

واکاوی ادله و مبانی عدم مسئولیت پزشک در پرتوی آموزه‌های فقه

صالح منتظری * سید محمدعلی صدر طباطبایی**

(تاریخ دریافت: ۹۵/۴/۱۳ تاریخ پذیرش: ۹۶/۱/۱۶)

چکیده؛

پزشکی به جهت سروکار داشتن با حیات، سلامتی و جسم انسان، حساس و پرمخاطره است. علم پزشکی همواره عجین با احتمالات و نواقص بوده است و به مثابه یک چاقوی دو دم که یک طرف آن سلامتی و طرف دیگر صدمه و حتی فوت بیمار است. تحلیل رابطه فقهی و حقوقی میان بیمار و پزشک به جهت اثری که نقش این ارتباط در مسئولیت در هنگام ایراد خسارت به بیمار دارد، با چالشی جدی مواجه است. فقها در خصوص عمل طیب حاذق و متخصصی که عمل او مشروط به اذن مریض، مطابق با مقررات پزشکی و موازین فنی بوده و به عبارت دیگر بدون تقصیر، باعث ورود خسارت به بیمار می‌گردد، قائل به دو نظر می‌باشند. مشهور فقها حکم به ضمان طیب کرده و چاره‌ای آن را اخذ برائت از بیمار می‌دانند و عده‌ای نیز حکم به عدم ضمان طیب داده‌اند. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به تبعیت از نظر اول مسئولیت پزشک را به صورت محض و بدون تقصیر پذیرفته بود؛ اما در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ مقنن از نظریه دوم تبعیت کرده و رویکردی میانه و معتدل را پذیرفته و مطابق با اکثریت نظام‌های حقوقی، تقصیر را به عنوان مبنای مسئولیت پزشک تبیین نموده است. لذا در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل، ضمان وجود ندارد. صاحبان این قلم پس از بررسی مستندات هر یک از دو قول و با تأمل در مدلول و مفاد آنها، معتقدند: قول مشهور، فاقد جاهت بوده و ادله را یارای تأمین آن نیست. مقاله حاضر با دفاع از موضع نگارندگان و در راستای تبیین ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ سامان یافته است.

واژگان کلیدی: پزشک، کادر درمانی، مبنای مسئولیت، تقصیر پزشکی، فرض تقصیر.

* استادیار فقه و مبانی حقوق دانشگاه عدالت تهران

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری تهران (نویسنده مسئول):

مقدمه

مسئولیت پزشکی، مفهومی نوین در عرصه روابط اجتماعی محسوب نمی‌شود و ریشه در تمدن بشری دارد. مسئولیت خطیری که طبیب در مداوای بیماران عهده‌دار می‌شود از ابتدایی‌ترین سال‌های حیات پزشکی، همیشه مورد توجه قرار داشته و هر تمدن و نظام فکری، راه حلی را برای برخورد با افرادی که در درمان بیماران خود ناکام می‌شوند، برگزیده است. آنچه نیاز امروز جامعه پزشکی است، تدوین نظامی عقلانی برای شناسایی مسئولیت است؛ نظامی که در عین حفظ امنیت شغلی کسانی که جهت درمان هم‌نوعان خود به خطر دست می‌زنند، رعایت حقوق بیماران را نیز تضمین کند. در رابطه با ضمان طبیب جاهل و غیر مأذون، همگان اتفاق نظر دارند پزشکی که مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی عمل نکرده است و به عبارت دیگر فاقد صلاحیت بوده یا متعددی و تفریط کننده است، ضامن دیه نفس یا عضو آسیب دیده خواهد بود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۱۰) در مسئولیت وی تردیدی نیست و بحث این مقاله مربوط به آن نخواهد بود. محل نزاع، ضمان طبیب عالم و مأذون است که به همراه اذن مریض، مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی عمل کرده و به عبارت دیگر مرتکب تقصیری نشده است، لکن در عین حال عمل وی باعث ورود خسارت به بیمار شده است. مشهور فقها در این صورت ولو معالجه با اذن بیمار یا ولی او باشد، باز هم پزشک را ضامن می‌دانند؛ اما در مقابل، اقلیتی از فقیهان امامیه قائل به عدم ضمان طبیب می‌باشند و مسئولیت پزشک را فقط در صورت تقصیر پذیرفته‌اند.

مطابق ماده ۳۱۹^۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مسئولیت پزشک، مسئولیت محض بوده و به عبارت دیگر پزشک حتی در فرض عدم ارتکاب تقصیر، مسئول به شمار می‌آید. همچنین ماده ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی نیز که راجع به دامپزشک است، تأییدی بر این نظر است. با این تفاسیر قانون مذکور مسئولیت مطلق را برای پزشک مطرح کرده و مبتنی بر قول مشهور فقهای

۱. هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.

امامیه بوده است. در مقابل، ماده ۴۹۵ قانون جدید مجازات اسلامی در خصوص مسئولیت پزشک دست به نوآوری زده و مسئولیت پزشک را مبتنی بر تقصیر دانسته است، لذا در فرض اخذ براءت نیز، با اثبات تقصیر پزشک، وی مسئول شناخته خواهد شد.

در میان فقها، درباره مسئولیت پزشکی که حاذق و متخصص بوده و در کنار اذن مریض، عمل وی مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی بوده و به عبارت دیگر، مرتکب تقصیری نشود و باعث ورود خسارت به بیمار می‌گردد، دو دیدگاه متفاوت وجود دارد:

قول مشهور: مشهور در این مورد پزشک را مسئول دانسته و عمل وی را مصداق جنایت شبه عمد می‌دانند، زیرا وی حداقل قصد انجام فعل معالجه را دارد (بغدادی، ۱۴۱۳: ۷۳۴ و ۷۳۵؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۴؛ دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۳۵؛ طوسی، ۱۴۰۸: ۴۳۰؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۴۹۱؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۴۰۲؛ حلی، ۱۴۰۵: ۵۷۱؛ نجفی، بی تا: ۴۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۷؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۰). مشهور فقها معتقدند پزشک می‌تواند برای رفع مسئولیت، قبل از انجام معالجه از بیمار یا ولی او براءت اخذ نماید.

قول غیر مشهور: طرفداران این نظریه که شاخص‌ترین آن ابن ادریس می‌باشد، معتقدند: چنانچه پزشک حاذق و ماهر باشد و موازین فنی و علمی را رعایت نماید و معالجات وی با اذن بیمار یا ولی و سرپرست قانونی بیمار باشد دیگر نیازی به اخذ براءت نیست و اگر صدمه‌ای وارد شود یا معالجه باعث مرگ بیمار شود ضمانتی برای پزشک نیست (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۷۳).

۱. هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود. همچنین در ذیل این ماده در تبصره ۱ مقرر می‌دارد: در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند براءت اخذ نکرده باشد.

۱. بررسی مستندات قول مشهور

دلایلی که مشهور فقیهان برای اثبات ادعای خویش مطرح ساخته‌اند، به طور خلاصه، به شرح زیر است:

۱-۱. قاعده‌ی اتلاف

یکی از موجبات ضمان، مباشرت در اتلاف مال غیر است، لذا از آنجا که پزشک در اتلاف بیمار یا جرح او مباشرت داشته، بنابراین، باید به مقتضای قاعده‌ی اتلاف او را ضامن دانست. بدیهی است دستور به معالجه و مداوا را نباید از مصادیق مباشرت در اتلاف تلقی کرد، بلکه از مصادیق تسبیب است که مطابق با نظر مشهور، پزشک ضامن است؛ بنابراین وقتی پزشک باعث تلف جان یا مال یا قوه‌ای از قوای جسمانی و یا نقص عضو می‌گردد ضامن است و چون قصد اتلاف نداشته مصادق شبه عمد است و در مسئولیت ناشی از اتلاف، تقصیر شرط نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲؛ طاهری مازندرانی، ۱۳۸۷: ۳۱۴ و ۳۱۵)

نقد و بررسی: این قاعده بر ضمان پزشک دلالت ندارد، زیرا اولاً؛ اگرچه عمد و قصد در اضرار به غیر و پدید آمدن ضمان لازم نیست، اما احراز انتساب و استناد خسارت به فعل مسبب بی‌تردید لازم است. لذا امام خمینی در تحریر الوسیله می‌گوید: هرگاه حیوان متعلق به شخصی بر حیوان دیگری و یا مال او هجوم آورده و خسارت وارد سازد، صاحب آن ضامن نیست، مگر اینکه در حفظ آن تقصیر و کوتاهی کرده باشد (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۵۱۱). در ماده ۳۳۴ قانون مدنی نیز به این امر اشاره شده است. قید این نکته به سبب آن است که در صورت عدم تقصیر در خصوص مورد تسبیب، انتساب خسارت به مسبب احراز نمی‌گردد (طاهری مازندرانی، ۱۳۸۷: ۳۱۴ و ۳۱۵)، بنابراین با لحاظ این نکته می‌توان گفت: زمانی که پزشک دارویی را برای بیمار تجویز می‌کند و بیمار بدون آگاهی از نفع و ضرر، آن دارو را مصرف می‌کند، پزشک ضامن نیست.

ثانیاً؛ قاعده اقدام بر قاعده اتلاف مقدم است. به این بیان که هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود. فقها عدم مسئولیت واردکننده زیان را مستند به «اقدام» دانسته‌اند. به این بیان که شخص با اقدام خود موجب به بار آمدن خسارت شده است. در حقیقت «اقدام» در این معنا مانعی برای اجرای قواعد ضمان قهری از جمله قاعده اتلاف و تسبیب، لاضرر و احترام می‌باشد؛ زیرا گفتیم که عنصر اصلی و لازم در اتلاف و تسبیب «استناد» است و با توجه به اقدام زیان‌دیده، استناد به شخص مسبب مرتفع می‌گردد. لذا مانعیت اقدام برای اجرای قواعد حمایتی از خسارت دیدگان، بدهت عرفی و عقلی دارد (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۲۲۱ و ۲۲۲).

۲-۱. قاعده لاضرر

از جمله ادله ضمان، قاعده‌ی لاضرر است که بنای عقلاً پشتوانه محکمی برای این قاعده محسوب می‌شود. بی‌تردید بنای عقلاً در این امر محقق است که در زندگی اجتماعی و مدنی، زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپسند است و ثانیاً عامل زیان در مقابل زیان‌دیده مسئول پرداخت خسارت است و در مورد چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس، ردع و منعی واصل نشده که از این رهگذر، امضای شارع احراز می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۱۵۱)؛ بنابراین هرگاه که عرف، فعلی را مضر بداند، ضمان بر گردن ضررزننده ثابت می‌شود و بی‌شک عرف خسارات پزشک را، ضرر می‌داند. لذا لاضرر حکم می‌کند که زیان وارد به بیمار، جبران گردد، هرچند احتیاط نماید و جدیت به خرج دهد و مریض نیز اذن به علاج داده باشد.

نقد و بررسی: قاعده لاضرر نیز بر مدعای مشهور دلالت ندارد، زیرا اولاً؛ همان‌طور که در سطور بالا اشاره شد، قاعده اقدام بر قاعده لاضرر مقدم است؛ بنابراین جای تردید نیست که قاعده لاضرر برای حمایت از متضرری است که خود مقدمات زیان را برای خویش فراهم نساخته باشد. ثانیاً؛ قاعده لاضرر تخصصاً از مورد بحث خارج است، زیرا در جای خود ثابت شده است که این قاعده درباره احکامی است که موضوع آن‌ها در ابتدا ضرری نباشد، مانند وجوب نماز؛ ولی

اگر حکمی همیشه یا غالباً همراه با ضرر باشد مانند مانحن فیه، قاعده لاضرر در آن جاری نمی‌شود.^۱

۳-۱. قاعده غیر مهدور بودن خون مسلمان

اساس شکل‌گیری این قاعده روایت مشهوری^۲ است که جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان بلکه هر نفس محترم را اقتضا دارد؛ بنابراین اگر پزشک مسئول زیان وارد بر بیمار نباشد، خون وی هدر و بدون جبران باقی می‌ماند. در نتیجه باید طبیب را ضامن بدانیم. البته فقها در ذیل ادله‌ی ضمان طبیب، روایت را ذکر کرده‌اند و اسمی از قاعده به میان نیاورده‌اند (حلی، ۱۴۰۴: ۴۶۹- اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۷ - نجفی، بی تا: ۳۲۴).

نقد و بررسی: اولاً؛ روایت مذکور از نظر سند ضعیف است؛ زیرا در سند این خبر، خضر الصیرفی قرار دارد که مجهول می‌باشد و نام وی در هیچ‌یک از کتب ثمانیه رجالی ذکر نشده است. ولی این روایت از چنان شهرتی برخوردار است که در زبان فقها مفروغ عنه است. لذا می‌توان گفت ضعف سند به واسطه عمل مشهور جبران می‌شود. به علاوه در بسیاری از نصوص دیگر نیز کلماتی حاکی از مضمون این جمله وجود دارد. به هر حال، چه این قاعده منشأ روایی داشته باشد و چه نداشته باشد، بدون شک یکی از موجبات ضمان، خواهد بود. ثانیاً؛ همان‌طور

۱. ممکن است گفته شود: کارها و اوامر پزشک غالباً یا همیشه با ضرر همراه نیست بلکه بسیار نادر هم هست؛ در جواب می‌گوییم: غالبی بودن یا نبودن ضرر در اعمال پزشکی از اموری است که آن را به وجدان منصف احاله می‌کنیم، مؤید بر صحت ارتکاز نویسندگان موضع فقیهان است که برای پزشک، ضمان را معتبر دانسته‌اند، درحالی که اگر این امر از نوادر بود توسعه بحث در این باره موجه نمی‌بود.

۲. الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ خَضِرِ الصَّيْرَفِيِّ عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ الْعِجَلِيِّ قَالَ سَأَلَ أَبُو جَعْفَرٍ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا فَلَمْ يَقَمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَ لَمْ تَصِحَّ الشَّهَادَةُ حَتَّى خُولِطَ وَ ذَهَبَ عَقْلُهُ ثُمَّ إِنَّ قَوْمًا آخَرِينَ شَهِدُوا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا خُولِطَ أَنَّهُ قَتَلَهُ فَقَالَ إِنَّ شَهِدُوا عَلَيْهِ أَنَّهُ قَتَلَ حِينَ قَتَلَ وَ هُوَ صَحِيحٌ لَيْسَ بِهِ عِلَّةٌ مِنْ فَسَادِ عَقْلِ قَتْلِهِ بِهِ وَ إِنَّ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَ كَانَ لَهُ مَالٌ يُعْرِفُ دَفْعَ إِلَى وَرَثَةِ الْمُقْتُولِ الدِّيَّةَ مِنْ مَالِ الْقَاتِلِ وَ إِنَّ لَمْ يَتْرُكْ مَالًا أُعْطِيَ الدِّيَّةَ مِنْ يَتِّ الْمَالِ وَ لَا يُطْلَقُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ. (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۲)

که قبلاً اشاره شد، قاعده اقدام بر این قاعده مقدم است. ثالثاً؛ شمول این قاعده فقط در مورد معالجه‌ی منجر به قتل بیمار است.

۱-۴. قاعده غرور

هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود و از این رهگذر ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت وارد بر آید (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۱۶۳).

نقد و بررسی: این قاعده نیز بر ضمان طیب دلالت ندارد، زیرا: تردیدی نیست که مورد مسلم حاکمیت قاعده غرور جایی است که غار، عالم به نتیجه مترتب بر عمل خود باشد؛ یعنی بدانند طرف مقابل از فعل او گول می‌خورد و متحمل خسارت می‌گردد؛ اما مورد اختلاف جایی است که غار جاهل یا در اشتباه است. توضیح اینکه که گاهی غار و مغرور، هر دو عالم به ضررند، گاهی مغرور عالم و غار جاهل است و گاهی برعکس، یعنی مغرور جاهل و غار عالم می‌باشد و صورت چهارم، نیز جایی است که هر دو جاهل‌اند.

در صورت اول که هر دو عالم‌اند، از قاعده «غرور» خارج است؛ زیرا در این صورت نه غاری وجود دارد و نه مغروری؛ چرا که در غرور، جهل مغرور شرط است. چون مغرور به کسی گفته می‌شود که گول خورده باشد و در گول خوردن، وجود جهل حتمی است. در صورت دوم که مغرور عالم و غار جاهل است، نیز از قاعده‌ی غرور خارج است. چون جهل مغرور از شرایط تحقق غرور است، وقتی مغرور عالماً عامداً اقدام به یک امر ضرری نموده است مشمول قاعده غرور نبوده، بلکه مصداق قاعده «اقدام» است و ضمانی بر غار نخواهد بود. در صورت سوم که غار، عالم و مغرور جاهل است، مصداق قطعی و یقینی قاعده غرور است که کسی در آن اختلاف ندارد. محل بحث در قسم چهارم است که هر دو جاهل‌اند. در این صورت، بسیاری از فقها غار را ضامن دانسته و نسبت فعل را به فاعل منوط به علم فاعل ندانسته‌اند، بلکه می‌گویند: «در صدق عناوین افعال، عمد و قصد شرط نیست» (حسینی مراغی، ۱۲۷۴: ۲۹۲؛ یزدی، ۱۳۱۷: ۱۷۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹: ۲۳۷). لذا در مورد کسی که به غفلت می‌ایستد یا می‌نشیند، هر چند قصد ایستادن و نشستن را ندارد می‌توان

گفت: ایستاد یا نشست و یا اگر کسی دیگری را می‌زند، می‌توان عنوان ضارب را به او داد، هر چند قصد زدن را نداشته باشد. لذا در صدق غرور کافی است که یک نفر، دیگری را بر عملی که متضمن ضرر است، تشویق و ترغیب کند، هر چند که ترغیب کننده به ترتب ضرر بر آن عمل جاهل باشد؛ زیرا جاهل و نادانی شخص غار رابطه‌ی علیت را که بین عمل او و ورود آن زیان است، بر طرف نمی‌کند. در عرف چنین شخصی باعث ایجاد آن ضرر دانسته می‌شود. به همین جهت اکثریت فقها در فقه، در موضوع ضمان طیب بر ضمان طیب غار حتی در صورت جاهل نظر داده‌اند.

در مقابل این نظریه، عدّه‌ای از فقها خصوصاً هنگامی که غار جاهل به ضرر بوده یا به اشتباه فکر می‌کند که عملش موجب نفع می‌باشد، او را مسئول نمی‌دانند و حق هم با همین گروه است. استدلال آنان این است که غرور به معنای خدعه و تدلیس است و در مورد جاهل به واقع، نمی‌توان به قاعده‌ی غرور استناد کرد (حکیم، ۱۳۷۱: ۲۶۹ و ۲۷۳؛ خراسانی، ۱۴۰۶: ۴۵). لذا این دسته از فقها در رابطه با طیبی که دارویی را تجویز کرده به خیال این که به نفع بیمار و باعث بهبودی او می‌گردد، ولی تصادفاً دارو با مزاج مریض سازگار نبوده در نتیجه موجب مرگ یا ضرر بیمار گردد، حکم به عدم ضمان طیب می‌نمایند (یزدی، ۱۳۴۲: ۶۷) و می‌گویند: در اینجا تدلیس و خدعه‌ای در کار نبوده است؛ بنابراین در مورد ضمان غار نادان، تشکیک وارد شده است (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۱۶۹، ۱۷۱، ۱۷۰؛ طاهری مازندرانی، ۱۳۸۷: ۳۲۵ و ۳۲۶). همچنین بر فرض عدم پذیرش این قول، از آنجاکه بحث از موارد اختلافی است و دو احتمال در آن راه دارد، استدلال به قاعده غرور صحیح نیست و به عبارت دیگر: «اذا جاء الإحتمال بطل الاستدلال».

۱-۵. روایات

دو دسته از روایات بر ضمان طیب دلالت می‌کنند. دسته اول روایاتی هستند که به طور عام بر ضمان دلالت دارند و دسته دوم روایاتی است که مخصوص پزشک، دام‌پزشک و ختنه کننده است.

دسته اول: روایات باب بیست و نهم از ابواب کتاب الإجاره در وسائل الشیعه می‌باشد و این روایات بر این دلالت دارند که هر اجیری ضامن جبران خسارت به بار آورده، می‌باشد. آیه الله

مکارم در رابطه با استدلال به این دسته از روایات می‌نویسد: این احادیث عام بوده و شامل پزشک، دام‌پزشک، ختنه‌کننده و همه صاحبان فنون می‌شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۸) همچنین مقدس اردبیلی بیان می‌دارد: از آنجا که پزشک و دام‌پزشک نیز اجرت می‌طلبند، امکان دارد که آن دو و امثال آن‌ها نیز در مضمون این روایات داخل شوند. (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۷۳)

آیه الله مکارم شیرازی از باب بیست و نهم، به دو روایت اشاره می‌کند که روایت اول، حدیث اول^۱ و روایت دوم، حدیث سیزدهم^۲ از باب مذکور می‌باشد.

نقد و بررسی: اولاً؛ به‌وسیله مفهوم این روایات فهمیده می‌شود که اگر پزشک تبرعاً اقدام به طبابت کند، کار او نوعی احسان است و محسن ضامن نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۷۳). خارج بودن پزشکانی محسن، گواه آن است که، قول به ضمان صحیح نیست. ثانیاً؛ مورد این روایات، تنها صورت تعدی و تفریط می‌باشد. لذا اگر بیمار نسبت به دارویی حساسیت داشته باشد و به‌وسیله استفاده از آن، در وی اثر سوء بگذارد یا مثلاً بعضی امراض پنهانی در بیمار باشد که در ظاهر معلوم نیستند و نه پزشک و نه بیمار بدان علم ندارند و استفاده از دارو بیماری وی را تشدید کند و منجر به موت یا نقصی در بدن بیمار شود، در این صورت با توجه به مقتضای این روایات پزشک ضامن نیست. همچنان که اگر خیاط بدون کاستی به وظیفه‌اش عمل کند و از بین رفتن پیراهن به خاطر عیبی در آن باشد مثلاً آن قدر پیراهن را بشویند که پاره شود- در این صورت از جانب خیاط هیچ تفریطی صورت نگرفته است و وی ضامن نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۹).

ثالثاً؛ روایت دومی را که آیه الله مکارم ذکر می‌کنند، از نظر سند خدشه‌دار است، زیرا: برخی بزرگان علم رجال، محمد بن الفضیل الصیرفی را ضعیف دانسته (طوسی، بی تا: ۳۴۳؛ ملی، بی تا:

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سُئِلَ عَنِ الْقَصَّارِ يُفْسِدُ فَقَالَ كُلُّ أَجِيرٍ يُعْطَى الْأَجْرَ عَلَى أَنْ يُصْلِحَ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِنٌ. (كليني، ۱۴۰۷: ۲۴۱؛ حرعالملي، ۱۴۰۹: ۱۴۱)

۲. وَ عَنْهُ (محمد بن الحسن یاسناده عن الحسين بن سعيد) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ بْنِ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْقَصَّارِ هَلْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ فَقَالَ نَعَمْ كُلُّ مَنْ يُعْطَى الْأَجْرَ لِصَلْحٍ فَيُفْسِدُ فَهُوَ ضَامِنٌ. (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۰؛ همان، ۱۳۹۰: ۱۳۲؛ حرعالملي، ۱۴۰۹: ۱۴۵)

(۲۵۰) و از غلات می‌دانند. (طوسی، بی‌تا: ۳۶۵؛ حلی، بی‌تا: ۲۵۱) همچنین آیه الله خویی به این دلیل که نجاشی متعرض وی نشده است، او را مجهول می‌داند. (خویی، بی‌تا: ۱۴۴)

البته آیت‌الله خویی به دو دلیل احتمال می‌دهند که وی ثقة باشد: ۱- به دلیل شهادت ابن قولویه به وثاقت وی. ۲- به دلیل اینکه شیخ مفید در رساله عددیه اش می‌گوید: «محمد بن فضیل، از فقهاء و رؤسای اعلام است و از کسانی است که حلال و حرام، فتاوا و احکام از آن‌ها گرفته می‌شود و طعنی علیه ایشان وارد نشده است و برای ذم احدی از آن‌ها طریقی ثابت نشده است».

اما توثیق ابن قولویه و شیخ مفید به تضعیف شیخ طوسی معارض می‌باشد. در نتیجه به نظر می‌رسد، راوی مذکور مجهول‌الحال بوده و نمی‌توان به روایاتش تمسک جست. (خویی، بی‌تا: ۱۴۷)

اما از آنجا که صاحب وسائل، در باب بیست و نهم، بیست‌وسه روایت را ذکر می‌کنند، می‌توان به روایات دیگری تمسک کرد که خالی از اشکال سندی باشند، لکن با فرض صحت سند روایات دیگر، دو اشکال فوق‌الذکر به مجموع روایات وارد است.

دسته دوم: روایات باب بیست و چهارم^۱ از ابواب موجبات ضمان در وسائل الشیعه می‌باشد. این روایات بر این دلالت دارند که هر پزشک، دام‌پزشک و ختنه‌کننده‌ای، ضامن جبران خسارت به بار آورده، می‌باشد.

نقد و بررسی: اولاً؛ سند این دو روایت قابل قبول نیست. (کریمی، بی‌تا: ۷۸) چون در سند روایت، حسین بن یزید نوفلی وجود دارد که ابن داود وی را مهمل می‌داند. (حلی، بی‌تا: ۱۲۸)

۱. در این باب دو روایت می‌باشد:

روایت اول: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَوَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ. (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۶۴؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۴؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۶۰)

روایت دوم: وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيَّ عَ صَمَّنَ خَتَانًا فَطَعَّ حَشَقَةَ غُلَامٍ. (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۴؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۶۰ و ۲۶۱)

همچنین به دلیل اینکه برخی از قمیین وی را در آخر عمرش از غلات دانسته‌اند، علامه حلی نیز با عبارت «و الله أعلم» در مورد او توقف کرده است. (حلی، بی تا: ۲۱۷) البته نجاشی در این باره می‌نویسد: «من روایتی را که بر غالی بودن وی دلالت کند، ندیده‌ام» (نجاشی، بی تا: ۳۸).

آیات عظام مقدس اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۹)، سیستانی (سیستانی، بی تا: ۳۲۲ و ۳۲۳)، سید کاظم حائری (حسینی حائری، ۱۴۱۵: ۶۳۳) و علامه شیخ محمدتقی شوشتری (شوشتری، ۱۴۱۰: ۵۵۷) این راوی را ضعیف می‌دانند. البته آیت الله خوئی در مورد حسین بن یزید نوفلی معتقد است: به دلیل شهادت ابن قولویه به وثاقت وی، ثقه می‌باشد (خوئی، بی تا: ۱۰۷).

در جواب باید گفت این سخن صحیح نیست و راوی مذکور ضعیف می‌باشد؛ زیرا بنا بر گفته برخی علما، ادعای آیه الله خوئی مبنی بر اینکه عبارت مؤلف کامل الزیاره در مقدمه کتاب به صورت واضح بر ثقه بودن تمام راویان موجود در سلسله سند کامل الزیاره تصریح داشته و به نوعی شهادت ایشان به وثاقت حسین بن یزید نوفلی می‌باشد، مورد قبول نیست؛ بلکه حق در اینجا همان است که محدث متبوع یعنی مرحوم نوری گفته است که کلام ابن قولویه تنها، بر وثاقت مشایخ خودشان - که روایات را مستقیماً از آنها اخذ کرده است - دلالت دارد، نه کلیه راویانی که در سلسله سند روایات کتابش وجود دارد. مرحوم محدث نوری در دو جا از کتاب مستدرک به این امر تصریح کرده است. (نوری، بی تا: ۵۲۲، ۵۲۳، ۷۷۷) به علاوه به حسب شمارش محدث نوری مشایخ وی ۳۲ نفر بوده که در میان آنها نام حسین بن یزید نوفلی به چشم نمی‌خورد (سبحانی، ۱۳۸۹: ۲۷۴، ۲۷۳، ۲۷۲).

آیه الله سبحانی نیز نظر محدث نوری را تقویت کرده و سه دلیل بر آن اقامه می‌کند (سبحانی، ۱۳۸۹: ۲۷۰ و ۲۷۱).

به علاوه خود مرحوم آیه الله خوئی در اواخر از این مبنا که عبارت مؤلف کامل الزیاره در مقدمه کتاب به صورت واضح بر ثقه بودن تمام راویان موجود در سلسله سند کامل الزیاره تصریح دارد، برگشته است و معتقد است: کلام ابن قولویه تنها، بر وثاقت مشایخ خودشان دلالت

دارد، نه کلیه روایانی که در سلسله سند روایات کتابش وجود دارد (حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳۹۳/۱۱/۲۸).

همچنین برخی از فقها در رابطه با روایت اول، اشکال سندی دیگری را وارد کرده‌اند و می‌گویند: به این روایت نمی‌توان اعتماد کرد، زیرا سند روایت به خاطر وجود سکونی، ضعیف می‌باشد (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۱۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۱۰). برخی دیگر نیز همین اشکال را به روایت دوم وارد کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۴: ۴۷۰). علت ضعف دو روایت، این است که علامه حلی، إسماعیل ابن ابی‌زید السکونی را از اهل سنت می‌داند (حلی، بی تا: ۶۹۹). لکن آیات عظام خویی و خامنه‌ای در رابطه با سکونی می‌گویند: اگرچه وی عامی است ولی ثقة است (خویی، بی تا: ۱۰۶ و ۱۰۷؛ حسینی خامنه‌ای، درس خارج فقه، جلسه ۱۳۹۴/۱۱/۲۶)، اما با فرض پذیرش این سخن، باز هم به خاطر وجود حسین بن یزید نوفلی، این دو روایت خالی از اشکال سندی نیست.

همچنین برخی از فقها می‌گویند: ضعف سند به واسطه عمل مشهور جبران می‌شود (حلی، ۱۴۰۴: ۴۷۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۱۰)، لکن این احتمال وجود دارد که استناد مشهور به ضمان به واسطه ادله دیگری باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۱۰).

ثانیاً؛ آیه الله مکارم در رابطه با روایت اول می‌گویند: دلالت حدیث بر ضمان - اگر برائت نبود - ظاهر است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۱۰). به عبارت دیگر روایت، ناظر به اخذ برائت کلی است؛ بدین معنی که اگر در هنگام درمان بیمار، خسارتی به بار آید، پزشک ضامن به شمار نیاید. بنابراین، پزشک برای رفع ضمان احتمالی، برائت می‌جوید و روایت می‌خواهد، مشروعیت آن را در ضمن قرارداد بیان و تأکید کند. (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۸۰ و ۸۱) ثالثاً؛ روایت دوم تنها در مورد ختنه‌گرانی است که در ختنه تعدی و تفریط کرده‌اند. کما اینکه ابن ادریس این روایت را ناظر به پزشک مقصر می‌داند. ایشان گفته‌اند: کدامین پزشک متخصص، به جای بریدن غلغه، حشفه پسر بچه را می‌برد، درحالی که این دو با یکدیگر بسیار متفاوت‌اند (حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۳؛ حلی، ۱۴۰۴: ۴۷۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸ و ۲۲۹).

۱-۶. اجماع

از آنجا که به ادله مشهور اشکالات متعددی وارد می‌باشد، لذا برخی بهترین دلیل بر ضمان پزشک را اجماع می‌دانند. (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۱۰) مقدس اردبیلی ادعای اجماع را به ابن زهره نسبت داده و می‌گوید: «الأصحاب متفقون علی أن الطیب یضمن ما یتلف بعلاجه». (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸) در رابطه با اجماع برخی معتقدند: همه عالمان شیعه اتفاق نظر دارند که طیب ولو دارای تخصص و دقت لازم باشد، ضامن تلف یا نقص‌های وارده به بیمار می‌باشد. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۸) همچنین برخی دیگر می‌گویند فقها اجماع دارند که پزشک حتی اگر از بیمار اذن گرفته باشد، نیز ضامن است. (حلی، ۱۴۰۴: ۴۷۰)

نقد دلیل اجماع: از آنجا که اجماع در مسئله می‌تواند به دو صورت اجماع محصل و منقول ادعا شود، لذا بررسی این دلیل را در دو فرض پی می‌گیریم.

اجماع محصل: فرض ادعای اجماع محصل بدین صورت خواهد بود که فقیه با تتبع در کتب و آثار همه فقیهان پیش از خود و تحصیل نظر همه ایشان، مدعی شود «همه فقها» پزشک را ولو دارای تخصص و دقت لازم باشد و از بیمار اذن گرفته باشد، ضامن می‌دانند.

اشکال صغروی: از آنجا که این فرع در قرن پنجم هجری، به وسیله شیخ مفید در فقه امامیه مطرح گردید، لذا بسیاری از فقهای دوره‌های آغازین اجتهاد متعرض این بحث نشده‌اند. به عنوان مثال ابن ابی عقیل عمانی در مجموعه فتاوا و شیخ صدوق در دو کتاب المقنع و هدایه این بحث را مطرح نکرده‌اند. همچنین تمامی کتب فقهی سید مرتضی و شیخ طوسی داستانی مشابه دارند. البته همان‌طور که قبلاً اشاره شد، فقیه اخیر تنها در کتاب النهایه متعرض بحث شده و مانند مشهور فقها، پزشک را مسئول می‌داند. علاوه بر این، ابن ادریس به‌رغم آنکه این بحث را ذکر کرده است، ولی با نظر مشهور مخالفت کرده و در مقابل پزشک را ضامن نمی‌داند که البته مخالفت وی مضر به اجماع نیست؛ زیرا معلوم النسب بوده و به عبارت دیگر مشخص است که وی معصوم نمی‌باشد (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۰۷). به علاوه اطلاع از تألیفات تمام فقها در همه عصرها و اشراف بر آراء همه‌ی ایشان ممکن نیست. چه بسا فقیهانی که فتاوی خویش را مکتوب نکرده‌اند و دیگران

نیز در کتب خویش متعرض فتاوی ایشان نشده‌اند. چه بسیار کسانی که فتاوی خویش را در کتبی جمع نموده‌اند ولی کتابشان به دست ما نرسیده است. در چنین حالتی قطع به عدم وجود فقیه مخالف برای محصل اجماع به وجود نمی‌آید. به همین خاطر بسیاری از بزرگان علم اصول ذیل بحث از اجماع محصل و بعد از قبول کبرای آن، متعرض این نکته شدند که این کبرایی است که صغرا ندارد و معتقدند: «إن الإجماع المحصل غیر حاصل» (تبریزی، ۱۳۷۲: ۸۵). صاحب اصول العامه للفقہ المقارن درباره‌ی این اشکال می‌نویسد: «حق این است که تحصیل اجماع به مفهوم وسیع آن (تحصیل اتفاق نظر همه) به جز در مورد ضروریات دینی و عقلی امری متعذر است» (حکیم، ۱۴۱۸: ۲۵۹).

بسیاری از اعلام و مؤلفان معاصر دانش اصول، متوجه این ایراد بوده و در آثار خویش بدان اذعان نموده‌اند (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۱۰؛ صدر، ۱۴۰۸: ۳۰۱). از جمله‌ی ایشان مرحوم آقا مصطفی خمینی است که در جلد دوم تحریرات خود، با باز نمودن سرفصلی ذیل عنوان «بقی شیء فی صعوبه تحصیل صغری الإجماع المحصل» به تحقیقی مفصل و جامع در این باره پرداخته و به وجود چنین اشکالی حول اجماع محصل اعتراف می‌نماید (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۳۶۳)؛ بنابراین از آنچه گفته شد، مشخص می‌شود که اخذ موافقت «همه قدماء»، امکان ندارد و یا حداقل دشوار می‌باشد. در نتیجه تحقق اجماع محصل، در غایت اشکال می‌باشد.

اشکال کبروی: اشکال دیگری که بر اجماع ادعایی وارد است، مدرکی و یا حداقل محتمل المدرکی بودن آن است؛ زیرا محصلین اجماع، آن را در عرض ادله دیگر نظیر برخی قواعد فقهی و اخبار باب ذکر کرده‌اند که در این حالت برقراری ملازمه و امکان حدس رأی معصوم (ع) را ناممکن ساخته و در نتیجه چنین اجماعی از حجیت ساقط می‌گردد.

اجماع منقول: فرض ادعای اجماع منقول در مسئله حاضر، نقل‌هایی است که از برخی فقها در کتاب‌های ایشان مشاهده شده است.

اشکال اول: بحث از حجیت اجماع منقول، متفرع بر حجیت اجماع محصل است و از آنجا که حجیت اجماع محصل متوقف بر کامل بودن مقدمات (صغری و کبری) آن از جهت امکان تحصیل و کاشفیت آن می‌باشد، در نتیجه با تردید در هر یک از مقدمات، حجیت اجماع محصل مخدوش گشته و در نهایت کلام در حجیت اجماع منقول تمام نخواهد بود. در ما نحن فیه صغرا به خاطر عدم امکان تحصیل نظر همگان مخدوش بوده و کبرای آن به خاطر احتمال مدرکی بودن و فقدان کاشفیت، مطرود است، لذا چنین اجماع منقولی حجت نخواهد بود.

اشکال دوم: باین همه و در فرض مماشات از اشکال فوق، ایراد اساسی دیگر، عدم اعتبار اجماع منقول در نزد اغلب اصولیین است (سبحانی، ۱۴۳۱: ۲۰۱؛ تبریزی، ۱۳۷۲: ۸۵).

افزون بر اشکال‌های ذکر شده، برخی از فقها ایراد نموده‌اند که اجماع اصحاب را باید بر موردی حمل نمود که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد نه پزشک مأذون؛ بنابراین احتمال دارد: پزشکی که از مریض اذن گرفته است، ضامن نباشد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۹؛ حلی، ۱۴۰۴: ۴۶۹).

۲. بررسی مستندات قول غیر مشهور

در یک نگاه جامع مستندات این نظریه، اولاً نارسایی مدارک قول مشهور و ثانیاً ادله مثبتی رأی غیر مشهور می‌باشد. از ابتدای مقاله تا اینجا سعی شد، مدارک قول مخالف طرح و عدم کفایت و نارسایی ادله آن تبیین گردد. آنچه در ادامه ذکر می‌شود مستنداتی است که مجموع آن اثبات‌کننده نظریه غیر مشهور می‌باشد. ناگفته نماند اثبات نظر غیر مشهور، در گرو احراز تمامیت ادله وارده نبوده و صرف طرد مدارک رأی رقیب برای اثبات مختار کافی است، چراکه با شک در ضامن پزشک، مقتضای قاعده اولیه «عدم ضامن» می‌باشد. لذا مدعی ضامن نیازمند تکاپو برای اثبات آن است و از این حیث نگارندگان در فسحت و گشایش می‌باشند. باین همه مدارک اختصاصی قابل ارائه برای نظریه غیر مشهور به قرار ذیل می‌باشد:

۲-۱. قاعده‌ی احسان

احسان به این معناست که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگران، دست به کاری بزند، اما موجب رسیدن خسارت به آنان شود ضامن نیست. برخی بر اساس آیه ۹۱ سوره توبه: «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ» بیان نموده‌اند: مراد از سبیل همان ضمان است. لذا کاری که پزشک با نیت خیرخواهانه انجام می‌دهد، مصداق بارزی برای احسان است. در روایت سکونی^۱ درباره‌ی شخصی سؤال شده است که هر دو شتر او فرار کرده‌اند و شخص دیگر آن‌ها را می‌یابد و در یک ریسمان می‌بندد، ولی یکی از آن دو شتر در اثر کشش ریسمان خفه می‌شود. حضرت می‌فرماید شخص یابنده ضامن نیست، زیرا کار او عملی مصلحانه در مورد مال‌باخته محسوب می‌شود. به بیان دیگر، حضرت با جمله «إِنَّمَا أَرَادَ الْإِصْلَاحَ» به یک قاعده کلی اشاره می‌نماید که اگر عملی مصداق اعمال مصلحانه باشد، هرچند موجب خسارت شود، شخص محسن از ضمان مالی معاف است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۸).

نقد و بررسی: اولاً؛ آیه ربطی به موضوع ضمان ندارد، بلکه مربوط به عقاب اخروی است؛ زیرا آیه مربوط به کسانی است که پس از اعلان رسول خدا (ص) برای رفتن به جنگ تبوک، توانایی جسمی و مالی برای کمک به جبهه و یا شرکت در جبهه جنگ را نداشتند، آیه آنان را دلداری داده که قصد خیر نسبت به خدا و رسولش داشته‌اند؛ اما توان شرکت در جنگ را نداشتند؛ بنابراین ما نمی‌توانیم از نفی عقاب اخروی محسنین، نفی ضمان و مسؤولیت مدنی را استفاده کنیم (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۰؛ طاهری مازندرانی، ۱۳۸۷: ۳۸۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۸). ثانیاً؛ روایت مذکور علاوه بر ضعف سندی که قبلاً در ادله مشهور پیرامون سکونی و حسین بن یزید نوفلی بیان شد، ناظر به حدوث موت به سبب تفریط شخص یابنده نیست؛ زیرا مرگ یکی

۱. مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ إِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ ع أَنَّ رَجُلًا شَرَدَ لَهُ بَعِيرَانِ فَأَخَذَهُمَا رَجُلٌ فَقَرَنَهُمَا فِي حَبْلٍ فَأَخْتَقَ أَحَدَهُمَا وَمَاتَ فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عَلِيٍّ ع فَلَمْ يُضْمَنْهُ وَقَالَ إِنَّمَا

أَرَادَ الْإِصْلَاحَ (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۴).

از آن دو شتر، به سبب حرکت خودش بوده که در اثر کشش ریسمان خفه شده، نه به سبب عمل شخص یابنده تا مصداقی برای احسان باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۸).

در جواب به اشکال آیه می‌توان گفت: فقها به اتفاق در پاسخ از این ایراد فرموده‌اند: «مورد مخصّص نیست»؛ یعنی هر چند آیه مربوط به جهاد است لکن اختصاص به آن ندارد؛ زیرا بسیاری از آیات قرآن در موارد خاصی وارد شده‌اند ولی فقها خارج از شأن نزول آن‌ها، به عمومشان استدلال کرده‌اند؛ بنابراین متفاهم عرفی و ظاهر آیه دلالت بر هر نوع نفی سیل از هر محسنی می‌کند. لذا آیه به منزله کبرای کلی و تعلیل عام برای هر محسن و در هر کار نیک می‌باشد که یکی از مصادیق آن عدم ثبوت ضمان بر محسن است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۰ و ۱۱؛ طاهری مازندرانی، ۱۳۸۷: ۳۸۶ و ۳۸۷).

در جواب به اشکال روایت نیز می‌توان گفت: از آنجا که قاعده احسان به عنوان یک قاعده مسلم در فقه و حقوق پذیرفته شده است، لذا اشکال به یکی از روایات مربوطه، به اصل معنا اشکالی وارد نمی‌کند؛ زیرا ادله فراوانی از کتاب، سنت، اجماع و عقل بر حجیت قاعده احسان قائم شده است که مثلاً می‌توان به روایات دیگری تمسک کرد که خالی از اشکال سندی و دلالتی باشند.^۱

لذا در ماده ۵۱۰ قانون مجازات مصوب ۹۲ بیان شده است: «هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۹ تا ۱۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۳۱ تا ۳۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۹۵ تا ۲۹۹؛ طاهری مازندرانی، ۱۳۸۷: ۳۸۵ تا ۳۸۸؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۸ و ۲۹.

ایمنی ضامن نیست». ماده ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی که در سال ۹۲ وارد قوانین جزایی شده است، ناظر بر قاعده احسان است که پشتوانه‌ای فقهی دارد؛ در نتیجه این ماده پزشکان را هم در برمی‌گیرد و با ماده ۴۹۵ هماهنگ است چون مبنا را تقصیر می‌داند.

در ماده ۵۱۰ قانون‌گذار، همانند ماده ۴۹۵ که به‌طور خاص به ضمان پزشک می‌پردازد، مبنای مسئولیت و ضمان واردکننده زیان را تقصیر مفروض قرار داده است؛ یعنی در هر دو مورد تنها در صورت اثبات عدم تقصیر از طریق اثبات رعایت مقررات و موازین فنی و نظامات دولتی، فرد واردکننده زیان از مسئولیت مبرا خواهد بود.

۲-۲. اصل برائت

برخی از فقها با عنایت به اصل عملی برائت بیان نموده‌اند که مطابق اصل مزبور حکم به عدم ضمان می‌شود (حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۳؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۹؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۴۵؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۱۶؛ طباطبایی، بی تا: ۵۳۳؛ عاملی، بی تا: ۲۷۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸؛ نجفی، بی تا: ۴۵). اشکال: تمسک به اصول عملیه در صورتی مجاز است که هیچ راه دیگری برای استنباط منظور شارع و قانون‌گذار وجود نداشته باشد. لذا اگر فقیه بر دلیل محرز دست یافت آن را بر اصل عملی مقدم می‌دارد و اما اگر بر دلیل محرز دست نیافت، آنگاه به اصل عملی مراجعه می‌کند و به تعبیر بزرگان دلیل اجتهادی بر دلیل فقهی مقدم است. از این روی در میان اصولیین ضرب‌المثل شده به اینکه: «الأصل دلیل حیث لا دلیل» (محقق داماد، ۱۳۶۲: ۲۰؛ محمدی، ۱۳۸۷: ۲۱۰؛ اسلامی، ۱۳۸۷: ۵۹).

به این ترتیب چون دلیل نقلی بر ضمان پزشک وجود دارد که روایات و اجماع از جمله آن‌هاست؛ نوبت به اصل برائت نمی‌رسد. لذا برخی اشاره نموده‌اند که با وجود این دلایل، اشتغال ذمه پزشک نسبت به جبران صدماتی که به بیمار وارد می‌شود ثابت می‌گردد (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۹؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۴۵؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۱۶؛ طباطبایی، بی تا: ۵۳۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸).

جواب اشکال: از آنجا که در ادله مشهور مخدوش بودن روایات و اجماع ثابت گردید، لذا تمسک به اصل برائت بلا اشکال است.

۲-۳. اذن بیمار و اسقاط ضمان پزشک

چون پزشک با اذن بیمار به معالجه پرداخته است در صورت عدم تقصیر، نباید مسئول شناخته شود، زیرا ضمان به واسطه اذن قبلی مریض ساقط می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۹؛ حلی، ۱۴۰۴: ۴۷۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۴۵؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۱۶؛ طباطبایی، بی تا: ۵۳۳؛ عاملی، بی تا: ۲۷۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸؛ نجفی، بی تا: ۴۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۷).

اشکال: شخص بیمار اذن به معالجه و بهبود بیماری‌اش داده است نه اینکه با دست خویش اقدام به قتل و نقص عضو کند، بنابراین باید در اینجا حکم به ثبوت ضمان کرد (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۹ و ۱۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۴۵؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۱۶؛ طباطبایی، بی تا: ۵۳۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸؛ نجفی، بی تا: ۴۶).

در جواب از این اشکال گفته می‌شود: اذن در شیء اذن در لوازم آن است و لذا کلیه خسارات بدنی و مالی از لوازم قهری در امر پزشکی است. در نتیجه مجالی برای قول به ضمان طیب و اجرای قاعده اتلاف باقی نمی‌ماند. به عبارت دیگر، انصاف این است که بیمار به ملازمه عرفیه - ملازمه بین معالجه و عارض شدن بعضی عوارض - علم داشته است و لذا اذن وی به معالجه، اذن به لوازم علاج است، زیرا امکان ندارد، این دو از هم جدا بشوند. به عبارت دیگر، چه طور ممکن است که بیمار با اختیار خود، اذن به عمل جراحی بدهد، اما تبعات آن و درد و رنج‌های بعد از عمل یا آثار باقیمانده از عمل را در بدنش تحمل نکند و نپذیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۶ و ۳۰۷).

۲-۴. جواز طبابت

طبابت امری است که شرعاً جایز است، به همین جهت ضمانت را به دنبال نمی‌آورد (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۹؛ حلی، ۱۴۰۴: ۴۷۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۴۵؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۱۶؛

طباطبایی، بی تا: ۵۳۳؛ عاملی، بی تا: ۲۷۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸؛ نجفی، بی تا: ۴۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۷).

اشکال: جواز و عدم جواز عمل، حکم تکلیفی و ضمان حکم وضعی است. به این ترتیب جواز عمل منافاتی با ضمان آور بودن آن ندارد؛ زیرا عمل پزشک، مثل کسی است که دیگری را برای تأدیب می زند، لذا اگر در اثر ضربه (خواه در اثنای زدن و خواه بعد از آن) فرد بمیرد، اگرچه که اصل زدن جایز می باشد ولی ضارب ضامن است؛ بنابراین در محل بحث نیز، اگر بیمار در اثنای معالجه بمیرد، ولو که اصل عمل معالجه جایز بوده ولی طیب ضامن است (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۴۵؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۱۶؛ طباطبایی، بی تا: ۵۳۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۲۸؛ نجفی، بی تا: ۴۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۷).

جواب اشکال: نگارندگان هم قبول دارند که جواز عمل با ضمان آور بودن آن منافاتی ندارد؛ لکن با رد ادله مشهور، ثابت گردید که اصلاً ضمانی در کار نیست تا اشکال شود جواز عمل با ضمان منافاتی ندارد.

۲-۵. نبودن پزشک

روایاتی وجود دارد که مسئول نبودن پزشک را بیان می کند (اسماعیل آبادی، ۱۳۸۳: ۱۵۸). روایت اول: اسماعیل بن حسن^۱ می گوید: به امام صادق (علیه السلام) عرض کردم من مردی از عرب

۱. وَ عَنْهُ (مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى) عَنْ أَحْمَدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَخِيهِ الْعَلَاءِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْحَسَنِ الْمُتَطَبِّبِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عِ ابْنِي رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ - وَ لِي بِالطَّبِّ بَصَرٌ وَ طَبِّبْتُ عَرَبِيٌّ وَ كَسْتُ أَخْذُ عَلَيْهِ صَفْدًا قَالَ لَا بَأْسَ قُلْتُ إِنَّا نَبِطُ الْجُرْحِ وَ نَكْوِي بِالنَّارِ قَالَ لَا بَأْسَ قُلْتُ وَ نَسْقِي السُّمُومَ الْأَسْمَحِيْقُونَ وَ الْعَارِيقُونَ قَالَ لَا بَأْسَ قُلْتُ إِنَّهُ رَبِّمَا مَاتَ قَالَ وَ إِنْ مَاتَ قُلْتُ نَسْقِي عَلَيْهِ النَّبِيذَ قَالَ لَيْسَ فِي حَرَامِ شِفَاءِ الْحَدِيثِ. (كلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۱ و

هستم که با علم پزشکی آشنایی دارم و طبابت من عربی است و پول هم نمی‌گیرم. حضرت فرمودند: مانعی ندارد. عرض کردم ما زخم را شکافته و با آتش می‌سوزانیم. فرمود: باکی نیست. عرض کردم ما برای بیماران داروهای سمّی تجویز می‌کنیم؟ فرمودند: مانعی ندارد. عرض کردم ممکن است بیمار بمیرد، فرمودند: ولو بمیرد، اشکالی ندارد.

اشکال این روایت، ضعف سند آن است؛ زیرا بنا بر گفته نجاشی، محمد بن خالد البرقی ضعیف می‌باشد (نجاشی، بی تا: ۳۳۵). به علاوه ابن غضائری نیز می‌گوید: مدلول برخی از روایاتش مقبول بوده و مدلول برخی از روایاتش مطرود می‌باشد و از روایان ضعیف، روایات بسیاری را نقل می‌کند (ابن الغضائری، بی تا: ۹۳)، اما در مقابل شیخ طوسی و علامه حلی (طوسی، بی تا: ۳۶۳؛ حلی، بی تا: ۱۳۹) وی را ثقه می‌دانند. لذا توثیق شیخ طوسی و علامه حلی به تضعیف نجاشی که به واسطه ابن غضائری نیز تأیید شده است، در تعارض می‌باشد. در نتیجه به نظر می‌رسد، راوی مذکور مجهول الحال بوده و نمی‌توان به روایاتش تمسک جست.

روایت دوم: یونس بن یعقوب^۱ می‌گوید: به امام صادق (علیه السلام) عرض کردم مردی دارویی را تجویز کرده و یا رگی را قطع می‌کند و ممکن است که از آن دارو یا قطع رگ نتیجه بگیرد یا دارو و قطع رگ بیمار را بکشد. حضرت فرمود: می‌تواند رگ را قطع کند و دارو را تجویز کند.

روایت از جهت سند صحیح می‌باشد، زیرا علی بن ابراهیم و پدرش ابراهیم بن هاشم و محمد بن ابی عمیر از ثقات اصحاب می‌باشند. همچنین علمای رجال بر وثاقت یونس بن یعقوب البجلی اعتراف دارند (طوسی، بی تا: ۳۴۵ و ۳۶۸). البته برخی معتقدند: یونس بن یعقوب ابتدا فطحی بوده (کشی، بی تا: ۳۸۵؛ ابن داود، بی تا: ۳۸۲) و سپس امامی گردیده است (کشی، بی تا: ۳۸۸).

۱. وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ الرَّجُلُ يُشْرَبُ الدَّوَاءَ وَيَقْطَعُ الْعِرْقَ وَ رَبَّمَا أَنْتَفَعَ بِهِ وَ رَبَّمَا قَتَلَهُ قَالَ يَقْطَعُ وَيَشْرَبُ (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۲).

روایت سوم: حمدان بن اسحاق^۱ می‌گوید: من فرزندی داشتم که مبتلا به سنگ کلیه با مثانه شده بود. به من گفتند که علاجی جز جراحی ندارد. هنگامی که او را جراحی کردم فرزندم مُرد. برخی شیعیان به من گفتند تو شریک خون فرزندت هستی. ناچار نامه‌ای به امام هادی (ع) نوشتم و قضیه را برای او شرح دادم. حضرت در پاسخ فرمودند: بر تو چیزی نیست، چرا که هدف تو معالجه بود، ولی اجل او همان بود که تو انجام دادی.

دلالتِ روایت مذکور، بر مدعا تمام می‌باشد، ولی روایت از نظر سند ضعیف می‌باشد، زیرا: علی بن ابراهیم الجعفری و حمدان بن اسحاق از مجاهیل بوده و نامشان در کتب ثمانیه رجالی نیامده است. البته آیه الله خویی در مورد حمدان بن اسحاق معتقد است: وی به دلیل شهادت ابن قولویه، ثقه می‌باشد (خویی، بی تا: ۲۴۷). لکن همان‌طور که قبلاً در رابطه با حسین بن یزید نوفلی بیان شد، کلام آیه الله خویی صحیح نیست.

با توجه به آنچه گذشت، میان دو دسته روایات یادشده، تعارض ظاهری قطعی است؛ زیرا دسته‌ی اول که ذیل ادله مشهور ذکر کردیم، بر ضمان پزشک دلالت دارد؛ و دسته‌ی دوم که در ادله نظریه غیر مشهور ذکر کردیم، بر عدم ضمان پزشک دلالت دارد. در مقام رفع این تعارض، فقها و حقوق دانان طرفدار قول مشهور معتقدند: این روایات ناظر به ضمان یا عدم ضمان نمی‌باشد، بلکه ناظر به جواز اقدام به معالجه صرف نظر از نتایج آن می‌باشد. به عبارت بهتر، این روایات فقط

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ الْجَعْفَرِيِّ عَنْ حَمْدَانَ بْنِ إِسْحَاقَ قَالَ: كَانَ لِي ابْنٌ (وَكَانَتْ) تُصِيبُهُ الْحَصَاةُ فَقِيلَ لِي لَيْسَ لَهُ عِلَاجٌ إِلَّا أَنْ تَبْطِئَهُ فَبَطَّئْتُهُ فَمَاتَ فَقَالَتِ الشَّيْخَةُ شَرِكْتُ فِي دَمِ ابْنِكَ قَالَ فَكُنْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ (صَاحِبِ الْعُسْكَرِ) عَ فَوَفَّقَ عَ يَا أَحْمَدُ لَيْسَ عَلَيْكَ فِيمَا فَعَلْتَ شَيْءٌ إِنَّمَا التَّمَسَّتِ الدَّوَاءُ وَ كَانَ أَجَلُهُ فِيمَا فَعَلْتَ (كَلِينِي، ۱۴۰۷: ۵۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۴۹۶).

در مقام بیان این امر بوده است که حتی با احتمال فوت بیمار نیز امکان اقدام به معالجه وجود دارد (عاملی، ۱۴۱۴: ۹۶؛ آموزگار، ۱۳۸۵: شماره ۴۲).

به نظر می‌رسد این توجیه و راه‌حل تعارض و تنافی میان روایات، فنی و صحیح نباشد؛ زیرا جمع صحیح و منطقی جمعی است که با وجه جمع و دلیل، همراه باشد و جمع مذکور وجه جمعی را همراه ندارد و به اصطلاح علمی، تعارض مستقر است و باید عملیات پس از تعارض، یعنی مرجحات ملاحظه شود. از این رو، ممکن است گفته شود: اولاً؛ روایات دال بر ضمان پزشک، از نظر سند و دلالت مخدوش می‌باشند؛ بنابراین، ترجیح با روایات دال بر عدم ضمان پزشک است. افزون بر اصحیّت و قوت سند و دلالت، روایات مربوطه، با اصل عدم ضمان پزشک نیز موافق می‌باشند. ثانیاً؛ با فرض تعارض، این دو دسته، تساقط می‌کنند و پس از تساقط، مرجع، اصول عملیه است که در اینجا اصل عملی اصل عدم ضمان پزشک است.

برآمد؛

فقهها در خصوص عمل پزشک متخصصی که مرتکب تقصیری نشود و به همراه اذن مریض، باعث ورود خسارت به بیمار می‌گردد، دو نظریه دارند. مشهور فقها حکم به ضمان طیب کرده و برخی نیز حکم به عدم ضمان طیب داده‌اند. مستند کلام مشهور «قاعده اتلاف، لاضرر، غیر مهدور بودن خون مسلمان، غرور، روایات و اجماع» می‌باشد. نگارندگان با طرح دو اشکال در هر یک از قواعد اتلاف، لاضرر و غیر مهدور بودن خون مسلمان، استدلال به این دلایل را تام نمی‌دانند. کما اینکه استدلال به قاعده غرور را این گونه پاسخ گفته‌اند که عدّه ای از فقها خصوصاً هنگامی که غار جاهل به ضرر بوده یا به اشتباه فکر می‌کند که عملش موجب نفع می‌باشد، او را مسئول نمی‌دانند و حق هم با این گروه است و بر فرض عدم پذیرش این قول، مورد اختلافی است و لذا: «إذا جاء الإحتمال بطل الإستدلال».

روایات مورد استناد فقها هم که متن آنان در ضمن مقاله بیان گردید، بعضاً دارای اشکالات سندی و برخی واجد ایراد دلالتی و گاهی مشتمل بر هر دو ایراد هستند. همچنین نگارندگان با

طرح اشکالات «صغروی و کبروی» در دو فرض اجماع «محصل و منقول» استدلال به این دلیل را تام نمی‌دانند.

پس از بررسی مستندات هر یک از دو قول معتقدند: قول غیر مشهور ارجح می‌باشد. ایشان برای ادعای خود علاوه بر نقد قول مقابل به قاعده احسان، اصل براءت، اذن بیمار، جواز طبابت و روایات باب تمسک جسته‌اند. بر فرض تنزل و وقوع تعارض بین روایات دو گروه ترجیح با روایات دالّ بر عدم ضمان است؛ زیرا آن‌ها علاوه بر اینکه در میانشان اخبار صحیح السند وجود دارد، موافق با اصل عدم ضمان می‌باشند؛ بنابراین ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقبول می‌باشد.

فهرست منابع

- قرآن کریم
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- اسماعیل آبادی، علیرضا (۱۳۸۳)، نگاه تطبیقی به ضمان طیب در مذاهب اسلامی، شماره ۴۰، فصلنامه فقه، راهیاب: پایگاه اینترنتی پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی (پرتال جامع علوم انسانی).
- آموزگار، مرتضی (۱۳۸۵)، «مبانی پذیرش مسئولیت جزایی پزشک غیر مقصر (حاذق و محتاط)»، شماره ۴۲، فصلنامه پزشکی قانونی، راهیاب: پایگاه اینترنتی پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی (پرتال جامع علوم انسانی).
- ابن غضائری، احمد بن حسین (بی تا)، رجال ابن الغضائری، ج ۱، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۰ و ۱۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اسلامی، رضا (۱۳۸۷)، قواعد کلی استنباط (ترجمه و شرح دروس فی علم الأصول اثر شهید سید محمدباقر صدر)، ج ۲، قم، مؤسسه بوستان کتاب.
- اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳)، المقننه (للشیخ المفید)، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- تبریزی، غلامحسین (۱۳۷۲)، اصول المهدیه، مشهد، چاپ طوس.
- حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ ق)، القضاء فی الفقه الإسلامی، قم، مجمع اندیشه اسلامی.

- حسینی خامنه‌ای، سید علی (۱۳۹۳ و ۱۳۹۴)، درس خارج فقه (صلاه مسافر)، تقریرات مخطوط صالح منتظری.
- حسینی سیستانی، سید علی (بی تا)، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، راهیاب: نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع)، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹)، الفقه، چاپ دوم، جزء ۹۰، بیروت، دارالعلوم.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۲۷۴)، عناوین، تبریز، چاپ سنگی، بی تا.
- حکیم، سید محسن (۱۳۷۱)، نهج الفقاهه، ج ۱، نجف، مطبعه العلمیه.
- حکیم، محمد تقی (۱۴۱۸)، اصول العامة للفقہ المقارن، نجف، مجمع العالمی لأهل البيت علیهم السلام.
- حلّی ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،
- حلّی، ابن زهره، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلّی، تقی الدین ابو محمد حسن بن علی بن داود (بی تا)، رجال ابن داود، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور.
- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (بی تا)، خلاصة الأقوال فی معرفة احوال الرجال، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور
- حلّی، فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۴، چاپ اول، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵)، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
- خراسانی، آخوند محمد کاظم (۱۴۰۶)، حاشیه بر مکاسب، تهران، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.

- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی‌تا) معجم رجال الحدیث، ج ۳ و ۱۷ و ۶، قم، راهیاب: نرم‌افزار درایه‌النور، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور.
- دیلمی، سلار، حمزه بن عبد العزیز (۱۴۰۴)، المراسم العلویة و الأحکام النبویة، قم، منشورات الحرمین.
- سبحانی، جعفر (۱۴۳۱)، المبسوط فی علم الأصول، ج ۳، قم، مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام
- سبحانی، جعفر (۱۳۸۹)، کلیات علم الرجال، مترجمان: علی اکبر روحی، مسلم قلی پور گیلانی، انتشارات قدس، چاپ پنجم.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۱۹، قم، موسسه المنار.
- شوشتری، محمد تقی (۱۴۱۰ ق)، قاموس الرجال، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الإسلامی
- شیرازی، ناصر مکارم (۱۴۲۲)، بحوث فقهیه هامه، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۸)، مباحث الأصول، ج ۲، قم، تقریر سید کاظم حسینی حائری.
- طاهری مازندرانی (۱۳۸۷)، قواعد فقه، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (بی‌تا)، ریاض المسائل، ج ۲، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۹۰)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۴، تهران، دارالکتب الإسلامیة.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دارالکتب العربی.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، ج ۷ و ج ۱۰، تهران، دارالکتب الإسلامیة.

- طوسی، محمد بن الحسن (بی تا)، *الرجال*، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور.
- طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸)، *الوسیله إلى نیل الفضیله*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- عاملی، شیخ حر، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۱۹، ج ۲۹، ج ۲۵، ج ۲۱، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (بی تا)، *مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۰، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
- عاملی، سید جعفر مرتضی (۱۴۱۴)، *الآداب الطیبه فی الاسلام*، قم، جامعه المدرسین.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، ج ۲ و ج ۱۰، قم، کتاب فروشی داوری.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (بی تا)، *مفاتیح الشرائع*، ج ۲، ک قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *وقایع حقوقی*، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کریمی قمی، حسین (بی تا)، *قاعده القرعه*، قم، مرکز فقهی أئمه اطهار (ع).
- کشی، ابو عمرو محمد بن عمر (بی تا)، *رجال الکشی (اختیار معرفه الرجال)*، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور.
- کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷)، *الکافی*، ج ۵، ج ۷، ج ۶، ج ۸، تهران، دار الکتب الإسلامیة.
- کیدری، قطب الدین محمد بن حسین (۱۴۱۶)، *إصباح الشیعه بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۲)، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، ج ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۲)، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۲)، *مباحثی از اصول فقه*، ج ۳، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۲) *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ پنجاه و دوم.
- محمدی خراسانی، علی (۱۳۸۷)، *شرح رسائل*، ج ۲، قم، انتشارات دارالفکر.
- محسنی قندهاری، محمد آصف (۱۴۲۴)، *الفقه و مسائل طبیه*، ج ۱، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱)، *مائه قاعده فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵)، *أصول الفقه*، ج ۲، قم، اسماعیلیان.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۹)، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، نجف، مطبعه الآداب.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹)، *القواعد الفقهیه*، ج ۴، قم، نشر الهادی.
- موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱)، *قواعد فقهیه*، ج ۱، تهران، مؤسسه عروج.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۰۴)، *تحریر الوسيله*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸)، *تحریرات الأصول*، ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- نجاشی، احمد بن علی (بی تا)، *رجال النجاشی*، قم، راهیاب: نرم افزار درایه النور، مؤسسه نرم افزاری علوم اسلامی نور.

- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲۷، ج ۳۷ و ج ۴۳، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
- نوری، حسین بن محمد تقی (بی تا)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، ج ۳، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۱۷)، *حاشیه بر مکاسب*، ج ۱، تهران، چاپ سنگی، بی تا.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۴۲)، *العروه الوثقی*، ج ۵، نجف، مطبعه الآداب



Analysis of Evidence and Principles of Physician's Non-Responsibility in the Islamic Jurisprudence

Saleh Montazeri¹ – Seyed Muhamadali Sadr Tabatabai²

(Received: 3/ 07/ 2016 - Accepted: 5/ 04/ 2017)

Abstract

The medical profession is a risky profession for it deals with life, health, and the human body. Needless to say that medical science has always been intertwined with probabilities and defects; it is like a double edged knife which can heal and also kill. The analysis of the existing juridical and legal relationship between the patient and the physician presents a serious challenge as a result of the effect of liability in the case of injury which might happen to a patient. Islamic jurists hold two ideas regarding the practice of a competent physician and a specialist whose operation had been authorized by the patient in accordance with medical and technical regulations but he injured the patient (without any fault). The majority of the Islamic jurists hold that the physician is responsible for the harm and s/he shall find a solution to satisfy the victim (for forgiveness). However, some have ruled out the responsibility of the physician. The Islamic Penal Code (1991) followed the first approach and provided that physician was fully responsible even if he was not negligent. However, in the Islamic Penal Code of 2013, the legislator followed the second approach and has adopted a moderate policy; according to the majority of legal systems, it has viewed the fault as the basis for the physician's responsibility. Therefore, in the absence of the recklessness and negligence of the physician in science and practice, there is no responsibility. We, after reviewing the documentation of each of the two approaches and reflecting on their provisions, believe that the opinion of the majority of Islamic jurists does not hold the water.

Keywords: Physician, Medical staff, Liability basis, Medical fault, Assumption of fault.

1. Assistant Professor in Islamic Jurisprudence, University of Justice, Tehran, Iran.

2. M.A in Private Law and Jurisprudence, Mutahari University, Tehran, Iran:

(Corresponding author): Ma.tabatabaei.lawyer@gmail.com