



## دراسات و بحوث؛ المسؤولية المدنية للطبيب بين الفقه و القانون (القسم الثاني)

پدیدآورنده (ها) : خلیبان، حسین

فقه و اصول :: نشریه فقه أهل البيت (عربی) :: السنه ۱۴۳۴ - العدد ۷۱ و ۷۲

صفحات : از ۷۷ تا ۱۱۴

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1208075>

تاریخ دائلود : ۱۴۰۲/۰۷/۱۵

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- بحوث و دراسات فقهية و قانونية: الغناء و حرمة في الفقه الإسلامي القسم الثاني
- دراسات و بحوث: اعتبارية الملكية بين الفقه و القانون
- القسم الثاني: تقارير و دراسات؛ حول بيان الحكومة أمام مجلس الشعب القطاع العام بين المؤسسات والهيئات
- ماوراء الفقه: بحوث علمية في تنقيح موضوعات الأحكام - التلقيح الصناعي بين العلم و الشريعة (القسم الاول)
- القسم الثاني: الشرعية بين القانون و الشريعة الاسلامية
- القسم الثاني : فهرس هجائي موضوعي للأحكام الصادرة في طلبات رجال القضاء و المواد المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية
- فكر؛ بين الفقه و القانون
- القسم الثاني : فهرس هجائي موضوعي للأحكام الصادرة في طلبات رجال القضاء و المواد المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية
- الأحوال الشخصية - أ - الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للموا المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية
- القسم الثاني : فهرس هجائي موضوعي - أ - الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية و التجارية في طلبات رجال القضاء
- مبادئ المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي - ١

## المسؤولية المدنية للطبيب بين الفقه والقانون القسم الثاني

□ الشيخ حسين حليان (١)

تمّ في هذا القسم دراسة أدلّة القائلين بالضمان وعدم الضمان .. وانتهى الباحث الى أنّ الشهرة الفقهية والقانون قائمان على كون الطبيب مسؤولاً وضامناً .. كما تمّ معالجة الأبحاث المتعلقة بأخذ البراءة وإبراء الطبيب وتبيين طريق خلاص الطبيب من المسؤولية .. ولكن هذه الطريق مسدودة أمام الطبيب المقصّر .. وأخذ البراءة لا يُنجي الطبيب من تبعة التقصير ..

٢ - ٥ و ٦ - قاعدة ( لا ضرر ) ، وقاعدة ( الإقدام ) :

يجب أن لا يكون في الإسلام ضرر ، وعدم ضمان الطبيب يؤدّي إلى إلحاق الضرر بالمريض .

وفي مقابل هذا الاستدلال يمكن القول بأنّ اعتبار الطبيب - الذي هو في مقام الإحسان وليس له نية سيئة وغير مقصّر - ضامناً ، يعدّ ضرراً له ، وهذا الضرر - أيضاً - منفي .

إلا أن يقال : إنَّ الطبيب نفسه أقدم على الضرر . وفي مقابل هذا : أنَّ المريض بنفسه أيضاً أقدم على الضرر .

## ٢-٧- قاعدة ( الغرور ) :

ومضمونها : أنَّ كلَّ من يغرِّر شخصاً ويوقعه في الخسارة فهو ضامن لتلك الخسارة . ومورد استدلالنا هو الطبيب الواصف والأمر والمقترح . ولكن هل يمكن التمسك بهذه القاعدة في إثبات الضمان على مثل هذا الطبيب إذا أدى أمره أو وصفه أو اقتراحه إلى القتل أو تلف عضو ؟

وفي هذا يقول السيد الحكيم رحمته : « وأما قاعدة الغرور فليس بناؤها على العمل بها في أمثال المقام ظاهراً ، على أنَّ في صدقه مع جهل الغارِّ تأملاً » <sup>(٢)</sup> .

وهناك بحث في قاعدة الغرور في أنَّه هل يلزم في صدق الغرور والخداع كون الغارِّ عالماً ؟ وإذا كان كلاهما جاهلين فهل يصدق الغرور أم لا ؟

فذهب البعض إلى لزوم العلم ، كالسيد الحكيم - كما تقدّم قبل قليل - والشيخ الإيرواني ، حيث يقول في هذا المجال : « إنَّ الدعوى المذكورة ( صدق عنوان الغرور في مورد جهل الطرفين ) خلاف ما نشعر به عرفاً ، من تقوّم صدق عنوان الغرور بعلم الغارِّ وجهل المغرور » <sup>(٣)</sup> .

وفي مقابل هذا القول ، ذهب بعض آخر من الفقهاء إلى جريان قاعدة الغرور ولو مع جهل الغارِّ ، كأستاذنا الدكتور السيد مصطفى المحقق الداماد ، حيث يقول : بأنَّ العمد والقصد لا يدخل في معنى ( غرِّ ) ، كما لم يدخل في معنى ( ضرِّ ) ، فإنَّ بعض الأعمال داخل في معناه العمد والقصد ، مثل ( الإهانة والاحترام ) ، فعلى هذا ، فإنَّ بعض الفقهاء يرى أنَّ الطبيب الأمر الذي لم يقصد الإضرار لا تشمله قاعدة الغرور ، وبناءً على رأي آخرين يكون مشمولاً لقاعدة الغرور ، ولا يبعد صحة القول الثاني .

## ٢-٨- رواية السكوني في ضمان الطبيب والبيطار :

روى السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليّه ، وإلا فهو له ضامن » (٤) . وهذه الرواية - مع غرض النظر عن القواعد والأصول الكلّية - تعتبر أهم دليل روائي في مجال ضمان الطبيب .

## إشكالات حول الاستدلال برواية السكوني :

ثمّة إشكالات تُطرح حول هذه الرواية :

١- راوي هذه الرواية هو السكوني ، وهو عامي . واستشكل بعض الفقهاء في العمل برواياته .

٢- لقد أمر فيها بأخذ البراءة من وليّ المريض ، والحال أنّه لا حقّ للوليّ قبل الجناية الموجبة للقتل ، في حين يجب - على القاعدة - أخذ البراءة من المريض نفسه .

٣- أنّها تستلزم (إبراء ما لم يجب) ، وهو غير صحيح .

## التحقيق :

وحول سند هذه الرواية ودلالاتها جرت أبحاث كثيرة ، وسوف نبحت هنا الإشكاليين الأوّل والثاني ، وأمّا الإشكال الثالث فسوف نبخته في بحث ( أخذ البراءة ) :

## أمّا البحث السندي - وهو المذكور في الأشكال الأوّل :

فقد ذهب بعض الأعلام إلى ضعف السكوني ، ومنهم الشهيد الثاني رحمته الله ، حيث قال في مقام تضعيف الرواية : « خبر السكوني » (٥) ، وحول رواية ضمان

الختان - كما سيأتي - قال : « لضعف سندها بالسكوني »<sup>(٦)</sup> . ويظهر أنّ المحقق الاردبيلي رحمته الله - أيضاً - يرى ضعف السكوني ، حيث يقول : « الراوي السكوني ، وحاله معلوم »<sup>(٧)</sup> .

وفي المقابل يقول السيد الخوئي رحمته الله حول هذه الرواية - بناءً على مبناه القديم الذي تراجع عنه فيما بعد - : « فإنّها معتبرة من حيث السند ؛ لوثاقه السكوني كما نصّ عليه الشيخ في العُدّة ، وكذا النوفلي ؛ من أجل وقوعه في أسناد كامل الزيارات »<sup>(٨)</sup> . وكذلك السيد الحكيم رحمته الله نقل هذه الرواية عن السكوني في عدّة مواضع ، ولم يتعرّض لضعف سندها<sup>(٩)</sup> . وذكر - أيضاً - ابن إدريس رحمته الله مضمون هذه الرواية وقبلها<sup>(١٠)</sup> ، بالرغم من عدم قبوله لحجية خبر الواحد ، وإن اختلف مع الآخرين في دلالتها ومدى ما يستفاد منها .

ويؤيد حجّية هذه الرواية الشهرة الفتوائية والإجماعات المنقولة . ومع هذا فهناك مجال للبحث والتحليل ، نغضّ النظر عنه في الوقت الحاضر .

#### وأما البحث الدلالي - وهو المذكور في الاشكال الثالث - :

وهو المتعلّق بأخذ البراءة من الوليّ . فيدور البحث فيه حول مرجع الضمير في « وليّه » ، وفيه عدّة احتمالات :

١ - إنّ مرجع الضمير هل هو المريض الإنسان أو الحيوان ؟ وبِقَبول هذا الاحتمال يضيق مفاد الرواية ، فلا تشمل المريض العاقل والمكفّف - كما أشار إليه ابن إدريس رحمته الله<sup>(١١)</sup> - بل يتعيّن في المريض المحتاج إلى الوليّ ؛ فلا تكون الرواية ناظرة إلى حكم المريض العاقل البالغ ، فلا يمكن استنباط عدم الضمان لمثل هذا المريض من هذه الرواية .

وقد يمكن توسيع دلالة هذا الحديث ، وإدخال المريض العاقل البالغ في عنوان

( الولي ) ، بأن نقول : إنَّ المريض العاقل البالغ له ولاية على نفسه .

ولكن ظاهر الإضافة ، أنَّ المضاف غير المضاف إليه ، إلا أن يُدعى أنَّ أوَّل ما يتبادر إلى الذهن من الرواية هو رجوع ضمير « وليّه » إلى المريض ؛ ولذا لا يعدّ هذا الاحتمال ضعيفاً .

ويُمكن أن يُقال : إنَّ المراد من الوليِّ هو معناه اللغوي ، أي الذي يلي أمره ويقوم بشؤونه ، لا المعنى الاصطلاحي الذي ذهب إليه ابن إدريس ، وهو وليّ الصغير والمجنون - مع غصّ النظر عن أنَّ هذا المعنى غير متعارف في مورد الحيوان - بل المراد وليّ دم المريض وصاحب الحيوان ؛ فإنَّ الشخص العاقل البالغ في حالة مرضه يحتاج غالباً إلى من يتولّى ويقوم بتنظيم أمر علاجه ، والذي يقوم بهذا الأمر عادة هو أقرباؤه وورثته وأولياء دمه . والرواية ناظرة إلى حالة لا يقدر معها المريض بنفسه على إعطاء البراءة ، أو لوجود خطر الموت فيحتاج إلى براءة وليّ الدم أو صاحب الحيوان ، وإذا كانت براءة الولي مؤثّرة فتكون براءة المريض نفسه مؤثّرة - أيضاً - من باب الأولوية . وفي كلتا الحالتين المفروض ضمان الطبيب . وسيأتي البحث المفصّل في أبحاث الإبراء .

٢ - مرجع الضمير هل هو ( أمر الطباية او البيطرة ) ؟ وهذا استفاد من المعنى السابق ، وبهذا يكون معنى الرواية عاماً ، فتكون الرواية شاملة للمريض العاقل البالغ ، فتثبت بمفهومها عدم الضمان في حالة أخذ الطبيب البراءة من وليّ المريض العاقل البالغ أيضاً . وقد يكون كلام السيد الخوئي رحمته الله مشعراً بهذا الرأي ، حيث يقول : « من الوليِّ أو ممّن بيده الأمر » (١٢) .

٣ - مرجع الضمير هل هو « من تطبّب أو تبيطر » ، والمراد : من يطلب من الطبيب والبيطار الطباية والبيطرة ؟ وهو شامل للمريض العاقل البالغ ووليّ المريض المجنون والصغير ومالك الدابة . وطبقاً لهذا الاحتمال يكون مرجع الضمير المذكوراً

في المتن . ولكن لم أعثر على عبارة من الفقهاء تُشعر بهذا الاحتمال .

٤ - هل مرجع الضمير هو « الدم » أو الأعمّ من الدم والجناية ؟ والمراد هو وليّ الدم الذي له حق مطالبة الدية . ولعلّ كلام الشهيد الثاني رحمته الله مشعر بذلك <sup>(١٣)</sup> . وبهذا المعنى - أيضاً - يكون مفاد الرواية عاماً ، فتشمل إبراء المريض العاقل البالغ ، فيكون إبراء العاقل البالغ نافذاً . وهذا يستلزم ضمان الطبيب لمثل هذا المريض ، ففي حالة عدم الإبراء تحكّم الرواية بضمنان الطبيب .

الحاصل : إنّه على الاحتمال الأوّل لا تثبت الرواية ضمان الطبيب المعالج لمريض عاقل بالغ . وعلى الاحتمالات الثلاثة الأخيرة تثبت الضمان على الطبيب لكلّ مريض عاقلاً بالغاً كان أم لم يكن .

الاحتمال المرجّح : الاحتمال الأوّل يجعل دلالة الرواية على الضمان مردّدة . وإن لا يبعد دلالتها . ويظهر أنّ رجوع ضمير « وليّه » إلى المريض هو الأكثر تبادراً إلى الأذهان . ولكن الكثير من الفقهاء لم يذهبوا إلى ما ذهب إليه ابن إدريس ، واعتبروا الطبيب المعالج للعاقل البالغ ضامناً - أيضاً - وعدّوا براءة مثل هذا المريض مؤثراً .

ولكن استنباط فتوى المشهور من هذه الرواية يحتاج إلى تأييد أدلة أخرى ، من قبيل القواعد العامة المثبتة للضمان والأخذ بالأولوية وإلغاء الخصوصية وتنقيح المناط و ... .

## ٢ - ٩ - رواية الجعفریات :

روي أنّ علياً عليه السلام قال : « من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليّه ، وإلا فهو ضامن » <sup>(١٤)</sup> . هذه الرواية لا تختلف عن السابقة في مضمونها وألفاظها ، ولكن تختلف في سندها ؛ ولهذا فالبحث الدلالي فيها كالسابقة . وأمّا البحث السندي

إذا جرى فإنما يجري في كون كتاب الجعفریات معتبراً أم غير معتبر أولاً ، وفي اعتبار رواة هذا الحديث ثانياً .

## ٢ - ١٠ - رواية عوالي اللآلي :

روي عن الإمام علي عليه السلام « من تطبّب أو تبيطر ، فليأخذ البراءة من أهله وإلا فهو ضامن » <sup>(١٥)</sup> . ولكن كتاب العوالي غير معتبر عند الفقهاء . والرواية جاءت فيه مرسلة ، وإنّ أمكن أن تكون مؤيدة لشهرة الرواية والفتوى ، وبانضمامها إلى الأدلة الأخرى والروايتين السابقتين يمكن تقوية القول بالضمان ولو في بعض الصور .

## النسبة بين هذه الروايات ورواية دعائم الإسلام :

إنّ رواية دعائم الإسلام مقيدة ومخصّصة لهذه الروايات ، فهذه الروايات تثبت الضمان على مطلق الطبيب ، سواء كان حازقاً أم لا ، ورواية دعائم الإسلام تثبت الضمان على خصوص الطبيب غير الحاذق . وسوف يأتي في ذيل أدلة عدم الضمان البحث في مدى إمكان كون رواية دعائم الإسلام مخصّصاً لهذه الروايات ، وهل أفتى أحد على طبق هذه الرواية ؟

## ٢ - ١١ - رواية السكوني في ضمان الختان :

روي عن جعفر عن أبيه عليه السلام : « أنّ علياً عليه السلام ضمّن ختانا قطع حشفة غلام » <sup>(١٦)</sup> . البحث السندي : تعرّض الشهيد الثاني رحمته الله <sup>(١٧)</sup> لهذه الرواية وضعّفها بالسكوني ، وكذلك المحقق الأردبيلي رحمته الله <sup>(١٨)</sup> . ولكن بناء العلماء المتأخرين والمعاصرين على وثاقة السكوني . وذكرها ابن إدريس - أيضاً - مرسلة وقال : « والرواية هذه صحيحة لا خلاف فيها » <sup>(١٩)</sup> .

٢- ١٢- رواية الجعفریات في ضمان الختان :

روي « أن علياً عليه السلام ضمّن ختّاناً قطع حشفة غلام » (٢٠) .

٢- ١٣- رواية الجعفریات في ضمان الختّانة :

وبالإسناد السابق عن الإمام علي عليه السلام : أنه ضمّن ختّانة ختنت جارية فنزفت الدم فماتت ، فقال لها علي عليه السلام : « ويا لأمك ، أفلا أبقيت ؟ ! فضمّنها علي عليه السلام دية الجارية ، وجعل الدية على عاقلة الختّانة » (٢١) .

والاستدلال بهذه الروايات الثلاث كالتالي : أنّ الختنة نوع عمل طبي جراحي في مستوى ابتدائي ، وقد حكم الشارع فيها بالضمان . فالختنة وإن كان عملاً جائزاً بل راجحاً ، ولكنّه موجب للضمان ، وبإلغاء خصوصية الختنة يستفاد من الروايات الثلاث أنّ كلّ عملية جراحية تؤدي إلى الموت توجب الضمان . نعم ، في الرواية الثالثة يظهر وجود عنصر التقصير ، ولكن الروايتين الأولى والثانية مطلقتان ، ولا داعي لتقييد إطلاق الروايتين الأولى والثانية بالثالثة ، ونحكم بالضمان مطلقاً بمقتضى الروايتين الأولى والثانية .

وهنا مطلب آخر ، وهو أنّ الرواية الثالثة جعلت الدية على العاقلة ، فهل هذا على مقتضى القواعد ويتفق مع كلمات الفقهاء ؟ وهل إنّ القتل هنا يعدّ خطأ أم شبه عمد ؟

٢- ١٤- صحيحة الحلبي :

روي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده ، فقال : « كلّ عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن » (٢٢) والطبيب أجير أو عامل تعطى له الأجرة حتى يصلح ؛ فإذا أفسد أو سبّب التلف أو نقص عضو فهو ضامن . وهذا المعنى يستفاد من روايات أخر أيضاً . ولكن في هذا الاستدلال نكات يجدر

التأمل فيها: هل إنّ هذا الحكم بالضمان المستفاد من هذه الرواية خاص بعقد الإجارة أم أنّه شامل لكلّ العقود الخدمية؟ وهل إنّ عقد المعالجة بأنواعه وأقسامه يعدّ عقد إجارة أم لا؟

وهل يمكن تطبيق هذه الرواية على الطبيب؟

### الروايات المعارضة:

وفي مقابل هذه الروايات توجد روايات تدلّ على عدم ضمان الأجير:

منها: حديث معاوية بن عمار عن الإمام الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الصبّاغ والقصار؟ فقال: «ليس يضمنان» (٢٣)، وهذا حديث صحيح. فهل يوجد تعارض بين هاتين الطائفتين؟ وأيُّهما يرجّح؟ وهل يجري هنا الجمع العرفي؟

### بعض وجوه الجمع:

١- إنّ روايات الضمان إنّما هي في الخسارات الناشئة من عمل الأجير، وأمّا روايات عدم الضمان فهي في الخسارات الناشئة من الحوادث الطبيعية وغير الاختيارية.

٢- إنّ روايات الضمان في الخسارات الناشئة من تقصير الأجير أو العامل، وروايات عدم الضمان في الخسارات الحاصلة بالرغم من عدم وجود التقصير.

٣- جمع الشيخ الطوسي عليه السلام: وهو الضمان فيما إذا كان متّهماً، وعدمه إذا كان مأموناً (٢٤).

وقال في الاستبصار: «إذا كان مأموناً يستحب لصاحبه ألا يضمن وإن كان ذلك ليس بواجب» (٢٥).

### ٢- ١٥- الاجماع المنقولة:

يقول الشهيد الثاني عليه السلام بعد تضعيف أدلّة ضمان الطبيب: «والأولى الاعتماد على

الاجماع ، فقد نقله المصنّف في الشرح وجماعة « (٢٦) ، وقال المحقق الأردبيلي رحمته الله - أيضاً - : « ونقل عن المحقق أنّه قال في النكت : الأصحاب متفقون على أنّ الطبيب يضمن ما يتلفه بعلاجه . وهذه تدلّ على الاجماع . وكأنّه ما التفت إلى خلاف ابن إدريس . وكذا نقل عن ابن زهرة « (٢٧) . فالأمر كما ذكر المحقق الأردبيلي أنّه لا إجماع محصّل في المسألة . وعلى فرض وجوده ليس بحجة ؛ وذلك لوجود المدرك أو على الأقلّ احتمال المدرك ، كما أنّ الاجماع المنقول ليس بحجة ، وخاصة مع احتمال كونه مدركياً .

## ٢-١٦ - قياس الأولوية :

يقول الشهيد الثاني رحمته الله في مقام الاستدلال على الضمان : « لتحقق الضمان مع الخطأ المحض ، فهنا أولى وإن اختلف الضامن » (٢٨) أي إنّ عمل الطبيب عمل مقصود ومتعمّد وإن لم يقصد القتل والجناية ، فإذا كان الضمان عند الجناية مع عدم التعمّد والقصد حتماً ، فبقياس الأولوية يكون الضمان في حالة القصد والعمد موجوداً .

**الجواب :** إنّ عمل الطبيب له خصوصية لا وجود لها في باقي موارد الجناية ، وأولوية ضمان الطبيب - فقهياً وقانونياً - ليست من المسلّمات .

**الحصيلة :** حصيلة ما ذكرناه هي أنّه لا خلاف في ضمان الطبيب المقصّر . وأمّا غير المقصّر فيمكن استفادة الضمان والمسؤولية المالية من أدلّة الديات - على فرض عدم دليل حاكم عليها - ورواية السكوني على فرض قبولها .

وإذا انتهى عمل الطبيب والجراح إلى موت الإنسان المريض لا يبعد كونه مشمولاً لقاعدة عدم الطلّ ، والقول بعدم الضمان غير مقبول .

والمراد من الوليّ في رواية السكوني هو وليّ دم المريض وصاحب الحيوان . ولعلّ الرواية ناظرة إلى حالة عجز المريض عن إعطاء البراءة أو حالة وجود خطر

الموت ، حيث يحتاج فيهما إلى براءة وليّ الدم أو صاحب الحيوان ، فتفصيل ابن إدريس - على فرض كون الرواية ناظرة إلى غير البالغ والمجنون - ليس بمقبول .

### ٣- أدلة عدم ضمان الطبيب :

#### ٣- ١- أصل براءة ذمّة الطبيب :

والمراد من هذا الأصل هو أصل البراءة العملي . وأهمية هذا الأصل ناشئة من مرجعيته في حالة كون أدلة الطرفين متكافئة . ومرجعية هذا الأصل تنتهي عند وجود دليل معتبر على الضمان أو عدمه . ويبدو أنّ من جملة الذين تمسّكوا بهذا الأصل - بل أولهم - هو ابن إدريس الحلّي رحمته الله (٢٩) ، وكذلك المحقق الأردبيلي رحمته الله (٣٠) .

#### ٣- ٢- قاعدة الإقدام :

فيما لو أقدم المريض على أمر فيه احتمال التلف والضرر ، فمنذ قديم الأيام وإلى الوقت الحاضر - ورغم التطور الكبير في الوسائل والأجهزة الطبية - ينتهي كثير من المعالجات والعمليات الجراحية إلى التلف . والمريض مع علمه بهذا أقدم على العلاج .

وفي مقابل هذا قد يقال بأنّ المريض لم يُقدّم على التلف أو نقص العضو ، بل أقدم على العلاج . وعلى الطبيب أن يحذر من وقوع الضرر منه ، وليعلم أنّه ضامن . ولكن يبدو أنّ هذا الاستدلال الأخير غير صحيح ، وإنّ أوّل من أقدم على الضرر هو المريض ، والطبيب أقدم على مجرّد المعالجة . ولولا الحكم القانوني والشهرة الفقهية على الطبيب بالضمان ، فإنّه غير معلوم إقدام الطبيب على الإضرار بنفسه . وفي الواقع إنّ المريض هو الذي أقدم على المعالجة وجعل نفسه في معرض التلف أو نقص العضو .

ولكن هل تمّ إمضاء هذه القاعدة في عدم تضمين الطبيب من قبل

المعصومين عليهم السلام؟ وإذا كان الأمر كذلك، فهل تمّ إمضاء تطبيق هذه القاعدة على الطبيب والمريض من قبلهم عليهم السلام؟

والذي يبدو أنّ صحة التمسك بهذه القاعدة - وخاصة في حالة إيصال المعلومات الدقيقة إلى المريض - غير بعيدة .

### ٣-٣- قاعدة ( لا ضرر ) :

تطبيق هذه القاعدة أي عدم تضرر الطبيب ؛ حيث تنفي بـ ( لا ضرر ) الحكم الضرري، أي ( ضمان الطبيب ) . وفي مقابل هذا، قد يقال : إنّ الحكم بعدم الضمان ضرري - أيضاً - حيث يؤدي إلى تضرر المريض . إذن ( لا ضرر ) متساوٍ بالنسبة إلى كلا الطرفين .

### ٣-٤- قاعدة الإحسان :

جرت أبحاث عديدة حول قاعدة الإحسان ومدى سعتها، وفي مدرّكها ودليلها . فذهب بعض إلى أنّ دليلها هو حكم العقل . واستدلّ الفقهاء - أيضاً - بالآية الكريمة، وهي قوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (٣١) .

وأما بحثنا الآن هو أنّه لا شك أنّ الطبيب المعالج الحاذق والمحتاط وغير المقصّر في سعيه يعدّ إنساناً محسناً وإن كان يأخذ الأجرة . ولكن هل يمكن التمسك بالآية الكريمة لنفي الضمان عنه ؟ وهل إنّ حكم العقل القطعي حاكم على عدم الضمان ؟ وما هو حكم العقل العملي في هذا المورد ؟ وهل توجد سيرة عقلائية قطعية على الضمان لتكون كاشفة عن حكم العقل العملي القطعي فيما نحن فيه ؟ وهل العقل يقبّح ضمان الطبيب ؟

فليس مثل هذا القبح - وخاصة مع جعل الشارع لأخذ البراءة - من المسلّمات، ولا مثل هذه السيرة من القطعيات ؛ لذا نبقى نحن والآية الكريمة . فهل إنّ إطلاق الآية

الكرامة شامل لضمان الطبيب؟ فتنفي الضمان عن الإنسان المحسن؟

ذهب بعض الفقهاء - بتمسكهم بإطلاق ﴿سَبِيلٍ﴾ - إلى أنّ الآية تنفي الأحكام الوضعية كالضمان مثلاً. إلا أنّ استاذنا آية الله الشيخ مهدي مرواريد لا يرى كون مثل هذا الإطلاق أمراً قطعياً، وذهب إلى أنّ شمول معنى ﴿سَبِيلٍ﴾ للضمان خلاف الفهم العرفي، وخاصة مع عدم وجود إشارة من أهل البيت ﷺ لهذا التعميم، ولا نسلم ظهور الآية في هذا المطلب.

ثمّ على فرض شمول هذه القاعدة للطبيب الحاذق، فإنّ روايات ضمان الطبيب والبيطار والخّتان تكون مخصّصة لها.

### ٣- ٥- كون يد الطبيب أمينة:

استدلّ آية الله الشيخ حسين المظاهري بهذا في إثبات عدم ضمان الطبيب (٣٢) فهو وإن كان يقول بشمولية قاعدة الاتلاف وعلى طبقها، فالذي يسبّب قتل غيره أو تلف عضو منه يكون ضامناً (٣٣)، لكن مع هذا فإنه يقول بعدم ضمان الطبيب؛ بدليل أنّ الطبيب أمين، والأمين ليس بضامن.

وفي مقابل هذا الاستدلال استشكل بعض آخر من الفقهاء في صدق عنوان الأمين - شرعاً وعرفاً - على الطبيب. حيث إنّ الأمانة قد تكون صريحة كعقد الوديعة وقد تكون ضمنية ككون العين المستأجرة أمانة في يد الأجير أو المستأجر. يا ترى هل إنّ الطبيب من مصاديق عنوان (الأمين)؟ وما هو معنى الأمانة والائتمان؟

فمثلاً لو أعطيت فصّاً إلى النقاش لينقش عليه أو كتاباً خطأً مشرفاً على التلف إلى الصّحاف أو إلى خبير بالمخطوطات لتجليده أو إصلاحه، فتلف هذا الفصّ أو الكتاب. وهذا التلف يمكن أن يكون له صورتان:

١- أن لا يكون التلف بيد الأجير، كأن يكون بسبب سماوي أو بسرقة ونحوهما.

و في هذه الحالة لا شك في عدم الضمان .

٢- أن يكون التلف بفعل الأجير ، ولكن لم يكن ناشئاً من تقصير منه ، كأن يكون الكتاب أو الفصّ بوضع يتلف جزء منه ، أو يطرأ أثناء العمل ضعف أو نقص غير متوقّع ، فإذا قلنا هنا بعدم الضمان فلا يبعد القول - أيضاً - بعدم الضمان في الطبيب نظراً إلى القاعدة الأولية مع غرض النظر عن الأدلة الخاصة .

وهذا الاستدلال معناه حكومة قاعدة الائتمان على قاعدة الاتلاف . والمتبادر إلى الذهن قوياً هو أن يكون هذا المطلب هو مدُّ نظر آية الله المظهري . وعلى هذا يكون الأصل الأولي هو عدم الضمان ، وروايات ضمان الطبيب والبيطار والختّان خلاف الأصل . فيجب إمّا الأخذ بالقدر المتيقن فيها أو حملها على حالة التقصير ، كما فسّر ابن إدريس - بذلك - رواية الختّان (٤٣) . ولكن يجب التنبّه إلى أنّ الأصل الأولي قد يكون محكوماً بالروايات الخاصة .

### ٣-٦- قاعدة ( لا حرج ) :

ويستدلّ بها بهذا التقريب : إنّ القول بالضمان يستلزم الحرج ؛ لأنّ الأطباء يمتنعون عن المعالجة ، والحرج منفي (٣٥) ، فينتفي الحكم بالضمان . وقد يرد على هذا الاستدلال ما يلي :

- ١ - ليس من المسلّم حصول حرج نوعي أو شخصي بجعل مثل هذا الحكم ، وخاصة مع إمكان التخلّص من الضمان بأخذ البراءة .
- ٢ - جعل هذا الحكم يزيد من دقة الأطباء في معالجاتهم .
- ٣ - هناك فقهاء يقولون بأنّ الحرج الذي يرفع الحكم هو الحرج الشخصي لا النوعي (٣٦) .

٤ - بناءً على رأي الكثير من الفقهاء أنّ مثل هذا الضمان مجعول من قبل

الشارع ، ولم يذهب أحد منهم إلى استلزامه الحرج .

### ٣-٧- إذن المريض :

ذُكر في بعض الكتب الفقهية إذن المريض كدليل على عدم الضمان<sup>(٣٧)</sup> ، ولكنهم أوردوا عليه : « وهو واضح الفساد ؛ ضرورة أن الإذن في العلاج لا في الفساد ؛ فلا ينبغي الشك في الضمان »<sup>(٣٨)</sup> و « الإذن في العلاج لا في الاتلاف »<sup>(٣٩)</sup> و « أن الإذن في العلاج لا في الإفساد »<sup>(٤٠)</sup> .

وقال المحقق الأردبيلي رحمته الله في جواب هذا الأيراد : « والإذن لما كان في العلاج بمعنى أنه يفعل ما يعلم في ذلك المرض ... فهو مستلزم للإذن بمعنى أنه لو ترتب عليه تلف يكون بإذنه فلا يضمن ؛ فإن الإذن لذلك لا للعلاج النفس الأمري . وهو ظاهر »<sup>(٤١)</sup> ؛ لأنّ العلاج ( النفس الأمري ) الواقعي ليس بيد الطبيب .

ما هو دور الإذن ؟

هل الإذن دافع للضمان أم رافع له ؟ وبعبارة أخرى : هل الإذن مؤثر في أصل الضمان أم في براءة الطبيب وإن كان أصل الضمان مسلماً ؟

يظهر أنّ بعض الفقهاء يرى أنّ إذن المريض أو وليّه عن علم يستلزم إبراء الطبيب ، وبهذا يكون الإذن كافياً ومغنياً عن أخذ البراءة بصراحة . يقول السيد محمد سعيد الحكيم : « ويسقط ضمان الطبيب والبيطري بأخذ البراءة من المريض أو المالك أو وليّهما . ويكفي في البراءة حضورهم للعلاج مع علمهم بعدم ابتناء العلاج على اليقين وتعرضه للخطأ . والظاهر جريان ذلك في كلّ من يعمل للغير ويتبرأ من الضمان »<sup>(٤٢)</sup> .

ولكن يبدو أنّ الاذن لا يوجب رفع الضمان ، إلا أن نقول إنّه يستلزم البراءة الضمنية ، والالتزام بهذا - على الأقل في كلّ الموارد - مشكل .

### ٣-٨- جواز العمل مساوق لعدم الضمان :

إنّ المداواة والمعالجة أمر جائز ، ولا يترتب الضمان على الأمر الجائز ، قال الشهيد الثاني رحمته الله : « ولأنّه ( أي : العلاج ) فعل سائغ شرعاً ، فلا يستعقب ضماناً » <sup>(٤٣)</sup> ، وأورد مثل هذا المطلب ابن فهد الحلي <sup>(٤٤)</sup> والمحقق الأردبيلي رحمته الله <sup>(٤٥)</sup> .

وفي جواب هذا الاستدلال يقول الشهيد الثاني والمحقق الأردبيلي : « ولا منافاة بين الجواز والضمان » <sup>(٤٦)</sup> ، وكمن فعل جائز يستعقب ضماناً ، كمن يُحبس في مكان بسبب الحريق ، ولا يستطيع الخروج إلا بتخريب الحائط . فتخريبه للحائط جائز ، بل واجب ، ولكن عليه الضمان .

### ٣-٩- وجوب الطبابة :

يقول المحقق الأردبيلي رحمته الله : « بل يخطر بالبال عدمه [ الضمان ] بدون [ الإذن ] أيضاً إذا كان ممّا يحتاج اليه ؛ فإنّه يفهم من كلامهم أنّه واجب كفائي . فبيد الضمان بفعل الواجب الكفائي مع عدم تقصير بوجه أصلاً مع حداقتهم ، مثل الطبيب ، فتأمل » <sup>(٤٧)</sup> . وفي موضع آخر يقول : « إنّ فعل سائغ شرعاً ، بل واجب - لما عرفت - إمّا كفائياً أو عينياً ؛ فلا تتعقب ضماناً » <sup>(٤٨)</sup> .

ولكن في الجواب يقال : الوجوب لا يستلزم عدم الضمان . ولم يثبت رفع الوجوب للضمان ، سواء كان الوجوب عينياً أم كفائياً .

### ٣-١٠- رواية دعائم الاسلام :

روي في دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : « من تطيب أو تبيطر فليأخذ البراءة ممّن يلي له ذلك ، وإلا فهو ضامن إذا لم يكن ماهراً » <sup>(٤٩)</sup> . وهذه الرواية - كما سبق - تكون بمنزلة المقيّد والمخصص لروايات ضمان الطبيب والبيطار . والمشكلة الوحيدة فيها أنّها ضعيفة السند ، وأعرض عنها جُلّ العلماء بل

كلّهم ؛ فلذا تسقط الرواية عن الاعتبار ، فلا تكون مقيدة ولا مخصصة .

### ٣- ١١ - السيرة ( العرف والعادة ) قائمة على عدم ضمان الطبيب :

يرى جماعة أنّ العادة من قديم الأيام كانت قائمة على أنّ الأطباء لا مسؤولية عليهم تجاه مرضاهم عند موتهم أو نقص عضو منهم أو عروض عارضة نفسية ، باعتبار أنّ العرف والعادة والآداب - التي كانت من مصادر الحقوق - تكون سبباً لإعفاء الطبيب من مسؤولية الأضرار الناشئة من الطبابة .

ولكن الحق أنّ العرف والعادة والآداب والتقاليد المحليّة في قديم الأيام وإن كانت مصدراً للقانون ، إلا أنّها اليوم لا يمكن أن تكون منشأً لحكمٍ أو حقٍ أو سالباً لحق ثابت ؛ ولذا جاء في المادة ( ٣ ) من قانون المحاكمات المدنية : « على المحاكم أن تحكم على أساس القوانين المقننة » ، فمع وجود القوانين لا تصل النوبة إلى العرف والعادة . والقوانين تعتبر الطبيب ضامناً<sup>(٥٠)</sup> .

وفي الاستدلال على عدم ضمان الطبيب الأمر يقول آية الله السيد الحكيم عليه السلام : « ولا سيما مع قيام السيرة على عدم التضمين بمجرد ذلك [ الأمر بالطبابة ] »<sup>(٥١)</sup> . وهذا الكلام مشعر بعدم وجود سيرة قطعية على ضمان الطبيب على الأقلّ في بعض الموارد .

ولكن هل ثبت وجود سيرة عقلائية أو متشرّعية على عدم ضمان الطبيب ؟ الانصاف إنّنا لم نعثر على أيّة سيرة عقلائية - غير مردوعة - على ضمان أو عدم ضمان الطبيب . وكذا لا توجد في المسألة سيرة متشرّعية قطعية ، وعلى فرض وجودها فهي محتملة المدرك ، فيجب الرجوع إلى أصل المدرك والدليل .

### ٣- ١٢ - الحكم بضمان الطبيب غير عادل :

لو فرض أنّ أحداً مات بصفعة من شخص آخر في وجهه ، وفرض أيضاً أنّ

طبيباً مشفقاً عالج مريضاً - على وجه الإحسان - أو أجرى عليه عملية جراحية من دون تقصير ومع رعاية الاحتياط ولكن مع هذا مات المريض . فقد عدّ الفقهاء كلا الموردين قتلاً شبه عمد ، وحكموا بالدية فيهما على نفس الشخص . فهل يرى العقلاء أنّ هذا حكم عادل ؟ أفمن العدل أن يستوي عدوٌّ يصفع آخر بصفعة عن عمد وقصد أو يهدده فيقع القتل ، وطبيب متخصص محتاط في مقدار المسؤولية والضمان ؟

#### الجواب :

أولاً: قد لا تكون المسؤولية الجزائية لكليهما متساوية ، فتكون عقوبة الذي ضرب الصفعة أو هدّد أكثر من الطبيب . ولكن لا يبعد تساوي مسؤوليتهما المدنية : لتساوي الخسارة الصادرة منهما .

وثانياً : أنّ الطبيب جعل له أخذ البراءة ، بينما المفروض أنّ الآخر لا يكون له مثل هذا الحق .

#### ٣ - ١٣ - إذن صاحب المال في الاتلاف يؤدي إلى رفع الضمان :

يقول السيد الحكيم رحمته الله : « فإنّ الإتلاف بإذن المالك غير موجب للضمان إجماعاً » (٥٢) فلنستدلّ بهذه الطريقة إذا أتلّف الطبيب نفساً أو عضواً أو سلب سلامة المريض بإذنه فلا يكون عليه ضمان ؛ لوجود الإذن .

وجواب هذا الاستدلال : على فرض حصول مثل هذا الإجماع ، فإنّه متعلّق بتلف الأموال ، وقياسه بتلف النفس والأعضاء والسلامة قياس غير صحيح . ومثل هذا الإجماع في مورد الطبيب غير معلوم ، بل أدعي الإجماع على الضمان .

#### ٣ - ١٤ - إذن المجنيّ عليه في إيقاع الجناية يرفع الضمان :

في مقام الاستدلال على أنّ براءة المريض نفسه يؤدي إلى رفع الضمان يقول الشهيد الثاني رحمته الله : « أو لأنّ المجني عليه إذا أذن في الجناية سقط ضمانه ، فكيف

بإذنه في المباح المأذون في فعله؟! « (٥٣) . ويستفاد من هذه العبارة أنّهم قاسوا إذن المريض بإذن سائر من يقع الجناية عليهم . وبضميمة كبرى كلىة - وهي أنّ إذن المجني عليه موجب لرفع الضمان عن الجاني - استدّلوا على عدم ضمان الطبيب . ولكن كلا الأمرين - المقايسة الأولى ( المقدّمة ) والكبرى - غير قطعيتين .

#### ٤ - ضمان الطبيب الجاهل والمقصر :

يظهر أنّه لم يشك أحد في ضمان الطبيب المقصر ، وحتى الفقهاء القائلين بعدم ضمان الطبيب يذهبون إلى ضمان الطبيب المقصر ، كابن إدريس رحمته الله حيث يقول بالضمان في حالة التفريط والتقصير ، سواء أخذ البراءة أم لم يأخذ (٥٤) ، وكذلك المحقق الأردبيلي رحمته الله؛ حيث جعل محل البحث - في القول بالضمان أو عدم الضمان - حالة عدم التقصير . فالظاهر أنّه لا كلام في حالة التقصير (٥٥) . ونقل السيد العاملي رحمته الله عدم الخلاف في الضمان في حالة تقصير الطبيب (٥٦) . والقائلون بالضمان في حالة عدم التقصير لابد أنّهم يقولون بالضمان في حالة التقصير من باب الأولوية . وتجري قاعدة الاتلاف والتسبب في هذا المورد بلا معارض .

وقاعدة الائتمان لا تقدر على رفع الضمان ؛ لأنّ جريانها منوط بعدم الافراط والتفريط والتقصير ؛ ولهذا لا تكون قادرة على معارضة قاعدة الاتلاف والتسبب . وكذلك عموم قاعدة عدم الطلّ ، ورواية ضمان الطبيب والبيطار ، ورواية ضمان الختّان أيضاً تشمل هذا المورد ، وتكون أدلّة على ضمان الطبيب المقصر وأيضاً غير المقصر .

وأما الطبيب الجاهل ، فإقدامه على المعالجة قطعاً من مصاديق التقصير ، ويمكن أن تفيدينا أيضاً هنا - في مورد الطبيب الجاهل - رواية دعائم الإسلام ؛ حيث تعتبر الطبيب غير الماهر ضامناً ، ولكن لا كدليل ، بل بعنوان مؤيد .

## المحور الثالث : الأبحاث المتعلقة بأخذ البراءة

### ١ - ماهية البراءة الحقوقية ، والفرق بينها وبين الإذن والرضا :

الإذن غير البراءة . الإذن يُنتج جواز أصل العمل ، والبراءة تنتج عدم الضمان الناشئ من العمل .

وأقرَّ قانون الجزاء الإسلامي السابق - أيضاً - بالاختلاف بين هاتين المقولتين ، فلم يعتبر الإذن رافعاً للضمان<sup>(٥٧)</sup> ، بينما اعتبر أخذ البراءة رافعاً للضمان<sup>(٥٨)</sup> .

ويبدو - أيضاً - أنّ الإذن عمل حقوقي ذو طرف واحد ، وأخذ البراءة نوع عمل حقوقي ذو طرفين ، ويشير إلى هذا المعنى كلام السيد اليزدي رحمته الله : « المسألة ( ٦ ) : إذا تبرأ الطبيب من الضمان وقبل المريض أو وليه ولم يقصّر في الاجتهاد والاحتياط برئ على الأقوى »<sup>(٥٩)</sup> .

ثم هل يلزم أن يكون أخذ البراءة والقبول صريحين ، وبماذا يتحقّق أخذ البراءة ؟ يرى بعض الفقهاء سهولة أخذ البراءة ، فقد قال آية الله السيد محمد سعيد الحكيم : « ويكفي في البراءة حضورهم [ المريض أو المالك أو وليه ] للعلاج مع علمهم بعدم ابتداء العلاج على اليقين وتعرّضه للخطر ... »<sup>(٦٠)</sup> . ومن المستبعد زهاب جميع العلماء إلى ما ذهب إليه السيد محمد سعيد الحكيم . والحال أنّه يظهر من السيد اليزدي رحمته الله زهابه إلى صراحة الايجاب والقبول .

### ٢ - اختلاف الآراء في أخذ البراءة<sup>(٦١)</sup> :

المشهور صحة أخذ البراءة ، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى عدم صحته ؛ وذلك لوجود شبهات في المسألة ، فحملوا الأمر بأخذ البراءة الواردة في رواية ضمان الطبيب والبيطار « فليأخذ البراءة من وليه » على أخذ البراءة بعد العلاج وحدث

الضرر الجسمي<sup>(٦٢)</sup>؛ لعدم وجود شيء على ذمّة الطبيب قبل تحقق الخسارة وعند البدء بالمعالجة ، حتى يسقطه بالبراءة .

### ٣- رأي ابن إدريس :

نسب عدد من الأعلام إلى ابن إدريس القول بعدم صحة الإبراء ، كالشهيدي الثاني<sup>(٦٣)</sup> وابن فهد الحلي<sup>(٦٤)</sup> والسيد محسن الحكيم<sup>(٦٥)</sup> . ولكن لم يتبين لنا الدليل الأصلي لرأيه هذا ؛ ولعلّه لعدم قبوله ( ضمان ما لم يجب ) .

يقول الشيخ محمد علي الأنصاري : « الثاني : عدم صحته [ الإبراء ] ؛ لأنه إبراء عمّا لم يجب وإسقاط حق قبل ثبوته . وقيل : إنّ أوّل من قال به هو ابن إدريس ، ولكن لم تثبت هذه النسبة ، وعبارته في السرائر خالية عن ذلك ، كما تقدّم »<sup>(٦٦)</sup> .

بل ما هو موجود في السرائر يخالف ما نسبوه إليه ؛ حيث إنّه جاء بألفاظ رواية ضمان الطبيب والبيطار - مع اختلاف يسير - فقال : « من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليّ من يطبّه أو صاحب الدابة ... »<sup>(٦٧)</sup> فلو كان يرى عدم صحة أخذ البراءة لكان أمره به لغواً . وبهذا يتبين أنّ ما فهمه ابن إدريس<sup>(٦٨)</sup> من الرواية مطابق لما تبادر الى ذهن أكثر الفقهاء ، بل كلّهم . وحمل الشهيد الثاني<sup>(٦٩)</sup> خلاف ظاهر الرواية والمتبادر منها . فعلى هذا نسبة عدم صحة الإبراء إلى ابن إدريس<sup>(٧٠)</sup> يواجهها ترديد جادّ .

### ٤- صور أخذ البراءة :

تجري البراءة على عدّة صور :

أ - شرط النتيجة : حصول براءة الطبيب بعد انعقاد عقد المعالجة .

ب - شرط الفعل : اشتراط إبراء الطبيب من قبل المريض أو وليّه في حالة طروء

الخسارة بعد العلاج . ولا شك في صحة مثل هذه البراءة . والشبهات الموجودة في الصورة الأولى غير موجودة هنا .

ج - الشرط الابتدائي : فإذا كانت قبل حصول الخسارة ، فتأتي فيها الشبهة الأولى . وإذا كانت بعد الخسارة ، فلا شبهة فيها ، وصحتها قطعية .

#### ٥ - جواب شبهة ( إسقاط ما لم يجب ) :

في أخذ البراءة بصورتي شرط النتيجة والشرط الابتدائي وقبل حصول الضرر ، يرد إشكال : أنه لا شيء على ذمة الطبيب قبل العلاج وقبل حصول الضرر حتى يرفع عنه ؛ وإبراء ما لم يجب وإسقاط ما لم يثبت غير جائز ومحال . ولهذه الشبهة جوابان :

#### ٥ - ١ - جواب نقضي :

أقوى دليل على إمكان الشيء وقوعه وثبوته في الخارج ، فنحن نلاحظ إمكان هذا المطلب ، بل وجوده نرى أنّ الفقهاء جوزوا إبراء الطبيب قبل العلاج أو بصورة الشرط ضمن العقد . والحال أنّه لا موجب للضمان قبل العقد أو المعالجة . وكذلك قبل القانون بأخذ البراءة<sup>(٦٨)</sup> . وعندنا روايات في هذا الموضوع . وقد يكون للسيد الخوئي<sup>(٦٩)</sup> إشارة إلى هذا .

#### ٥ - ٢ - جواب حلي :

في مثل هذه الموارد أسباب ثبوت المسؤولية والضمان مهياًة ، وتحقق مقتضي الضمان ( حصول الخسارة البدنية ) ممكن ، ولكن نحن نضع المانع في طريق المقتضي المحتمل . وهذا مطلب يقبله العقل والعقلاء ، ويقرّ به المنطق الحقوقي للمجتمعات والفقه والروايات الواردة في هذه المسألة . وقد تكون إشارة المحقق الأردبيلي<sup>(٦٩)</sup> إلى هذا المطلب بقوله : « ولا بُد في سقوط الحق بمعنى عدم ثبوته في

الذمة بالإبراء ، فيكون المراد « (٧٠) .

#### ٦- أدلة جواز أخذ البراءة وتأثيرها :

نسعى في هذا القسم لإثبات أمرين متلازمين :

الأول : إثبات إذن الشارع والجواز الشرعي للبراءة .

الثاني : إثبات تأثير البراءة ، فيثبت كلا الأمرين بالأدلة التالية :

#### أ- رواية السكوني في ضمان الطبيب والبيطار :

علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن النوفلي ، عن السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام :  
« من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليّه ، وإلا فهو له ضامن » (٧١) .

#### ب- رواية الجعفریات في ضمان الطبيب والبيطار :

أخبرنا عبد الله ، أخبرنا محمد ، حدّثني موسى ، قال : حدّثنا أبي ، عن أبيه ، عن  
جدّه جعفر بن محمد ، عن أبيه عن جدّه عليه السلام : « أنّ علياً عليه السلام قال : من تطبّب أو تبيطر  
فليأخذ البراءة من وليّه ، وإلا فهو له ضامن » (٧٢) .

#### ج- رواية عوالي اللآلي في ضمان الطبيب والبيطار :

روي عن الإمام علي عليه السلام أنه قال : « من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من أهله ،  
وإلا فهو ضامن » (٧٣) .

#### د- رواية دعائم الاسلام في ضمان الطبيب والبيطار :

عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : من تطبّب أو تبيطر ، فليأخذ البراءة ممّن يلي له  
ذلك ، وإلا فهو ضامن إذا لم يكن ماهراً » (٧٤) .

فقد أمر في هذه الروايات الأربع بأخذ البراءة ، وأقلّ ما يدلّ عليه الأمر  
الجواز ، وإن لا يبعد هنا دلالته على الرجحان والمطلوبية . حتى إنّ بعض الفقهاء

القائلين بعدم ضمان الطبيب يقولون بصحة أخذ البراءة ، ويحملون الروايات على الاحتياط الإرشادي والاحتياط الاستحبابي (٧٥) .

#### هـ- إثبات حكمة الشريعة :

إنّ حكمة الشريعة تقتضي تأثير البراءة ، وبعض العبارات الفقهية في صدد بيان هذا المطلب ، وهو أنّه يجب أن يتبنّى ضرورةً نظام حقوقي حكيم معتدل إبراء الطبيب وإلا ستحدث مصاعب وأضرار ، ولن يُقدم أحد على العلاج . قال الشهيد الثاني رحمته الله : « وإذا عرف الطبيب أنّه لا مخلص له عن الضمان توقّف عن العمل مع الضرورة إليه ، فوجب في الحكمة الإبراء ؛ دفعاً للضرورة » (٧٦) . وقال ابن فهد الحلي رحمته الله : « فلو لم يشرّع الإبراء لزم الضرر بترك العلاج ، فوجب شرعاً ؛ دفعاً للعسر » (٧٧) . وفي مقام الاستدلال على جواز الإبراء قال المحقق الأردبيلي رحمته الله : « لأنّ العلاج مما يمسّ به الحاجة ، فلو لم يشرّع الإبراء تعدّر العلاج » (٧٨) .

وهؤلاء الفقهاء في صدد بيان هذا المطلب ، وهو أنّه يجب أن يتبنّى نظام حقوقي عقلاني معتدل إبراء الطبيب . وهذا الطرز من الاستدلال يدلّ على التفات الفقهاء الأعلام إلى كون الشريعة تعتني بالعقل والتعقل وأنّ بناءها على الحكمة .

#### ٧- ممّن تُؤخذ البراءة ؟

ما جاء في الكتب الفقهية هو أنّ المبريء هو المريض نفسه أو وليّه . يقول ابن فهد الحليّ : « لو أبرأه المريض أو وليّه قبل العلاج ، هل يزول الضمان أم لا ؟ ... » (٧٩) . ويقول السيد اليزدي : « مسألة ٦ : إذا تبرأ الطبيب من الضمان وقبل المريض أو وليّه ... » (٨٠) . ويقول السيد محمد سعيد الحكيم : « يسقط ضمان الطبيب والديطري بأخذ البراءة من المريض أو المالك أو وليّهما ... » (٨١) . وجاء في المادة (٢٢٣) من

قانون الجزاء الإسلامي السابق : « إذا أخذ الطبيب أو البيطار ونحوهما البراءة من المريض أو وليّه أو من صاحب الحيوان قبل البدء بالعلاج فإنّه سوف لن يكون ضامناً للخسارة الحادثة » .

ولكن في رواية السكوني والجعفریات جاء أخذ البراءة من « وليّ » ، وفي رواية عوالي اللآلي من « أهل » . والظاهر أنّه لا يشمل نفس المريض ، وفي رواية دعائم الإسلام جاء أخذ البراءة من « من يلي له ذلك » وقد يكون معناه ( الذي يتولّى الطبيب له أو لأجله أمر الطبابة ) ، وهذا أعمّ من المريض أو وليّه أو صاحب الحيوان . فـ « مَنْ » له معنى أعمّ ، وأوضح أفراده نفس المريض . وبهذا المعنى يمكن أن يكون المريض نفسه مُبرئاً ، ولكن هذه الرواية - علاوة على ضعف سندها - معرض عنها . فبناءً على هذه التحاليل يظهر أنّه لا يوجد لدينا دليل روائي صريح في اعتبار شخص المريض مُبرئاً ؛ وقد يكون هذا هو السبب في اقتصار ابن إدريس رحمته الله على قبوله الضمان والإبراء في المرضى الذين يحتاجون إلى الولي ، وتمسك في بقية الموارد بأصل البراءة .

فإذا قلنا - الآن - بضمّان الطبيب مطلقاً ، نتساءل : هل إنّ إبراء المريض العاقل البالغ يكون مؤثراً ؟

**الجواب :** بإلقاء نظرة على الدليل الخامس من أدلّة جواز الإبراء ( ٨٢ ) ، وبالإلتفات إلى كون ذلك أمراً عقلائياً وشائعاً لا يبعد أن يكون مشمولاً لـ ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ( ٨٣ ) ومؤثراً .

ونتساءل - أيضاً - هل يمكن أخذ البراءة من وليّ المريض العاقل البالغ ؟

**الجواب :** يقول المحقّق النجفي رحمته الله : « الظاهر اعتبار إذن المريض في ذلك مع فرض كونه كامل العقل ، ولا يكفي إذن الولي ؛ إذ لا وليّ له في هذا الحال ، وإنّما هو أولى بنفسه . وكون الولي هو المطالب بعد ذلك لا يرفع سلطنته الآن على نفسه » ( ٨٤ ) .

ويقول الإمام الخميني : « ... الظاهر اعتبار إبراء المريض إذا كان بالغاً عاقلاً فيما لا ينتهي إلى القتل ، والولي فيما ينتهي إليه ، وصاحب المال في البيطار ، والولي في القاصر » (٨٥) .

والمحقق النجفي لا يعتبر براءة الولي كافية ، والإمام الخميني يكتفي بإبراء المريض في العلاج الذي لا ينتهي إلى الموت ويعتبر إبراء الولي فيما ينتهي إلى الموت . والذي يبدو صحيحاً هو رأي الإمام الخميني ، وأخذ البراءة ممن يمكن أن يكون مدعياً أمر عقلائي ، وإن لم يكن له حق في الوقت الحاضر ؛ ليكون مدعياً . وسؤال آخر وهو : إذا أخذت البراءة من المريض ولم تؤخذ من الولي ، فمات المريض عقب المعالجة ، فعلى القول بضمان الطبيب ، هل تكون براءة المريض المتوفى ملزمة للأولياء والورثة ؟

يقول الإمام الخميني : « ولا يبعد كفاية ابراء المريض الكامل العقل حتى فيما ينتهي إلى القتل . والأحوط الاستبراء منهما » (٨٦) .

ولكن براءة المريض يجب أن لا تكون - على القاعدة - نافذة ومؤثرة في حقوق الورث وأولياء الدم ، إلا أن نفرض كون الإبراء نوع عقد وبناء وأساس حقوقي ويكون ملزماً - في نظر العقلاء - للورث . ولكن إثبات هذا الفرض أمر مشكل . والنكته الأخرى التي تستحق الذكر هي : هل إن أخذ البراءة من الأقارب والأصدقاء - الذين لا يعدون من الورثة - يكون مؤثراً ؟

**الجواب :** يبدو عدم تأثير مثل هذه البراءة .

٨- ما هي فائدة وحدود تأثير البراءة ؟ :

يبدو أن جواب هذا السؤال يختلف باختلاف النظريات الحقوقية في مسألة مباني المسؤولية :

#### ٨-١ - بناءً على نظرية التقصير :

التقصير هو سبب المسؤولية والضمان ؛ فالذي يرتكب عملاً عن خطأ وغفلة ومن دون تقصير ويُورد خسارة على آخر لا يعتبر مسؤولاً ، فالطبيب - بناءً على هذه النظرية - مسؤول في حالة التقصير وإن استبرأه . وأخذ البراءة لا يؤدي إلى توجيه تقصير الطبيب ، ولا يؤثر في الحكم الواقعي للضمان وفي عالم الثبوت . وفي حالة عدم التقصير لا يكون مسؤولاً .

نعم ، أقصى ما يمكن أن يقال هنا هو : أن القانون فرض المسؤولية على الطبيب في أمر الطبابة ، ودور البراءة هو رفع فرض المسؤولية هذا ، ويصبح الطبيب كسائر الأشخاص ، يُحمل فعلهم على الصحة وعدم التقصير . وعلى الطرف المقابل إثبات تقصير الطبيب ؛ ولهذا ، فالبراءة لا تأثير لها في مقام ثبوت الحق ، وأقصى تأثيرها في مقام إثبات الدعوى .

ولكن السؤال المهم هنا : ما هو القصد الواقعي للطبيب الطالب للبراءة والمريض المُبرئ ؟ فهل قصدهم هو مجرد رفع فرض المسؤولية عن الطبيب في مقام إثبات الدعوى ؟ أم لهم نظر إلى الواقع ويُراد عدم ورود المسؤولية والضمان على ذمة الطبيب بلحاظ عالم الثبوت ؟

والظاهر أن الثاني هو مراد الطرفين وخاصة الطبيب ، والأول خلاف الارتكاز .

#### ٨-٢ - بناءً على نظرية الإستناد :

هذه النظرية في صدد إثبات الذي يُسند إليه الفعل ، والفرد الذي يسند إلى فعله الضرر مسؤول وإن لم يكن مقصراً ؛ ولهذا فالصغير والمجنون ضامنان وإن لم يكونا مقصّرين ، فالمجنون لا يمكن اعتباره مقصّراً ، ومع ذلك إذا فعل ما يضرّ يكون مسؤولاً عن جبرانه . كما في مفاد المادة ( ١٢١٦ ) من القانون المدني ، فبناءً على هذه النظرية يمكن أن نفرض مواضع يكون الضرر فيها مستنداً إلى فعل

الطبيب ، وهو غير مقصّر ، ولكنه مع ذلك في الواقع وعالم الثبوت ضامن ؛ لذا فالطبيب قبل أن يُبتلى بالمسؤولية والضمان يأخذ البراءة من المريض .

إذن ، فبهذه النظرية يتمّ تصوير توجيه براءة الطبيب بشكل أكثر واقعية . وقد أخذ قانون الإيراني والفقه - على الأقلّ في مسألة الطبابة - بنظرية الاستناد . وأمّا نظرية التقصير فممنشؤها القانون الأوربي . نعم ، تمّ تعديل هذه النظرية بعد ذلك . وقد انحسرت في بعض الموارد وحلّ محلّها نظريات جديدة مثل نظرية الخطر .

### ٨-٣ - نظرية الخطر ونظرية التقصير النوعي :

هل من المناسب امكان تبرير مسؤولية الطبيب بنظرية الخطر أو نظرية التقصير النوعي ؟

لقد تمّ تأسيس هذه النظرية لتبرير مسؤولية أصحاب المصانع الذين حولوا البيئة إلى مصدر خطر للناس ؛ فلذا يبعد إمكان الاستفادة من النظرية في توجيه مسؤولية الطبيب ؛ وذلك لأنّ الطبيب الماهر المُقدّم على الطبابة لم يجعل المحيط خطراً للأفراد ، ولم يُزد من خطر الإصابة والصدمات . وفي مورد الطبيب المقصّر يمكن الأخذ بنظرية التقصير أو نظرية الاستناد ، ولا حاجة إلى نظرية الخطر . بل إنّ نظرية الخطر جاءت لإثبات المسؤوليات التي لا تقصير فيها ؛ لذا فإنّ دور نظرية الخطر يأتي في موضع خالٍ من نظرية التقصير .

وأما نظرية التقصير النوعي فهي - أيضاً - للحكم على الصغار والمجانين بالضمان ؛ حيث إنّهم بأعمالهم غير العادية يكونون سبباً لإيقاع الخسارة . وإنّما التجّؤوا إلى نظرية التقصير النوعي لتوجيه مسؤولية هؤلاء ؛ لقصور نظرية التقصير الشخصي في موردتهم ؛ لأنّ تقصيرهم لا يدخل تحت عنوان التقصير الشخصي .

ولكن الطبيب - في حالة التقصير - تكفيه نظرية التقصير الشخصي في اعتباره ضامناً؛ فلا حاجة إلى نظرية التقصير النوعي، بل تتفاوت موارد هاتين النظريتين ومجراهما؛ فلهذا يمكن أن يقال بعدم إمكان الجمع بينهما. إلا أن يقال في الجواب: من ارتكب تقصيراً شخصياً فقد ارتكب تقصيراً نوعياً - أيضاً - حتماً.

#### ٩- ضمان الطبيب وبراءته في قانون المجازات الإسلامي السابق والجديد:

نظراً إلى تصويت مجلس الشورى (البرلمان) الإسلامي في شهر اردبهبشت لسنة (١٣٩٢ هـ. ش) على قانون الجزاء الإسلامي الجديد وتأييد شورى صيانة الدستور له، نرى من اللازم في الختام الإشارة إلى عدّة أمور في دراسة ومقارنة بين القانون السابق والجديد وهي كالتالي:

١- توجد في القانون السابق موادّ تدلّ على ضمان الطبيب مثل ما ورد في فقرة (ب) من المادة (٢٩٥، ٣١٩) فقد ورد في المادة (٣١٩): «الطبيب وإن كان حاذقاً ومختصّاً، إذا باشر معالجة شخص أو أمر بعلاجه - مع إذن المريض أو وليّه - فأدّى إلى تلفه أو تلف عضو منه أو إلى خسارة مالية يكون ضامناً»، فهذه المادة ترى ضمان الطبيب مهما كان حاذقاً ومختصّاً ومأذوناً في العلاج، ولا ترى للإذن والإجارة أثراً في رفع الضمان.

٢- ترى المادة (٣٢٢) من القانون السابق أنّ أخذ البراءة يرفع الضمان، بينما ورد في الفقرة رقم (١) من المادة (٤٩٥): «في صورة عدم قصور أو تقصير الطبيب - علماً وعملاً - لا ضمان عليه وإن لم يأخذ البراءة»، ومعنى ذلك أنّ هذه المادة ترى عدم ضمان الطبيب، وأنّ أخذ البراءة غير لازم.

٣- وورد أيضاً في المادة (٤٩٥) من القانون الجديد: «إذا لم يأخذ الطبيب البراءة قبل العلاج ولم يكن مقصراً لا يكون ضامناً للدية».

ومفهوم هذه العبارة هو أنّ الطبيب لو كان مقصراً فلا ينفعه أخذ البراءة لوحدها في تبرأته من الضمان ، وهذا معناه ضمان الطبيب المقصّر مطلقاً حتى في صورة أخذ البراءة .

٤- ومن مواد القانون الجديد المادة ( ٤٩٧ ) التي تقول : « في الموارد الضرورية التي لا يمكن فيها تحصيل البراءة ، والتي يُقدم فيها الطبيب - لغرض نجاة المريض طبقاً للضوابط - على العلاج ، لا يكون أحد ضامناً للضرر أو الأضرار الناتجة عن ذلك » ؛ فإنّ هذه المادة تعارض قاعدة ( عدم الطلّ ) و ( عدم زهاب الدم هدرًا ) .

٥- ورد في الإبراء من المادة ( ٣٢٢ ) للقانون السابق : « لو أخذ الطبيب أو البيطار ونحوهما البراءة من المريض أو وليّه أو من صاحب الحيوان قبل الشروع في العلاج لم يكن ضامناً للخسارة الحاصلة » .

ولكن ورد في القانون الجديد المادة ( ٤٩٥ ) : « لو لم يكن أخذ البراءة من المريض معتبراً ؛ لكونه غير بالغ أو مجنون ، أو لم يمكن أخذ البراءة منه لاغماءً ونحوه ، أخذت البراءة من وليّ المريض » .

٦- ورد في الفقرة رقم ( ٢ ) من المادة السابقة : « يعطي رئيس القوة القضائية البراءة بعد استئذان وليّ الفقيه ، وله تفويض الاختيار إلى المدّعين العامين ممّن يخصّه الأمر في حالة فقدان الوليّ الخاصّ كالأب أو الوليّ العامّ كالوليّ الفقيه أو عدم إمكان الوصول إليه » .

٧- النكتة الملفتة للنظر في المقارنة بين القانون السابق والقانون الجديد هي أنّه في القانون الجديد يوجد ترتّب طولي بين المريض والأولياء ، في حال يظهر من القانون السابق أنّ المريض وأولياءه في عرض واحد .

٨- صرّح القانون الجديد بتعميم الوليّ إلى الوليّ الخاصّ والوليّ العامّ ، في حال لا يوجد هكذا تصريح في القانون السابق .

## نتائج البحث :

- ١ - إنّ ضمان ومسؤولية الطبيب - وهو قول المشهور - يمكن استفادته من رواية السكوني على فرض قبولها ، ومن أدلة الديات أيضاً لو لم يكن هناك دليل حاكم عليها .
- ٢ - الموارد التي تكون المعالجة والعملية الجراحية فيها سبباً لقتل الإنسان المريض لا يبعد أن تكون مشمولة لقاعدة عدم الطلّ .
- ٣ - قبل القانون السابق ضمان الطبيب بشكل مطلق في المادة ( ٣١٩ ) من قانون الجزاء الإسلامي السابق ، إلا أنّ القانون الجزائي الجديد يرى أنّ المقصّر هو الطبيب فقط ، وأنّ المتخلف عن ذلك ضامن .
- ٤ - لا إشكال في أخذ البراءة لا عقلياً ولا حقوقيّاً ولا فقهيّاً . والروايات تثبت تأثير مثل هذه البراءة ، وترفع الضمان عن الطبيب المادة ( ٣٢٢ ) من قانون الجزاء الإسلامي السابق ، والمادة ( ٤٩٥ ) من قانون الجزاء الإسلامي الجديد في حالة عدم كونه مقصراً .
- ٥ - هذه البراءة طريق نجاة للأطباء من المسؤولية ، ولكن الطبيب المقصّر لا يستطيع أن يجعل البراءة ذريعة للفرار من المسؤولية .
- ٦ - الإذن يختلف عن البراءة ؛ فإنّ الإذن أو حضور الولي أثناء العلاج - حتى مع احتمال أنه هذا العلاج يؤدي إلى الموت أو نقص عضو - لا يعدّ إبراءً ، لكن قانون الجزاء الإسلامي الجديد لا يرى ضمان الطبيب في صورة عدم القصور والتقصير ولو لم يكن هناك إذن أو إبراء .

## الهوامش

- ( ١ ) إنَّ بعض الأبحاث الحقوقية مأخوذة من دروس الأستاذ الدكتور أمير حسين الآبادي . علماً بأنَّ هذه المقالة أُلِّفَتْ بطلب منه ، فنقدّم له شكرنا الخالص .
- ( ٢ ) الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة الوثقى ، ١٢ : ٨٠ .
- ( ٣ ) الإيرواني ، باقر ، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية : ٨٣ .
- ( ٤ ) الحرّ العاملي ، وسائل الشيعة ٢٩ : ٢٦٠ .
- ( ٥ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مؤسسة الأعلمي - بيروت / بدون تاريخ ، ٣ : ٣٤٣ .
- ( ٦ ) المصدر السابق .
- ( ٧ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم / بدون تاريخ ، ١٣ : ٣٨١ .
- ( ٨ ) البروجردي ، مرتضى ، مستند العروة الوثقى ( كتاب الإجارة ) تقريراً لأبحاث اليد الخوئي ، المطبعة العلمية - قم / بدون تاريخ : ٢٤٦ .
- ( ٩ ) الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة الوثقى ، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - قم ، ط ٤ / ١٤٠٤ هـ ، ١٢ : ٧٩ ، ٨٠ .
- ( ١٠ ) ابن إدريس الحلّي ، أبو جعفر محمّد بن منصور ، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم / ١٤١٠ هـ ، ٣ : ٣٧٣ .
- ( ١١ ) المصدر السابق .
- ( ١٢ ) البروجردي ، مرتضى ، مستند العروة الوثقى ( كتاب الإجارة ) تقريراً لأبحاث اليد الخوئي ، المطبعة العلمية - قم / بدون تاريخ : ٢٥٠ .
- ( ١٣ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مؤسسة الأعلمي - بيروت / بدون تاريخ ، ٣ : ٣٤٣ .
- ( ١٤ ) النوري الطبرسي ، ميرزا حسين ، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، مؤسسة

- آل البيت ﷺ لإحياء التراث - قم ، ط ١ / ١٤٠٧ هـ ، ١٨ : ٣٢٤ - ٣٢٥ .
- ( ١٥ ) ابن أبي جمهور الأحسائي ، محمّد بن علي بن إبراهيم ، عوالي اللآلي العزيزية في الأحاديث النبوية ، مطبعة سيد الشهداء - قم ، ط ١ / ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م ، ٢ : ٣٦٣ ، ح ١٤ .
- ( ١٦ ) العلامة الحلي ، الحسن بن يوسف بن المطهر ، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الامامية ، مؤسسة الإمام الصادق ﷺ ، قم ، ط ١ / ١٤٢٠ - ١٤٢٢ هـ ، ١ : ٣٣٧ .
- ( ١٧ ) الحرّ العاملي ، محمّد بن الحسن ، وسائل الشيعة ٢٩ : ٢٦١ ، كتاب الديات ، ب ٢٤ من موجبات الضمان ، ح ٢ .
- ( ١٨ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مؤسسة الأعلمي - بيروت / بدون تاريخ ، ٣ : ٣٤٣ . الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم / بدون تاريخ ، ١٣ : ٣٨١ .
- ( ١٩ ) ابن إدريس الحلّي ، أبو جعفر محمّد بن منصور ، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم / ١٤١٠ هـ ، ٣ : ٣٧٣ .
- ( ٢٠ ) النوري الطبرسي ، ميرزا حسين ، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، مؤسسة آل البيت ﷺ لإحياء التراث - قم ، ط ١ / ١٤٠٧ هـ ، ١٨ : ٣٢٥ ، ح ٢ .
- ( ٢١ ) المصدر السابق : ح ٣ .
- ( ٢٢ ) الحرّ العاملي ، وسائل الشيعة ١٩ : ١٤٧ ، كتاب الإجارة ، ب ٢٩ ، ح ١٩ ، وراجع أيضاً الأحاديث ١٣ ، ٢٢ من هذا الباب .
- ( ٢٣ ) المصدر السابق : ١٤٥ ، ح ١٤ .
- ( ٢٤ ) الطوسي ، محمّد بن الحسن ، تهذيب الأحكام ، دار الكتب الإسلامية - طهران / ١٣٩٠ هـ ، ٧ : ٢٢٠ .
- ( ٢٥ ) الطوسي ، محمّد بن الحسن ، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار ، دار الكتب الإسلامية - طهران / ١٣٩٠ هـ ، ٣ : ١٣٢ .
- ( ٢٦ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مؤسسة الأعلمي - بيروت / بدون تاريخ ، ٣ : ٣٤٣ .

- ( ٢٧ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم / بدون تاريخ ، ١٣ : ٣٨٠ و ٣٨١ .
- ( ٢٨ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ٣ : ٣٤٣ .
- ( ٢٩ ) ابن إدريس الحلّي ، أبو جعفر محمّد بن منصور ، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ، ٣ : ٣٧٣ .
- ( ٣٠ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ : ٣٧٨ .
- ( ٣١ ) التوبة : ٩١ .
- ( ٣٢ ) المظاهري ، حسين ، بحث الاجارة ١٠ : ٢ .
- ( ٣٣ ) المصدر السابق .
- ( ٣٤ ) ابن إدريس الحلّي ، أبو جعفر محمّد بن منصور ، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ، ٣ : ٣٧٣ .
- ( ٣٥ ) بقوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ الحج : ٧٨ .
- ( ٣٦ ) البجنوردي ، محمّد حسن ، القواعد الفقهية ، منشورات الهادي - قم ، ١ / ١٤١٩ هـ = ١٣٧٧ هـ . ش ، ١ : ٢٣٧ . التبريزي ، الميرزا جواد بن علي ، صراط النجاة في أجوبة الاستفتاءات ، دار الصديقة الشهيدة ﷺ - قم ، ط ١ / ١٤٣٣ هـ ، ٥ : ٢٦٧ .
- ( ٣٧ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ٣ : ٣٤٣ . ابن فهد الحلّي ، جمال الدين أبو القاسم أحمد بن محمّد ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم / ١٤٠٧ هـ ، ٥ : ٢٦١ و ٢٦٢ . الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ : ٣٧٩ و ٣٨٠ و ٣٨١ . الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة الوثقى ، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - قم ، ط ٤ / ١٤٠٤ هـ ، ١٢ : ٨٠ . البروجردي ، مرتضى ، مستند العروة الوثقى ( كتاب الإجارة ) تقريراً لأبحاث اليد الخوئي ، المطبعة العلمية - قم / بدون تاريخ ، ٤ : ٢٤٨ .

- ( ٣٨ ) البجنوردي ، محمد حسن ، القواعد الفقهية ، منشورات الهادي - قم ، ط ١ / ١٤١٩ هـ =  
١٣٧٧ هـ . ش ، ١ : ٢٣٧ . التبريزي ، صراط النجاة ٥ : ٢٦٧ .
- ( ٣٩ ) البروجردي ، مرتضى ، مستند العروة الوثقى ( كتاب الإجارة ) تقريراً لأبحاث اليد  
الخوانساري ، المطبعة العلمية - قم / بدون تاريخ ، ٤ : ٢٤٨ .
- ( ٤٠ ) الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة الوثقى ، ١٢ : ٨٠ .
- ( ٤١ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ :  
٣٨١ .
- ( ٤٢ ) الحكيم ، محمد سعيد ، منهاج الصالحين ، دار الصفوة - بيروت ، ط ١ / ١٤١٦ هـ =  
١٩٩٦ م ، ٢ : ١٤٠ ، م ١٢ .
- ( ٤٣ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ٣ :  
٣٤٣ .
- ( ٤٤ ) ابن فهد الحلبي ، جمال الدين أبو القاسم أحمد بن محمد ، المهذب البارع في شرح  
المختصر النافع ، ٥ : ٢٦١ و ٢٦٢ .
- ( ٤٥ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ :  
٣٨٠ .
- ( ٤٦ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ٣ :  
٣٤٣ . الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ،  
١٣ : ٣٨٠ .
- ( ٤٧ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ :  
٣٧٩ .
- ( ٤٨ ) المصدر السابق : ٣٨٠ .
- ( ٤٩ ) النوري الطبرسي ، ميرزا حسين ، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، مؤسسة  
آل البيت لإحياء التراث - قم ، ط ١ / ١٤٠٧ هـ ، ١٨ : ٣٢٥ .
- ( ٥٠ ) صحيفة إيران ( ١٥ ) ، المسؤولين القانونية للطبيب . مقابلة مع حبيب الله الطهري ،  
ندا فرامرزيان .
- ( ٥١ ) الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة الوثقى ، ١٢ : ٨٠ .

- ( ٥٢ ) المصدر السابق : ٧٩ .
- ( ٥٣ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ٣ : ٣٤٣ .
- ( ٥٤ ) ابن إدريس الحلّي ، أبو جعفر محمّد بن منصور ، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ، ٣ : ٣٧٣ .
- ( ٥٥ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ : ٣٧٩ ، ٣٨٠ .
- ( ٥٦ ) العاملي ، محمّد جواد ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم ، ط ١ / ١٤١٩ هـ ، ٧ : ٢٦٤ .
- ( ٥٧ ) المادة ( ٣١٩ ) من قانون الجزاء الإسلامي السابق .
- ( ٥٨ ) المادة ( ٣٢٢ ) من قانون الجزاء الإسلامي السابق .
- ( ٥٩ ) الطباطبائي اليزدي ، محمّد كاظم ، العروة الوثقى ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين - قم ، ط ١ / ١٤٢٠ هـ ، ٢ : ٦٠٣ .
- ( ٦٠ ) الحكيم ، محمد سعيد ، منهاج الصالحين ، دار الصفوة - بيروت ، ط ١ / ١٤١٦ هـ = ١٩٩٦ م ، ٢ : ١٤٠ ، م ١٢ .
- ( ٦١ ) وهل يبرأ بالإبراء قبل العلاج ؟ قيل : نعم ؛ لرواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ... وقيل : لا يبرأ ؛ لأنّه إسقاط الحق قبل ثبوته . [ راجع : المحقق الحلّي ، نجم الدين أبو القاسم جعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، النجف الأشرف ، ط ١ / ١٣٨٩ هـ = ١٩٦٩ م ، ٤ : ٢٣٢ ] .
- ( ٦٢ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ٣ : ٣٤٣ .
- ( ٦٣ ) المصدر السابق .
- ( ٦٤ ) ابن فهد الحلّي ، جمال الدين أبو القاسم أحمد بن محمّد ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، ٥ : ٢٦٣ .
- ( ٦٥ ) الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة الوثقى ، ١٢ : ٢٦٣ .
- ( ٦٦ ) الأنصاري ، محمد علي ، الموسوعة الفقهية الميسرة ١ : ٢٤٣ .

- ( ٦٧ ) ابن إدريس الحلّي ، أبو جعفر محمّد بن منصور ، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي ، ٣ : ٣٧٣ .
- ( ٦٨ ) المادة ( ٣٢٢ ) من قانون الجزاء الإسلامي السابق ، والمادة ( ٤٩٥ ) من قانون الجزاء الإسلامي الجديد .
- ( ٦٩ ) البروجردي ، مرتضى ، مستند العروة الوثقى ( كتاب الإجارة ) تقريراً لأبحاث اليد الخوئي ، المطبعة العلمية - قم / بدون تاريخ : ٣٥٠ .
- ( ٧٠ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ : ٣٨١ .
- ( ٧١ ) الكليني ، محمّد بن يعقوب ، الكافي ، دار الكتب الإسلامية - طهران ، ط ٣ / ١٣٨٨ هـ ، ٧ : ٣٦٤ . وسائل الشيعة ٢٩ : ٢٦٠ .
- ( ٧٢ ) النوري الطبرسي ، ميرزا حسين ، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، ١٨ : ٣٢٤ و ٣٢٥ .
- ( ٧٣ ) ابن أبي جمهور الأحسائي ، محمّد بن علي بن إبراهيم ، عوالي اللآلي العزيزية في الأحاديث النبوية ، مطبعة سيد الشهداء - قم ، ط ١ / ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م ، ٢ : ٣٦٣ .
- ( ٧٤ ) النوري الطبرسي ، ميرزا حسين ، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، ١٨ : ٣٢٥ .
- ( ٧٥ ) المظاهري ، حسين ( بحث الإجارة ) ١٠ : ١٢ .
- ( ٧٦ ) الشهيد الثاني ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية ، ٣ : ٣٤٣ .
- ( ٧٧ ) ابن فهد الحلّي ، جمال الدين أبو القاسم أحمد بن محمّد ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، ٥ : ٢٦٢ .
- ( ٧٨ ) الأردبيلي ، المولى أحمد ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، ١٣ : ٣٨١ .
- ( ٧٩ ) ابن فهد الحلّي ، جمال الدين أبو القاسم أحمد بن محمّد ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، ٥ : ٢٦٢ .
- ( ٨٠ ) الطباطبائي اليزدي ، محمّد كاظم ، العروة الوثقى ، ٥ : ٦٨ ، م ٦ .

- ( ٨١ ) الحكيم ، محمد سعيد ، منهاج الصالحين ، ٣ : ١٤٠ .
- ( ٨٢ ) أي إثبات تأثير البراءة أو حكمة الشريعة المتقدم .
- ( ٨٣ ) المائدة : ١ .
- ( ٨٤ ) النجفي ، محمد حسن ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، مؤسسة التاريخ العربي - بيروت ، ط ٧ / بدون تاريخ ، ٤٢ : ٤٨ .
- ( ٨٥ ) الخميني ، السيد روح الله ، تحرير الوسيلة ، دار الكتب العلمية - النجف الأشرف ، ط ٢ / ١٣٩٠ هـ [ اوفسيت مؤسسة اسماعيليان للطباعة - قم ] ٢ : ٥٠٤ .
- ( ٨٦ ) المصدر السابق .

