

ضامن بودن پزشک و صاحبان مشاغل

درس‌خنان مرجع عالیقدر حضرت آیت الله  
العظمی

محمد یعقوبی (دام ظلّه)

سؤال: گاهی در هنگام انجام کار پزشکی، تلفی جزئی یا کلی در بعضی اعضای مریض صورت می‌پذیرد و چه بسا به مرگ او منجر می‌شود، آیا در این صورت پزشک، ضامن این تلف است یا نه؟

جواب: خلاف و اشکالی نیست که اگر پزشک، در هنگام معالجه مریض یا انجام عمل جراحی، عضوی از بیمار را تلف کند یا بیمار بمیرد، ضامن خواهد بود. البته این در صورتی است که پزشک، متخصص این امر نبوده و مهارت و خبرگی کافی را نداشته باشد، یا از چارچوب فعالیتی که در آن اذن داشته، تجاوز کند یا تقصیر داشته باشد. مثل اینکه معاینات و آزمایش‌های کافی را انجام ندهد، یا از دستگاه‌ها و ابزار ضروری برای تشخیص بیماری همچون رادیولوژی، سونوگرافی، نواز مغز و قلب و مانند آن استفاده نکند، یا در آماده سازی شرایط عمل جراحی، مانند ضد عفونی کردن اتاق عمل و ابزار آلات و فراهم آوردن دستگاه‌های لازم برای انجام عمل یا موارد لازم در حالت اورژانس مانند احیاء قلبی و رئوی کوتاهی کند.

همچنین اختلافی نیست که اگر تلف به واسطه پزشک نباشد، او ضامن نیست. مثل اینکه بیمار در هنگام عمل جراحی، سکته قلبی کند که به آن عمل جراحی ارتباطی ندارد. یا بیمار، مرضی را که به عمل جراحی ضرر می‌رساند را مخفی کند. در اینجا سبب (مریض)، از مباشر (پزشک معالج) اقوی می‌باشد.

بنابراین سخن در جایی است که با وجود مهارت و خبرگی پزشک، تلفی جزئی یا کلی در یکی از اجزای بدن بیمار صورت گیرد، یا معالجه به مرگ او منجر شود و پزشک مقصر نباشد. مشهور در نزد امامیه این است که پزشک ضامن می‌باشد. مرحوم

محقق حلی (قدس سره) می‌فرماید: «اگر پزشک در درمان قاصر باشد، آنچه را تلف می‌کند، ضامن است، یا طفل و دیوانه‌ای را بدون اذن ولیّ آنها و یا فرد بالغی را بدون اذن، درمان کند».

مواردی که نام بردیم، بدون خلاف موجب ضمان است. لیکن استثنائاتی از وجوب اذن هم وجود دارد، مانند حالت‌های بحرانی و اورژانسی همچون آسیب دیدگان در حوادث رانندگی و یا عملیات تروریستی که نمی‌توان منتظر اذن ولیّ شد و ان شاء الله در ادامه، به بررسی آنها می‌پردازیم.

سپس مرحوم محقق، به دو مطلب اشاره می‌کند:

اول: آنچه در پی بررسی آن هستیم، یعنی ضمان طیبی. که در این زمینه می‌فرماید: «اگر پزشک متخصص و اذن بیمار در معالجه را داشته باشد، ولی با این حال به تلف منجر شود، گفته شده که ضمانتی ندارد؛ زیرا ضمانت با اذن، ساقط می‌شود و عمل او شرعا مجاز بوده است. نیز گفته شده: ضامن است؛ زیرا مباشر در اتلاف بوده و آن شبهه می‌باشد. پس اگر بگوییم ضامن نمی‌باشد، بحثی نیست. ولی اگر بگوییم ضامن است، باید از مال خود بدهد».

دوم: ضامن نبودن پزشک با ابراء، قبل از معالجه. ایشان (قدس سره) می‌فرماید: «آیا با ابراء قبل از درمان، ضمانت از پزشک برداشته می‌شود؟ گفته شده: آری، به دلیل روایت سکونی از امام صادق (علیه السلام) که فرمودند: حضرت علی، امیرالمؤمنین (علیه الصلاة و السلام) فرمودند: «کسی که طبابت یا دامپزشکی می‌کند، از ولیّ او برائت ذمه خویش را بگیرد، وگرنه ضامن است»<sup>(۱)</sup>. و چون معالجه از جمله چیزهایی است که بدان نیاز

(۱) وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۶۰، ابواب موجبات الضمان، باب ۲۴، حدیث ۱.

است، پس اگر ابراء تشریح نشود، معالجه کردن سخت می‌گردد. نیز گفته شده: نمی‌توان ابراء کرد؛ زیرا آن، اسقاط حق، قبل از ثبوت آن است»<sup>(۱)</sup>.

مطلب اول: ضمانت پزشک، که قول مشهور در نزد امامیه است و آن را همچون قتل شبه عمد دانسته‌اند؛ چه آنکه پزشک، فعل را قصد کرده و قتل را قصد نکرده است. پس دیه، بر عهده خود جانی که پزشک است، قرا می‌گیرد<sup>(۲)</sup>. برخلاف مشهور، فقهای عامه به عدم ضمانت پزشک قائل شده‌اند. ابن قدامه می‌گوید: «حجّام (حجامت کننده) و ختنه کننده و درمانگر، اگر دارای مهارت در آن حرفه باشند و تقصیر نکنند، ضامن نمی‌باشند. خلاصه، اگر ایشان آنچه را به آنها امر شده انجام دهند، با دو شرط ضامن نیستند:

شرط اول: اینکه در حرفه خود دارای مهارت باشند و به آن آگاهی و شناخت داشته باشند.

شرط دوم: اینکه مقصر نباشند و بیشتر از حد متعارف قطع نکنند»<sup>(۳)</sup>.

در کتابهای حدیثی عامه، روایاتی به این موضوع اشاره دارند: ابو داود و نسائی و حاکم، از رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) روایت کرده‌اند که فرمودند: «هر کس علم طب نداند و طبابت کند، ضامن است». و روایات دیگر.

برای قول مشهور به ضمانت، استدلال شده که به اصول مذهب و قواعد آن در ضمانت تلفات - حتی اگر خطای محض باشد - شبیه‌تر

(۱) شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۴۹۱، قسم چهارم، کتاب الدیات، موجبات الضمان.

(۲) غایة المراد فی شرح الإرشاد (شهید اول قدس سره)، ج ۴، ص ۴۴۶ و ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۳۷۴.

(۳) المغنی، ج ۶، ص ۱۲۰، کتاب الإجارة.

می‌باشد: یکی «به جهت حصول تلفِ مستند به عمل پزشک»<sup>(۱)</sup> و عموم روایت امیرالمؤمنین (علیه السلام) که فرمودند: «خون شخص مسلمان هدر نمی‌رود»<sup>(۲)</sup>. از محقق (قدس سره) در نکت النهایة نقل شده: «اصحاب، اتفاق نظر دارد که طبیب آنچه را با درمان خود تلف کند، ضامن است»<sup>(۳)</sup>.

صاحب جواهر (قدس سره) می‌افزاید: «در کتاب الغنیة هم، اجماع بر آن نقل شده است که بعد از قاعده ضامن مُتلف (تلف کننده)، حجت می‌باشد. اذن در درمان، اذن در اتلاف نمی‌باشد (یعنی اذن مریض به طبیب، به درمان تعلق گرفته نه به اتلاف تا اینکه حقیقتش در ضامن ساقط شود) و جواز شرعی (برای انجام شغل طبابت)، با ضامن منافات ندارد، همانطور که در زدن برای تأدیب می‌باشد. آری، اگر عمدی نباشد، برای آن قصاص نمی‌شود. به علاوه روایت سکونی (که پیشتر در ضمن سخن محقق حلی قدس سره آمد). بلکه گفته شده: در روایت است که امام (علیه السلام) ختنه کننده‌ای که حشفه کودک را ببرد، ضامن دانسته‌اند<sup>(۴)</sup> و از ابن ادریس، نفی خلاف در صحت مضمونش نقل شده است. تازه اگر خلافی هم باشد، قضیه‌ای خاص بوده و احتمال دارد که ختنان (ختنه کننده) در قطع حشفه، تفریط کرده است. لیکن آنچه ذکر کردیم در اثبات مطلوب کافی است»<sup>(۵)</sup>.

مؤلف گوید: روایت سکونی که در ضمن کلام محقق حلی (قدس سره) آمد، تصریح دارد که پزشک نسبت به آنچه برائتش را قبل

(۱) غایة المراد فی شرح الارشاد (شهید اول قدس سره)، ج ۴، ص ۴۴۶.

(۲) وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۳۵۰، کتاب الشهادات، باب ۲۴، حدیث ۱، و ج ۲۹، ص ۱۰۶، ابواب القصاص فی النفس، باب ۴۶، حدیث ۲.

(۳) نکت النهایة، ج ۳، ص ۴۲۱.

(۴) سکونی از امام صادق، از پدرشان (علیهما السلام) روایت کند: «حضرت علی (علیه السلام) ختنانی که حشفه بچه را بریده بود، ضامن دانستند» (وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۶۱، موجبات الضمان، باب ۲۴، حدیث ۲).

(۵) جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۶.

از معالجه دریافت نکرده، ضامن است. مضمون این روایت در کتب عامه، از ضحاک بن مزاحم نقل شده است: «علی علیه السلام خطبه خواند و فرمود: ای گروه طبیبان و دامپزشکان و درمانگران! هر کدام از شما که خواست انسان یا چهارپایی را درمان کند، برای خود برائت بگیرد؛ چرا که اگر درمان کرد و برای خودش برائت نگرفت، ضامن است»<sup>(۱)</sup>.

فقیهان در کتاب اجاره نیز به ضمانت پزشک و صاحبان مشاغل دیگر، همچون ختنان و حجامت کننده و ... نیز اشاره کرده و قائل به ضمان او و این اشخاص شده‌اند<sup>(۲)</sup> که ان شاء الله به زودی به آن اشاره خواهیم کرد.

مرحوم شیخ در خلاف می‌فرماید: «ختنان و دامپزشک و حجامت کننده، نسبت به فعل خود ضامن هستند؛ با اینکه هیچ کس از فقهاء را نیافته‌ام که ایشان را ضامن بدانند. بلکه از مزنی نقل شده: احدی ایشان را ضامن نمی‌داند. دلیل ما: اجماع فرقه است»<sup>(۳)</sup>.

گروهی در قبول قول مشهور تردید کرده و دیگران به عدم ضمان طبیب قائل شده‌اند. به برخی از کلمات ایشان اشاره می‌کنیم: «به جهت اصل و ساقط شدن ضمان با اذن و اینکه طبابت، شرعا جائز است پس ضمانتی را به همراه ندارد»<sup>(۴)</sup>.

ابن ادریس (قدس سره) در کتاب السرائر می‌فرماید: «کسی که می‌خواهد طبابت یا دامپزشکی کند، باید از ولی کسی که او را درمان می‌کند، یا از مالک چهارپا برائت بگیرد و الا اگر با فعل او، چیزی از آن [شخص یا حیوان] تلف شود، ضامن است. این

(۱) کنز العمال، ج ۱۵، ص ۸۵، المصنف (عبد الرزاق)، ج ۹، ص ۴۷۱.

(۲) مثلاً ر.ک: جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۲۴.

(۳) الخلاف، ج ۳، ص ۵۰۳، کتاب اجاره، مسأله (۲۶).

(۴) غایة المراد فی شرح الارشاد (شهید اول قدس سره)، ج ۴، ص ۴۴۷.

در صورتی است که مجنی علیه، غیر بالغ یا دیوانه باشد. اما اگر عاقل و مکلف باشد و به طبیب امر کند که کاری را انجام دهد، و او هم مطابق همان دستور انجام دهد، طبیب ضامن نیست؛ چه از ولیّ برائت گرفته باشد و چه نگرفته باشد. دلیل آنچه گفتیم، اصل برائت ذمه است و ولیّ، تنها برای غیر مکلف است. اما اگر طبیب در چیزی که به قطع یا فعل آن امر نشده، جنایت کند، ضامن است؛ چه برائت از ولیّ گرفته باشد و چه نگرفته باشد»<sup>(۱)</sup>.

شهید اول (قدس سره) از این استدلال جواب داده و فرموده: «ممکن است اینگونه جواب بدهیم که اصل برائت، با وجود دلیل اشتغال ذمه، تمام نیست و اذن، در درمان است، نه در اتلاف و بین جواز و ضمان منافاتی نیست، مانند کسی که برای تأدیب، دیگری را می‌زند»<sup>(۲)</sup>.

در هر صورت، برای عدم ضمان به وجوهی استدلال می‌شود که عبارت‌اند از:

۱- پرداخت دیه، با صدق عنوان جنابت واجب است و تلفی که با عمل پزشک بدون قصور و تقصیر از جانب او و با اذن مریض صورت می‌گیرد، این عنوان بر آن صادق نیست و دیه ندارد. محقق حلی (قدس سره) در نکت النهایة می‌فرماید: «اگر مجنی علیه به جنایت اذن دهد، ضمان آن جنایت ساقط می‌شود، چه رسد به اینکه در کار مباحی که شرعاً نیز جایز است اذن دهد»<sup>(۳)</sup>. یعنی عمل، موجب ضمان به شمار نمی‌آید و تخصصاً از عموماً آنچه موجب ضمان است خارج می‌شود. همانطور که غذا دادن به میهمانان، اتلاف نیست تا موجب ضمان شود. در مورد طبیب نیز،

(۱) السرائر، ج ۳، ص ۳۷۳.

(۲) غایة المراد، ج ۴، ص ۴۴۷.

(۳) نکت النهایة، ج ۳، ص ۴۲۱.

آنچه درباره ضامن صاحبان مشاغل و صنایع گفته می‌شود، جاری نمی‌گردد؛ زیرا ضامن، بر صدق عنوان اتلاف متوقف است، نه تلف. یعنی افساد (فاسد کردن)، بر اساس آنچه روایات معتبر بیان داشته‌اند و عنوان افساد، بر فعل طبیب صدق نمی‌کند.

این نکته، مشکلی را که برای مشهور پیش آمده حل می‌کند؛ چرا که مشهور نتوانسته عدم وجوب دیه برای از بین بردن نفس محترمه را تصور کند. با اینکه دیه، حتی در صورت خطای محض نیز واجب می‌شود. ایشان مرگی که در هنگام عمل پزشک صورت می‌گیرد را، شبه عمد دانسته‌اند و الآن فرق بین آن دو را فهمیدیم؛ زیرا بر قتل - ولو خطای محض باشد - عنوان جنایت صدق می‌کند و دیه واجب می‌شود. ولی این عنوان، بر آنچه با فعل پزشک مآذون صورت می‌گیرد، صدق نمی‌کند. بنابراین با این تفریق، از عموم ضامن متلفات و روایت «لا یبطل دم امرء مسلم» خارج می‌شود که ان شاء الله در ادامه به آن می‌پردازیم.

خلاصه کلام اینکه، ادله ضامن متلفات و وجوب دیه از مورد انصراف دارند. صاحب جواهر (قدس سره) درباره صاحبان مشاغل می‌فرماید (صفحه ۳۲۴): «ولی مناقشه‌ای که در اینجا مطرح است، عدم صدق جنایت بر آن و هر آنچه بین مستأجر علیه (عمل) و مآذون فیه (مورد اذن) است، می‌باشد. بلکه چه بسا تحقیق در مسأله همین باشد»<sup>(۱)</sup>. کلام او، شامل پزشک نیز می‌شود.

ما در این زمینه، شواهدی از روایات داریم. مانند صحیحہ عبید بن زرارہ: از امام صادق (علیه السلام) درباره مردی که روی دیگری افتاده و او را کشته است، پرسیدم، حضرت فرمودند:

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۲۳.



چیزی بر او نیست»<sup>(۱)</sup>. با این تقریب که اگرچه قتل، با فعل او بوده است، ولی نمی‌توان او را فاعل دانست؛ زیرا افتادن به اختیارش نبوده است. همانطور که اگر سقف فرو ریزد، یا باد شدید، ناگهان او را بدون اختیار پرتاب کند، ضمانی نیست و دلیل آن اقوائیت سبب است. پس قتل، قضا و قدر است و برای مقتول دیه‌ای نیست.

۲- روایت اسماعیل مطبب که پیشتر آمد. با این تقریب که امام، در برابر وجوب دیه - با اینکه بسیار نیازمند بیان بود - سکوت کردند. این، کاشف از عدم وجوب آن بر طبیب است. همچنین است، روایاتی که در صفحه ۲۸۳ آوردیم. بلکه روایت ابن اسحاق در عدم وجوب پرداخت چیزی از سوی طبیب، تصریح دارد.

۳- پزشک، محسن و نیکوکار است؛ خصوصا اینکه اگر کارش بدون مزد و همراه با شروط تصدّی عمل باشد. خداوند متعال فرموده است: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ؛ بر نیکوکاران ایرادی نیست»<sup>(۲)</sup>. پس به اطلاق آیه، برای نفی هرگونه اشتغال ذمه محسن و نیکوکار که از آن جمله دیه است، تمسک می‌کنیم و به منتفی بودن گناه و عقوبت و قصاص و مانند آن اختصاص ندارد. این مطلب، همان است که ذیل روایت ابن اسحاق (در صفحه ۲۸۳) و شواهد دیگر مانند معتبره حسین بن خالد از امام صادق (علیه السلام) نیز بدان اشاره دارند. راوی گوید: پرسیدم: اگر مردی بخواهد برای میّت چاله‌ای بکند، تا او را در آن چاله غسل دهد و مرد از آنجا که می‌کند، رها شود و بچرخد و در نتیجه بیل او در دستش کج رود و به شکم مرده بخورد و آن را بدرد، چه چیزی بر اوست؟ حضرت فرمودند: اگر چنین شود، این خطا

(۱) وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۵۶، ابواب القصاص فی النفس، باب ۲۰، حدیث ۱.

(۲) سوره توبه، آیه ۹۱.

است و کفّاره آن آزادسازی يك بنده، یا دو ماه پیوسته روزه داری، یا دادن صدقه به شصت مسکین است؛ يك مدّ برای هر مسکین، البته با مدّ پیامبر (صلی الله علیه و آله)»<sup>(۱)</sup>. با این تقریب که دیه قطع اعضای میّت، از فاعل محسن ساقط است.<sup>(۲)</sup>

در روایت سکونی از امام جعفر صادق از پدرشان (علیهما السلام) آمده است: «مردی دو شترش گم شد. شخصی هر دو را پیدا کرد و آنها را گرفت و با ریسمانی بست. یکی از آن دو، خفه شد و مُرد. این موضوع را به خدمت امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) عرض کردند. حضرت آن شخص را ضامن ندانستند و فرمودند: او تنها قصد اصلاح داشته است».<sup>(۳)</sup>

۴- سیره متشرعه: ما از ایشان سیره‌ای سراغ نداریم که از پزشک، در صورت وفات یا تلف یکی از اعضا، به جهت معالجه یا انجام عمل جراحی - اگر در اثر قصور یا تقصیر نباشد - دیه مطالبه کرده باشند.

ممکن است این عمل ایشان، نه از آن جهت که متشرعه هستند باشد، بلکه از آن جهت است که عمل عقلا می‌باشد و بر آن بنا گذاشته‌اند. لذا اشکالی ندارد و به عنوان دلیلی بر عدم ضمان باقی می‌ماند؛ زیرا بنای عقلا، در صورتی که منعی از سوی شارع مقدس نرسیده باشد، حجت است. بلکه برای تقییدِ مطلقات و

(۱) وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۲۶، ابواب دیات الاعضاء، باب ۲۴، حدیث ۲.

(۲) وجه آن این است که: احسان، با دریافت نکردن اجرت صادق است. این معنایی است که می‌توان از مجموعه‌ای از روایات برداشت کرد. مثلاً در روایت یونس بن عبدالرحمن از امام رضا (علیه السلام) درباره مردی که گروهی از او برای دفع دشمنشان کمک خواستند و در راه از روی اشتباه، باعث مرگ انسانی شد، آمده که حضرت فرمودند: «دیه او بر همان مردمی است که از آن شخص کمک خواسته‌اند و او، آنان را کمک کرده و اموال و زنان و فرزندانشان را نجات داده است. اما اگر او خویش را در برابر مزدی اجاره داده بود، دیه بر خود او و عاقله‌اش بود، نه آنان» (وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۶۴، ابواب موجبات ضمان، باب ۲۸، حدیث ۱).

(۳) وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۷۴، ابواب موجبات الضمان، باب ۳۵، حدیث ۱.

تخصیصِ عموماً ضامن متلفات و هدر نرفتن خون مسلمان، مناسب است. همانطور که عموم عدم حجیت ظن، با بنای عقلا بر حجیت خبر واحد ثقه تخصیص می‌خورد و این عموم، برای منع سیره عقلانیه - همانطور که روشن است - صلاحیت ندارد.

۵- اگر مریض، برای عمل جراحی اذن و خود را در اختیار پزشک قرار دهد، به لوازم آن عمل نیز اذن داده و همه پیامدها و آثار آن - که بدون تعدی و تفریط حاصل می‌شود - را نیز پذیرفته است؛ چه آنکه بیمار، بعد از اینکه پزشک او را از درصد موفقیت و ضررها و عوارض جانبی که عمل جراحی در پی دارد، آگاه کرد، بدان اقدام می‌کند. تا جایی که در روایتی از امام موسی کاظم (علیه السلام) است که فرمودند: «دارویی نباشد که دردی نفزاید»<sup>(۱)</sup>. پس این موافقت، لازمه اذن است و طبییان در زمان صدور این روایت، به آنچه معالجه یا عمل جراحی موجب می‌شود، علم داشته‌اند. همانطور که در روایات گذشته و غیر آن، گذشت.<sup>(۲)</sup>

از اینجا وجه سخن شهید (قدس سره) در شرح ارشاد و صاحب جواهر (قدس سره) و دیگران روشن می‌شود. ایشان می‌فرمایند: «اذن در درمان، اذن در اتلاف نیست».

شیخ اصفهانی (قدس سره)، گرفتن برائت در روایت سکونی که مُسقط ضامن است را به گرفتن اذن تفسیر کرده است. در این

(۱) وسائل الشیعة، ج ۲، ص ۴۰۸، ابواب الاحتضار.

(۲) درباره تلاش برای ترور معاویه گفته‌اند: کسی که می‌خواست معاویه را بکشد، نزد او رفت. هنگامی که چشمش به او افتاد او را زد، ولی ضربه با نشیمنگاه معاویه برخورد کرد. آن گاه طبیب نزد او آمده و به ضربه نگاه کرد و گفت: شمشیر، سمی بوده. حال انتخاب کن یا آهنی گداخته در جای ضربه بگذارم، و یا دوايي به تو بدهم که خوب شوی و نسلت قطع شود. معاویه گفت: تحمل آتش را ندارم! و نسل یزید و عبدالله چشم را روشن و مرا کفایت می‌کنند. آن‌گاه طبیب دارو را به او نوشاند و او بهبود یافت و عقیم گشت. (بحار الانوار، ج ۴۲، ص ۲۳۳ از شرح نهج البلاغه ابن ابی الحدید، ج ۶، ۱۱۳).

صورت، روایت در عدم ضمان به همراه اذن، تصریح دارد. ایشان می‌فرماید: «اما پزشک ماهر و مباشر. گاهی می‌گوییم: او به محافظت از نفس محترمه، به وسیله درمان بیماری مکلف است. در این صورت، محال است که مستلزم ضمان باشد؛ چرا که تلف، جز با خطای از سوی شخص نیست. پس موضوع، واقعا درمان است و الا باب طبابت و درمان بیماران - با اینکه خیلی بدان نیاز است - بسته می‌شود. و مثل آن، ضمانی ندارد. بنابراین باید از مریض برائت یعنی اذن در معالجه، به صورتی که ضمانی نداشته باشد، بگیرد. و الا اشکال برائت از ضمان قبل از حدوث موجبش، موجه است. و اذن در اتلاف جاننش یا بخشی از آن، شرعا جائز نیست. پس، از آنچه گفتیم چاره‌ای نیست. این بود خلاصه کلام و آنچه قاعده، مقتضی آن است»<sup>(۱)</sup>.

اینکه گفته شده: بیمار، به شرط سلامت اذن می‌دهد، بی‌معنا است؛ چرا که این، امری است که جز خداوند متعال نمی‌تواند آن را انجام دهد. بلکه بیمار اذن می‌دهد، به شرط آنکه پزشک آنچه در توان دارد به کار گیرد و از مهارت و خبرگی خود برای سلامتی او استفاده کند و مفروض آن است که آن را انجام داده است «بله، بعید نیست که سلامتی به عنوان انگیزه‌ای باشد که تخلف از آن، به اذن گرفتن ضرری نمی‌رساند»<sup>(۲)</sup>.

۶- اذن شارع مقدس به معالجه، حتی در صورت احتمال وفات، به دلیل روایات گذشته (صفحه ۲۸۳). بلکه شارع، درمان را در صورتی که نجات جانی بر آن متوقف باشد، یا در صورت ترک آن، ضرر قابل توجهی بر شخص وارد آید، واجب می‌کند و او از

(۱) بحوث في الفقه، شيخ محمد حسين اصفهاني، كتاب اجاره، ص ۲۸۴، چاپ دوم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۹ هـ.ق.

(۲) مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۲، ص ۷۹.

مردم به خودشان سزاوارتر است. پس واجب کردن دیه، حتی در صورت مهارت و کفایت و عدم تقصیر و تفریط، با این همه تشویق بر معالجه منافات دارد و نقض غرض و تشویق کردن بر عدم درمان است. که در روایات شریف، از ترک آن نهی شده است. همانگونه که در روایت ابان بن تغلب<sup>(۱)</sup> آمده و ترک کننده درمان و جانی را یکی دانسته است.

۷- آنچه در باب امر به معروف و نهی از منکر درباره عدم ضمان در صورت تلف، به سبب امثال امر واجب ذکر کرده‌اند. ما این موضوع را به صورت مفصل در کتاب «الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر» مطرح کرده‌ایم<sup>(۲)</sup> و قول اصحاب بر عدم ضمان امر و ناهی، در صورت تلف کردن آنچه باید تلف شود، به منظور ادای فریضه امر به معروف و نهی از منکر - البته با شروط و حدود آن - را نقل کرده‌ایم. بلکه، اگر با فعل خود، تعدی کرد، مثل اینکه در مرتبه تذکر زبانی از دستش استفاده کرد، یا بدون مراجعه به حاکم شرع - در مواردی که لازم است - خود اقدام کرد، به جهت تعدی ضامن است.

پس این مورد، دلیلی بر عدم ضمان در ما نحن فیه است؛ زیرا آن دو از یک باب هستند و امر و ناهی به اذن شارع مقدس - بلکه به امر او - عمل کرده و از حدود و چارچوبها، تعدی نکرده‌اند. استدلال ایشان بر ضمان، به زدن به منظور تأدیب و از باب امر به معروف و نهی از منکر می‌باشد<sup>(۳)</sup>. مانند سخن شهید در شرح ارشاد (صفحه ۳۱۱) و قول صاحب جواهر (قدس سره) که

(۱) از امام صادق (علیه السلام) (صفحه ۲۸۲).

(۲) فقه الخلاف، کتاب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، قسم دوم، ص ۸.

(۳) ممکن است استدلال ایشان را اینگونه تصحیح کنیم که: تأدیب حق پدر و زوج است و حکمی واجب مثل امر به معروف و نهی از منکر نیست و ضمان بنابر بر قول اول است، نه دوم.

می‌فرمایند: «بلکه اگر مباشرت را برای شخص متخصص بدون اذن و به جهت قاعده احسان جائر بدانیم، یا آن را به عنوان مقدمه‌ای برای حفظ نفس محترمه - همانطور که در خبر ابان بن تغلب از امام صادق (علیه السلام) وارد شده - واجب کنیم، با ضمانی که از باب اسباب است - همانطور که در تأدیب همسر و کودک و مانند آن گفته شده - منافاتی ندارد»<sup>(۱)</sup>. اولی این است که مطالب پیش گفته، دلیلی بر عدم ضمان باشد.

۸- پزشک امین است و در بدن مریض، بدون اذن او و اذن شارع مقدس تصرف نمی‌کند. و امین همچون دیگر موارد امانت شرعی یا مالکی، ضامن نیست؛ مگر با تعدی و تفریط. مانند صاحبان صنایع و مشاغل دیگر که ید ایشان، ید امانی می‌باشد. مرحوم محقق سبزواری (قدس سره) درباره صاحبان صنایع می‌گوید: «سازنده یا غیر او، اگر چیزی را تلف کند، اشهر این است که جز با تعدی و تفریط ضامن نیست و ید او، ید ضمان و غصب نمی‌باشد که مطلقاً ضامن باشد. بلکه به جهت اصل، ید امانت مالکی است، و با اذن مالک، امین و متصرف می‌باشد»<sup>(۲)</sup>.

۹- اینکه پزشک را به پرداخت دیه تلف مجبور کنیم، با اینکه متخصص و آگاه بوده و در کار خود تقصیر نداشته، ظلم به او است و ظلم قبیح است و مولی بدان اذن نمی‌دهد. مگر اینکه ضمان، با نصی شرعی یا قانونی - به گونه ای که در شرح روایت سکونی خواهد آمد - بر او شرط شود.

۱۰- گمان می‌کنم که موضوع ضمان، در ذهن قائلین به آن روشن نیست؛ زیرا فرض مسأله این است که پزشک، متخصص و آگاه

(۱) جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۵.

(۲) کفایة الفقه، ج ۱، ص ۶۶۴.

است و در عمل خود تقصیر ندارد و از حدود تعدی نکرده است. این، باعث می‌شود که او سبب تلف نباشد، بلکه خود عمل سبب باشد که در آن نسبتی از موفقیت و شکست وجود دارد. پس عدم موفقیت احتمالی، مقتضی تلف است. مانند عمل قلب باز که ممکن است قلب در آن از کار بیفتد، یا عمل ستون فقرات و کمر، که ممکن به نخاع آسیب رساند.

خلاصه، سبب که اقتضای عمل برای درصدی از عدم موفقیت است، از مباشر (پزشک) اقوی است و تلف بدان نسبت داده می‌شود.

به عبارت دقیق‌تر: نسبت دادن تلف به فعل، برای قول به ضامن کفایت نمی‌کند. مگر اینکه به فاعل نسبت داده شود. لذا زمانی که سبب اقوی از مباشر باشد، مسبب ضامن است؛ با اینکه تلف با فعل مباشر صورت گرفته است. در ما نحن فی‌ه، تلف از فعل (درمان)، بدون اینکه به فاعل (پزشک) منسوب باشد، نشأت گرفته است؛ زیرا طبیعت عمل جراحی، مقتضی نسبتی از تلف است که پزشک در آن مسئول نمی‌باشد. مرحوم شیخ نائینی (قدس سره) در تعلیقه خود بر کتاب عروه، در مسأله ضامن باربر در صورتی که چیزی از روی پشتش بدون تقصیر بیفتد، می‌گوید: «اظهر، عدم ضامن است و اینکه آن تلف است، نه اتلاف»<sup>(۱)</sup>. گروهی از محشین بزرگ نیز همین را گفته‌اند.

پس قول به ضامن، وجهی ندارد؛ زیرا طبابت، علمی حسّی و تجربی است و پزشک، بر اساس تجربه و دقت نظر بدان دست می‌یابد. لذا گاهی در مورد شخصی موفقیت آمیز است و گاهی نیست. یا گاهی این درمان مجرب، برای شخصی موفقیت آمیز

(۱) العروة الوثقی با حاشیه مراجع عظام، ج ۵، ص ۶۸، مساله (۷)، کتاب اجازه.

است و برای دیگری مضر؛ با اینکه هر دو از یک بیماری رنج می‌برند. دلیل آن این است که ترکیب بدن انسان، پیچیده است و تعادل در کار اعضا، خیلی دقیق است و یک پزشک نمی‌تواند همه آنها را بررسی کند.

۱۱- نقض سخن ایشان با صورتی که مریضی بد حال که تصادف کرده یا گلوله خورده و یا دچار زلزله گردیده، آورده شود و به عمل جراحی، یا درمانی خطرناک و سریع نیاز دارد و پزشکان او را معالجه می‌کنند و تلفی صورت می‌گیرد. اگر به عدم ضمان قائل شوند، نقض بر خودشان است؛ زیرا اضطرار، ضمان را ساقط نمی‌کند و اگر ضمان را بپذیرند، پس همان است که گفتیم.

۱۲- قانون جاری در بین صاحبان مشاغل پزشکی، که متضمن عدم ضمان پزشک است. البته در صورتی که دارای شایستگی و مهارت باشد و در عمل خود مقصر نباشد و غفلت مریض از آن قانون، حق مطالبه به او نمی‌دهد.

مناقشه در ادله مشهور:

از آنچه گذشت، وجه استدلال مشهور دانسته می‌شود. پس وجوهی که ذکر کردیم، می‌تواند قواعد و اصول مقتضی برای ضمان متلفات - که از احکام وارده در روایات گرفته شده و روایتی نیست تا به اطلاق آن تمسک شود - را تقیید کند. بلکه داخل کردن مورد در ضمان متلفات، از نظر شکل و مضمون درست به نظر نمی‌رسد.

اما از نظر شکلی: تلف کردن اعضا در باب جنایات داخل می‌شود و غرامت آن، دیه نامیده می‌شود و ضمان و مانند آن نیست. اما از نظر مضمون: برای این است که متلفات، حتی اگر تلف به



صورت خطای محض صورت گیرد، ضمانت می‌شوند. به این اعتبار که فعل، به اذن کسی که تلف بر او انجام شده نمی‌باشد، ولی در اینجا فعل، به اذن او بوده است.

پس اتلاف موجب ضمان، بر فعل پزشک صدق نمی‌کند. یعنی از شمول این قاعده، تخصصاً خارج است؛ زیرا آنچه ایجاد شده تلف است، نه اتلاف.

مرحوم آقای خوئی (قدس سره) در بعضی عبارات خود، به این معنا اشاره کرده‌اند، آنجا که می‌فرمایند: «اما اگر استناد به هیچ وجه صادق نباشد (یعنی فعل به فاعل مختار، یا به غیر مختار همچون شخص خوابیده مستند نباشد) بلکه شخص مزبور، تنها به مانند ابزرای باشد و فعل، به سبب دیگری رخ دهد - مانند اینکه روی پشت بام خانه باشد و زلزله‌ای بیاید، یا باد شدیدی بوزد و از بلندی بیفتد و ظرف زید را بشکند، یا روی خود زید بیفتد و او را بکشد. به صورتی که عرفاً، فعل و عمل او (حتی به صورت غیر اختیاری) به شمار نیاید و او را قاتل ندانند تا قتل خطایی باشد - در این صورت، اتلاف و ضمانی نیست. بلکه تلف، به وسیله حادثه‌ای آسمانی یا زمینی شناخته می‌شود و آنچه در بعضی روایات صحیح آمده که اگر شخصی روی دیگری بیفتد و بمیرد، کسی که افتاده چیزی ضامن نیست، آن را تأکید می‌کند<sup>(۱)</sup>. پس ظاهراً در مسأله خلافی نیست و به مقتضای این نصوص، دیه‌ای بر عهده‌اش نمی‌باشد»<sup>(۲)</sup>.

این قاعده، به وسیله دیگر یدهای امانی که جز با تعدی و تفریط ضامن نیستند، نقض می‌شود. مانند عاریه‌گیرنده که اگر در حدود آنچه مقتضی عاریه است از عین استفاده کند، در صورت تلف

(۱) مانند صحیحہ عبید بن زرارة پیش گفته (صفحه ۳۱۲).

(۲) موسوعه السيد الخوئی (قدس سره)، ج ۳۰، ص ۲۴۸.

شدن آن، ضامن نمی‌باشد، مگر با تعدی و تقریط یا شرط. در صحیح محمد بن قیس از امام باقر (علیه السلام) آمده است: «شخصی در زمان امیر مؤمنان (علیه السلام) کنیزی را عاریه داد و نزد عاریه‌گیرنده بدون آنکه کاری کرده باشد که سبب هلاکت آن شده باشد، تلف شد. حضرت علی (علیه السلام) در این باره حکم کرد که غرامتی بر عهده عاریه‌گیرنده نیست و غرامتی بر عهده اجاره‌کننده حیوان نیست، تا وقتی که آن را به مشقت نیندازد و کاری که سبب هلاکت آن است، انجام ندهد»<sup>(۱)</sup>. در صحیح حلبی از امام صادق (علیه السلام) آمده است که حضرت فرمودند: «اگر عاریه، نزد عاریه‌گیرنده تلف شود، ضامن آن نیست؛ مگر اینکه شرط شده باشد». در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر (علیه السلام) آمده: «از ایشان درباره عاریه‌ای که شخص می‌گیرد و تلف یا دزدیده می‌شود، پرسیدم؟ فرمودند: در صورتی که امین باشد، غرامتی بر عهده او نیست».

مرحوم محقق اردبیلی (قدس سره) اقرار کرده که به نحو مجبه کلیه، این قاعده که هر تلفی موجب ضمان است، ثابت نشده است. ایشان می‌فرماید: «شرعا ثابت نشده که هر اتلافی، موجب ضمان است»<sup>(۲)</sup>.

اگر گفته شود که اذن به معالجه تعلق گرفته نه تلف، می‌گوییم: معالجه، مقتضی احتمال تلف است. پس اذن به آن، اذن به نتایج است و اذن در فعل، برای ساقط شدن ضمان از ید امانت شرعی و مالکی کفایت می‌کند.

(۱) و دو روایت بعدش در وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۹۳، کتاب عاریه، باب ۱، حدیث ۱، ۷ و ۹.

(۲) مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۲۲۹.

و همچنین، مورد تخصصاً از عموم «لا یبطل دم امرء مسلم» خارج می‌شود:

(الف) به دلیل عدم صدق عنوان جنابت موجب دیه بر فعل پزشک  
(ب) سیاق روایتی که متضمن این عموم است، شاهد بر آن است؛ زیرا در سیاق تهمت قتل و وجود لوث وارد شده است.

(ج) خود کلمه «دم» در خونی ظاهر است که با جنابت ریخته شده. پس مانند خون کسی است که قتلش با حدّ یا قصاص و به دستور شارع ریخته می‌شود و آن تخصصاً خارج است.

(د) همچنین می‌توانیم بگوییم که وجوه گذشته، عموم «لا یبطل دم امرء مسلم» را تخصیص می‌زنند. پس اگر با قضا و قدر مرده باشد، ضمانی برای خون او نیست. مثل اینکه در هنگام عمل جراحی زلزله شود، یا چیزی که از سقف آویزان است بر روی دست جراح بیفتد و دستش بلغزد و تلفی صورت گیرد، که در این صورت بر هیچ کس ضمانی نیست.

اما روایت سکونی. این روایت به دلیل عدم توثیق نوفلی ضعیف السند است؛ اگرچه وجهی هم برای پذیرش روایتش ذکر شده است<sup>(۱)</sup>. روایت را تنها سکونی نقل کرده و اصحاب بدان عمل

(۱) حاصل اینکه اصحاب - همانطور که مرحوم شیخ (قدس سره) در العدة تصریح کرده - روایات سکونی و همچنین بیشتر روایاتش از طریق نوفلی را پذیرفته‌اند. پس این یعنی روایات نوفلی را هم قبول کرده‌اند، و الا این سخن درست نبود.

اشکال: عبارت شیخ ظاهر است در اینکه معنای قبول روایت سکونی و عموم عامه - یعنی چون از عامه بوده، انحراف عقیده دارد - این است که بعد از تصریح به وثاقتش (همچون غیر او از عامه) ضرری نمی‌رساند. اما پذیرفتن روایت او غالباً به دلیل موافقتش با روایات امامیه یا قواعد مذهب است، لذا حجت می‌باشد.

اما اخباری که نوفلی از او روایت کرده و موافق و مخالفی در کتب امامیه ندارد - مانند محل بحث - بسیار کم است. خیلی‌ها از سکونی نقل کرده‌اند که عبارت‌اند از: ربیع بن سلیمان که بنابر آنچه نجاشی (شرح حال ۴۶۵) نقل کرده خیلی از او روایت کرده، امیه بن عمرو شعیری که بنابر گفته نجاشی، بیشترین مکتوباتش از سکونی است (شرح حال ۲۶۳) و عبد الله بن مغیره و غیر او.

نمی‌کنند. مرحوم محقق در نکت النهایة می‌گوید: «اصحاب اتفاق دارند که طبیب، آنچه را با درمان خود تلف کند، ضامن است. پس به این اصل عمل می‌شود، نه به روایت؛ زیرا بیشتر ایشان، آنچه تنها سکونی نقل کرده را کنار گذاشته‌اند»<sup>(۱)</sup>.

روایت در نزد برخی بزرگان، با قواعد و قاعده «إسقاط ما لم یجب» موافقت ندارد. لذا ابن ادریس و غیر او، آن را مورد مناقشه قرار داده‌اند که ان شاء الله خواهد آمد.

اینکه از ولیّ مریض - و نه خود او - اذن بگیرد، به این اشاره دارد که مورد، خاص است. لذا ابن ادریس در سخن گذشته خود، آن را بر معالجه صغیر یا مجنون بدون اذن ولیّش حمل کرده، پس پزشک ضامن می‌باشد. چرا که اگر بیمار عاقل بود، باید از خودش - نه ولیّش - اذن می‌گرفت.

آنچه در توجیه بیان کلمه ولیّ گفته شده که: «از ولیّ در صورت تلف، مطالبه می‌شود. پس اینکه ابراء قبل از استقرار ضامن به جهت ضرورت تشریح شده، به کسی که مطالبه‌گر است، انصراف دارد»<sup>(۲)</sup> بعید است و ابعدها از آن این است که گفته شده: بیان آن، به لحاظ احد الفردین که حیوان است، می‌باشد؛ زیرا در حدیث کلمه البیطرة (دام پزشکی) آمده است. اما این سخن نیز درست نیست، زیرا به صاحب حیوان، ولیّ نمی‌گویند بلکه مالک و مانند آن می‌گویند.

ذکر اسناد از نوفلی به این معنا نیست که آنچه دیگران از سکونی نقل کرده‌اند، کم است؛ زیرا معمولاً اصحاب - آنگونه که در بین بعدی‌ها شناخته شده - به ذکر یک طریق اکتفا می‌کنند. به عنوان مثال، روایت حرمت ثمن میته است (وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۹۳، ابواب ما یکتسب به، باب ۵، حدیث ۵) که کلینی با سند خود از نوفلی نقل کرده و شیخ صدوق هم در خصال خویش با سند خود از موسی بن عمر از عبدالله بن مغیر از سکونی روایت کرده است.

(۱) نکت النهایة، ج ۳، ص ۴۲۱.

(۲) غایة المراد، ج ۴، ص ۴۴۹.

آنچه به ذهن می‌رسد، حمل آن بر دو معنا است:

اول: به صورت حکم اداری و قانونی اجتماعی است که اگر پزشک برائت نگرفت، به دیه ملزم شود تا پزشکان مجبور شوند بیشتر دقت کنند و مهارت بیشتری به خرج دهند. لذا حکم، به امیر المؤمنین (علیه السلام) به عنوان کسی که رهبری حکومت را به عهده دارد، نسبت داده شده است. نیز توجه به این نکته که در آن زمان، بسیاری از پزشکان برجسته مسلمان نبوده‌اند. مثل اثیر سکونی که زخم امیر المؤمنین علی (علیه السلام) را معاینه کرد و او «درمانگری صاحب کرسی بود و جراحات را معالجه می‌کرد»<sup>(۱)</sup> و از اسیران عین التمر بود. پس این حکم، حکمی اداری بوده و از ولی فقیه و حاکم، برای تنظیم امور رعیت صادر شده است.

دوم: بر اثر اثباتی، که همان بهره بردن از آن در خصومت است، حمل می‌شود. یعنی ردّ ادعای خانواده مجنی علیه در صورتی که ضامن را مطالبه کنند. و نه اثر ثبوتی یعنی اشتغال ذمه پزشک به دیه. دلیل آن، وجوهی است که در گذشته گفتیم. پس بر وجوب ضامن، در صورتی که برائت نگرفته باشد، دلالت نمی‌کند. بنابراین حکمی ارشادی، برای برداشتن ضامن از پزشکان - البته زمانی که تلف، با تعدی یا تفریط نباشد - می‌باشد. شاهد بر این معنی از خود روایت، فرعیت ضامن بر نگرفتن برائت است (و الا ضامن است)؛ چراکه اگر حکم در مسأله ضامن بود، مطلق بود و بر نگرفتن برائت توقف نداشت. همچنین روایات ضامن صاحبان مشاغل و صنایع، این معنا را نیز شامل می‌شوند.<sup>(۲)</sup>

به علاوه با روایت اسماعیل متطبب و وجوه دیگر تعارض دارد.

(۱) بحار الانوار، ج ۴۲، ص ۲۳۴، از شرح نهج البلاغه ابن ابی الحدید، ج ۶، ص ۱۱۴ - ۱۱۹.

(۲) ر.ک: وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۴۵، کتاب اجاره، باب ۲۹.

استدلال به روایت دیگر سکونی در ضمان ختّان، قابل مناقشه است؛ زیرا احتمال دارد در جریانی خاص بوده باشد که غیر متخصص، متصدی امر گشته، یا از حدود عمل پا را فراتر گذاشته است؛ چه آنکه عملیات بریدن در ختنه، نزدیک به حشفه نیست. پس به ناچار، تلف به واسطه تقصیر او صورت گرفته و ضامن است و لذا به محل بحث دلالت ندارد.

اما اجماع. ممکن است مدرکی و مستند به روایت سکونی یا قاعده ضمان متلفات یا عموم «لا یبطل دم امرء مسلم» و مانند آن باشد.

بلکه ممکن است، وجود اجماع به دلیل عدم وحدت موضوع در کلماتشان نفی شود. برخی از ایشان، ضمان را بر عدم حصول اذن بنا نهاده‌اند. شهید در شرح ارشاد می‌فرماید: «بدان که بسیاری از اصحاب، به اذن مقید نکرده‌اند. اگرچه ظاهرشان اذن است»<sup>(۱)</sup>. بلکه مرحوم محقق اردبیلی (قدس سره) تصریح می‌کند که حکم اصحاب به ضمان، ناظر به عدم اذن است. ایشان می‌فرماید: «ممکن است که کلام اصحاب، به عدم اذن حمل شود»<sup>(۲)</sup>.

عده‌ای از ایشان هم، تقصیر در عمل درمانگر را احتمال داده‌اند. مرحوم آقای خوئی (قدس سره) در صورت مرگ مختون (ختنه شده) می‌گوید: «این قتل در آخرت، به ختّان نسبت داده می‌شود»<sup>(۳)</sup>؛ لذا به صحیحه حلبی از امام صادق (علیه السلام) درباره صاحبان صنایع استدلال کرده که حضرت فرمودند: «هر سازنده‌ای که برای کارش اجرت می‌ستاند که آن را اصلاح کند، اگر آن را خراب و تباه کند ضامن است»<sup>(۴)</sup>. این صحیحه، در

(۱) غایة المراد، ص ۴۴۸.

(۲) مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۲۲۹.

(۳) موسوعة السيد الخوئی (قدس سره)، ج ۳۰، ص ۲۴۴، مساله (۴)، کتاب اجاره.

(۴) وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۴۷، کتاب اجاره، باب ۲۹، حدیث ۱۹.

افساد ظهور دارد، و اختلافی در ضمان نیست. صاحب عروه به آن، در سخن بعدی خود (صفحه ۳۲۶) تصریح و بدان بسنده کرده است. گویی ایشان در محل بحث توقف کرده، یا به عدم ضمان قائل شده است.

اما داخل کردن پزشک در مسأله ضمان صاحبان صنایع، مانند خیاط و نجار و باربر، یک جهت افتراق دارد و آن اینکه ایشان با جماداتی که هیچ اختیاری ندارند کار می‌کنند. پس سبب تلف، تنها سازنده است و مانند تعامل پزشک با مریض که صاحب جسمی پیچیده است، نمی‌باشد. لذا هزار و یک سبب برای تلف می‌باشد که ممکن است بدانیم یا ندانیم و پزشک مسئول آنها نمی‌باشد.

بنابراین قائلین به عدم ضمان صاحبان صنایع، کم نیستند و از برخی از ایشان عباراتی نقل کردیم. گروهی<sup>(۱)</sup> از جمله صاحب عروه (قدس سره) توقف کرده‌اند. روایاتی هم که ضمان را واجب کرده‌اند، ظاهر یا صریح در این هستند که سازنده، مسئول تلف است؛ چرا که امام (علیه السلام) فرمودند: «فأسد». از آن جمله است روایت حلبی پیش گفته و صحیحه ابی الصباح و روایت ابو الصباح از امام صادق (علیه السلام). راوی گوید: از حضرت پرسیدم: لباس را به کسی دادم که بشوید و آن را پاره کرد؟ فرمودند: از او غرامت بگیر؛ چرا که تو لباس را برای اصلاح دادی، نه برای تباه کردنش<sup>(۲)</sup>.

آقای خوئی (قدس سره) می‌فرماید: «به جهت ظهور آن - یعنی صحیحه حلبی - در کسی که آنچه را مأذون بوده انجام نداده است. یعنی اجیر بوده که اصلاح کند و افساد کرده است. نه اینکه آنچه

(۱) موسوعة السيد الخوئی (قدس سره)، ج ۳۰، ص ۲۴۳، مسأله (۴).

(۲) وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۴۳، کتاب اجاره، باب ۲۹، حدیث ۸.

را به او دستور داده‌اند انجام داده و خارجاً فساد بر آن مترتب شده است»<sup>(۱)</sup>.

لذا دسته‌ای از روایات ضمان، در صورت متهم نبودن پزشک به تقصیر، ضمان را نفی کرده‌اند. مانند صحیح ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام) که فرمودند: «زرگر، لباسشوی و بافنده ضامن نیستند، مگر آنکه مورد اتهام و بدگمانی باشند»<sup>(۲)</sup>. و صحیح معاویه بن عمار از امام صادق (علیه السلام) که راوی گوید: از ایشان درباره رنجرز و لباسشوی سؤال کردم، فرمودند: ضامن نیستند». مرحوم شیخ طوسی می‌فرماید: «مقصود این است که آنان در صورتی که مورد اعتماد باشند، ضامن نیستند». اما بنابر آنچه گفتیم، اگر متهم باشند ضامن هستند. گاهی مورد، به ادعای اینکه تلف به سببی خارجی چون سرقت یا سوختن یا گم شدن و مانند آن است، انصراف دارد. الا اینکه اصحاب، در اسباب تلف فرق نگذاشته‌اند.

روایت بکر بن حبيب از امام صادق (علیه السلام) که فرمودند: «لباسشوی ضامن نیست، مگر آنچه را با دستانش آسیب رسانده و اگر مورد اتهام تو است، او را سوگند بده!»<sup>(۳)</sup> بر عدم ضمان، همراه با عدم صدق عنوان جنایت، دلالت دارد. صاحب جواهر معترف است که مقتضای تحقیق نیز همین می‌باشد. ایشان (قدس سره) بعد از نقل سخن اصحاب در ضمان صاحبان صنایع، به جهت مستند بودن تلف به فعلشان می‌فرماید: «لیکن مناقشه‌ای که در اینجا است اینکه عنوان جنایت، بر آن صادق نیست و مانندش هر آنچه که بین مستأجر علیه (عمل) و مأذون فیه (مورد اذن) -

(۱) موسوعة السيد الخوئی (قدس سره)، ج ۳۰، ص ۲۴۴، مساله (۵)، کتاب اجاره.

(۲) وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۴۵، کتاب اجاره، باب ۲۹، حدیث ۱۱ و ۱۴.

(۳) وسائل الشیعة، همان، حدیث ۱۷.



بلکه چه بسا تحقیق در مسأله همین باشد - و بین ضمان سازندگانی که با دستشان آسیب رسانده‌اند، اگرچه تقصیر ایشان نباشد، می‌باشد. در پزشک و دامپزشک هم اگر تلف به واسطه طبابت و دامپزشکی باشد، همینطور است و چه بسا مقتضای قاعده باشد. به علاوه روایاتی که در این زمینه وارد شده است. در خبر بکر بن حبیب از امام صادق (علیه السلام) آمده است: «لباسشوی ضامن نیست، مگر آنچه را با دستانش آسیب رسانده و اگر مورد اتهام توست، او را سوگند بده!». بنا بر این بدون فساد در صنعت و عمل، ضمانی نمی‌باشد. اگرچه - مثلاً - نقصانی در قیمت لباس صورت گیرد. همچنین است در کسی که به ختنه و حجامت و مانند آن مأمور شده است که فساد و خیانتی از جهت عملی که بدان امر شده صورت نگرفته، ولی تلفی رخ داده است»<sup>(۱)</sup>. آنگاه ایشان (قدس سره) به ضمان طبیب به دلیل همان وجوهی که در باب دیات ذکر کرده، بازگشت می‌کند.

ممکن است گفته شود: حکم به ضمان، حکمی اداری و قانونی اجتماعی است که برای ضمانت اموال مردم و تشدید مراقبت از آنها از صاحبان صنایع گرفته شده است و صحیحه ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام) هم بر آن دلالت می‌کند: «امیر مؤمنان علی (علیه السلام) لباسشوی و زرگر را برای حفظ و نگهداری از اموال مردم ضامن می‌کرد»<sup>(۲)</sup>. که ایشان حکم را به امیر المؤمنین (علیه السلام)، که رهبر حکومت بودند و تنظیم امور مردم را به عهده داشتند، نسبت داده است.

تردیدکنندگان و مخالفان قول مشهور:

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۲۳.

(۲) وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۴۵، حدیث ۴ و ۱۲.

شاید به علت این وجوه یا بعضی از آنها، مرحوم محقق (قدس سره) - بنابر آنچه از کلام ایشان فهمیده می‌شود - تردید کرده، می‌فرماید: «شاید ضامن باشد و شاید هم ضامن نباشد». مرحوم علامه (قدس سره) در الارشاد می‌فرماید: «اگر بالغ به او اذن دهد و به تلف منجر شود، بنابر نظری ضامن است». ابن ادريس به اصلی که وظیفه شک کننده برای نفی ضمان است، تمسک کرده و علامه در التحریر، به عدم آن جزم پیدا کرده است. ایشان (قدس سره) درباره ختّان و حجام می‌فرماید: «اگر با وجود تخصص در حرفه خود و عدم تجاوز از محل، تلفی صورت گیرد، ضامن نیستند»<sup>(۱)</sup>.

محقق اردبیلی (قدس سره) احتمال عدم ضمان را مطرح کرده، بلکه از کلام او ظاهر می‌شود که بدان متمایل شده است. ایشان می‌فرماید: «عدم ضمان با وجود اذن، محتمل است؛ زیرا او اتلاف را قصد نکرده و با اینکه اذن گرفته، تقصیر نکرده است. حاصل اینکه آنچه علمش اقتضا می‌کند را انجام می‌دهد و چیزی بر عهده او نیست. چرا که آن عمل بر او واجب کفایی است، بلکه واجب عینی می‌شود. آنچه شرعا ثابت شده این است که هر اتلافی موجب ضمان است (یعنی به نحو موجب کلیه ثابت نشده است) و روایت ختّان - بعد از پذیرش صحت آن - همانطور که ابن ادريس فرموده، بر تفریط حمل می‌شود. بلکه ممکن است کلام اصحاب هم بر عدم اذن حمل شود. ایشان (قدس سره) می‌فرماید: «تو امثال این اجماعات را شناختی»<sup>(۲)</sup>. محقق سبزواری (قدس سره) در سخن بعدی خود (صفحه ۳۲۸) آن را نزدیک دانسته و شیخ

(۱) تحریر الاحکام، علامه حلّی، ج ۳، ص ۱۱۶، چاپ اول، اعتماد، ۱۴۲۰ هـ. ق.

(۲) مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۲۲۹.

اصفهانى به محال بودن قول به ضمان، قائل شده است. (صفحه ۳۱۴)

از کلام مرحوم صاحب عروه (قدس سره) ظاهر می‌شود که ایشان در ضمان، اشکال می‌کند. او بعد از ذکر حجّام و کحّال (کسی که سرمه می‌کشد) و دامپزشک و ختّان می‌گوید: «هر کس که خود را برای عملی در مال مستأجر اجیر کند، اگر آن را فاسد کند، ضامن است؛ البته در صورتی که از حدّی که در آن مأذون بوده تجاوز کند، اگرچه بدون قصد باشد. که دلیل آن عموم روایت «من أئلف» و صحیح‌های از امام صادق (علیه السلام) درباره کسی است که لباسش را برای رنگرزی می‌دهد و رنگرز آن را از بین می‌برند. حضرت فرمودند: «به هر کارپردازی که برای اصلاح چیزی مزد پرداخت کنی، پس آن چیز را فاسد کند، وی ضامن است»<sup>(۱)</sup>. بلکه ظاهر مشهور - اگرچه از حدّی که مأذون بوده، تجاوز نکرده باشد - ضمان او است. لیکن مشکل است. پس اگر فرزند به علت ختنه بمیرد، با اینکه ختّان ماهر بوده و از محل قطع تجاوز نکرده و اصل ختنه برای او مضر بوده است، در ضمان آن اشکال است»<sup>(۲)</sup>.

مؤلف گوید: در بیان آنچه از رساله عملیه نقل می‌کنیم، می‌گوییم: اگر ختّان برای اجرای عمل ختنه، اجیر شده باشد و جزو وظایف کشف صحت کودک و شناخت قابلیت او برای ختنه نباشد، ضامن نیست. اما اگر مثل طبیب جراح، کشف سلامتی فرد جزو وظایفش باشد و کودک را ختنه کند و به او ضرر برساند، ضامن است.

(۱) وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۴۷، کتاب اجاره، باب ۲۹، حدیث ۱ و ۱۹.

(۲) العروة الوثقی با حواشی مراجع عظام، ج ۵، ص ۶۶، مساله (۴).

روشن است که اشکال، قول به ضمان طبیب را هم شامل می‌شود.

مرحوم صاحب عروه (قدس سره) در مسأله بعد می‌گوید: «طبیبی که مباشر درمان است، اگر آن را تباه و نابود کند - اگر چه ماهر باشد - ضامن است». این سخن، در بروز فساد و تباهی به سبب او (طبیب) ظهور دارد. و الا از ایشان (قدس سره) پرسیده می‌شود: چه فرقی بین طبیب و صاحبان صنایع است که در ضمان ایشان اشکال کرد؟!!

مرحوم آقای حکیم (قدس سره) در رساله عملیه خود، عدم ضمان را استظهار کرده است و شهید صدر اول در تعلیقه‌اش<sup>(۱)</sup> با ایشان موافقت کرده و آن دو بزرگوار در ضمان طبیب، صدق افساد را شرط دانسته‌اند.

مرحوم آقای خمینی (قدس سره) در حاشیه خود بر العروة الوثقی، بر اشکال حاشیه زده و فرموده: «اقوی عدم ضمان است». مرحوم آقای خوئی (قدس سره) هم همین را فرموده است. الا اینکه می‌فرماید: «با این حال، ظاهر در مسأله ختان، ضمان است». همچنین در مسأله بعدی، به ضمان طبیب قائل شده است.

نکته: خلاف، موضوع ندارد

ممکن است که خلاف، موضوع نداشته باشد؛ زیرا تلف یا با قصور و تقصیر پزشک حاصل می‌شود که بدون اشکال ضامن است، و یا از سوی مریض است. بدین صورت که بیماری خود را که نباید به صورت کلی بیهوش شود، مخفی کند و لذا او را بیهوش می‌کنند و می‌میرد. در این صورت، پزشک ضامن نیست.

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۳۴، مسأله (۳۵).

گاهی تلف، از جمله چیزهایی است که خود عمل جراحی مقتضی آن است؛ مثلاً پزشک می‌گوید: ۶۰ درصد احتمال موفقیت وجود دارد. یعنی ۴۰ درصد بقیه، نسبت عدم موفقیت وجود دارد و این چیزی است که پزشک آن را تضمین نمی‌کند و او سبب اتلاف نیست، بلکه طبیعت عمل جراحی آن را اقتضا می‌کند. مانند از کار افتادن قلب در عمل قلب باز. روایت سکونی از امیرالمؤمنین (علیه السلام) شامل این مورد می‌شود: «(حضرت) در مواردی مانند غرق شدن یا آتش‌سوزی یا چیزهائی که در اختیار انسان نیست و غالباً موجب تلف مال می‌شود، ضامن نمی‌دانست»<sup>(۱)</sup>.

می‌توانیم بگوییم که این، علت قول اصحاب به عدم ضمان یا تردید ایشان است و از ظاهر کلماتشان دانسته می‌شود. مثلاً محقق سبزواری (قدس سره) در الکفایة، بعد از نقل قول علامه در التحریر که فرموده: «اگر ختانی که در حرفه خود تخصص دارد، از محل قطع تجاوز نکند و تلفی صورت گیرد، ضامن نیست»<sup>(۲)</sup>، می‌فرماید: «این بعید نیست و مانند آن درباره طبیب اتفاق می‌افتد. بلکه گفته شده که در مورد سازنده، در فرضی که در شستن و رنگ کردن اصلاً تعدی و تفریط نکرده است نیز جاری می‌شود. مگر اینکه لباس به گونه‌ای باشد که اگر رنگ و شستشو نشود، پاره نمی‌شود و آماده پذیرش چنین چیزی است و این بعید نیست»<sup>(۳)</sup>.

و شاید این مطلب، علت توقف سید صاحب عروه (قدس سره) در ضمان باشد؛ آنجا که فرمود (صفحه ۳۲۶): «اصل ختنه برای او مضر باشد». یعنی نفس عمل ختان، موجب ضرر و تلف باشد.

(۱) وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۴۳، کتاب اجاره، باب ۲۹، حدیث ۶.

(۲) تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۱۱۶.

(۳) کفایة الفقه، ج ۱، ص ۶۶۴.

حال به تعبیر دقیقی که در نکته نهم گفته شد باز می‌گردیم، تا آن را روشن تر کنیم.

همان سبب، در اصحاب صنایع هم می‌آید. مانند اینکه جریان برق که چرخ خیاطی یا موتور آهنگر را به کار می‌اندازد، با شدت پیش بینی نشده‌ای وارد دستگاه شود و موتور به سرعت و قدرت به کار بیفتد و پارچه از بین برود. در این صورت، خیاط ضامن نیست؛ زیرا سبب اقوی از مباشر است. مرحوم محقق (قدس سره) در شرایع می‌فرماید: «اما اگر در دست سازنده و نه به سبب او و بدون تفریط و تعدی تلف شود، بنابر اصح ضامن نمی‌باشد». این قول را در مسالک تقویت کرده و در جواهر از آن، نفی خلاف نموده است<sup>(۱)</sup>. این سخن، مطلق است و موردی را که تلف به سبب خود عمل باشد، و سازنده یا مباشر جز ابزاری نباشند را شامل می‌شود.

مطلب دوم: مشهور، به امکان عدم ضمان طیب با گرفتن برائت از خود مریض، قبل از عمل جراحی و در صورتی که مریض بالغ و عاقل باشد و یا گرفتن اذن از ولی او، در صورتی که صغیر و مجنون باشد، قائل شده‌اند. صاحب جواهر (قدس سره) از ظاهر غنیه یا صریح آن، اجماع نقل کرده است. دلیل آن، روایت سکونی پیش گفته و تعلیلی است که در کلام محقق (قدس سره) آمده است (صفحه ۳۰۸). حاصل اینکه نیاز جامعه به پزشک، اقتضا می‌کند که وسیله‌ای برای برائت او از ضمان، در صورتی که تلف بدون تعدی و تفریط باشد، ایجاد شود. و الا در آینده دیگر درمانگری یافت نمی‌شود.

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۲۵.

محقق حلی (قدس سره) در نکت النهایة می‌فرماید: «بعید نیست خود مریض بتواند برائت ذمه بدهد و لذا فعل مأذون است؛ چه آنکه وقتی مجنی علیه می‌تواند برای جنایت بر خود اذن دهد و ضامن را اسقاط کند، پس به طریق اولی در مباح مأذون هم می‌شود»<sup>(۱)</sup>.

مؤلف گوید: لیکن قول مشهور به جهت قصور مقتضی و وجود مانع، قابل مناقشه است.

اما مقتضی که روایت سکونی است، سندش تمام نمی‌باشد و می‌تواند چند معنا غیر از آنچه مشهور ذکر کرده را در بر داشته باشد. مثلاً - همانطور که از جواهر فهمیده می‌شود - تحصیل برائت بعد از وقوع تلف. یا اینکه در مورد خاص یعنی معالجه صغیر و مجنون بوده است (به قرینه ذکر ولی). لذا روایت اطلاقی ندارد تا مشهور بدان تمسک کند. یا اینکه منظور از گرفتن برائت، گرفتن اذن است، همانطور که از مرحوم اصفهانی نقل کردیم. یا اینکه مراد از آن - همانطور که احتمال دادیم - امری تدبیری یا ارشادی بوده است و معانی دیگر.

اما مانع از دو جهت است:

۱- اسقاط چیزی است که هنوز واجب نشده و خلاف قواعد می‌باشد.

۲- انسان مانند این اختیار و سلطه مطلق را بر خودش یا در خصوص مرگ و تلف اعضای اصلی - همانطور که ان شاء الله به زودی خواهد آمد - ندارد. پس چطور برایش جائز است که در آنچه حقی در آن ندارد، برائت دهد؟! شیخ اصفهانی (قدس سره)

(۱) نکت النهایة، ج ۳، ص ۴۲۱.

در آنچه از او نقل کردیم (صفحه ۳۱۴) می‌فرماید: «اذن دادن در اتلاف نفس یا بخشی از آن، شرعا جائز نیست».

لذا شهید ثانی (قدس سره) در حاشیه‌اش بر ارشاد علامه (قدس سره) قطع به عدم برائت پیدا کرده است<sup>(۱)</sup>.

از ابن ادریس عدم سقوط ضمان نقل شده است؛ زیرا آن اسقاط حق، قبل ثبوتش است. به جهت همین تعلیل، شیخ ضیاء عراقی در سقوط ضمان با برائت تأمل کرده است<sup>(۲)</sup>. مرحوم شیخ اصفهانی (قدس سره) در آنچه در صفحه ۳۱۴ از او نقل کردیم، می‌گوید: «اشکال برائت از ضمان قبل از حدوثش، موجبش موجه نیست».

مرحوم آقای خوئی (قدس سره) اشکال را بر طبق قواعد، پذیرفته است. الا اینکه ایشان به روایت سکونی که آن را معتبر می‌داند احتجاج کرده و می‌فرماید: «جایی برای این اشکال نیست که بگوییم از قبیل اسقاط چیزی است که هنوز وجوب نیافته؛ زیرا ضمان، بعد از افساد می‌باشد و قبل آن موضوعی برای برائت وجود ندارد. بنابراین این سخن در جایی تمام است که حکم، به قاعده و موازین عامه مستند باشد. اما با استناد به یک روایت خاص که بدان اشاره دارد، وجهی برایش نیست»<sup>(۳)</sup>.

لذا محقق (قدس سره) تردید کرده و تنها به نقل دو قول اکتفا کرده است. علامه (قدس سره) نیز تردید کرده و در ارشاد می‌فرماید: «آیا با ابراء قبل از عمل، برائت حاصل می‌شود؟ در آن دو قول است». ایشان هیچکدام از دو قول را ترجیح نداده است. شهید اول (قدس سره) نیز در شرح خود همین را می‌فرماید.

(۱) حاشیه چاپ شده در هامش غایب المراد، ج ۴، ص ۴۴۶.

(۲) العروة الوثقی با حواشی مراجع عظام، ج ۵، ص ۶۸، مساله (۶).

(۳) موسوعة السید الخوئی، ج ۳۰، ص ۲۴۷، مساله (۶)، کتاب اجاره.



شهید صدر دوم (قدس سره) نیز بر همین اشکال بنا گذاشته است. جز اینکه معالجه او را مقدم داشته: «اگر مریض یا ولیّ او و یا صاحب چهارپا برائت از نتایج درمان بدهند و تلفی صورت گیرد، آیا پزشک ضامن است یا نه؟ در بعضی از مسائل گذشته گفتیم که این برائت، اثری ندارد. مگر اینکه استمرار آن، عرفاً به ا فراغ ذمه طبیب از ضامن بعد از مشغول شدن به آن، بازگشت کند»<sup>(۱)</sup>.

مؤلف گوید: بنابراین باید از مریض و ولیّ او برائت بگیرد؛ زیرا دیه - در صورت بروز وفات - از آن ورثه است. پس استمرار برائت تا بعد از اشتغال ذمه، حق بخشیدن آن را در اختیار ورثه قرار می‌دهد.

صاحب جواهر (قدس سره) در استدلال به عدم ضامن طبیب با گرفتن برائت قبل از عمل، از دو جهت مناقشه کرده است:

۱- «در روایت مذکور، احتمال ظاهری وجود دارد که برائت بعد از جنایت به صورت مجانی یا با مال باشد و چه بسا لفظ «ولیه» به آن اشاره دارد؛ با اینکه ضعیف است»

مؤلف گوید: در این سخن تأکیدی بر ضامن طبیب است. بلکه می‌خواسته اشکال اسقاط حق، قبل از ثبوت آن را پاسخ دهد. به این صورت که برائت بعد از ثبوت حق گرفته شود، یا اینکه مریض قاصر باشد. لیکن این احتمال، خلاف ظاهر است.

۲- «صرف نیاز، دلیلی برای تشریح حکم مخالف ادله نیست. از این روست که در مسأله فرموده است: «وجه آن همین است»<sup>(۲)</sup>.

اشکال: ممکن است نیاز و حاجت به این صورت تقریب شود که خلاف آن، نقض غرض و مخالف امر به مداوا و خارج شدن از

(۱) منهج الصالحین، ج ۵، ص ۲۱۴، مسأله (۸۹۹).

(۲) جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۷.

بنای عقلا و سیره ایشان و مانند آن باشد. پس صلاحیت اینکه دلیل باشد را دارد.

صاحب جواهر (قدس سره) از این مناقشات اینگونه پاسخ داده است: «همانطور که می‌بینی به ضرورت منافات نداشتن احتمال مذکور، در خبر ظاهری است که در احکام شرعیه حجت می‌باشد. همچون منافات نداشتن ضعفش بعد از جبر آن و تأییدش به نیاز شدید. و همه آن برای خروج از قاعده «عدم اسقاط حق قبل از ثبوت» آن کافی است. بنابر اینکه اگر به عنوان شرطیت در عقد اجاره پزشک - مثلا - لحاظ شود، باید به آن جزم پیدا کند؛ چرا که در این صورت مانند اشتراط سقوط خیار حیوان و مجلس و مانند آن است که در تحت روایت «المؤمنون عند شروطهم» مندرج می‌شود. بلکه از عبارت مرحوم اردبیلی ظاهر می‌شود که به شرط، به صورت مطلق اکتفا کرده است. البته اشکال می‌شود که اگر در ضمن عقد، وعده‌ای یا چیزی مانند وعده نباشد، لازم الوفاء نیست. همه اینها به علاوه امکان قطع به آن، در مثل اموالی است که در مورد دامپزشکی می‌باشد. به ضرورت اینکه آن، اذن در اتلاف به وجهی است که جاری مجرای افعال عقلا همچون بقیه اتلافات است. از اینجا وجه در غیر مال از چیزهایی که در آن اذن گرفته شده دانسته می‌شود؛ اگر جاری مجرای افعال عقلا باشد، همانطور که در معالجه است. و این ابراء قبل از ثبوت حق نیست. بلکه اذن در چیزی است که اقتضای عدم ثبوت دارد. مانند اذن در خوردن مال. و ظاهر، معتبر بودن اذن مریض در آن، با فرض کمال عقلش است و اذن ولیّ کفایت نمی‌کند؛ زیرا در این حالت ولیّ ندارد و او به خودش سزاوارتر است. و اینکه بعد از آن از ولیّ مطالبه می‌شود، الآن سلطه‌اش را بر خودش بر

نمی‌دارد. و آنچه در خبر مزبور آمده، بر اراده ولیّ در آن حمل می‌شود که شامل مریض و صاحب مال نیز هست. سخن شهید در غایه المراد و غیر آن، در اعتبار سخن ولیّ یا مریض بر تفصیلی که ذکر کردیم، حمل می‌شود. نه اینکه مراد، اکتفا به اذن ولیّ همراه با کمال عقل مریض باشد.

مصنف در نکت درباره خبر مذکور می‌فرماید: «به ولیّ رجوع کرده، زیرا از او در صورت تلف، مطالبه می‌شود. پس اینکه ابراء قبل از استقرار ضامن به جهت ضرورت تشریح شده، به کسی که متولی مطالبه است، انصراف دارد. به تقدیر وقوع آنچه از آن برائت می‌شود. بعید نیست خود مریض بتواند برائت ذمه بدهد و لذا فعل مأذون است؛ چه آنکه وقتی مجنی علیه می‌تواند برای جنایت بر خود اذن دهد و ضامن را ساقط کند، پس به طریق اولی در مباح مأذون هم می‌شود»<sup>(۱)</sup>.

مؤلف گوید: می‌توان جواب از اشکال عدم صحت اسقاط حق، قبل از وجوبش را در چند وجه خلاصه کرد:

۱- تصریح روایت سکونی به آن، بعد از جبر ضعف سند و تأیید آن، به مسأله نیاز شدید. لذا به دلیل ظهورش، احتمالات مخالف از بین می‌رود و روایت، قاعده عدم صحت اسقاط حق قبل از ثبوتش را تخصیص می‌زند و بر آن حاکم است. این همان است که مرحوم آقای خوئی (قدس سره) بر آن بنا گذاشته‌اند.

۲- وجود مقتضی یعنی بستن عقد اجاره با طبییی که به درمان موجب تلف منجر می‌شود، برای صحت برائت کافی است. پس اگر برائت، شرطی در عقد اجاره طبیب قرار داده شود، به دلیل عموم «المؤمنون عند شروطهم» کافی است. همانطور که اسقاط

(۱) جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۷ و ۴۸.

بعضی خیارات در عقد بیع، قبل از اینکه موضوعش کاملاً تحقق پیدا کند، صحیح است (مانند خیار تأخیر)، یا اسقاط بعضی از حقوق زوجیت در عقد. یا اسقاط حق القسم در روز.

۳- شکی نیست که اذن دادن به اتلاف مال، ذمه تلف کننده را بری می‌کند و حیوان هم مال است. همچنین است اتلاف عضو، در صورتی که در حدود عقلایی باشد؛ زیرا اذن در جنایت، دیه آن را ساقط می‌کند.

۴- سقوط ضمان، از باب اسقاط نیست؛ زیرا معالجه و عمل جراحی از اینکه با گرفتن برائت موجب ضمان باشد خارج می‌شود و بین آن دو فرق است. همانطور که اذن در خوردن مال، مسقط ضمان نیست. بلکه اتلاف را غیر مضمون می‌کند. این معنا در کلمات دیگران هم آمده است: محقق اردبیلی (قدس سره) می‌فرماید: «استبعادی در لزوم وفا به آن، به معنای عدم ثبوت حق نیست»<sup>(۱)</sup>. مرحوم آقای حکیم (قدس سره) می‌فرماید: «اشکال در صورتی که برائت شرط عقد اجاره باشد، تمام نیست؛ زیرا از جمله اسقاط قبل از ثبوت نیست. بلکه شرط سقوط است، همانطور که در شرط سقوط خیار آمده است»<sup>(۲)</sup>. بنابراین از قبیل شرط نتیجه است.

مؤلف گوید: اینها همه در فرض این است که متصدی درمان، پزشکی ماهر و شایستگی انجام این کار را داشته باشد. و الا برائت اثری ندارد و مریض حق ندارد، خود را در اختیار چنین کسی قرار دهد.

(۱) مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۲۳۱.

(۲) مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۸۱.

آیا برائت در حدود تسلط انسان بر خودش تقیید می‌شود؟ ممکن است در اینجا اشکالی مطرح شود و آن اینکه ما تسلط انسان بر نفس خود را، منوط به عدم از هاق نفس (کشتن خود) و وارد آمدن ضرر معتنا به در بدن، دانستیم. و این با اطلاق حکم به سقوط دیه در جایی که طیب برائت گرفته - حتی اگر به وفات یا اتلاف عضوی اصلی بیانجامد - منافات دارد؛ زیرا مریض این سلطه را ندارد، تا پزشک را از آن مبرا کند.

به روایت سکونی به جهت ضعف سند، یا عدم تمامیت اطلاقش - همانطور که در گذشته گفتیم - اصلاً نمی‌توانیم استدلال کنیم.

نتیجه: در سقوط دیه از پزشک، به برائت در غیر وفات یا تلف اعضای اصلی بسنده می‌کنیم. عبارات مرحوم آقای خوئی (قدس سره) به این معنا اشاره دارد. ایشان درباره ضمان خُتان تا اینکه ولیّ صغیر او را مبرا کند، می‌فرماید: «زیرا او بعد از اینکه این ولایت برایش ثابت نشود، حق برائت ندارد»<sup>(۱)</sup>.

قولی با این تفصیل، از شیخ فیاض (دام ظلّه الشریف) یافتیم که می‌فرماید: «دیه از طیب با اذن و ابراء مریض - اگر مرگش مستند به عمل جراحی باشد و طیب در آن مقصر نباشد - ساقط نمی‌شود؛ زیرا برای هیچکس امکان ندارد که به صورت مطلق به عمل جراحی اذن دهد، اگرچه به مرگش منجر شود. چه آنکه سلطه انسان بر نفس خودش ثابت نیست. پس اینکه مریض ذمه طیب را از دیه ابراء کند، ارزشی ندارد. بلکه دیه در صورتی که به مرگ منجر شود، ثابت است، اگرچه از خود مریض برائت گرفته باشد. اما نسبت به تلف اعضاء. اگر اعضاء اصلی باشد، حکم همان است. اما اگر اعضای غیر اصلی باشد، با اذن و ابراء

(۱) موسوعة السید الخوئی، ج ۳۰، ص ۲۴۴، کتاب اجاره، مسأله (۵).

مريض، ديه‌ای بر عهده طبيب نیست. البته در صورتی که طبيب در آن مقصر نباشد»<sup>(۱)</sup>.

مؤلف گوید: تسلط، در حدّ از هاق نفس یا تلف یکی از اعضای اصلی - اگرچه برای انسان ثابت نشده باشد همانطور که گذشت - است. الا اینکه ابراء ذمه طبيب در این حدّ، حقی اکتسابی برای بیمار است که به تسلط او اضافه گردیده است و از چند مصدر نشأت می‌گیرد:

۱- روایاتی که به مداوا و معالجه امر می‌کنند، حتی اگر به وفات منجر شود. مانند صحیحه یونس بن یعقوب و دو روایت اسماعیل متطبب و حمدان بن اسحاق و غیر ایشان (که در صفحه ۲۸۳ گذشت). این روایات حقیقتاً اذن شرعی می‌دهند و شارع مقدس از مردم به جان‌هایشان سزاوارتر است.

۲- بنای عقلا بر اقدام برای درمان، حتی در صورت احتمال تلف و وفات؛ اگر ملاک آن اهمّ باشد، مانند عمل قلب باز و پیوند کبد.

۳- روایت سکونی، بنا بر اعتبار و جبر ضعف سند آن با عمل مشهور، یا به جهت قبول روایت نوفلی از سکونی بنا بر وجهی که گذشت، و یا به جهت آنچه شیخ در العدة فرموده که اصحاب به منقرضات سکونی - اگر مخالفی برای آن در احادیث امامیه یافت نشود - عمل می‌کنند.

۴- تعلیلی که محقق (قدس سره) در کلام پیش گفته خود فرمود: «درمان، امری است که خیلی بدان نیاز است، پس اگر ابراء تشریح نشود، درمان مشکل است». شهید در حاشیه ارشاد می‌فرماید: «به دلیل نیاز به آن و اینکه از معالجه بی‌نیاز نیستیم و اگر دامپزشک و طبیب بفهمند که ضامن هستند، با وجود

(۱) المسائل الطبیبة، ص ۹۶.

ضرورت آن، درمان را متوقف می‌کنند. پس به جهت ضرورت و نیاز به ابراء، واجب است که تشریح شود»<sup>(۱)</sup>. پس اگر پزشکان از ترس وقوع تلف یا وفات که در بسیاری از عمل‌ها محتمل است، از عمل باز ایستند، هدفی که در نکته اول گفتیم نقض می‌شود.

به علاوه دو مناقشه دیگر که اشکال را سالبه به انتفاء موضوع می‌کنند و آن اینک:

۵- آنچه با تسلط منافات دارد، اذن در قتل یا اتلاف اعضای اصلی است، که ما نیز آن را منع می‌کنیم. لذا سببیت در وفات - حتی بیماری که در بستر مرگ است - جازز نمی‌باشد. لیکن مورد از این قبیل نیست؛ چرا که اذن، به معالجه و انجام عمل جراحی همراه با برائت از تلف - در صورتی که اتفاق بیفتد - تعلق گرفته. پس این کجا و آن کجا؟

۶- وجوهی که پیشتر بدان، بر عدم ضمان طیب استدلال کردیم؛ چه برائت بگیرد یا نگیرد. که موافق با قول ابن ادریس (قدس سره) و خلاف مشهور بود. از مجموع بحث، دلیل آنچه در رساله عملیه گفتیم دانسته می‌شود<sup>(۲)</sup>.

مسأله (۱۵۹): ختّان، ضرری را که برای کودک پیش می‌آید - حتی اگر بمیرد - را ضامن نیست. البته در صورتی که در کار خود متخصص بوده و تقصیر نداشته باشد. مثل اینکه لوازم کافی را آماده نکند، یا قابلیت کودک برای ختنه را تشخیص ندهد - اگر امر به او موکول شده باشد، مانند پزشک جراح و نه در جایی که تنها به عملیات ختنه تکلیف شده باشد، مانند ختّان معمولی - و

(۱) غایة المراد، ج ۴، ص ۴۴۹.

(۲) منتخب سبل السلام، معاملات، ص ۴۶.

دیگر اینکه تعدی نکند، مثل اینکه بیش از حدّ متعارف قطع کند و دیگر اینکه تفریط نکند.

مسأله (۱۶۰): اگر پزشک، مریض را مستقیم درمان کند، یا عمل جراحی بر روی او انجام دهد و در حرفه خود ماهر باشد و تمام تلاش خود را در تشخیص صحیح و کار دقیق به کار بندد، ولی در عین حال بیمار ضرر ببیند یا بمیرد، پزشک ضامن نیست و احوط این است که قبل از عمل و درمان، از ضامن برائت بگیرد. و اگر بیمار یا خانواده متوفی ادعا کنند که تلف یا مرگ، به سبب تقصیر پزشک رخ داده، قاضی شرعی گروهی از متخصصین را برای بررسی سبب و ادعا تعیین می‌کند.

این سخنرانی در تاریخ ۲۸، ذو القعدة، ۱۴۴۱ هـ. ق، مصادف با ۳۰، تیر، ۱۳۹۹ شمسی به فضل و لطف الهی به پایان رسید. و «ستایش خدایی را که ما را بدین راه هدایت نمود، و اگر خدا ما را رهبری نمی‌کرد ما خود هدایت نمی‌یافتیم».