعده نمی‌تواند سبب ضرر بر عباد و مکلفان گردد، حکم نکردنش هم نباید موجب ضرر باشد، چون در این صورت ضرر را با تقریرش امضا کرده است.<sup>(۴)</sup> اگر این نظریه را بپذیریم، می‌توان گفت لزوم تدارک ضرر بنا بر نظریه شیخ انصاری هم قابل اثبات است.

**نظریهٔ چهارم:** نظریهٔ مرحوم فاضل تونی و جمعی از متأخران مبنی بر اینکه «لا» برای نفی است و منفی عبارت است از ضرر غیر متدارک. مرحوم شهید صدر بر این باور است که اگر بتوانیم دو شرط را از این قاعده استظهار کنیم، چنین مبنایی قابل قبول است: الف. ضرر متدارک مثل این است که اصلاً ضرری نباشد. ب. وجوب تدارک از سوی شارع مثل این است که در خارج هم تدارک شود. با این دو ادعا شارع فرموده است: ما در خارج ضرری نداریم، چون در همهٔ موارد من حکم به وجوب تدارک کرده‌ام و حکم من به وجوب تدارک مثل این است که تدارک در خارج محقق شده است و هر ضرری که تدارک شود مثل این است که اصلاً نبوده است (صدر، همان: ۲۰۳-۲۰۴). ولی استفادهٔ این مبنا از روایات بسیار بعید است، چون نیاز به حذف و تقدیرهای بسیاری دارد.

اگر این مبنا را بتوانیم ثابت کنیم، استفادهٔ ضمان در مطلق ضرر، از جمله ضمان طیب امکان‌پذیر است، اما در طیب باید دو مقدمهٔ دیگر را هم به اثبات برسانیم: اول اینکه لاضرر، ضررهای معنوی را هم می‌گیرد (این نکته‌ای است که به تعبیر شهید صدر بسیاری از فقها آن را قبول دارند (همان: ۱۴۰)). برخلاف اینکه برخی تصور کرده‌اند فقها معتقدند قاعدهٔ لاضرر شامل ضررهای معنوی نمی‌شود). دوم اینکه عدم النفع را هم ضرر به حساب آوریم، چون بنابر برخی از فروع، تقصیر طیب تنها

موجب خوب نشدن مریض می‌شود، نه اینکه ضرر بیشتری را متوجه او کند.

### راه سوم: تمسک به قواعد باب دیات

بر اساس یک تقسیم‌بندی معروف، آسیبه‌های بدنی که انسانی به انسان دیگر وارد می‌کند یا حلال است و یا حرام. به تعبیر قرآن یا «عن حق» است و یا «بغیر حق». اگر «عن حق» باشد، خون یا جراحت انسان مقتول و مصدوم هدر است و هیچ پیامدی برای قاتل ندارد، مانند قتل یا ایراد جراحت در مقام قصاص، یا در مقام دفاع، یا در مقام اجرای فرمان خداوند و... از این موارد که بگذریم، هرگونه جراحتی که به انسان وارد می‌شود یا عمدی است یا شبه عمد است و یا خطأ محض. هریک از این اقسام، احکام مخصوص به خود را دارد. آسیبی که طیب حاذق مقصر به مریض وارد می‌کند (مشروط بر اینکه آسیب جسمی باشد و نه آسیب مالی یا عرضی) در قدم اول باید معلوم گردد که آیا «عن حق» است و یا «بغیر حق». در صورتی که «بغیر حق» باشد، باید ملاحظه شود که داخل در کدام یک از اقسام ثلاثه است و آیا ضمان آور هست یا نیست.

### مقام اول: آیا آسیب بدنی پزشک حاذق مقصر از روی حق است یا بناحق؟

بدون شک این آسیب بدنی بناحق است، چون حق بودن اقدام کسی علیه جان کس دیگر یا به فرمان خداوند محقق می‌شود یا با اذن خود شخص و هیچ یک از این دو در مورد طیب مقصر وجود ندارد. اما اذن شارع تنها در محدوده اعمال طبابت و مشروط به رعایت تمامی جوانب احتیاط است و اذن مریض هم اذن در علاج است نه اذن در اتلاف. بنابراین، عمل او غیر مجاز و مشمول قواعد باب دیات (و احیاناً قصاص) است.

### مقام دوم: آسیب بدنی طبیب داخل در کدام یک از اقسام جنایت است؟

معیاری که فقها برای تشخیص جنایت (و یا قتل) عمد، شبه عمد و خطای محض بیان کرده‌اند آن است که اگر یکی از دو شرط وجود داشته باشد، جنایت ملحق به عمد می‌شود:

۱. جانی قصد ایراد جنایت داشته باشد، اعم از اینکه وسیله‌ای که به کار می‌برد از آلاتی باشد که معمولاً قتاله به حساب می‌آید، مانند چاقو، شمشیر، سنگ بزرگ و... یا چنین نباشد.

۲. جانی قصد ایراد جنایت نداشته باشد، اما عملی که انجام می‌دهد معمولاً کشنده باشد، مثلاً وسیله‌ای که به کار می‌برد عادتاً قتاله باشد. این دو شرط از روایات هم به دست می‌آید، چون علی‌رغم اینکه عنوان «عمد» به عنصر معنوی جنایت اشاره دارد و ابزار جنایت جزء عنصر معنوی نیست، مع ذلک روایات استفاده از ابزار قتاله را هم برای ثبوت عمد کافی دانسته‌اند. مثلاً در صحیح‌ه حلبی از امام صادق علیه السلام آمده است: «العمد کل ما اعتمد شیئاً فاصابه بحدیة أو بحجر أو بعصا أو بوکرة فهذا کله عمد» (حر عاملی، همان: باب ۱۱ از ابواب قصاص النفس، ح ۳). در این روایت بر عنصر عمد (اعتمد) تأکید شده است که مطابق معنای لغوی عمد نیز هست. اما در صحیح‌ه فضیل بن عبدالملک از امام صادق علیه السلام آمده است: «إذا ضرب الرجل بالحدیة فذلک العمد» (همان: ح ۱۰). در این روایت «ضرب بالحدید» که نوعاً کشنده است، مصداق عمد قرار داده شده است و اطلاقش شامل جایی که قصد قتل نداشته باشد هم می‌شود. البته پیرامون این حدیث امکان بحث وجود دارد - کما اینکه بحث کرده‌اند - ولی ما به اعتبار تلقی مشهور از طرح آن خود داری می‌کنیم.

حدیث دیگری که تا حدودی صراحت بیشتر دارد، صحیح‌ه ابی‌العباس و زراره از امام صادق علیه السلام است که فرمود: «إن العمد أن يتعمده فيقتله بما يقتل مثله، و الخطأ أن يتعمده و لا يريد قتله، يقتله بما لا يقتل مثله» (همان: ح ۱۲). صریح‌تر از این صحیح‌ه

دیگری است از ابی‌العباس از امام صادق علیه‌السلام:

قال: قلت له: أرمى الرجل بالشيء الذي لا يقتل مثله، قال هذا خطأ، ثم أخذ

حصاة صغيرة فرمى بها، قلت: أرمى الشاة فأصيب رجلاً، قال هذا الخطاء الذي

لا شك فيه، و العمد الذي يضرب بالشيء الذي يقتل بمثله (همان: ح ۶).

با توجه به این روایات، فقها برای تحقق قتل یا جنایت عمدی یکی از دو شرط را کافی و لازم دانسته‌اند. البته ممکن است آن دو شرط را به یک شرط برگردانیم و آن تحقق عنصر معنوی قصد سوء یا قصد مجرمانه است. چون زدن با آلت قتاله در ناخودآگاه انسان عاقل، قابل انفکاک از وجود قصد قتل نیست. ولی به هر حال برای بحث فعلی ما مهم نیست.

قتل شبه عمد عبارت است از اینکه: الف. هیچ یک از آن دو شرط که در جنایت عمدی گفته شد وجود نداشته باشد، ب. قاتل یا جانی قصد انجام فعل را داشته باشد. به عبارت دیگر با آلتی که معمولاً قتاله نیست، بدون قصد قتل کسی را بزند. مثل اینکه با یک مشت ریگ به سر کسی بزند. در این صورت، قتل شبه عمد محقق شده است.

قتل خطأ محض آن است که اصلاً قاتل و یا جانی قصد انجام فعل را ندارد، بلکه قصد انجام عمل دیگری را دارد، اما اتفاقاً قتل یا جنایت واقع می‌شود. مثل اینکه می‌خواهد شکار را با تیر بزند، اتفاقاً به انسانی اصابت می‌کند. خود واضح است که در تحقق خطای محض، وجود آلت قتاله مانع نیست (نجفی، همان: ۳/۴۳؛ امام خمینی، تحریر الوسیله: ۲/۵۵۳).

با اندک توجه دانسته می‌شود که عمل جنایی طیب حاذق مقصر، داخل در قتل یا جنایت عمد نیست، چون هیچ یک از دو عنصر وجود ندارد. اما قصد قتل که فرض بحث آن است که وجود ندارد، چون طیب قصد معالجه دارد نه قصد قتل یا جنایت؛ اما عنصر دوم هم به این دلیل موجود نیست که عمل طیب یعنی طبابت نوعاً کشنده نیست. بنابراین، داخل در قتل یا جنایت عمدی نمی‌شود.

اما خطأ محض هم نیست، چون طیب با قصد برداشتن مثلاً فلان عضو فاسد



چاقوی جراحی را وارد بدن مریض نمود، یا با قصد خوراندن دوا آن را به کام او ریخت یا به او تزریق نمود. پس قصد انجام عمل را دارد.

بنابراین، فرض صحیح آن است که عمل طبیب مقصر از نوع قتل یا جنایت شبه عمد است و قانون کلی باب دیات این است که در این نوع از قتلها و جنایات، دیه در مال خود جانی و قاتل ثابت است. شاید به همین دلیل است که بسیاری از فقها ضمان طبیب را در مال خودش می‌دانند. مثلاً صاحب جواهر می‌گوید: «اگر گفتیم پزشک ضامن نیست که بحثی نیست، اما اگر گفتیم ضامن است در مال خودش ضامن است. و من در این مسئله اختلافی نیافتم، بلکه هیچ شکی نیست که در مال خودش است، به دلیل اصل و ظاهر خبری که خواهد آمد و به این دلیل که عمل او شبه عمد است، چون فعل را قصد کرده است، اما قتل را قصد نکرده است و دانستید که در قتل شبه عمد دیه بر عهده خود جانی است.»<sup>(۵)</sup>

#### راه چهارم: روایات خاصه

از قواعد که بگذریم، روایاتی داریم که در خصوص عمل پزشک و مسائل پزشکی وارد شده و قدر متیقن از آنها ضمان طبیب حاذق مقصر است و ما به چند نمونه از این روایات اشاره می‌کنیم:

حدیث اول روایت سکونی:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ (حر عاملی، همان: باب ۲۴ از ابواب موجبات الضمان ح ۱).

پیرامون این حدیث بحثهایی هم از جهت سند و هم از جهت دلالت وجود دارد که در بحث بعدی مطرح خواهیم کرد. در اینجا به صورت اصل موضوعی فرض را بر این می‌گیریم که حدیث از حیث سند مشکل ندارد و از حیث دلالت مبین حکم

حکومتی نیست، بلکه بیان‌کننده حکم اولیه ضمان طیب است. تنها بحثی که در اینجا لازم است مطرح شود این است که آیا اخذ براءت از مریض در این فرض می‌تواند موجب سقوط ضمان طیب گردد یا خیر؟ تفصیل این بحث هم به مناسبت خودش خواهد آمد، اما همان‌گونه که قبلاً به عرض رسید، ظاهراً مشکلی در سقوط ضمان با فرض اخذ براءت نیست مگر اینکه به قاعده غرور منتهی شود. به عبارت دیگر، براءت مریض مشروط به رعایت تمام جوانب فنی قضیه نباشد، چه در این صورت هم به دلیل اینکه براءت مشروط بوده است (بنابراینکه ابراء مشروط مشروع باشد) و هم به این دلیل که طیب با این اخذ براءت موجبات غرور مریض را فراهم نموده است، می‌توان گفت که براءت موجب سقوط ضمان نیست.

حدیث دوم؛ روایت ختان: «وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّقَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ ضَمَّنَ خَتَانًا قَطَعَ حَشْفَةَ غُلَامٍ» (همان: ۲).  
قدر متیقن از این حدیث هم فرضی است که طیب در عمل قطع حشفه غلام تقصیر کرده باشد و بر اساس این روایت محکوم به جبران خسارت وارده است.

ادامه دارد

## پی‌نوشتها

- (۱). نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام: ۴۳/ ۴۴. البته فقیه مذکور در کتاب الاجاره هم اشاره‌ای به این بحث کرده است، در ذیل این بحث که «اذا افسد الصانع ضمن» می‌گوید: «ثم ان الظاهر عدم الفرق بين البيطار و الطبيب في كثير من الادلة السابقة و حينئذ ينبغي اتحاد حكم الطبيب معه، بل هو احد الصانع، بل داخل في اطلاق صحيح الحلبي و غيره من النصوص مع أخذ الاجرة على ذلك...» ج ۲۷ ص ۳۲۵. این می‌رساند که یا متوجه تأثیر این بحث روی ضمان طبیب نبوده است و یا به نظر ایشان فرقی در نتیجه بحث نداشته است. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل (ط. ج) ج ۱۶ ص ۳۷۴؛ حسین، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۰ ص ۲۶۹. این فقیه نیز به تبع علامه حلی بحث ضمان طبیب را در کتاب الاجاره نیز مطرح کرده است: ج ۷ ص ۲۶۴؛ فیض کاشانی، محسن، مفاتیح الشرایع للفیض الکاشانی: ۱۱۶/۲ و نیز در کتاب الاجاره: ۱/ ۲۶۲ و بسیاری دیگر از فقها.
- (۲). آل رضی، مسئولیت الطبیب و ضمانه، مجله فقه اهل البیت (عربی): ۱۳۱ به بعد. (البته نویسنده مذکور صریحاً به این مطلب نپرداخته است، بلکه از آنجا که قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی پزشک را فقط قواعد عمومی باب دیات می‌داند، چنین نتیجه‌ای استنباط می‌شود).
- (۳). لازم است این نکته یادآوری شود که بحث ضمان قصار و صباغ در فرض قصور به لحاظ روایی مبتلا به معارض است که بحث مفصل آن در جای خود باید مطرح شود. برای ما همین مقدار که به لحاظ فتوایی بتوانیم ضمان را ثابت کنیم کافی است.
- (۴). کلام منقول از میرزا جواد تبریزی توسط بعض از شاگردان ایشان.
- (۵). (نجفی، همان: ۴۳/ ۴۶؛ فقیهانی که عمل طبیب را قتل یا جنایت شبه عمد می‌داند بسیار است به عنوان نمونه مراجعه کنید به: حلی، یحیی بن سعید، نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر: ۱۳۰؛ حلی، حسن بن یوسف مطهر، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، ج ۲، ص ۲۶۳؛ عمیدی، سید عمید الدین، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد: ۳/ ۷۴۷؛ عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه ۱۴۱۹: ۱۰/ ۲۷۱).

## کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آنخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، مؤسسه آل‌البتیت علیه السلام، اول، ۱۴۰۹ق.
۳. ابی داود، سلیمان بن الأشعث السجستانی، سنن ابی داود (تحقیق سعید محمد اللحام)، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، اول، ۱۴۱۰ق.
۴. اراکی، شیخ محمدعلی، الخيارات، قم، مؤسسه در راه حق، اول، ۱۴۱۴ق.
۵. اشتهاودی، علی پناه، مدارک العروة، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر، اول، ۱۴۱۷ق.
۶. اصفهانی، شیخ الشریعه، فتح‌الله، قاعدة لا ضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۰ق.
۷. اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیة کتاب المکاسب، عباس محمد آل صباغ قطیفی، اول، ۱۴۱۸ق.
۸. — الاجارة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۰۹ق.
۹. امام خمینی، روح الله، کتاب البیع، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، اول، ۱۴۱۹ق.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۰۵ق.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، سوم، ۱۴۱۶ق.
۱۳. تمیمی مغربی، ابوحنیفه، نعمان بن محمد بن منصور، دعائم الاسلام، قم، مؤسسه آل‌البتیت علیه السلام، دوم، ۱۳۸۵.

۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمولوجی حقوق، کتابخانه گنج دانش، هفتم، ۱۳۷۴.
۱۵. حرعاملی، محمد بن حسن بن علی، وسایل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، اول، ۱۴۰۹ق.
۱۶. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۰ق.
۱۷. حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیة، علی مذهب الامامیه، بی‌جا، بی‌تا.
۱۸. ———، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۳ق.
۱۹. حلّی، یحیی بن سعید، نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر، بی‌جا، بی‌تا.
۲۰. خویی، ابوالقاسم، (شیخ محمد علی توحیدی) مصباح الفقاهة، قم، مکتبه الداوری، اول، بی‌تا.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، (شیخ مرتضی بروجردی).
۲۲. ———، صراط النجاة (مع حواشی التبریزی)، قم، مکتب نشر المنتخب، اول، ۱۴۱۶ق.
۲۳. ———، مبانی تکملة المنهاج، (محمد تقی خویی) نسخه چاپ شده در ضمن موسوعة الامام الخویی.
۲۴. ———، موسوعة الامام الخویی، مؤسسه نشر آثار الامام الخویی.
۲۵. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله، کتاب الاجارة، ۱۳۱۰.
۲۶. ———، میرزا حبیب الله، کتاب القضاء، قم، دار القرآن الکریم، اول، ۱۴۰۱ق.
۲۷. سبزوای، سید عبد الاعلی، مهذب الاحکام للسبزواری فی بیان مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر آیت الله سبزواری، چهارم، ۱۴۱۳ق.
۲۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، (تصحیح سید محمد کلاتر) قم، کتاب فروشی داوری، اول، ۱۴۱۰ق.

٢٩. \_\_\_\_\_، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية، اول، ١٤١٣ق.
٣٠. شيخ انصاري، مرتضى، كتاب المكاسب، قم، منشورات دار الذخائر، ١٤١١ق.
٣١. شيخ طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذيب الاحكام، بيروت، دار الاضواء، دوم، ١٤١٣ق.
٣٢. \_\_\_\_\_، العدة، قم، چاپخانه ستاره قم، ١٤١٧ق.
٣٣. شيخ محمد هادي آل رضى، مسئوليت الطبيب و ضمانه، مجله فقه اهل البيت (عربي) سال دوم، شماره ٥-٦، ١٤١٨ق.
٣٤. صدر، محمد باقر، قاعدة لاضرر (تقرير السيد كمال الحيدري)، قم، دار فراق، پنجم، ١٤٠٧ق.
٣٥. طباطبائي حكيم، سيد محسن، مستمسك العروة الوثقى، قم، مؤسسه دار التفسير، اول، ١٤١٦ق.
٣٦. طباطبائي يزدي سيد محمد كاظم، العروة الوثقى (المحشى)، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، اول، ١٤١٩ق.
٣٧. طباطبائي، سيد على بن محمد، رياض المسائل في تحقيق الاحكام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (عليه السلام)، اول، ١٤١٨ق.
٣٨. طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، تهران، دار الكتب الاسلاميه، اول، ١٣٩٠ق.
٣٩. طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط في فقه الامامية، (محمد تقى كشفى - مصحح)، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء التراث الجعفرية، سوم، ١٣٨٧.
٤٠. عاملی، جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٩ق.
٤١. عراقی، آقاياءالدين على بن ملا محمد، شرح تبصرة المتعلمين، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، اول، ١٤١٤ق.

۴۲. عمیدی، سید عمیدالدین عبدالمطلب، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۶ق.
۴۳. عندلیب، محمدعلی نسلجی، مسئولیت مدنی کادر درمانی بیمارستانها (پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی نراق سال ۱۳۸۵).
۴۴. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، سوم، ۱۴۱۷ق.
۴۵. فاضل لنکرانی، محمد موحدی، الديات (تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله)، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، اول، ۱۴۱۸ق.
۴۶. —، القصاص، (تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله)، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، اول، ۱۴۲۱ق.
۴۷. —، القواعد الفقهیه، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۸. فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، اول، ۱۴۰۴ق.
۴۹. فیض کاشانی، محمد بن محسن ابن شاه مرتضی، مفاتیح الشرایع، بی جا، بی تا.
۵۰. قمی، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۳ق.
۵۱. کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، دانشگاه تهران، اول، ۱۳۷۴.
۵۲. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، نجف، المكتبة المرتضویة، اول، ۱۳۵۹ق.
۵۳. محمدی، ابوالحسن قواعد فقه، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۷.
۵۴. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا، کتاب الديات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۰۸ق.
۵۵. مراغی، سید میر سید عبدالفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیه، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۱۷ق.
۵۶. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ق.

۵۷. — ناصر، بحوث فقهية هامة، مدرسة الامام على بن ابي طالب عليه السلام، اول، ۱۴۲۲ق.
۵۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، هفتم.
۵۹. نسایی، سنن نسایی، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر، اول، ۱۴۴۸ق.
۶۰. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل‌البت عليه السلام، اول، ۱۴۰۸ق.
۶۱. نیسابوری، مسلم، صحیح مسلم، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر، بی تا.
۶۲. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیة المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان للطباعة و النشر، ۱۳۷۸.
۶۳. یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی (المحشی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۹ق.