

تحقیق‌ی پیرامون سیر اندیشه‌ی ضمان طیب در فقه امامیه

محمود کاظمی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱/۲۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۶/۱۵)

چکیده:

مسئولیت مدنی پزشک دارای دو جنبه است. از یک سو، پزشک متعهد است، بیماری شخص را درمان نماید؛ این تعهد پزشک از نوع تعهد به وسیله و مسئولیت او نسبت به عدم بهبود بیمار، مبتنی بر تقصیر است. از سوی دیگر، پزشک متعهد است، تلاش کند تا در جریان معالجه، زیان و خسارت جدید به بیمار وارد نشود. نسبت به این جنبه از تعهد پزشک و مبنای مسئولیت او اتفاق نظر وجود ندارد. در نظام حقوقی ایران مستنبط از ظاهر مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی، استنباط می‌شود، پزشکی که با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد، مسئول زیان وارده بر اوست هر چند مرتکب تقصیر نشده باشد، مگر اینکه قبل از معالجه برائت اخذ کرده باشد. این مواد از فقه امامیه اقتباس شده است. در این مقاله تلاش شده است، سیر اندیشه‌ی ضمان طیب در فقه امامیه و نظرات مختلف که در خصوص مسئولیت مدنی پزشک مطرح شده است، مورد نقد و بررسی قرار گرفته و مبنای فقهی مواد قانون مجازات اسلامی روشن گردد.

واژگان کلیدی:

ضمان طیب، اذن بیمار، اخذ برائت، مشهور فقهاء، مبنای مسئولیت مدنی پزشکی.

مقدمه

۱- پزشک در برابر بیمار تعهدات مختلف دارد که برخی از آنها صرفاً جنبه اخلاقی دارند (آیین نامه انتظامی)؛ اما اساسی‌ترین تعهد پزشک در برابر بیمار، درمان و معالجه اوست. این تعهد پزشک دو جنبه دارد در نتیجه مسئولیت پزشک از دو جنبه قابل بررسی است:

الف- از یک سو پزشک متعهد است تلاش کند بیماری شخص را معالجه کرده تا بیمار بهبودی حاصل نماید. هرگاه به رغم تلاش پزشک، بیماری شخص درمان نشود، مسئولیت پزشک نسبت به عدم بهبودی بیمار مطرح می‌شود و پزشک ممکن است با وجود شرایط، مسئول باشد. این جنبه از مسئولیت پزشک کمتر مورد بحث است. مسئولیت پزشک در این مورد در تمام نظام‌های حقوقی جهان مبتنی بر تقصیر است، زیرا تعهد پزشک نسبت به درمان بیماری از نوع تعهد به وسیله است. در فقه اسلامی نیز پزشک جز در فرض ارتکاب تقصیر، مسئول عدم حصول نتیجه معالجه نیست (کاظمی(الف)، ۱۳۸۴، ص ۱۱۲).

ب- اما انجام هر عمل پزشکی، هر چند ساده، ممکن است زیان‌های شدید برای بیمار به دنبال داشته باشد. مثل اینکه شخص برای انجام عمل، بی هوش شود ولی هیچ‌گاه به هوش نیاید. وقوع این نوع زیان‌ها به رغم پیشرفت علم پزشکی بسیار متداول است. این، به دلیل طبیعت عمل پزشکی است که با بدن انسان که از حساسیت زیادی برخوردار است، مرتبط است. بر این اساس، پزشک متعهد است مراقبت نماید در جریان معالجه زیان جدیدی به بیمار وارد نشود. مسئولیت پزشک نسبت به این نوع زیان‌ها نیز مطرح است و هرگاه از مسئولیت پزشک به طور مطلق صحبت می‌شود منظور مسئولیت او نسبت به این نوع زیان‌هاست. این جنبه از مسئولیت پزشکی تحولات چشم‌گیری به خود دیده است. منظور از ضمان طیب (مسئولیت پزشک) که در فقه مطرح است، مسئولیت او نسبت به این نوع زیان‌های ناشی از عمل پزشکی است، که در حقوق موضوعه از آن به «حوادث پزشکی» تعبیر می‌کنند. در مواد ۶۰، ۳۱۹ و ۳۲۲ ق.م.ا. نیز که از مسئولیت پزشک سخن به میان آمده است، منظور این جنبه از مسئولیت پزشک است. موضوع این مقاله نیز بررسی مسئولیت پزشکی از این جنبه است.

۲- در حقوق ایران در خصوص مسئولیت و حقوق پزشکی به جز قانون و آئین نامه انتظامی، قانونی خاصی وجود ندارد. در قانون مجازات اسلامی، تنها چند ماده محدود در خصوص حرفه‌ی پزشکی وجود دارد. ماده ۶۲۴ (سقط جنین)، ماده ۶۴۸ (افشای اسرار بیماران) و ماده ۵۳۹ (اعطای گواهی خلاف واقع). اما در باب مسئولیت پزشکی تنها مواد ۵۹، ۶۰ و ۳۱۹ و ۳۲۲ ق.م.ا. وجود دارد. بند ۲ ماده ۵۹ مقرر می‌دارد که اعمال پزشکی و جراحی که با اذن بیمار یا اولیای او انجام می‌پذیرد با رعایت اصول فنی و مقررات و نظامات دولتی جرم نیست. ماده ۶۰ نیز شبیه ماده ۳۲۲ ق.م.ا. است. بر این اساس در باب مسئولیت مدنی پزشکی

تنها دو ماده ۳۱۹ و ۳۲۲ وجود دارد. مطابق ظاهر ماده ۳۱۹، هرگاه پزشک با اذن بیمار یا ولی او به معالجه او بپردازد و در نتیجه عمل پزشکی به بیمار زبانی برسد، پزشک مسئول جبران زیان وارده است. هرچند در کار خود ماهر بوده و نظامات دولتی را رعایت نموده و بطور کلی مرتکب تقصیری نشده باشد. از سوی دیگر ماده ۳۲۲ ق.م.ا. مقرر می‌دارد، هرگاه پزشک قبل از انجام عمل از بیمار یا ولی او براءت اخذ نماید، مسئول زیان وارد بر بیمار نیست، هر چند مرتکب تقصیر شده باشد؟! این قسمت آخر به صراحت نیامده است ولی ظاهر ماده ۳۲۲ که به صورت مطلق است، این حکم را تایید می‌کند. نه حکم بسیار شدید ماده ۳۱۹ که پزشک را بدون ارتکاب تقصیر مسئول زیان وارد بر بیمار دانسته، قابل پذیرش است و نه حکم مطلق ماده ۳۲۲ که تنها به صرف اخذ براءت، پزشک را از هر نوع مسئولیت بری می‌داند. این امر موجب شده که انتقادهای شدیدی از سوی اساتید حقوق نسبت به این حکم قانونی وارد شده، و ضمن پیشنهاد اصلاح مواد مزبور در صدد تأویل و تفسیر آن برآیند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۲۶). از آنجایی که این مواد عیناً از فقه شیعه اقتباس شده است و ترجمه‌ی متون فقهی است، برای اظهار نظر در خصوص مبنای مسئولیت مدنی پزشکی، شایسته است، حکم این موضوع در فقه شیعه مشخص شود تا با توجه به آن بتوان این مواد را تفسیر کرد. به همین دلیل در این مقاله تلاش بسیاری انجام شده، تا ضمن بررسی تاریخی سیر اندیشه‌ی ضمان طبیب در فقه اسلامی، مبنای مسئولیت مدنی پزشکی از دیدگاه فقه اسلامی (به ویژه فقه شیعه) تبیین شود. خاطر نشان می‌سازد که اگر چه در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران، مسئولیت مدنی پزشک به طور خاص مورد بررسی و مطالعه قرار گرفته است و در این مقاله نیز محور بحث مسئولیت پزشک است، اما نتایج حاصل از این مطالعه، اختصاصاً به پزشک ندارد، بلکه شامل تمام صاحبان حرف پزشکی و مراکز درمانی می‌گردد.

۳- در فقه اسلامی در این باره، سه نظریه کلی وجود دارد: یک دیدگاه این است که هر گاه پزشک با رضایت بیمار یا ولی او به معالجه بپردازد و در نتیجه آن به بیمار زبانی برسد، مسئول خسارت وارد بر او است، هر چند در کار خود ماهر بوده و مرتکب تقصیری نشده باشد. مگر اینکه قبل از معالجه از بیمار یا ولی او براءت اخذ کند، که در این صورت مسئول نیست مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد. نظر دیگر این است که، هر گاه پزشک با اذن بیمار به معالجه او بپردازد و در کار خود ماهر بوده و مرتکب تقصیری نشود، مسئول زیان وارد بر بیمار نیست. نظریه سوم بین موردی که پزشک مباشر معالجه است و موردی که به طور غیرمستقیم بیمار را معالجه می‌کند، تفکیک قایل می‌شود؛ در این مقاله سیر تحول اندیشه ضمان طبیب در فقه امامیه بر مبنای تاریخی بررسی می‌شود.

بخش نخست - مسئولیت غیر تقصیری پزشکی - لزوم اخذ برائت برای رفع مسئولیت

مبحث یکم - پیشینه‌ی تاریخی این نظریه

از قدیم بین فقها این نظریه شهرت داشته است که پزشک مسئول زیان ناشی از عمل پزشکی است که به بیمار وارد می‌شود، هر چند تقصیری مرتکب نشده باشد، مگر اینکه قبل از معالجه شرط برائت کرده باشد. چون این نظریه از شهرت بسزایی در بین فقهای امامیه برخوردار است و قانون‌گذار ایران در مواد ۳۱۹ و ۳۲۲، ق. م. ا. از آن پیروی کرده است، لازم است منشاء ورود آن به فقه امامیه بررسی شود.

۴- الف. قرن چهارم و پنجم هجری

ظاهراً^۱ نخستین بار این مسئله از سوی شیخ مفید (۴۱۳-۳۳۶ه.ق)، در فقه امامیه مطرح شده است. چنانکه صاحب مفتاح الکرامه نقل می‌کند: «ایشان معتقد بوده‌اند که پزشک برای رفع مسئولیت باید از بیمار برائت اخذ نماید و الامسئول است» (عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۷۰).^۱ بعد از شیخ مفید شاگرد او، سید مرتضی در دو کتاب الانتصار و مسایل الناصریات، متعرض این موضوع نشده است و فقهای بعد از وی نیز سخنی از او در این باب نقل نکرده‌اند. اما معاصران سید، نظیر حلبی، پزشک را تنها در صورت اخذ برائت از مسئولیت بری می‌دانند (الحلبی، الکافی، ۱۴۱۰، ج ۲۴، ص ۱۰۳). شیخ طوسی، شاگرد شیخ مفید و سیدمرتضی در النهایه می‌نویسد: «کسی که طبابت می‌کند باید از بیمار برائت اخذ نماید و الا ضامن است» (طوسی، النهایه، ص ۲۵۰). سالاردیلمی (۴۶۳ ه.ق) در المراسم به مسئولیت پزشک اشاره نکرده ولی قاضی ابن براج، معاصر دیگر شیخ در المهذب، از نظر او پیروی کرده است (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۵۰). لازم به ذکر است که هیچ‌یک از این فقها برای نظر خود استدلال نکرده و صرفاً^۲ به بیان فتوا اکتفا کرده‌اند.

۵- ب. قرن ششم و هفتم هجری

در قرن ششم ابن زهره در غنیة النزوع، پزشک را به طور مطلق ضامن زیان وارد بر بیمار دانسته و برای اثبات آن ضمن استناد به اجماع فقهاء آن را از مصادیق قتل شبه عمد می‌داند (ابن زهره، ۱۴۱۰، ج ۲۴، ص ۲۴۳). قطب الدین کیدری از دیگر فقهای این دوره در کتاب اصباح

۱. لازم به ذکر است که آغاز اجتهاد در فقه امامیه از زمان شیخ مفید و اوایل قرن چهارم ه.ق بوده و تا قبل از آن زمان، علم فقه منحصر به جمع آوری نصوص و روایات بوده است (گرجوی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۶). بر این اساس، اظهار نظر شیخ مفید، می‌تواند، قدیمی ترین نظریه در فقه امامیه باشد.

الشیعه پزشک را مسئول زیان وارد بر بیمار می‌داند مگر اینکه قبل از معالجه برائت اخذ نماید، ولی برای اثبات آن استدلال نمی‌کند (الکیدری، ۱۴۱۶، ص ۴۹۶). ابن ادریس، از دیگر فقهای این عصر، نخستین فقهی است که بعد از یک دوره فترت که به دنبال رحلت شیخ طوسی در اجتهاد شیعه پیش آمده بود، در آراء شیخ تشکیک کرد (گرجی، ۱۳۷۵، ص ۲۲۲). او نخستین فقهی است که در خصوص مسئولیت پزشک، بر خلاف گذشتگان خود فتوی داده و معتقد است در صورتی که پزشک با رضایت بیمار به معالجه او پردازد و مرتکب تقصیر نشود، ضامن زیان ناشی از معالجه نیست (ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۳۷۳).

در قرن هفتم محقق حلی در شرایع، با پیروی از نظر مشهور، نخستین بار در راستای اثبات آن استدلال فقهی می‌کند. وی در توجیه قول مشهور به قاعده اتلاف استناد می‌کند (محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۳ و ۴، ص ۱۰۱۹). ایشان به علاوه در النکت النهایه، برای اثبات این حکم، نقل «اجماع» می‌کند. البته وی به صراحت از کلمه «اجماع» استفاده نمی‌کند ولی فقهای بعد از وی از عبارات او مفهوم اجماع را استنباط کرده و آن را به وی نسبت داده‌اند. عبارت وی در النکت این است: «... اصحاب بر این امر اتفاق نظر دارند که پزشک ضامن زیان‌هایی است که در نتیجه معالجه به بیمار وارد می‌شود» (حلی، النکت، به نقل از: نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۴۶). صاحب مسالک، ضمن نقل این عبارت از محقق در ذیل آن می‌نویسد: «این عبارت حاکی از ادعای اجماع بر این حکم، از ناحیه اوست» (شهید ثانی، شرح لمعه، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۳۹۳، حاشیه صاحب مسالک). بعد از محقق حلی، صاحب الجامع للشرایع، نظر مشهور را تایید می‌کند، بدون اینکه دلیلی بر آن اقامه نماید (ابی زکریا، ۱۴۱۰، ج ۲۵، ص ۵۰۰).

۶-د. قرن هشتم هجری

علامه حلی ضمن پیروی از نظر مشهور، در تایید آن به روایتی از امیرالمومنین (ع) استناد می‌کند. بر مبنای این روایت ختنه کننده ضامن جراحی است (علامه حلی، قواعد، ج ۲، ص ۳۱۳). چون ختنه کردن از حرفه‌های مرتبط با پزشکی است، حکم پزشک نیز شبیه آن دانسته شده است. وی همین دیدگاه را در کتب دیگر خود بیان می‌کند (علامه حلی، تحریر، ص ۲۶۲). بعد از علامه حلی، شهید اول (۷۸۶ ه.ق) در کتاب لمعه، نظر مشهور را تایید می‌کند ولی دلیلی برای اثبات آن ذکر نمی‌کند (شهید اول، اللعه، به نقل از شهید ثانی، شرح لمعه، ص ۳۹۳). در قرن نهم هجری کتاب فقهی معروف وجود ندارد یا به دلیل اینکه فوت مولف آنها در قرن دهم اتفاق افتاده از آثار آن قرن به حساب می‌آیند.

۷-۵. قرن دهم ه.ق

شهید ثانی در شرح لمعه، ضمن تایید نظر شهید اول (مشهور) برای اثبات آن به قاعده اتلاف استناد کرده و بیان می‌کند که، چون زیان وارد بر بیمار منتسب به پزشک است، بر مبنای اتلاف مسئول است، هر چند مرتکب تقصیری نشده باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۳). وی به علاوه به دلیل عام «هدر نبودن خون مسلمان» استناد می‌کند (لایطل دم امرء مسلم). ایشان در ادامه در پاسخ به این اشکال مقدر که، چون پزشک با اذن بیمار به معالجه او پرداخته و مرتکب تقصیر نشده، نباید مسئول باشد، می‌نویسد: «این امور تأثیری بر مسئولیت پزشک ندارد، زیرا وقتی ارتکاب قتل به صورت خطای محض، موجب مسئولیت است، به طریق اولی پزشک، مسئول قتل ناشی از معالجه است، زیرا پزشک حداقل قصد انجام فعل (معالجه) را دارد؛ اگر چه در هر مورد شخص مسئول متفاوت است؛ در قتل خطای محض عاقله اما در قتل شبه عمد، قاتل (پزشک معالج)» (شهید ثانی، ص ۳۹۳). وی در ادامه می‌نویسد: «اذن و رضایت بیمار برای انجام معالجه بوده نه برای اتلاف، براین اساس اثر رضایت بیمار، اباحه و جواز معالجه است و این امر منافی ضمان آور بودن فعل نیست. زیرا جواز عمل (از لحاظ حکم تکلیفی) منافاتی با ضمان آور بودن آن (به لحاظ حکم وضعی) ندارد، همانند ضرب کودک به منظور تادیب وی که به رغم اینکه مجاز است، در صورتی که موجب صدمه کودک شود، ضارب مسئول است» (همان). ایشان سپس به روایتی که از امام علی (ع) نقل شده، استناد می‌کند که به موجب آن امام (ع) ختان را ضامن خسارت و زیان وارد بر کودک دانسته است و در نهایت می‌نویسد: «بهتر است، در این زمینه به اجماعی که مصنف و جماعت دیگر نقل کرده‌اند، اعتماد شود والا این روایت به دلیل وجود سکونی در سلسله روایت آن، ضعیف است» (شهید ثانی، ص ۳۹۳). ملاحظه می‌شود که شهید ثانی در نهایت برای اثبات این نظریه به اجماع منقول از شهید اول و سایر فقها استناد می‌کند. مقدس اردبیلی از دیگر فقهای برجسته این دوره، بر خلاف مشهور از نظریه ابن ادریس پیروی کرده و پزشکی را که با رضایت بیمار به معالجه می‌پردازد و تقصیری مرتکب نمی‌شود، مسئول زیان وارد بر بیمار نمی‌داند. ایشان در اثبات این ادعا می‌نویسد: اولاً " او مطابق علم خود عمل کرده و بیش از این تکلیف ندارد؛ ثانیاً، " شرعاً هر اتلافی ضمان آور نیست؛ ثالثاً، " روایت ختان به مورد تعدی وی حمل می‌شود؛ رابعاً، " اجماع اصحاب را باید به موردی حمل کرد که پزشک از بیمار رضایت نگرفته است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۲۲۹).

۸- و. قرن یازدهم و دوازدهم هجری

فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع از نظریه مشهور فقها پیروی کرده و برای اثبات آن به قاعده اتلاف و روایت سکونی استناد می‌کند. به علاوه، او اجماع فقها را از قول محقق و ابن زهره نقل می‌کند (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ ه.ق، ج ۲، ص ۱۱۶). فاضل هندی از فقهای قرن ۱۲ قول مشهور را تایید کرده و برای اثبات آن به قاعده اتلاف و اجماع منقول از محقق حلی و ابن زهره استناد می‌کند. وی در مورد روایت سکونی تردید کرده و سند آن را ضعیف می‌داند. به علاوه ایشان در مورد روایتی دیگر که سکونی از امام علی (ع) نقل کرده و اخذ برائت را برای رفع مسئولیت پزشک، لازم می‌داند، تردید نموده، اظهار می‌دارد، احتمال دارد منظور از «اخذ برائت» در این روایت، برائت بعد از تحقق جنایت باشد و لفظ «ولی» در انتهای روایت، این احتمال را تقویت می‌کند^۱ (فاضل هندی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۳۰۳).

۹- ز. قرن سیزدهم هجری

سید علی طباطبائی، ضمن بیان اختلاف نظری که در این باب وجود دارد، در اثبات قول مشهور به قاعده اتلاف و غیر مهدور بودن خون مسلمان استناد کرده و اظهار می‌دارد که در این خصوص غیر از ابن ادریس مخالف چندانی وجود ندارد، و در رد نظر او می‌نویسد: «و سخن ابن ادریس صرف نظر از اینکه نادرست است، با اجماعی که بر خلاف او در کتاب الغنیة و النکت و از شهید اول نقل شده است، تضعیف می‌شود» (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۳۳).

سید محمد جواد حسینی عاملی از دیگر فقهای این دوره در کتاب مفتاح الکرامه، ضمن بیان دو نظریه‌ای که در این باره وجود دارد به نقد ادله هر کدام پرداخته و در تحقق اجماعی که در این خصوص نقل شده است، اظهار تردید جدی می‌کند. ایشان در این زمینه می‌نویسد: «عبارت فقهایی که به مسئولیت پزشکی [که با رضایت بیمار به معالجه او پرداخته]، حکم داده‌اند، مطلق است. یعنی این قید وجود ندارد که پزشک، اگر چه با رضایت بیمار به معالجه او بپردازد، مسئول است. هر چند از ظاهر کلام شهید در غایه المراد استنباط می‌شود که منظور فقها این بوده که مورد رضایت بیمار را نیز در بر بگیرد و پزشک در آن فرض نیز مسئول باشد؛ به هر حال چنین قیدی در کلام آنها وجود ندارد» (عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۰). بدینسان احتمال دارد که معقد اجماع فقها، موردی باشد که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او اقدام می‌کند و در موردی که با رضایت بیمار، اقدام می‌کند نسبت به مسئولیت پزشک، اجماع وجود ندارد و یا دست کم در تحقق آن تردید است. این احتمال به عنوان دلیلی برای رد

۱. چون واژه «ولی» ظهور در ولی دم دارد که به دنبال تحقق قتل، معنا پیدا می‌کند و قبل از قتل و وقوع جنایت، ولی دمی وجود ندارد، به جز در مورد افراد محجور (فاضل هندی، همان، ص ۳۰۳).

نظریه‌ی مشهور که به اجماع استناد کرده‌اند، از سوی ابن ادریس مطرح شده است (به نقل از عاملی، مفتاح، ص ۲۷۰). در نهایت صاحب مفتاح در این مورد نظر ابن ادریس را تایید می‌کند که، چون اجماع منقول از ابن زهره و محقق، مطلق است و مقید به مورد رضایت بیمار نیست، می‌توان آن را به موردی حمل کرد که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او اقدام کرده باشد، و در موردی که پزشک با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد و بدون ارتکاب تقصیر به بیمار صدمه وارد می‌شود، اجماعی بر مسئولیت او وجود ندارد.^۱ وی در ادامه می‌نویسد: «به هر حال کسانی هستند که به صراحت به مسئولیت پزشک در فرض رضایت بیمار حکم داده‌اند؛ یعنی تصریح کرده‌اند که حتی اگر پزشک با رضایت بیمار اقدام نماید، مسئول زیان وارد بر اوست. از جمله صاحب شرایع، تحریر، الارشاد، الايضاح، اللمعه، غایه المراد، التفتیح، مسالك، الروضه، الرياض و مفاتیح، این نظر را مشهور دانسته‌اند و در کتاب مسالك این قول شهر دانسته شده است. دلیل تمام اینها علاوه بر اجماعی که نقل شده است، این است که خون مسلمان نباید هدر رود. به علاوه تلف متناسب به پزشک است. همچنین موید این استدلال، روایتی است که از امام علی (ع) در باب ضمان ختنه کننده نقل شده است؛ و روایتی دیگر که نوفلی از سکونی، او از امام صادق (ع) و او از امام علی (ع) نقل می‌کند که فرموده‌اند: «کسی که طبابت می‌کند و یا به معالجه دام دیگری می‌پردازد، باید از ولی او براثت اخذ کند والا ضامن زیان‌های وارد بر اوست».^۲ در نهایت صاحب مفتاح، به صراحت له و علیه هیچ یک از دو نظریه اظهار نظر نمی‌کند.

بعد از وی، صاحب جواهر (۱۲۶۶ هـ.ق) با بیان دو نظریه‌ای که بین فقهاء وجود دارد، نظریه مشهور را به اصول و قواعد مذهب شیعه ائمه دانسته و اجماع فقها را از قول صاحب الغنیة و محقق حلی نقل نموده، آن را حجت می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۴۶). ایشان، علاوه بر اجماع فقها، در تایید قول مشهور این‌گونه استدلال می‌کند که مطابق قاعده اتلاف هر کس جان یا مال دیگری را تلف کند، ضامن است. استناد به اذن بیمار در فرض مسئله نیز بی مورد است، زیرا رضایت بیمار به انجام معالجه بوده نه اتلاف؛ همچنین این استدلال که چون عمل پزشک شرعاً مجاز بوده، نباید ضمان آور باشد، قابل قبول نیست، زیرا جواز عمل باضمان آور بودن آن، منافات ندارد، مانند ضرب کودک برای تأدیب او. مضافاً اینکه، خبر سکونی از

۱. این فقیه در این باره می‌نویسد: «واجماع النکت النهایة» کاجماع «الغنیة» لیس فیہ تقیید بالاذن. قال فی النکت، علی ماحکاه الشهید و غیره: الاصحاب متفقون علی ان الطیب یضمن ما یتلف بعلاجه؛ فلم یکن فی هذاین الاجماعین مانع عن الحمل المذكور؛ و وجهه انه قد یجب ذلک علی الطیب کفایة بل عینا؛ و مائت شرعاً ان کل اتلاف موجب للضمان و لو اتفق حصوله من فعل ما ذون فیہ، واجب عینا؛ او کفایة؛ والمفروض انه حاذق، فعل مقضی علمه و اجتهد و ما قصد، مع انه مستاذن؛ و روایة الختان یحمل علی ما حملها علیه «السرائر»، من التفریط مع التسلیم لصحة السند» (عاملی، ۱۳۹۱، ص ۲۷۱).

۲. «من تطب او تبطر فلیأخذ البراثة من ولیه والا فهو ضامن» (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۷۱).

امیرالمومنین، همچنین خبر نوفلی از سکونی، از امام صادق (ع)، از امام علی (ع) در مورد ضمان ختن مؤید این نظر است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۴۶).

تا این دوره فقهاء بین فرض مباشرت و عدم مباشرت پزشک در معالجه، تفکیکی قایل نمی‌شوند. شاید این بدان جهت بوده است که معمولاً در آن زمان‌ها پزشکان مباشرتاً به درمان بیمار می‌پرداخته‌اند (محقق رشتی، الاجاره، ص ۳۳۹). با وجود این، عده‌ای به صراحت گفته‌اند که نباید بین مباشرت و عدم مباشرت پزشک در معالجه تمیز قایل شد (برای دیدن دلایل طرفداران این نظریه، رش: محقق رشتی، اجاره، ص ۳۳۹). بعد از این عصر، تمایل به سمت تعدیل قول مشهور ایجاد شده است. در نخستین گام، قول مشهور را به مورد مباشرت پزشک در معالجه حمل می‌کنند. صاحب جواهر از فقهای است که بعد از تایید قول مشهور در نهایت، قول مشهور را به فرض مباشرت پزشک در درمان حمل می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۴۶).

۱۰- ح. قرن چهاردهم ه.ق.

در قرن چهاردهم، فقهایه سمت تعدیل نظریه‌ی مشهور پیش می‌روند. شیخ عبدا.. مامقانی (۱۳۲۳ ه.ق) قول مشهور را به مورد مباشرت پزشک در درمان حمل کرده و معتقد است که در فرض عدم مباشرت پزشک در معالجه، او مسئول زیان بیمار نبوده مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد (مامقانی، مناهج المتقین، ص ۵۲۰). همین نظر را خوانساری از دیگر فقهای این دوره تایید می‌نماید (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۱۸۸).

۱۱- ط. قرن معاصر

اگر چه شهرت ضمان نوعی پزشک بر معاصران نیز تاثیر گذارده و بسیاری از فقها را به سمت نظریه مشهور رهنمون شده است، ولی به مرور از قرن ۱۴، این نظریه تا حدودی تعدیل شده است. ابتدا بین فرض مباشرت و عدم مباشرت تفاوت قایل شدند و در فرض عدم مباشرت در درمان، پزشک را ضامن ندانستند. سپس به این سمت رفتند که پزشکی را که با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد و مرتکب تقصیر نمی‌شود، مسئول ندانند، هر چند مباشر در معالجه باشد. اما از معاصران کسانی که با قول مشهور فقها، موافقت کرده‌اند می‌توان اشخاص زیر را نام برد: خویی در یک کتاب خود از نظریه مشهور پیروی می‌کند (خویی (الف)، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲ ص ۲۲۱)، اما در کتاب مستند العروة الوثقی، بین فرض مباشرت و عدم مباشرت پزشک در معالجه تفکیک قایل می‌شود (خویی (ب)، ۳۶۵، ص ۲۴۹). امام خمینی نیز در تحریر الوسیله، از نظریه‌ی مشهور فقها پیروی کرده است؛ به نظر ایشان معالجه به طور متعارف در زمان ما که از طریق تجویز دارو انجام می‌شود، در حکم مباشرت است (امام خمینی،

تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۰۵). از دیگر فقهای معاصر که از قول مشهور پیروی کرده‌اند، آقا رضا مدنی کاشانی (مدنی کاشانی، ۱۴۰۶، ص ۵۰) آیت ا. سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۱)، القدیری (القدیری، ۱۳۷۷، ص ۴۱۶)، آزاد قزوینی (قزوینی، ۱۴۱۶، ص ۲۶۳)، حسینی شیرازی، (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۵۷، ص ۳۷۰) و آل راضی، (آل راضی، ۱۴۲۳، ص ۵۴۱ به بعد) را می‌توان نام برد. اگر چه نویسنده اخیر بین مباشرت و عدم مباشرت پزشک در معالجه تمیز قایل می‌شود ولی معالجه به طور معمول در زمان حاضر را (تجویز دارو)، در حکم مباشرت می‌داند.

۱۲- ادله‌ی طرفداران نظریه‌ی مسئولیت غیر تقصیری پزشک

دلایل نظریه مسئولیت بدون تقصیر پزشک را می‌توان به شرح زیر خلاصه نمود:

- ۱- قاعده اتلاف؛ چون زیان وارد بر بیمار منتسب به فعل پزشک و او متلف است و در مسئولیت ناشی از اتلاف تقصیر شرط نیست؛
- ۲- اینکه خون مسلمان نباید هدر رود (لا یطل دم امرء مسلم)؛
- ۳- روایت سکونی از امیرالمومنین (ع) در باب مسئول دانستن پزشک در فرض عدم اخذ برائت و روایت نوفلی از سکونی از امام صادق (ع) که فرموده‌اند، امام علی (ع) ختن را ضامن جراحی وارد بر کودک می‌دانسته است؛
- ۴- اجماع؛ و ادله‌ی دیگر که در ردّ نظریه غیر مشهور ارائه کرده‌اند.

مبحث دوم- لزوم اخذ برائت برای رفع مسئولیت پزشک و مشروعیت آن

مشهور فقهاء که به مسئولیت غیر تقصیری پزشک حکم کرده‌اند، معتقدند، پزشک می‌تواند برای رفع مسئولیت خود، قبل از انجام معالجه از بیمار (یا ولی او) برائت اخذ نماید که در این صورت جز در فرض ارتکاب تقصیر مسئول نیست (الحلبی، ۱۴۱۰، ج ۲۴، ص ۱۰۳؛ شیخ طوسی، النهایة، ص ۲۵۰؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۰؛ الکیدری، ۱۴۱۶، ص ۴۹۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۱۰۱۹ و ۱۰۲۰؛ علامه حلی، قواعد، ج ۲، ص ۳۱۳؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۳۹۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۱۱۶؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۳۴؛ حسینی عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۴۶؛ خوبی، (الف)، مبانی تکملة، ج ۲، ص ۲۲۱؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۰۵؛ احمدالمطهری، مستند التحریر، ص ۵۹؛ القدیری، ۱۳۷۷، ص ۴۱۸؛ سیستانی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۱؛ آزاد قزوینی، المسائل المستحدثة، ص ۲۶۳). به رغم اخذ برائت، هرگاه پزشک در جریان معالجه مرتکب تقصیر شود، مسئول است. هر چند این امر به صراحت در کلام اکثر فقها نیامده است، اما این حکم از فحوای کلام آنها قابل استنباط است. به علاوه برخی از فقها به صراحت گفته‌اند که اخذ برائت رافع مسئولیت پزشک مقصر نیست (طباطبایی یزدی، عروة، ج ۲، ص ۶۰۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۵۷، ص ۳۷۰؛ خوبی، (ج) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۰۰؛ سیستانی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۱؛ تبریزی، ۱۳۷۹، ص ۷۰۹).

۱۳- دلایل لزوم و مشروعیت شرط براءت

طرفداران نظریه مسئولیت غیرتقصیری پزشک، برای لزوم و مشروعیت شرط براءت، علاوه بر دلایلی که برای اثبات مسئولیت غیرتقصیری او اقامه کرده‌اند، دلایل زیر را بیان نموده‌اند:

۱- روایتی که نوفلی از سکونی و او از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان فرموده‌اند: قال امیرالمومنین (ع): «من تطیب او تبیطر فلیأخذ البرائة من وکيه والافهو ضامن (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۳، ص ۴۷؛ طباطبائی، ۱۴۰۴، ص ۵۳۳). این روایت علاوه بر لزوم اخذ براءت برای رفع مسئولیت پزشک، بر مشروعیت آن نیز دلالت دارد.

۲- به استناد عموم «المومنون عند شروطهم» که به موجب آن هر شرطی صحیح و از ناحیه مشروط علیه لازم الاتباع است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود که در مورد شرط براءت چنین چیزی ثابت نشده است (عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۳).

۳- دلیل مصلحتی مبنی بر نیاز عموم مردم و رعایت مصلحت آنها؛ به این معنی که طبابت امری ضروری و مبتلی به عموم است و افرادی باید این حرفه را فرا گرفته و به معالجه بیماران بپردازند. حال اگر پزشک بطور نوعی مسئول زیان‌های ناشی از معالجه باشد و به هیچ وسیله‌ای از آن رهایی نیابد، رغبت به حرفه ی پزشکی کم شده و کسی به این مهم نمی‌پردازد و باب طبابت سد شده و امور مردم مختل می‌شود. به علاوه منصفانه نیست که از یک سو پزشک ملزم به طبابت و معالجه بیمار باشد و از سوی دیگر، ضامن نتایج زیان بار آن، که بدون تقصیر او ایجاد شده است (طباطبائی، ص ۳۴؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ص ۱۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۷).

۴- صاحب جواهر و صاحب مفتاح، از قول صاحب الغنیه، نسبت به مشروعیت شرط براءت، نقل اجماع کرده‌اند (عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۳).

صرف نظر از مبانی شرعی و مصلحت گرایانه‌ای که برای تشریح شرط براءت از سوی فقهای امامیه وجود داشته، مبانی منطقی نیز برای تشریح چنین شرطی وجود دارد. دقت و مطالعه متون مختلف فقهی، ثابت می‌کند که در واقع فلسفه تشریح شرط براءت (علاوه بر موارد پیش گفته) این بوده که پزشک بدینوسیله رضایت بیمار نسبت به زیان‌های وارد بر او را تحصیل و احراز نماید. نگارنده در مقاله جداگانه این نظریه را بررسی و اثبات کرده است.

بخش دوم- نظریه‌ی مسئولیت مبتنی بر تقصیر

۱۴- تفکیک بین مباشرت و عدم مباشرت پزشک و مسئولیت مبتنی بر تقصیر

در مقابل مشهور فقها، دو نظریه دیگر وجود دارد که اگر چه در بین طرفداران چندانی نداشته است، اما در بین متاخرین، طرفداران بسیار یافته است. مطابق یکی از این نظریه‌ها که نخستین بار توسط ابن ادریس مطرح شده، پزشکی که با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد،

مسئول زیان وارد بر بیمار نیست مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد (ابن ادریس، السرائر، ص ۳۷۳). نظریه دیگر که بین متأخرین، به ویژه بعد از صاحب جواهر شهرت یافته، این است که باید بین فرض مباشرت و عدم مباشرت پزشک در انجام معالجه تفکیک قائل شد. در فرض مباشرت، پزشک مسئول است هر چند مرتکب تقصیر نشده باشد ولی در موردی که پزشک مباشر معالجه نیست، مسئول نیست، مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۹؛ مامقانی، همان، ص ۵۲۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۱۸۸). ولی در اینکه در چه موردی پزشک مباشر یا مسبب محسوب می‌شود، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی انجام معالجه از طریق نوشتن نسخه را، از نوع مباشرت دانسته و پزشک را ضامن می‌دانند (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۰۵؛ آل راضی، ۱۴۲۳، ص ۵۴۲) در حالی که برخی دیگر، این مورد را از نوع تسبیب دانسته و او را ضامن نمی‌دانند (خوئی، (ب)، ۱۳۶۵، ص ۲۴۹؛ طباطبایی یزدی، عروة، ج ۲، ص ۶۰۲؛ القادیری، ۱۳۷۷، ص ۴۱۵؛ شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۶۰). این دو نظریه را جداگانه بررسی می‌کنیم.

مبحث یکم، نظریه ابن ادریس، عدم مسئولیت پزشک غیر مقصر-عدم لزوم اخذ

برائت

مطابق این نظریه، هرگاه پزشک با رضایت بیمار به معالجه او بپردازد و در راستای معالجه مرتکب هیچ تقصیری نشود، مسئول زیان ناشی از معالجه نیست، هرچند برائت اخذ نکرده باشد. این نظریه به اعتبار اینکه نخستین بار توسط ابن ادریس حلی مطرح شده است، به نام ایشان مشهور است. ایشان از جهت طرح فتاوی جدید و بدیع از جمله درباره ضمان طبیب نوآوری کرده‌اند و اجتهاد را که به دنبال رحلت شیخ طوسی به فترت گزاشده بود، زنده کردند (ابن ادریس، السرائر، ص ۳۷۳) ایشان نخستین بار بر خلاف شیخ طوسی فتوا دادند.

۱۵- ادله نظریه ابن ادریس و موافقان او

- ابن ادریس و طرفداران او برای اثبات نظریه خود به دلایل زیر استناد کرده‌اند:
- ۱- اصل بر برائت ذمه است؛ چنانچه در اصل ضمان پزشک تردید کنیم مطابق اصل برائت باید حکم به عدم ضمان کنیم. زیرا عدم ضمان موافق اصل است (ابن ادریس، السرائر، ص ۳۷۳)؛
 - ۲- اذن بیمار مسقط ضمان پزشک است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۲۲۹)؛
 - ۳- به علاوه در فرضی که بیمار به انجام معالجه رضایت می‌دهد، این امر مباح و مشروع می‌گردد، و جواز شرعی با ضمان آور بودن آن منافات دارد (عاملی، مفتاح، ج ۱۰، ص ۲۷۰)؛
 - ۴- طرفداران این نظریه در رد استدلال مشهور که به روایت منقول از امیرالمومنین، استناد کرده و به موجب آن معتقدند هرگاه پزشک، بیمار یا دام دیگری را معالجه نماید، ضامن زیان

ناشی از آن است مگر اینکه از ولی او براثت اخذ نماید، گفته‌اند: منظور از این روایت موردی است که بیمار محجور بوده، و به عبارتی صلاحیت رضایت دادن را نداشته باشد که در این صورت باید از ولی او رضایت گرفته شود والا در صورتی که بیمار عاقل و بالغ باشد و به انجام معالجه رضایت دهد، پزشک نیز از حدود اذن تجاوز نکند، ضامن نیست؛^۱

۵- در خصوص روایت دیگر که سکونی از امام صادق (ع)، از امام علی (ع)، درباره ختان نقل کرده، گفته شده، ظاهر این روایت موردی است که ختان مرتکب تقصیر شده است، زیرا او در این فرض بیش از حد مجاز بریده و از این جهت مرتکب تعدی شده است و این خارج از مورد بحث است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۲۲۹).

۶- ابن ادریس در مورد اجماعی که از قول استاد وی ابن زهره، نقل شده است، معتقد است که معقد اجماع مقید نیست؛ قیدی وجود ندارد که پزشک در فرض معالجه با اذن بیمار، ضامن است، بلکه به صورت مطلق نقل شده که پزشک ضامن زیان ناشی از معالجه است. بر این اساس در فرضی که پزشک بدون رضایت بیمار اقدام به معالجه می‌کند، یقیناً ضامن عواقب ناشی از معالجه است و این مورد، جزء موضوع اجماع است ولی در موردی که پزشک با رضایت بیمار به معالجه می‌پردازد، در شمول اجماع بر این مورد تردید وجود دارد. به اعتقاد وی و برخی از متأخرین، باید اجماع را بر موردی حمل نمود که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد، (عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۲۲۹). نظریه ابن ادریس بعد از وی مورد توجه متأخرین قرار نگرفت (به جز مقدس اردبیلی) و تحت تأثیر شیخ طوسی و شهرتی که در باب ضامن پزشک وجود داشت، اکثر فقها به نظریه شیخ طوسی و موافقان او گرائیدند. ولی در بین معاصران به مرور گرایش‌هایی به نظریه ابن ادریس پیدا شده و عده‌ای به موافقت از وی و مخالفت با نظر مشهور پرداخته‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۹۰، ص ۷۵؛ روحانی، فقه الصادق، ج ۲۶، ص ۲۰۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ص ۳۴۹؛ بعد؛ مرعشی ۱۳۷۵، ص ۱۲؛ بعد؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۹، ص ۴۹). فقهای معاصر، علاوه بر ادله‌ی ابن ادریس به قاعده احسان نیز استناد کرده‌اند.

۱۶- پاسخ مشهور به دلایل ابن ادریس و طرفداران او

چنانکه گفته شد، نظریه‌ی ابن ادریس مورد اقبال فقهای بعد از او قرار نگرفت. بدان جهت، فقهای بعد از او، سعی کرده‌اند دلایل ابن ادریس را پاسخ دهند:

۱- در خصوص دلیل اول ابن ادریس که به اصل براثت استناد جسته بود، گفته شده است

۱. «اما اذا كان عاقلاً» مکلفاً و امر الطیب بفعل شیء. ففعله علی ما امره به، فلا یضمن الطیب، سواء اخذ البراءة من الولی اولم یأخذها» (ابن ادریس، السرائر، ص ۳۷۴)؛ برخی از متأخرین ابن ادریس در رد مدلول روایت، مبنی بر لزوم اخذ براثت قبل از معالجه، گفته‌اند، منظور این روایت اخذ براثت بعد از وقوع جنایت است. چون بعد از وقوع جنایت است که واژه «ولی» به عنوان ولی دم صدق می‌کند (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۷).

اصل برائت جزء اصول عملیه است و اصول از لحاظ قوه اثباتی، از دلیل شرعی در معنای خاص (کتاب، سنت، عقل، اجماع) ضعیف‌تر است. در فرض عدم وجود دلیل و به منظور رفع شک و بلا تکلیفی به اصول عملیه رجوع می‌شود. بر این اساس، حکمی که به واسطه‌ی اصول عملیه اثبات می‌شود، حکم ظاهری نامیده می‌شود. اما با وجود دلیل شرعی (که حکم واقعی را ثابت می‌کند) مجالی برای رجوع به اصول عملیه باقی نمی‌ماند (مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۲۶۷). چنانکه مشهور است که: «الاصل دلیل حیث لادلیل». در مورد بحث، چون دلیل شرعی بر ضمان پزشک وجود دارد که روایات و اجماع از جمله آنهاست، فرصت به اصل برائت نمی‌رسد. با وجود این دلایل، اشتغال ذمه پزشک نسبت به جبران صدماتی که به بیمار وارد می‌شود ثابت می‌گردد (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۳؛ فاضل هندی، ۱۳۹۱، ص ۳۰۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ص ۱۱۶؛ طباطبائی، ۱۴۰۴، ص ۵۳۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۵).

۲- در پاسخ به دلیل دوم که اذن بیمار را موجب رفع ضمان پزشک و همانند اذن شخص در اتلاف مال دانسته است، گفته شده: اذن بیمار به انجام معالجه بوده نه اتلاف. بنابراین رضایت بیمار رافع مسئولیت پزشک نیست (شهید ثانی، همان، ص ۳۹۳؛ فاضل هندی، همان، ص ۳۰۳؛ فیض کاشانی، همان، ص ۱۱۶؛ طباطبائی، ۱۴۰۴، ص ۵۳۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۵۰).

۳- در خصوص دلیل سوم مبنی بر اینکه چون معالجه از نظر شرعی مباح است، نباید ضمان آور باشد، گفته شده، جواز عمل منافاتی با ضمان آور بودن آن ندارد، و این دو ملازم یکدیگر نیستند. جواز و عدم جواز عمل، حکم تکلیفی و ضمان حکم وضعی است. ممکن است به لحاظ تکلیفی، عملی مباح، اما از لحاظ وضعی ضمان آور باشد. به عبارت دیگر جواز عمل منافی ضمان آور بودن آن نیست.^۱ چنانکه تنبیه بدنی کودک به منظور ادب و تربیت او مجاز است، ولی هر گاه موجب ورود زیان به کودک گردد، ضارب ضامن است (شهید ثانی، ص ۳۹۳؛ فاضل هندی، ص ۳۰۳؛ فیض کاشانی، ص ۱۱۶؛ طباطبائی، ص ۵۳۳؛ نجفی، ص ۴۵).

۴- اما در خصوص نقد ابن ادریس نسبت به دو روایتی که از امام علی(ع) در این باره نقل شده است، گفته شده، اما روایت اول که بر مبنای آن پزشک جز در مورد اخذ برائت، ضامن زیان وارد بر بیمار است که ابن ادریس گفته بود منظور موردی است که بیمار محجور باشد، زیرا در این روایت، صحبت از اخذ برائت از «ولی» است و تنها در چنین موردی است که وجود «ولی» مصداق پیدا می‌کند، باید گفت، در اینجا منظور از واژه «ولی» معنای خاص آن نیست، بلکه منظور کسی است که بر دیه ولایت و سلطنت دارد و مطالبه یا عدم مطالبه دیه در اختیار اوست. در این معنا، شخص بیمار را نیز در بر می‌گیرد، زیرا در فرضی که جنایت وارد

۱. الجواز لاینا فی الضمان.

بر عضو است و مجنی علیه فوت نمی‌کند، خود مجنی علیه باید دیه را مطالبه نماید و در فرض فوت او، مطالبه دیه در اختیار اولیای دم (ولی به معنای خاص) است (طباطبائی، ۱۴۰۴، ص ۵۳۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۵؛ خوئی (ب)، مستند العروة، ص ۲۵۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳، ص ۶۰). بر این اساس، نمی‌توان گفت منظور از روایت موردی است که بیمار محجور است.

۵- اما در خصوص روایت نوفلی در خصوص ضمان ختان که ابن ادریس آن را بر موردی حمل کرده که ختان مرتکب تعدی شده است، در پاسخ گفته شده، هیچ دلیلی وجود ندارد که منظور از روایت، خصوص مورد تعدی ختان باشد، بلکه بر عکس این احتمال وجود دارد که مورد عدم تقصیر ختان را نیز در بر گیرد. پس احتمال خلاف برداشت ابن ادریس، از این روایت وجود دارد و از این جهت دلالت روایت مجمل است و حمل روایت بر مورد تقصیر ختان نیز قابل قبول نیست (طباطبائی، ص ۵۳۳؛ عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱). بر این اساس، نمی‌توان از آن حکم کلی برای اثبات هر یک از دو نظر را استنباط نمود (طباطبائی، ص ۵۳۳).^۱

۶- اما در خصوص اجماع منقول از ابن زهره که ابن ادریس معقد آن را موردی دانسته که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد، مشهور گفته‌اند، اگر چه عبارات فقها در این خصوص مطلق است ولی ظاهر این است که مورد اذن بیمار را نیز در برمی‌گیرد (شهید ثانی، غایه‌المراد، به نقل از عاملی، مفتاح، ص ۲۷۰).^۲ به علاوه بعد از ابن ادریس، محقق در النکت النهایه نیز اجماع فقهاء را نقل می‌کند. اگر چه این اجماع به صورت مطلق نقل شده، ولی چون بعد از ابن ادریس است، اشکال وی درباره آن صادق نیست.

بر مبنای این دلایل و سایر دلایل بیان شده، اکثر فقهای بعد از ابن ادریس از نظریه مشهور پیروی کرده‌اند. حتی محقق در النکت، ادعای اجماع می‌کند ولی با وجود مخالفت ابن ادریس وضعیت این اجماع معلوم نیست. ناگفته نماند که محقق در النکت به صراحت از واژه «اجماع» استفاده نمی‌کند، عبارت وی در النکت این است: «الاصحاب متفقون علی ان الطیب یضمن ما یتلف بعلاجه (محقق حلی، النکت النهایه، به نقل از عاملی، مفتاح، ص ۲۷۱). اما فقهای بعد از وی اجماع را به وی نسبت داده‌اند. چنانکه صاحب مفتاح می‌نویسد: «و اجماع النکت النهایه کاجماع الغنیه لیس فیه قید» (عاملی، ص ۲۷۱). اگر چه بعد از ابن ادریس، فقها تحت تاثیر و نفوذ فتوای شیخ طوسی، به جمع طرفداران نظریه مشهور پیوسته، سعی کردند دلایل ابن ادریس را

۱. «لا جواب لهذا التوجیه الا من حیث الحکم بعینه؛ اذ لا دلیل فی الخبر علیه مع احتمال الحمل علی غیر صورۃ التفریط، کاحتماله الحمل علی صورته. و الاولی فی الجواب عنه الکتفاء بهذا الاحتمال، فانه بمجرد کاف فی رد الروایه علی الحکم فی المسأله، لکونه قضیه فی واقعته».

۲. وی در این باره به نقل از شهید می‌نویسد: «ظاهر این است که منظور فقهاء، شامل مورد اذن بیمار نیز می‌باشد».

پاسخ دهند ولی به مرور به ویژه بعد از صاحب جواهر گرایش به سمت نظریه ابن ادریس بیشتر شده و فقها به مخالفت با نظریه مشهور پرداختند.

مبحث دوم - نظریه تفکیک بین مباشرت و عدم مباشرت پزشک در معالجه

۱۷- مسئولیت نوعی پزشک در فرض مباشرت و مسئولیت تقصیری در فرض عدم

مباشرت

مطابق این نظریه در فرضی که پزشک به طور مستقیم در معالجه بیمار دخالت دارد، مسئول زیان وارد بر بیمار است هر چند مرتکب تقصیر نشده باشد، مگر اینکه قبلاً "برائت" اخذ نموده باشد، اما در فرضی که پزشک به طور غیرمستقیم و از طریق توصیه یا تجویز دارو بیمار را معالجه می‌کند مسئول خسارت وارد بر او نیست مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد. تا آنجا که نگارنده تحقیق کرده است این دیدگاه نخستین بار از سوی صاحب جواهر (در قرن ۱۳) مطرح شده (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۹)^۱، ولی بعد از وی فقهای بعد از او از جمله امامقانی (امامقانی، مناهج المتقین ص ۵۴۰) و خوانساری (خوانساری، ۱۴۱۶، ص ۱۸۸)، این نظر را تایید و تقویت کرده‌اند و به مرور هر چه به عصر حاضر نزدیک می‌شویم تمایل و گرایش فقهاء به این نظریه بیشتر می‌شود. به گونه‌ای که بسیاری از فقهای معاصر از این نظریه پیروی کرده‌اند (رشتی، الاجاره، ص ۲۴۳ و ۲۴۶ و ۳۳۵؛ طباطبائی یزدی، عروة، ج ۲، ص ۱۶۰۳؛ خوئی، (ب)، ۱۳۶۵، ص ۲۴۹؛ شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۶۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، الذیات، ص ۵۰۸؛ الجواهری، ۱۴۱۹، ص ۳۹۴؛ آل راضی، ۱۴۲۳، ص ۵۴۲؛ اصفهانی، وسیلة النجاة، ص ۷۲؛ المحسنی، ۱۳۸۲، ص ۲۲۲؛ حکیم، مستمسک، ج ۱۲، ص ۸۰). به نظر می‌رسد این امر سرآغاز تحولی بوده که به سمت تعدیل نظریه مشهور فقهاء ایجاد شده است.

۱۸- ادله طرفداران این نظریه

خلاصه دلایل طرفداران این نظریه عبارت است از:

۱- در موردی که پزشک به طور غیرمستقیم به معالجه بیمار می‌پردازد، در صورتی که زیانی به بیمار برسد، او مسبب محسوب شده و مطابق قاعده، در ضمان ناشی از تسبیب، تقصیر مسبب شرط ایجاد مسئولیت است؛ خواه لزوم تقصیر برای احراز رابطه سببیت باشد، یا

۱. در تایید این استنباط می‌توان به عبارت صاحب جواهر استناد نمود. ایشان بر خلاف روش معمول که به هنگام اظهارنظر در خصوص موضوعی تمام موافقان آن نظر را بیان می‌کند در این مورد این نظر را به کسی نسبت نمی‌دهد. وی بعد از بیان دیدگاههای مختلف در باب مسئولیت پزشک و نظر مشهور می‌گوید: «هذا کله اذا تولى الطبيب العلاج بنفسه، اما اذا قال: أظن ان هذا الدواء نافع لهذا الداء او لو كنت انا لفعلت كذا؛ مما لم تکن فيه مباشرة منه و ان فعل المريض العاقل المختار او وليه ذلك، اعتماداً على القول المزبور، فان المتجه فيه عدم الضمان للاصل و غيره، كما ان المتجه عدم شيء عليه حيث لم يعلم الحال، لاحتمال الموت بغير العلاج» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۴۹).

به عنوان رکنی مستقل در کنار آن. به طریق اولی از باب اقوی بودن سبب از مباشر نمی‌توان پزشک را در این باره مسئول دانست (خویی، ب)، ۱۳۶۵، ص ۲۴۹. بر این اساس در فرضی که پزشک، مباشر معالجه نیست، فقط در صورت ارتکاب تقصیر مسئول زیان وارد بر بیمار است. اما در فرضی که مباشر معالجه است بر مبنای اتلاف، ضامن است هر چند تقصیری مرتکب نشده باشد، زیرا در ضمان ناشی از اتلاف، تقصیر شرط نیست و صرف انتساب تلف (رابطه سببیت) کافی است؛

۲- هر گاه پزشک از باب تسبیب ضامن نباشد، دلیل دیگر برای ضمان او در این فرض وجود ندارد، زیرا ظاهر از دلایل ارائه شده از سوی فقها موردی است که پزشک مباشر معالجه باشد و مورد غیر مباشرت را در بر نمی‌گیرد (رشتی، الاجاره، ص ۲۴۶). در اثبات این ادعا می‌توان به سابقه طبابت در زمان قدیم اشاره کرد که در آن زمانها به طور معمول معالجه با مباشرت پزشک صورت می‌گرفت. بنابراین اگر چه دلایل ضمان پزشک مطلق است ولی باید گفت منظور از آن، ضمان پزشک در فرض مباشرت بوده است (رشتی، ص ۳۳۹). در تایید این ادعا باید گفت: واژه «تطبیب» که از باب تفعیل است برای مطاوعه (قبول عمل) و همسنگ واژه «علاج» است که ظهور در مباشرت در درمان دارد و به موردی که پزشک دستور مصرف دارو می‌دهد، صادق نیست. به ویژه اینکه این واژه در کنار واژه «تبیطر» آمده است، که معنای آن، معالجه حیوان بالمباشره است. پس منظور از «تطبیب» در روایت، موردی است که پزشک بالمباشره به معالجه بیمار می‌پردازد (خویی، ب)، ۳۶۵، ص ۲۴۹.

۱۹- مبنای مسئولیت مدنی پزشک در فقه عامه

در مذاهب چهارگانه فقه عامه (حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی)، مسئولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است. بدین معنا که هرگاه پزشک با رضایت بیمار به معالجه او بپردازد و در جریان معالجه به بیمار زبانی برسد، مسئول نیست، مگر اینکه در راستای معالجه، مرتکب تقصیری شده باشد (البغدادی، ۱۹۹۹، ج ۱، ص ۱۴۶؛ ابی برکات، الشرح الصغیر، ج ۴، ص ۴۷؛ الرملی الطرابلسی، ۱۳۹۳، ص ۲۱۲؛ ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۵۳۸؛ الجزایری، الفقه علی مذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۱۰۹؛ عوده، ۱۹۸۵، ج ۱، ص ۵۲۰).

نتیجه

۱- در فقه امامیه، همانند سایر نظام‌های حقوقی جدید، به اتفاق فقهاء، پزشک مسئول عدم حصول نتیجه‌ی درمان نیست، مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد. اما نسبت به زیان‌هایی که در نتیجه انجام عمل پزشکی ممکن است به بیمار وارد شود، و اینکه مسئولیت پزشکی مبتنی

بر تقصیر است یا غیر تقصیری، بحث‌های زیادی وجود دارد. منظور از ضمان طیب در فقه اسلامی (و قانون م.ا.) نیز، ضمان او نسبت به این نوع زیان‌هاست.

۲- در فقه امامیه در خصوص مبنای مسئولیت پزشک، سه نظریه وجود دارد:

الف- طبق نظریه مشهور فقهاء پزشک مسئول زیان وارد بر بیمار است، هر چند با رضایت و اذن او به معالجه او پرداخته باشد، و مرتکب تقصیری نشده باشد. مگر اینکه قبل از معالجه، از بیمار براءت اخذ کرده باشد. این نظریه، قدیمی‌ترین نظریه فقهی است که هنوز هم در بین فقهای معاصر طرفدارانی دارد؛

ب- نظریه دیگر (ابن ادریس) این است که پزشکی که با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد، مسئول زیان ناشی از معالجه نمی‌باشد، مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد. این نظریه را ابتدا ابن ادریس حلی در قرن ششم هجری مطرح کرد؛ اگرچه این نظریه بعد از او مورد اقبال فقهای امامیه قرار نگرفت اما از قرن ۱۳ به بعد، در بین فقهاء، طرفدارانی پیدا کرد. اکنون نیز در بین فقهای معاصر گرایش به سمت این نظریه زیاد شده است؛

ج- نظریه سوم که از قرن ۱۳ به بعد مطرح شده، نظریه ایست که بین فرض مباشرت و عدم مباشرت پزشک در معالجه، تفکیک قایل می‌شود؛ در فرضی که پزشک مباشر معالجه است، به طور نوعی مسئول زیان ناشی از معالجه است، (از باب اتلاف) اما در فرضی که مباشر نیست و تنها دارو تجویز می‌کند، در صورتی مسئول است که مرتکب تقصیر شود؛ چون در این فرض او مسبب تلف است و در مسئولیت ناشی از تسبیب تقصیر شرط است.

۳- مشهور فقهاء ضمن پذیرش مسئولیت نوعی، برای اینکه پزشک غیر مقصر بتواند از مسئولیت رهایی یابد، شرط براءت را تشریح، و معتقدند، در صورتی که پزشک قبل از معالجه از بیمار براءت اخذ نماید، مسئول زیان وارد بر بیمار نیست، مگر اینکه مرتکب تقصیر شود.

۴- نظریه مسئولیت بدون تقصیر پزشک در فقه امامیه از چنان شهرتی برخوردار است که بسیاری از فقهای معاصر نیز به آن گرویده و مواد ۳۲۲ و ۳۱۹ ق.م.ا.، از آن اقتباس شده است.

۵- دلایلی که مشهور فقهاء برای اثبات نظریه خود اقامه کرده‌اند عبارتند از:

۱-۵- قاعده اتلاف؛ چون زیان وارد بر بیمار منتسب به پزشک است، بر آن مبنا مسئول

است.

۲-۵- غیر مهدور بودن خون مسلمان؛ اگر پزشک مسئول زیان وارد بر بیمار نباشد، خون

مسلمان هدر و بدون جبران باقی می‌ماند. درحالی که نباید چنین باشد (لایبطل دم امرء مسلم)؛

۳-۵- روایت سکونی از امیرالمومنین (ع) که پزشک را ضامن زیان بر بیمار می‌داند، مگر

اینکه شرط براءت نموده باشد. نیز روایت نوفلی از سکونی و او از امام صادق (ع) و او از

امیرالمومنین، که فرموده‌اند، ختآن ضامن جراحی وارد بر کودک است؛

۴-۵- اجماع، نیز یکی از ادله‌ای است که مشهور فقهاء به آن استناد کرده‌اند؛
 ۶- اگر چه نظریه مسئولیت نوعی (و لزوم اخذ برائت برای رفع مسئولیت او) در فقه شیعه شهرت یافته است و چنانکه گفته شد، قانون مجازات اسلامی ایران نیز در مواد ۳۲۲ و ۳۱۹ از آن پیروی کرده است ولی، به نظر می‌رسد که این نظریه بر مبنای محکمی استوار نیست، به گونه‌ای که نتوان بر آن خدشه وارد نمود. دلایلی که مشهور برای اثبات ادعای خود به آن استناد کرده‌اند، بر مبنای اصول پذیرفته شده در فقه، قابل نقد و رد است. اما بررسی، نقد و تحلیل این ادله، مجاللی خاص می‌طلبد و باید در بحثی جداگانه به آن پرداخت. نگارنده در مقاله‌ای جداگانه به نقد و تحلیل ادله‌ی نظریه مشهور پرداخته و نتیجه گرفته است که از دیدگاه فقه امامیه نیز مسئولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است و پزشکی که با رضایت بیمار به معالجه او می‌پردازد جز در فرض ارتکاب تقصیر، مسئول نیست.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری)، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱ و ۲.
۲. کاظمی، محمود، (۱۳۷۷)، آثار رضایت زیان دیده در مسئولیت مدنی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۳. کاظمی، محمود، (۱۳۸۶)، مسئولیت مدنی ناشی از خون آلوده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، فصلنامه حقوق..
۴. گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۷۵)، تاریخ فقه و فقهاء، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران.
۵. گرجی، ابوالقاسم، قواعد فقه و حقوق اسلامی، جزوه پلای کپی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، نیمسال اول، ۷۶-۷۷، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۶. مدنی تبریزی، یوسف، (۱۳۷۹) «پاسخ به سئوالات پزشکی» مندرج در مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاههای اسلام در پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی مشهد، ص ۷۰۲.
۷. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن، (۱۳۷۵) «قاعده تسبیب» مجله دیدگاههای حقوقی، دانشکده علوم قضایی، ش ۲.
۸. موسوی بجنوردی، سید محمد، «مسئولیت مدنی و کیفری پزشک»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۹، ۱۳۷۲.

ب - فقهی

۱. آزاد قزوینی، شیخ علی، (۱۴۱۶) دراسات موسعة حول المسائل المستحدثة، نشر مؤلف، قم.
۲. آل راضی، شیخ محمد هادی، (۱۴۱۸) مسئولیة الطیب و ضمانه، مجله فقه اهل البیت، شماره‌های ۵ و ۶.
۳. ابن قدامه، ابی محمد عبدا.. بن احمد بن محمد بن قدامه، (بی تا) المغنی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۵.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن، (بی تا) وسیلة النجاة، تعلیق: سید علی بهبهانی، مکتبه الصدر، تهران.
۵. البغدادی، ابی محمد بن غانم بن محمد، مجمع الضمانات، تحقیق: محمد احمد سراج و علی جمعه محمد، دارالاسلام، قاهره، ۱۹۹۹، ج اول.
۶. الجزایری، عبدالرحمن، (۱۴۲۲)، کتاب الفقه علی مذاهب الاربعة، دارالفکر، بیروت، ج ۳.
۷. الجواهری، حسن، (۱۴۱۹)، بحوث فی الفقه المعاصر، چاپ اول، دار الذخائر، بیروت، ج ۲.

٨. حسینی، روحانی، سید محمد صادق: **فقه الصادق فی شرح التبصرة للإمام المحقق علامه حلی، العلمیه، قم ج ٢٦.**
٩. حسینی الاسحاقی الحلبي (حمزة بن علی بن زهرة - ابن زهرة): (١٤١٠)، **غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع (مندرج در: علی اصغر مروارید، سلسله الینابیع الفقهیة، العلبعة الاولى، دارالترتیب، بیروت، ج ٢٤، ص ٢٤٨).**
١٠. حسینی شیرازی، سید محمد، (١٤٠٩)، **الفقه، دارالعلوم، بیروت، ج ٥٧ و ٩٠.**
١١. حسینی عاملی، سید محمد جواد، (بی تا) **مفتاح الكرامة فی شرح القواعد العلامة، مؤسسة آل البيت، ج ١٠.**
١٢. حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (١٤٠٣)، **محقق حلی: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تحقیق سید صادق شیرازی، انتشارات استقلال، ج ٤ و ٣.**
١٣. حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، علامه حلی (بی تا): **قواعد الاحکام، منشورات الرضی، چاپ قدیم، ج ٢.**
١٤. حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، علامه حلی (بی تا) **تحریر الاحکام، چاپ قدیم، بدون نام انتشارات.**
١٥. حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن ادريس حلی، (بی تا) ابن ادريس: **السراقر، الحاوی لتحریر الفتاوی، موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ٣.**
١٦. حلی، ابی صلاح الدین تقی الدین، ابن نجم الدین عبدا.: **الكافی فی الفقه، مندرج در سلسله الینابیع الفقهیة، ج ٢٤، ص ١٠٢ به بعد.**
١٧. خوبی، سید ابوالقاسم، (بی تا) **مبانی تکملة المنهاج، دار الزهراء، بیروت، ج ٢.**
١٨. خوبی، سید ابوالقاسم، (١٣٦٥) **مستند العروة الوثقی، الاجاره، تقرير شيخ مرتضى بروجردي، انتشارات لطفی، قم.**
١٩. خوبی، سید ابوالقاسم، (بی تا) **منهاج الصالحین (المعاملات)، الطبعة الرابعة، بدون نام انتشارات، الجزء الثاني.**
٢٠. خوانساری، سید محمد، (١٤٠٥)، **جامع لمدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، موسسه اسماعیلیان، قم، ج ٧ و ٦.**
٢١. خمینی، سید روح ا...، (بی تا) **تحریر الوسیله؛ موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ٢.**
٢٢. الدردیر، ابن بركات احمد بن محمد، (بی تا) **الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، با حاشیه شیخ احمد بن حمد العاملی، دارالمعارف، مصر، ج ٤.**
٢٣. دربندی، ملاآقا- فاضل دربندی، (بی تا) **خزائن الاحکام، چاپ قدیم، بدون نام انتشارات.**
٢٤. رشتی، میرزا حبیب ا...، **کتاب الاجاره، چاپ قدیم، بدون تاریخ چاپ.**
٢٥. رشتی، میرزا حبیب ا...، **کتاب الغصب، چاپ قدیم، بدون تاریخ چاپ.**
٢٦. سیستانی، سید علی، (١٤١٥)، **منهاج الصالحین (المعاملات)، چاپ اول، مکتبه آیت ا. سیستانی، قم.**
٢٧. طباطبایی، سید علی، (١٤٠٤)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، مؤسسة آل البيت، قم، ج ٢.**
٢٨. طباطبایی، حکیم، سید محسن، (بی تا) **مستمک العروة الوثقی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ١٢.**
٢٩. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (بی تا) **العروة الوثقی، مکتب العلمیة الاسلامیة، تهران، ج ٢.**
٣٠. طرابلسی، القاضي عبدالعزیز بن براج ابن براج (١٤٠٦)، **المهذب، موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ٢.**
٣١. الطرابلسی الحنفی، علاء الدین ابی الحسن علی بن خلیل، (١٣٩٣) **معین الاحکام فیما یتردد بین الخصمین من الاحکام، الطبعة الثانية، مصر.**
٣٢. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی بن الحسن، (بی تا) **شیخ طوسی: النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، انتشارات قدس محمدی.**
٣٣. العاملی، زین الدین بن علی - شهید ثانی: **روضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ قدیم (دو جلدی با حواشی) ج ٢.**
٣٤. العاملی، زین الدین بن علی، شهید ثانی: (١٤١٤)، **مسالك الافهام فی شرح شوايع الاسلام، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ج ١٥.**
٣٥. عوده، عبدالقادر (١٩٨٥): **التشريع الجنائي الاسلامی، مقارنا بالقانون الوضعی، الطبعة السادسة، موسسه الرساله، بیروت، ج ١.**

۳۶. العاملی، شیخ محمد بن حسن - شیخ حر عاملی: (بی تا) وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة، تحقیق: شیخ محمد رازی، دار احیاء التراث العربی، ج ۱۹.
۳۷. فاضل لنکرانی، شیخ محمد (۱۴۱۸): تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، کتاب السدیات، چاپ اول، مرکز الفقه الاثمة الاطهار، قم.
۳۸. فاضل هندی (بهاء الدین محمد بن حسن بن محمد اصفهانی) (۱۳۹۱): کشف اللثام، موسسه ی انتشارات فراهانی، ج ۲.
۳۹. فیض کاشانی، ملامحسن: مفاتیح الشرایع، تحقیق: سید مهدی رجایی، مجمع الذخائر الاسلامیه ه. ق. ج ۳.
۴۰. القدیری، محمد حسن: (۱۳۷۷) الاجاره، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
۴۱. الکیدری، قطب الدین (۱۴۱۶): اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، تحقیق: شیخ ابراهیم بهادری، چاپ اول، موسسه امام صادق (ع)، قم.
۴۲. کمال الدین، محمد بن عبدالواحد (۱۴۰۶): شرح فتح القدر، دار احیاء التراث العربی، بیروت، الجزء الثامن.
۴۳. مامقانی، شیخ عبدالله...: (بی تا) مناهج المتقین، موسسه آل البيت، قم.
۴۴. مجلسی، ملامحمد باقر - علامه مجلسی (۱۳۶۲): الروضة الکافی، تصحیح: علی اکبر غفاری، دار الکتب الاسلامیه، تهران، ج ۲.
۴۵. المحسنی، محمد آصف (۱۳۸۲) الضمانات الفقهیه و اسبابها، پیام مهر، قم.
۴۶. مدنی کاشانی، آقا رضا (۱۴۰۶) کتاب الذیات، موسسه النشر الاسلامی، قم.
۴۷. مراغی، میر سید عبدالفتاح (۱۴۱۸): العناوین، موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۲.
۴۸. مرعشی، سید شهاب الدین (۱۴۱۵): القصاص، تألیف عادل العلوی، کتابخانه آیت ا. مرعشی، قم، ج ۱.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱): القواعد الفقهیه، چاپ سوم، انتشارات مدرسه امیرالمومنین، قم، ج ۲.
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۹) المسائل المستحدثة فی الطب، القسم الثاني، مجله فقه اهل البيت، شماره ۱، سال سوم.
۵۱. المظفر، محمد رضا (۱۳۸۶): اصول الفقه، دارالنعمان، نجف، ج ۲.
۵۲. مقدس اردبیلی، مولا احمد (۱۴۱۶): مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، موسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱۴.
۵۳. موسوعه الفقه الاسلامی المقارن (۱۴۰۳)، الشهیره بموسوعه جمال عبدالناصر الفقهیه، مجموعه من کبائر اساتذہ الفقه الاسلامی، مجلس الاعلی شئون الاسلامی، مصر، ج ۲.
۵۴. موسوی اردبیلی (۱۴۱۶) سید عبدالکریم: فقه القصاص، چاپ اول، نشر نجات، قم.
۵۵. موسوی بجنوردی، میرزا حسن (۱۴۲۴): القواعد الفقهیه، تحقیق: مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، الطبعة الاولى، انتشارات دلیل ما، الجزء الرابع.
۵۶. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۶): مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، موسسه المنار، قم، ج ۱۹.
۵۷. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۰۴) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، الطبعة السادسة، مکتبه الاسلامیه، طهران، ج ۴۳.
۵۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳): کتاب الاجاره، مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، الطبعة الاولى، الجزء الثاني.
۵۹. هذلی، ابی زکریا یحیی بن احمد الحسن بن سعید: الجامع للشرایع، کتاب جنایات (نقل از سلسله الینابیع الفقهیه)، ج ۲۵.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، شماره ۵۳، سال ۸۰؛ «قاعده جلوگیری از خسارت»، شماره ۶۸، سال ۸۴. «مسئولیت مدنی ناشی از انتقال خون آلوده»، سال ۱۳۸۶، شماره ۳.