

مسئولیت پزشک: تبیین رویکرد ترددی قانونگذار در ماده‌ی (۴۹۵)

قانون مجازات اسلامی با تکیه بر سیر تطوری فقه امامیه

سید عبدالرحیم حسینی^۱، محمدجعفر صادق‌پور^{۲*}، نقی آقازاده^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱/۳۰

تاریخ انتشار: ۱۳۹۶/۳/۱

مقاله‌ی مروری

چکیده

فقیهان امامیه از آغاز تا کنون در کتب خویش به مسئولیت پزشکان توجه داشته‌اند. ایشان صور مختلفی در خصوص این مسأله مطرح کرده و در بیشتر موارد حکم به ثبوت ضمان نموده‌اند. اما در خصوص حالتی که پزشکی ماهر، مباشرتاً به معالجه بیماری می‌پردازد و بدون اینکه مرتکب تقصیری شود، تلف یا نقص عضو حاصل می‌آید، بر یک رأی نیستند. برخی در صورت مأذون بودن پزشک از سوی بیمار یا ولی او به عدم تحقق ضمان فتوا داده‌اند و بسیاری نیز معتقد به ضمانت پزشک چه در صورت اخذ اذن و چه در صورت عدم اخذ آن می‌باشند. بدیهی است که این دو دیدگاه، در گستره‌ی دانش فقه مفهوم می‌یابند، اما به نظر میرسد که در حوزه اخلاق بحث‌های پیرامون آن همچنان ضروری است. در بررسی این اختلافات و برای صحت قضاوت در خصوص آنها، بایستی لزوماً به سیر کلی سامان یافتن این دو نظریه در طول تاریخ فقه شیعه عنایت داشت. از همین رهگذر و با تکیه بر سیر تطوری فقه امامیه در قبال مسئولیت پزشک، این نتیجه حاصل می‌آید که قانونگذار در ماده‌ی ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، با تأثیرپذیری از هر دو دیدگاه فوق‌الذکر، در صدد برآمده تا علاوه بر گزینش نظریه‌ی غیرمشهور عدم تحقق ضمان، با دیدگاه مشهور نیز همراه گردد که موجب شده موضعی بینابین در این زمینه اختیار نماید و بدینوسیله زمینه‌ی ابتلای ماده مذکور به ابهام و تهاافت را فراهم آورد.

واژگان کلیدی: پزشک، ضمانت، فقه، اذن، برائت، تقصیر

^۱ استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران پردیس فارابی، تهران، ایران.

^۲ دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی، دانشگاه خوارزمی تهران، تهران، ایران.

^۳ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی قم، قم، ایران.

* نویسنده‌ی مسؤوول: تهران، خیابان مفتح شمالي، خیابان سمیه، دانشگاه خوارزمی، مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی، تلفن: ۰۹۱۰۴۶۶۹۶۴۳

Email: jafa.samen.1367@gmail.com

مقدمه

بیماری یکی از چند دشمن همیشگی انسان است که در همه‌ی زمانها و مکانها، با او جنگیده و در بسیاری از موارد، چیره گشته است. انسان نیز برای حفظ سلامت جسم و جان خود، از همان ابتدا، با استفاده از راهکارها و روشهایی چون کشف و استعمال دارو، به دفاع از خود پرداخته است. با تخصصی شدن کارها، رفته‌رفته عده‌ای زندگی خود را مصروف درمان بیماریها و تسکین دردها کردند که به طبیب و پزشک نامبردار شدند. مردم نیز همواره با هزاران امید به ایشان مراجعه می‌کنند؛ باشد که بهبود یابند. اما پس از این مراجعات، گاهی تنها نتیجه‌ای که حاصل می‌آید، نقص عضو است؛ و حتی گاه مرگ. اینجاست که فقه و حقوق، حامیان عدالت و نظم و بسترسازان اجتماع بدون ظلم، پا به عرصه نهاده و در صدد برمی‌آیند حق هیچ کسی پایمال نشود و به هیچ شخصی ستم روا نگردد. اگر در این بین پزشک به عمد موجبات جنایت را فراهم آورده، تکلیف معلوم است؛ باید کیفر داده شود. و اگر عمدی در کار نیست، اما در کارش کوتاهی روا داشته، باید جریمه‌ی مالی خویش را بپردازد تا بیمار و یا ولی او بیش از پیش متضرر نگردند. اما گاه نه عمدی هست و نه تقصیری، بلکه پزشک با تمام توان و تلاشش به میدان آمده و با آگاهی کامل اقدام کرده، لکن نتیجه‌ی مطلوب به بار نشسته؛ مرگ یا نقص عضو - چیزی که بیمار از آن فرار می‌کرد - «اتفاق» افتاده است. در این مورد چه باید کرد؟ از یک سو، در چنین فرضی، پزشک، تمام توانش را مصروف داشته و کوتاهی هم از او سر زده است، اما بخت با او یار نبوده و دست تقدیر، نتیجه‌ای دیگر رقم زده است. بنابراین، ضامن دانستن او، گلوی اخلاق را می‌فشارد و باب احسان را مسدود می‌کند. از دیگر سوی، این بیمار و خانواده‌اش هستند که با هزاران امید، تن به معالجه و مداوا داده‌اند و چشم به تخصص پزشک دوخته‌اند اما اکنون، آن شده که از آن می‌هراسیدند.

پس پرسش عمده در اینجا این است: آیا باید پزشک را «ضامن» دانست تا بیمار یا ولی او، حال که با مراجعه به این پزشک، آسیب دیده‌اند، اندکی التیام یابند؟ یا اینکه ضامن او را که هیچ کوتاهی و قصوری مرتکب نشده، نوعی ظلم به شمار آورد و در نتیجه منتفی‌اش دانست؟ در این نوشتار پس از بررسی چپستی «ضامن» و تصویر صور مسأله‌ی ضامن پزشک، با عنایت به سیر تطوری فقه امامیه در قبال مسئولیت پزشک، به این سوالات پاسخ داده می‌شود و در این اثناء، روشن می‌گردد که قانونگذار، غافل از این تطورات تاریخی و علمی، رویکردی دوگانه و مذبذبانه در انعکاس دیدگاه فقها اختیار کرده است.

۱. ضامن

واژه‌ی ضامن در لغت بر نوعی تعهد و التزام دلالت می‌کند. (۱) و در اصطلاح فقهی و حقوقی آن، همین معنای لغوی به گونه‌ای منعکس شده است. در زبان فارسی واژه‌ی مسئولیت به جای ضامن به کار برده می‌شود که در کتابهای حقوقی همراه با پسوندهای «اخلاقی» و بیشتر «کیفری» و «مدنی» به کار می‌رود. حقوقدانان در هر موردی که شخص موظف به جبران خسارت دیگری باشد، می‌گویند در برابر او مسئولیت دارد. (۲) و میان انواع سه‌گانه‌ی آن تفاوتی ندارد؛ این فرق‌گذاری‌ها تا حدودی در انفکاک معنایی مسئولیت اخلاقی از مسئولیت کیفری و مدنی راهگشا بوده است، اما در خصوص تفاوت مسئولیت کیفری با مدنی، شاید تعیین حد و مرز بسیار مشکل باشد. دیه از جمله نهادهای حقوقی است که محل تلاقی مسئولیت کیفری و مدنی به شمار می‌رود. در اصطلاح فقها نیز ضامن به اعتبار سبب ایجاد تعهد، بر سه گونه‌ی عقدی، معاوضی و قهری تقسیم می‌شود. (۳) سبب ایجاد ضامن قهری، خارج از عقد و قرارداد می‌باشد و با اسباب غیر قراردادی همانند اتلاف، تسبیب، وضع ید بر مال غیر، محقق می‌گردد.

۲. ضمان پزشک

در بحث ضمان پزشک مواردی مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲.۱. صور مختلف مسأله

عده‌ای از کسانی که در کسوت پزشکی به معالجه بیماران می‌پردازند، در کار خود خبره و علماً و عملاً ماهر می‌باشند و عده‌ای چنین تبصری ندارند اما با این حال به انجام اقدامات پزشکی با آن همه مسئولیت می‌پردازند. در صورت دوم که شخص نسبت به فن پزشکی مهارت کافی ندارد، اگر در اثر اقداماتی که او در راستای بهبودی بیمار انجام می‌دهد، بیمار بمیرد یا نقص عضو پیدا کند بی‌شک ضامن است و مجرم نیز شناخته می‌شود. اما در صورت اول که پزشک مهارت کافی دارد صورتهای مختلفی قابل طرح است که با عنایت به هر کدام از آنها نتیجه‌ای متفاوت در خصوص ضمان یا عدم ضمان او حاصل می‌آید. توضیح آنکه وقتی بیماری به اینچنین پزشکی مراجعه می‌کند و خود را به انتظار مداوا در اختیار او قرار می‌دهد و آن پزشک نیز برای معالجه‌اش اقدام می‌کند، اما در آخر مداوایی صورت نمی‌گیرد بلکه بیمار تلف می‌شود یا دچار نقص و بیماری و.. می‌گردد، دو حالت کلی در خصوص ضمان پزشک نسبت به صدمات وارده متصور است^۱؛ حالت اول اینکه پزشک در این خصوص، مسبب به شمار رود؛ چنانکه به بیمار پیشنهاد مصرف دارویی خاص را بدهد که موجب نایبایی او گردد؛ پزشک در این پیشنهاد به صورت مطلق مصرف فلان دارو را مفید معرفی می‌کند. در این صورت که پزشک مسبب است، اگر تعدی و تفریطی نکرده و بر اساس موازین و مقررات فنی اقدام کرده باشد؛

^۱ البته این فرض که پزشک تعمداً و به قصد جنایت بیمار را مصدوم کند یا به قتل برساند نیز قابل تصور است اما چون حکم این صورت آشکار است و نیازی به بررسی آن نیست در تقسیم مذکور مورد اشاره قرار نگرفته است.

ضامن نخواهد بود و اگر مرتکب تقصیر شده، ضامن است. حالت دوم به این شکل است که پزشک در ارتباط با تلف یا صدمه‌ی وارده، مباشر محسوب شود؛ یعنی خود رأساً و شخصاً بیمار را تحت معالجه قرار داده اما نتیجه معکوس حاصل شده است، مثلاً چشم او را به خاطر آب مروارید جراحی نموده، ولی به جای بهبودی نابینا شده یا مرده است. در چنین شرایطی که پزشک، مباشر در تلف یا صدمه وارده است، نیز دو صورت متصور است: *أ*) تلف یا ایجاد صدمه، ناشی از قصور و تقصیر پزشک است و به واسطه‌ی تعدی و تفریطش حاصل آمده، که در اینجا مطلقاً ضامن است. *ب*) حالت دیگر اینکه تعدی و تفریطی نکرده، اما از بد حادثه، به صورت اتفاقی چنین ضایعه‌ای رخ داده است. آنچه ما در این نوشتار بر روی آن تأکید داریم و در صدد بررسی جوانب آنیم، همین صورت است؛ یعنی جایی که پزشکی ماهر، مباشرتاً به مداوای بیمار پرداخته و علیرغم اینکه هیچ گونه تعدی و تفریطی از او سرزده است و بر اساس موازین فنی اقدام نموده است، اما با این حال به صورت اتفاقی بیمار مذکور به واسطه‌ی اقدامان پزشکی، مرده یا دچار نقص و صدمه شده است.

۲.۲. دیدگاه فقها

برای بررسی دقیق نظرات عالمان فقه، بایستی در دو مقام مختلف بحث را دنبال کرد؛ نخست صورتی است که پزشک در انجام معالجه مأذون است و دوم اینکه بدون اذن اقدام به مداوا کرده باشد.

نکته: با اینکه بسیاری از فقهای متأخر تقسیم‌بندی پزشک به مأذون و غیر مأذون را مطرح کرده‌اند، لکن اثری از دخالت قید اذن در آثار فقیهان پیش از «ابن ادریس حلی» نیست. زیرا تا پیش از او، فقهای امامیه چنانکه روشن خواهد شد، در

۲- خواه با اذن قبلی بیمار یا ولی او اقدام کرده، خواه بدون اذن؛ و چه برائت‌نامه اخذ کرده باشد و چه اخذ نکرده باشد.

خصوص ضمان پزشک، هیچ اشاره‌ای به مأذون بودن یا نبودن پزشک نکرده‌اند و از این حیث سخنانشان اطلاق دارد. با این وجود همانگونه که صاحب «مفتاح‌الکرامه» نظر داده است، ظاهراً «ابن ادریس»، اطلاق کلام فقیهان پیش از خود را - که همگی آنها تصریح به ثبوت ضمان کرده‌اند - بر صورت غیر مأذون بودن پزشک حمل کرده است. (۴) اگر چنین حملی را بپذیریم، باید پذیرفت فقهای پیش از «ابن ادریس» در خصوص پزشک مأذون، بیانی نفرموده‌اند و تنها فرض عدم اخذ اذن را متعرض شده‌اند. این درحالی است که پس از او اکثر فقها، به دو فرض پزشک مأذون و پزشک غیرمأذون توجه کرده‌اند، و به بررسی حکم هر دو شق مسأله پرداخته‌اند. فارغ از صحت و سقم حمل اطلاق کلام فقهای پیش از «ابن ادریس»، از آنجایی که سخنان ایشان از قید اذن تهی است، ما در اینجا قدر متیقن از کلام ایشان که همانا پرداختن به صورت غیرمأذون بودن پزشک است را معیار قرار می‌دهیم و از حمل اطلاق کلامشان بر صورت مأذون بودن پزشک احتراز می‌جویم؛ از همین رو از هیچ یک از این فقیهان، به عنوان نظریه‌پرداز در زمینه‌ی ضمان پزشک مأذون، نقل قول نمی‌شود.

۲،۲،۱. پزشک غیرمأذون

پزشکی که حاذق و ماهر است و تقصیر هم نکرده، اما بدون گرفتن اذن از بیمار در صورت بالغ و عاقل بودنش و از ولی بیمار در صورت صغیر یا مجنون بودنش، به مداوای او پرداخته، در صورت تلف بیمار یا بروز نقص در او، ضامن است و بایستی خسارت وارده را با پرداخت دیه جبران سازد. این حکم در میان فقهای امامیه بدون اختلاف پذیرفته شده است. «شیخ مفید» در «مقنعه» (۵)، «شیخ طوسی» در «نهایه» (۶)، «سَلَّار دیلمی» در «المراسم» (۷)، و «ابن حمزه» در «الوسیله» (۸) این دیدگاه را بدون اشاره به قید اذن، در قالب عباراتی مطلق، پذیرفته‌اند. «ابن ادریس» نیز در این خصوص می‌نویسد:

«کسی که پزشکی می‌کند بایستی از ولی بیمار، براثت اخذ کند، و اگر چنین نکند، در صورت تلف او به واسطه‌ی اقدامات پزشکی، ضامن است؛ البته این مسأله مربوط به جایی است که مجنی علیه، غیربالغ یا مجنون باشد.» (۹)

مراد «ابن ادریس» از تخصیص حکم مذکور به جایی که بیمار غیربالغ یا مجنون است این است که در این دو صورت چون اذن گرفته نشده، پزشک ضامن است. این مطلب با توجه به ادامه‌ی کلام او که به آن خواهیم پرداخت برداشت می‌شود. تا اینجا کلمات فقها مطلق بود و سخنی از اذن به میان نیاورده‌اند، فقط «ابن ادریس» در کلام خود مأذون بودن را موجب سقوط ضمان قلمداد می‌کند و بدینوسیله به مبحث اذن توجه می‌دهد. اما از «محقق حلی» به بعد، تقسیم پزشک به مأذون و غیرمأذون جلوه‌ای خاص می‌یابد و به صراحت در کلام فقها جاری می‌گردد. «محقق حلی» در «شرایع» معتقد است:

«پزشک در قبال آنچه به واسطه‌ی انجام معالجه توسط او تلف می‌شود، ضامن است؛ در صورتی که قاصر باشد یا طفل و مجنون را بدون اذن ولی آنها معاینه کرده یا اینکه اگر بیمار بالغ است از خودش اذن نستانده است.» (۱۰)

پس از «محقق»، دیگر فقها از قبیل علامه حلی (۱۱ و ۱۲)، شهید ثانی^۱ (۱۳)، حائری طباطبایی (۱۴)، نجفی (۱۵)، فیض کاشانی (۱۶)، خویی (۱۷)، امام خمینی (۱۸) به این نظر ملتزم شده‌اند.

۲،۲،۲. پزشک مأذون

فقها در خصوص پزشک مأذون، دو نظریه متفاوت دارند؛

^۱ «فالتطیب یضمن فی ماله ما یتلف بعلاجه نفسا و طرفا لحصول التلف المستند إلى فعله و لا یطل دم امرأ مسلم و لأنه قاصد إلى الفعل منخطی فی القصد فکان فعله شبهه عمد- و إن احتاط و اجتهد و أذن المريض.» از این عبارت شهید می‌توان حکم فرضی که پزشک غیرمأذون است را به طریق اولی، ثبوت ضمان قلمداد کرد. در واقع شهید در اینجا فرض مأذون بودن را مطرح کرده که خودبخود حالت عدم اذن روشن گردد. همچنین است سخنان «صاحب ریاض» و «فیض کاشانی» در «مفاتیح».

نظریه تحقق ضمان و نظریه عدم تحقق ضمان.

نظریه عدم تحقق ضمان

عده‌ی معدودی از فقها بر این عقیده رفته‌اند که در صورت مهارت و نیز عدم تقصیر پزشک در انجام وظایف خود، اگر به واسطه‌ی فعل او نفس یا عضوی از بیمار تلف شود، ضامن نخواهد بود؛ مشروط به اینکه از سوی بیمار یا ولی او مأذون باشد. این دیدگاه هرچند در میان فقهای اهل سنت طرفداران بسیاری دارد^۱ اما در فقه امامیه، باید تنها فقیه نامدار معتقد به این نظریه را «ابن ادریس حلی» دانست؛ او در «السرائر» می‌نویسد: «هرگاه بیمار عاقل و مکلف باشد، اگر پزشک را به انجام دادن کاری امر کند و پزشک مطابق امری که به او شده اقدام کند، ضامن نخواهد بود؛ خواه از ولی بیمار براثت گرفته باشد، خواه نگرفته باشد.» (۱۹)

درست است که این فقیه بزرگ نظریه خویش را در قالب فرض «امر بیمار به طیب» مطرح نموده و از این طریق مطلب را طرح نموده است اما مرادش آنچنانکه فقیهان پس از او نیز برداشت کرده‌اند، حالتی است که پزشک از سوی بیمار یا ولی او مأذون باشد.

ادله ذکر شده در دفاع از این مسئله شامل:

۱. اصل براثت؛ با توجه به اینکه در خصوص مسأله مورد بحث هیچ دلیل اجتهادی در دست نیست، اصل براثت که دلیل فقهاتی است جاری می‌گردد و بر اساس آن تعلق ضمان بر ذمه‌ی پزشک منتفی می‌گردد. (۲۰)

۲. تنافی مشروعیت با ضمان؛ معالجه بیمار توسط پزشک از جمله کارهایی است که شارع مشروعیت آن را امضاء نموده و آن را جایز بلکه در برخی مواقع واجب کرده است، بنابراین پزشکی، کاری است مشروع و مباح؛ و کار مشروع ضمان‌آور نیست. (۲۱ و ۲۲) چنانکه در مورد فقیهان و قاضیان معتقدیم

که جواز شرعی موجب می‌شود در گرو خطاهای خویش ضامن نباشند. (۲۳)

۳. تنافی اذن با ضمان؛ از آن رو که بیمار یا ولی او پیش از اقدام پزشک به انجام معالجه اذن داده‌اند، مؤدای این اذن، عدم مسئولیت پزشک است. زیرا وقتی پزشک مأذون است، معنا ندارد در کاری که انجام داده ضامن به شمار آید. چراکه اساساً اخذ اذن مسقط ضمان است. (۲۴ و ۲۵)

۴. ادله‌ی نفی حرج؛ اگر قائل به ضمان پزشک شویم، با اینکه احتیاج به معالجه هست، اطبا به خاطر ترس از ضمان، از آن استنکاف می‌کنند و بدینواسطه حرج بر مسلمین روا می‌گردد. (۲۶)

نظریه تحقق ضمان

یکی از نظریاتی که در خصوص صدمه وارده به بیمار مطرح می‌شود این است که هرچند پزشک ماهر و مأذون، از وظیفه‌ی خود کوتاهی نکرده و مرتکب تقصیر نشده است، اما با این حال او ضامن صدمه یا تلف تحقق یافته است؛ زیرا تلف یا صدمه‌ی مذکور، مستند به اوست و همین امر موجب می‌شود که او، مرتکب جنایت شبه‌عمد به شمار آید. این دیدگاه طرفداران بسیاری دارد و در واقع نظریه مشهور فقهاست. چنانکه «محقق حلی» در «شرایع» با «اشبه» دانستن این نظریه به دفاع از آن برخاسته و می‌نویسد: «اگر پزشک، ماهر باشد و مریض هم به او اذن در معالجه داده باشد، اما علاجش منتهی به تلف بیمار گردد، برخی گفته‌اند ضامن نیست... و عده‌ای گفته‌اند ضامن است... نظریه {دوم} مناسبتر است.» (۲۷) این نظریه از سوی دیگر فقها نیز، با استقبال روبرو شده است. (۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۳۶، ۳۷، ۳۸ و ۳۹)

نکته: فقهای که نظریه تحقق ضمان را پذیرفته‌اند، به

^۱ البته سید ذکری از قید اذن‌ناورده است، زیرا بنابر دیدگاه او در هر دو صورت اذن و عدم آن، ضمان ثابت است؛ مگر اینکه اخذ براثت شود.

^۱ ر.ک: آل شیخ مبارک، حقوق و مسئولیت پزشکی در آیین اسلام، ترجمه: محمود عباسی، ص ۳۰-۲۲۹

صورت تطفلی، سخن از اخذ برائت نیز به میان آورده‌اند. توضیح آنکه با وجود اینکه طرفداران این دیدگاه پزشک را در هر صورت ضامن می‌دانند اما در نظر ایشان گرفتن برائت‌نامه از بیمار یا ولی او پیش از معالجه، می‌تواند مسقط ضمان باشد. بنابراین خلاء وجود امنیت روحی و آسایش فکری پزشک که در صورت ضامن دانستنش ممکن‌الوصول بود که چه بسا موجب سد باب علاج هم می‌گشت، با راهکار اخذ برائت قابل ارتفاع است. این در حالی است که اگر نظریه عدم تحقق ضمان، مقبول افتد، اساساً نیازی به اخذ برائت نیست، زیرا بدون آن نیز پزشک ضامن نخواهد بود. لذا برخی به «ابن-ادریس» چنین نسبت داده‌اند که او اخذ برائت را مصداق «اسقاط حق پیش از ثبوتش» دانسته و در نتیجه از اصل و اساس منکر صحت آن شده است.^۱ حاصل آنکه سخن از اخذ برائت، نه اینکه لزوماً منوط به پذیرش قول تحقق ضمان باشد، اما تنها با این فرض است که سودمند می‌باشد.^۲

ادله ذکر شده در دفاع از این مسئله شامل:

یک. ادله نقضی

در این بخش به ادله‌هایی که نظرات مخالفین را نقض و رد می‌کند می‌پردازیم.

۱. عدم جریان برائت؛ از آنجایی که اصل برائت، در صورت فقدان دلیل اجتهادی مورد تمسک قرار می‌گیرد، در بحث مورد نظر چون دلیل اجتهادی بر اشتغال داریم {همانند روایات آتیه}، نوبت به اجرای آن نمی‌رسد. (۴۰)

^۱ هرچند نگارنده در سخنان «ابن ادریس» دلالتی بر صحت این انتساب نیافت، اما بسیاری از فقها او را منکر صحت اخذ برائت دانسته و در رد دیدگاه او علاوه بر روایت سکونی، به حق چنین استدلال کرده‌اند: «مراد از ابراء، عدم مؤاخذه و عدم ثبوت حق در صورت پدیدار شدن موجب آنهاست و با توجه به لزوم وفا به عهد، وفای به چنین ابزاری لازم و به معنای عدم ثبوت حق در صورت بروز تلف یا صدمه و یا سقوط آن پس از ثبوتش می‌باشد.» ر.ک: عاملی، *مفتاح الکرامه*، جلد ۱۰، ص ۲۷۲-۲۷۳.

^۲ «فإن قلنا لا یضمن فلا یبحث و إن قلنا یضمن فهو یضمن فی ماله و هل یبرأ بالإبراء قبل العلاج» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۳۲/۴)

۲. عدم تنافی مشروعیت با ضمان؛ در مواردی چون تأدیب کودکان، با اینکه جواز وجود دارد و کار مشروعی است، اما در صورت بروز صدمه یا تلف، ضمان نیز بر ذمه‌ی ضارب تحقق می‌یابد. پس تنافی وجود ندارد و اذن شرعی مسقط ضمان نیست. (۴۱ و ۴۲)

۳. عدم تنافی اذن با ضمان؛ در چنین موردی که بیمار اذن می‌دهد در واقع اذن در علاج داده نه اذن در اتلاف که مسقط ضمان باشد. از همین رو بالاترین کاری که این اذن می‌تواند از پیش برد این است که قصاص را از عهده‌ی پزشک بردارد، نه اینکه ضمان را مطلقاً ساقط نماید. (۴۳)

دو. ادله حلی

در این قسمت به ادله‌ای که نظرات موافقین را اثبات می‌کند پرداخته می‌شود.

۱. روایات وارده؛ در روایت سکونی از امام صادق(ع) از قول امیرالمؤمنین علی(ع) می‌خوانیم: «کسی که طبابت یا دامپزشکی می‌کند باید از ولی بیمار برائت اخذ کند وگرنه ضامن خواهد بود.»^۳ (۴۴) یا در روایتی دیگر می‌بینیم که امام علی(ع) فردی را که به واسطه‌ی ختنه کردن کودکی به او صدمه وارد کرده بود، ضامن معرفی می‌کنند.^۴ (۴۵) بر مبنای این روایات اساساً ضمان صدمات وارده، بر پزشک است؛ مگر اینکه پیش از اقدامات پزشکی برائت اخذ کرده باشد. (۴۶، ۴۷ و ۴۸)

۲. تسری قاعده‌ی اتلاف؛ بر مبنای قاعده‌ی اتلاف که تلف‌کننده‌ی مال غیر را ضامن برمی‌شمارد، اگر کسی موجب تلف جان یا عضو فردی شود، بی‌شک ضامن خواهد بود؛ زیرا درست است که این قاعده در خصوص اموال، وارد شده اما مبنای آن یک ضابطه‌ی کلی است که طبق آن مسئولیت هر

^۳ «عن السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ

تَبَيَّنَ فَيَأْخُذُ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ - وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.»

^۴ «عن السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ عَلِيًّا (ع) ضَمَّنَ خَتَّانًا قَطَعَ حَشْفَةً غُلَامٍ.»

است که او بر اساس محاسباتی که نزد خود می‌کند، حاضر است مورد معالجه قرار گیرد، هرچند ممکن است صدماتی بدون ضمانت دیگری به او وارد آید. از اینرو او به معالجه‌ای که چه بسا خطرانی حتی تا پای جان برایش داشته باشد، اذن داده است. بنابراین به صورت ضمنی، با اهم و مهم کردن مطالب، تلف یا صدمه‌ی محتمل را پذیرفته و به قابل جبران نبودن آن، هم از حیث مادی و هم معنوی، اذن داده است.

چهار. روایات دوگانه‌ی مورد استناد در اثبات ضمان نارسا هستند. زیرا علاوه بر ضعف سندی^۱، در دلالت آنها نیز تردید است، چه اینکه در برخی مصادر روایی چون «مستدرک الوسائل» قید «إذا لم یکن ماهراً» به آخر روایت نخست اضافه شده^۲ (۵۲) و بدینوسیله مدلول آن، مربوط به پزشک غیرماهر دانسته شده است. روایت دوم نیز با وجود ضعف سند، چون دال بر صورت تفریط ختان است، از محل بحث خارج است^۳. (۵۳)^۴.

^۱ «در سلسله سند این روایت، دو راوی قرار دارند که هیچ کدام موثق نیستند؛ سکونی، راوی سنی مذهب بوده و از عامه روایت کرده و نوفلی شیعی که در اواخر عمر خود به غلو گراییده است. بنابراین، شاید فقیهان در صدور حکم، به این روایت توجه نکرده و مطابق اصل فتوی داده اند.» اسماعیل‌آبادی، نگاهی تطبیقی به ضمان طبیب در مذاهب اسلامی، *فقه*، ش چهارم، ص ۱۵۴-۱۵۳.

^۲ «دَعَاَهُمُ الْإِسْطَامُ، عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ع أَنَّهُ قَالَ مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِمَّنْ يَلِي لَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَهُوَ ضَامِنٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَاهِرًا». گفتنی است در فرضی که پزشک، غیرماهر باشد، در صورت اخذ براءت هم ضامن خواهد بود و این حکم، مورد اتفاق فقهاست. این مسأله نیز نشانگر عدم التفات علما به حدیث مذکور است.

^۳ «صیمری: هذه الرواية وإن كانت ضعيفة السند فان عليها عمل أكثر الأوصحاب... و علی تقدیر العمل بها یحمل علی حصول التفریط؛ لأنه قطع غیر ما أريد القطع منه؛ لأن الحشفة غیر محل القطع.»

^۴ به نظر می‌رسد با وجود ضعف سندی دو روایت فوق، عمل مشهور به آنها و تلقی به قبول کردنشان، منجر این ضعف باشد، از این رو نمی‌توان به صرف ضعف سند، کنارشان گذاشت. اما خدشه بر دلالت آنها خالی از وجه نیست بلکه رواست. لذا با کنارهم گذاردن ضعف سندی و دلالتی قابلیت استناد را از دست می‌دهند.

اتلافی، بر تلف‌کننده است. (۴۹)

۳. *قاعده‌ی دم المسلم لا یدهب هدر*؛ بر اساس احادیث مختلف، خون مسلمان حرمت دارد و نباید پایمال گردد و هدر رود. اگر ما قائل به عدم ضمان پزشک شویم، در واقع خون بیمار مسلمانی را پایمال کرده و موجب هدر رفتن آن شده‌ایم؛ زیرا به بیمار ناقص یا ولی بیمار تلف‌شده، دیه‌ای تعلق نگرفته است. (۵۰)

۴. *اجماع*؛ بر ضمانت پزشک در صورت مورد بحث، اجماع، اقامه شده است. (۵۱)

بازنگری ادله مطرح شده

یک. برای اثبات نظریه نخست، استدلال به تنافی مشروعیت و ضمان نمی‌تواند کارساز باشد؛ زیرا چنانکه در مورد تأدیب کودکان بیان شد، حق این است که ملازمه‌ای بین جواز شرعی و عدم تحقق ضمان نیست؛ گرچه ممکن است در مواردی، با وجود جواز شرعی، ضمان برداشته شده باشد. اما با این حال هیچ مانعی نیست که در مواردی نیز خلاف این باشد. لذا استدلال به اینکه در برخی موارد مثل فقیهان و قاضیان، جواز شرعی، مسقط ضمان است، نمی‌تواند چنین ملازمه‌ای را ثابت کند.

دو. بر فرض که حدوث حرج در فرض مستدل پذیرفتنی باشد، استناد به ادله‌ی نفی حرج زمانی می‌تواند مقبول افتد که موضوع و متعلق آنها فراهم آید؛ اما در موردی چون موضوع بحث که پزشک بنا بر دیدگاه مشهور فقها می‌تواند با اخذ براءت نامه بدون هراس از ضمان و زیان، به حرفه‌ی پزشکی خود بپردازد، وقوع حرج اجتناب‌ناپذیر نیست تا به ادله‌ی نفی آن تمسک شود.

سه. ادنی که بیمار یا ولی او به پزشک داده، درست است که اذن در اتلاف نیست، اما اذن در معالجه‌ی صرف هم نمی‌تواند باشد؛ این اذن، خصوصاً هنگامی که پزشک به بیمار خطرات احتمالی را گوشزد کرده است، در واقع حاکی از این

پنج. در موضوع مورد بحث، قاعده‌ی اتلاف قابل تسری نیست، چراکه آنچه در این قاعده موجب ضمان قلمداد شده است اتلاف است نه تلف (۵۴). بر این اساس در صورت عدم تعدی و تفریط، اتلاف واقع نشده و در نتیجه ضمانی نخواهد بود.

شش. جریان قاعده‌ی «دم المسلم» نیز در مورد پزشکی ماهر مأذون، مخدوش است. زیرا بر مبنای این قاعده چون خون مسلمین دارای احترام فراوان است، شارع در مواقعی که قتلی رخ دهد و قاتل مشخص نباشد، مثلاً حکم به جبران خسارت با پرداخت دیه از بیت‌المال می‌نماید و بدینوسیله از هدر رفتن خونس ممانعت می‌کند. (۵۵) بر این اساس جنایت بر مسلمان، باید با پرداخت دیه، توسط نهاد حکومتی یا غیرحکومتی، جبران شود. اما در محل بحث که اساساً جنایتی رخ نداده و نمی‌توان پزشکی را قاتل بیمار هرچند به صورت شبه عمد به شمار آورد، و یا چنین استنادی مشکوک است، جریان قاعده بی‌شک با مشکل روبروست. این مطلب را زمانی می‌توان آسانتر پذیرفت که توجه داشت در یک اقدام پزشکی که بر روی بیمار صورت می‌گیرد، عواملی چون میزان قدرت بدنی بیمار، وضعیت روحی او، امکانات موجود و... همگی تأثیرگذارند و پزشک در کنار این عوامل به مداوا می‌پردازد. لذا بر مبنای فرض بحث که پزشک علماً و عملاً دارای صلاحیت است و تقصیری هم نکرده، بلکه تلاشش را مصروف بهبودی بیمار کرده است، چگونه می‌توان، تلف بیمار را مستند به او دانست؟

هفت. اجماع ادعا شده که ابتدا توسط «ابن زهره» در «غنیه» ادعا شده (۵۶) و سپس در کتب برخی فقها ذکر شده است، در حالتی است که تفریط صورت گرفته باشد.^۱ مضافاً

^۱ «الأجیر ضامن لتلف ما استؤجر فيه، أو نقصانه، إذا كان ذلك بتفريطه، أو نقصان من صنعه سواء كان ختانا، أو حجاما، أو بيطارا، أو غیر ذلك ... يدل علی ذلك الإجماع الماضي ذكره». نکته‌ی مهم دیگر اینکه ادعاهای «ابن‌زهره» مبنی بر اجماع، از سوی برخی بزرگان چون «شیخ انصاری»

اینکه بنا بر آنچه در خصوص عدم تعرض فقهای پیش از «ابن‌ادریس» به مسأله‌ی پزشکی مأذون گذشت، هر اجماعی که از «ابن زهره» بلکه تمام فقیهان پیش از «ابن‌ادریس»، نقل شود، بر حالت غیرمأذون بودن پزشکی قابل حمل است. همچنین مدرکی بودن این اجماع موجب خدشه بیشتر بر آن است. شاید به خاطر همین اشکالات باشد که بسیاری به چنین اجماعی تمسک نجسته؛ بلکه بالاترین ادعایی که نموده‌اند، «نفی خلاف» بوده و نه اجماع، آن هم به استثنای نظر مخالف فقهی چون «ابن‌ادریس».^۲

هشت. وقتی دلایلی چون روایات وارده و اجماع که به اصطلاح دلایل اجتهادی هستند، قابلیت استناد نداشته باشند، نوبت به ادله‌ی فقهاتی می‌رسد. و از آنجایی که موضوع مورد بحث، مجرای برائت می‌باشد، این اصل بدون هیچ معارض و مانعی جاری می‌گردد.

نه. با اینکه موضوع مورد بحث از موارد جریان «قاعده‌ی احسان» است، چنانکه برخی تصریح کرده‌اند، به خاطر ورود دلیل خاص بر ضمان، این قاعده در اینجا جاری نمی‌شود. (۵۷) اما با توضیحاتی که گذشت و رفع مانع دلایل خاص، باید جریان آن را پذیرفت. بنابراین همانگونه که قاعده‌ی احسان در مواردی چون جایی که اطفاء حریق متوقف بر از بین رفتن مقداری از اموال آن محل است، مطرح می‌شود در اینجا نیز این قاعده جاری می‌گردد و پزشک ضامن نخواهد بود. تنها اشکالی که ممکن است به ذهن بیاید این است که چون پزشکی اجرت می‌گیرد ممکن است محسن به شمار نیاید، اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا صرف اخذ اجرت،

مورد انتقاد قرار گرفته زیرا او در مسائل گوناگون که بالغ بر ۶۵۰ مسأله می‌باشند، ادعای اجماع کرده است. البته مراد ابن زهره از اجماع نیز با اصطلاح متداول متفاوت است. رک: مقدمه‌ی غنیة النزوع، به قلم آیه الله جعفر سبحانی، ص ۲۸.

^۲ چنانکه «صاحب‌الریاض» آورده بود: «فی ما لو کان عارفاً و عالجاً مأذوناً فلا خلاف فيه أجده أيضاً، إلا من الحلی...»

مجازات اسلامی مصوب (۱۳۹۲) دید. آنجا که در ماده‌ی (۴۹۵) مقرر می‌دارد:

«هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد، موجب تلف یا صدمه‌ی بدنی گردد، ضامن دیه است؛ مگر آنکه عمل او طبق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود...»
و سپس در تبصره (۱) همین ماده مشخص می‌کند:

«در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد، هرچند براءت اخذ نکرده باشد.»
اما به نظر می‌آید، قانونگذار در گزینش یک دیدگاه واحد در این زمینه، ناکام مانده و یک نظریه بینابینی اختیار نموده است، که همین امر - چنانکه برخی حقوقدانان اشاره کرده‌اند - موجب ابهام و به نوعی تناقض در گفتار او شده است. (۶۰) برای تبیین این مهم ذکر چند نکته ضروری است:

یک. در این ماده و مواد دیگر، سخنی از اذن و یا حتی رضایت بیمار یا ولی او به میان نیامده است. در حالی که علاوه بر تصریح بیشتر فقها به آن، در ماده‌ی (۳۱۹) قانون مجازات سابق نیز به تبعیت از قول مشهور، اذن بیمار لحاظ شده بود. این عدم التفات ممکن است به دو صورت قابل توجیه باشد، نخست اینکه جایگاه اذن در دیدگاه فقها، همانطور که گذشت، چنان استوار و یکسان نیست؛ زیرا پیش از «ابن ادریس» اساساً طرح نمی‌شده و همین اضطراب در نقش آن، لزوم ذکرش را با تردید مواجه کرده است. دیگر اینکه، چه بسا کلام قانونگذار تماماً منصرف به مواردی است که بیمار با اذن یا رضایت^۳ خود یا ولی‌اش به پزشک مراجعه کرده و در عالم خارج هم همینگونه است که بیماران با رضایت خود یا ولی به پزشکان رجوع می‌کنند؛ مگر موارد فوری و اضطراری که با توجه به اهمیت نفوس و حفظ جان، چه بسا بتوان به عدم لزوم اذن حکم کرد و با این حال با اتکا

موجب سلب عنوان محسن از پزشک نمی‌شود. این را هم عرف صحه می‌گذارد و هم از توجه به موارد جریان قاعده‌ی احسان قابل رهیافت است؛ چنانکه اگر کشتیران ببیند که جان کشتی‌نشستگان در خطر است و با ریختن اموال آنها به دریا می‌تواند جان مسافران کشتی را از خطر نجات دهد، باید این کار را بکند و باید حکم به عدم ضمان کشتیران داد و او را محسن دانست (۵۸) هرچند در قبال شغل خویش اجرت می‌گیرد.^۱

۵۵. در جوامع روایی، احادیثی وارد شده که می‌توانند در راستای تقویت نظریه عدم تحقق ضمان مورد استناد قرار گیرند. همانند روایت اسماعیل بن حسن که می‌گوید: به امام صادق(ع) گفتم: من مردی عرب هستم که به دانش پزشکی آشنایم و در برابر آن هم پولی نمی‌گیرم. حضرت فرمودند: مانعی ندارد. گفتم: من زخم را شکافته، با آتش می‌سوزانم؟ فرمود: اشکال ندارد. عرض کردم: ما برای بیماران، این داروهای سمی را تجویز می‌کنیم؟ فرمودند: اشکالی ندارد. گفتم: شاید بیمار بمیرد. فرمودند: حتی اگر بمیرد. و برخی روایات دیگر.^۲ (۵۹)

نگاهی به ماده (۴۹۵) قانون مجازات اسلامی مصوب

(۱۳۹۲)

انعکاس محسوس آراء و اقوالی که تا کنون بیان شد را می‌توان در مواد قانونی مربوط به ضمان پزشک در قانون

^۱ روشن است اجرتی که کشتیران می‌گیرد برای سالم رساندن مسافران است. بنابراین حفظ جان مسافران از جمله وظایفی است که او در قبال آن اجرت گرفته است.

^۲ نگارنده از آن رو بر روایات مورد استناد در این زمینه تأکید ندارد که معتقد است هیچ کدام از آنها نمی‌توانند «دلیل» بر مدعا باشند، لذا آنها را بیش از یک «مؤید» نمی‌داند. چه اینکه علاوه بر فرازهایی از روایات که ممکن است ایجاد اشکال کنند، مثل عدم اخذ اجرت در همین روایت، به نظر می‌رسد مدلول آنها تنها در راستای نفی حکم تکلیفی قابل استناد است.

^۳ تفاوت اذن و رضایت در این است که اذن، رضایت میرزه است.

به ادله‌ی پیش‌گفته، حکم به عدم ضمان پزشک نمود. باری، چه بسا آوردن قید اذن به صواب نزدیکتر بود.

دو. طبق این ماده، پزشک در دو حالت ضامن نیست؛ الف) مطابقت عمل او با مقررات و موازین فنی ب) اخذ برائت، قبل از معالجه در حالی که تقصیر هم مرتکب نشده است. حالت نخست تنها بر مبنای قول اول فقها که قائل به عدم ضمان بودند، قابل توجیه است، زیرا صرف مطابقت عمل با مقررات و موازین فنی که احتمالاً عبارۀ‌اخرای عدم تقصیر است، برای سقوط ضمان کافی دانسته شده است. چنانکه حالت دوم نیز تنها با قائل شدن به تحقق ضمان، طرح‌شدنی است، زیرا اساساً سخن از اخذ برائت، با توجه به این قول، مطرح می‌گردد. بنابراین قانونگذار از سویی در صدد اختیار قول عدم تحقق ضمان برآمده و از سویی خواسته است با مشهور همداستان باشد!

سه. با عنایت به صراحت تبصره (۱) این ماده، به نظر می‌رسد، مقنن در جدال اختیار اقوال، همان نظریه‌ای که در این نوشتار تقویت شد یعنی قول عدم تحقق ضمان را پذیرفته است. بر این اساس، لازم است در صدر ماده، قید اخذ برائت حذف و ماده‌ی مذکور چنین تقریر گردد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد، موجب تلف یا صدمه‌ی بدنی گردد، ضامن دیه است؛ مگر آنکه عمل او طبق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد و مرتکب تقصیری هم نشود.» زیرا در این صورت علاوه بر اینکه ضرورت تصریح به تبصره‌ی (۱) از بین می‌رود، موجبات برداشت‌ها و تفاسیر مختلف و چه بسا متضاد، برچیده می‌شود.

بحث

فقیهان امامیه در خصوص پزشک ماهری که مباشرتاً به مداوای بیمار پرداخته و بدون انجام تعدی و تفریط و علی‌رغم انطباق عملش با موازین فنی، اتفاقاً بیمارش مرده یا دچار نقص و صدمه شده است، بر یک رأی نیستند. با بررسی اقوال آنان، باید «ابن ادریس حلی» را حد فاصل انقسام تاریخی فقه

در این زمینه دانست. فقیهان پیش از «ابن ادریس»، بدون اشاره به قید «اذن» مطلقاً قائل به مسئولیت پزشک شده‌اند. فقیهان پس از او نیز با طرح دو فرض پزشک مأذون و پزشک غیرمأذون، در هر دو فرض، معتقد به ضمان گشته‌اند. این در حالی است که «ابن ادریس» ضمن حمل کلام فقهای پیش از خود بر صورتی که پزشک، از بیمار یا ولی‌اش، اذن نگرفته است، علی‌رغم پذیرش ضمان پزشک در چنین فرضی، با اقامه دلایلی، پزشکی که از بیمار یا اولیاء بیمار اذن گرفته است را فاقد مسئولیت دانسته است. در مقام داوری میان این دیدگاه‌ها، با نظرداشت دلایل طرح شده از سوی طرفداران نظریه عدم تحقق ضمان، متعین، صحت دیدگاه «ابن ادریس» است. بنابراین در صورتی که پزشک ماهری، بدون ارتکاب تقصیر، مباشرتاً، موجب تلف یا نقص عضو بیمار گشته، بایستی او را فاقد ضمان محسوب نمود. بر این پایه، علاوه بر لزوم بازنگری در دیدگاه سنتی فقها که معتقد به ثبوت ضمان هستند، بایستی این بازاندیشی در قانون مجازات اسلامی نیز راه یابد. از این رو، شایسته است، در ماده (۴۹۵ ق.م.ا) که با درآمیختن دو دیدگاه مخالف فوق، آمیزه‌ای ناسازوار منعکس نموده، اصلاحاتی صورت گیرد و در نتیجه، قید «اخذ برائت» - که تنها بر مبنای قول دوم فقیهان که قائل به ضمان پزشک شده‌اند، قابل توجیه است - حذف گردد.

نتیجه‌گیری

در فقه امامیه، در زمینه‌ی ضمان پزشک، صورتهای مختلفی تصویر شده است که در بیشتر موارد حکم به ثبوت ضمان شده است. اما در این مورد که پزشکی ماهر، بدون ارتکاب تقصیر در فرایند معالجه، مباشرتاً، موجب تلف یا نقص عضو بیمار گردد، مسأله با تفاوت آراء همراه است. عده‌ای مطلقاً پزشک را ضامن دانسته و بسیاری با طرح دو حالت مأذون بودن و غیرمأذون بودن پزشک بحث را پی گرفته‌اند. ابن ادریس حلی، تنها فقیهی است که ضمن حمل اطلاق کلام پیشینیانش بر صورت مأذون نبود، در حالت اخذ

در قانون مجازات اسلامی، هر چند دیدگاه غیرمشهور عدم ثبوت ضمان، پذیرفته شده، اما قانونگذار از نظریه مشهور نیز متأثر شده و همین تذبذب موجب ابهام و حتی تناقض گردیده است.

اذن، حکم به عدم ضمان کرده است. او بر دیدگاه خویش ادله‌ی مختلفی اقامه کرده که موجب برانگیختن مخالفت فقهای بعد از خود شده است. از همین رو فقیهان پس از ابن-ادریس، همگان، نظریه ضمان پزشک را برگزیده‌اند. با دقت در ادله‌ی اقامه شده از سوی ابن‌ادریس و مخالفانش، به نظر می‌رسد دیدگاه او به صواب نزدیکتر است.

منابع

- 1- Al- Tarihi F. [Majma AL-bahrain]. Tehran: Ketabforooshi mortazavi; 1416, Vol. 6, p.275. [in Arabic]
- 2- Katoozian N. [Masoulyat madani]. Tehran: Entesharco; 1389; p.13. [in Persian]
- 3- Hekmatnia M. [Masoulyate Madani Dar Fiqh]. Qom: Islamic Sciences and Culture Academy; 1381, p. 39. [in Persian]
- 4- Ameli Sj. [Meftah AL-Keramah fi Sharh Qavaed AL- Allamah]. Beiroot: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1419, Vol. 10, p.270. [in Arabic]
- 5- Al- Shaykh Al-Mofid. [Al.moqnaa]. Qom: Kongereye jahani Shekh Mofid; 1413. [in Arabic]
- 6- Al- Shaykh Al-Toosi. [Al.Nahaye Fi Mojarrad Al.Fiqh va Al.Fatavi]. Beiroot: Dar Al-Kotob Al.Arabi; 1400, p.734. [in Arabic]
- 7- Deilami S. [Al-Mrasim Al-Alaviyah va Al-ahkam Al-nabaviyah]. Qom: Manshoorat Al.Harmayah; 1404, p. 253. [in Arabic]
- 8- Toosi M. [Al-vasila Ela Nayle Al.fazilah]. Qom: Entesharate Marashi Najafi; 1408, p. 429-30. [in Arabic]
- 9- Ibne Edris. [Al-saraer Al-havi Letarir Al-fatavi]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1403, Vol. 3, p. 373. [in Arabic]
- 10- Mohaghegh Helli. [Sharaea Al-Eslam Fi Masael Al-halal Va Al-Haram]. Qom: Moasese Esmaeilian; 1408, Vol. 4, p. 231. [in Arabic]
- 11- Allameh Helli. [Ershad Al-azhan Ela Ahkam Al-Iman]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1410, Vol. 2, p. 222. [in Arabic]
- 12- Allameh Helli. [Qavaed Al-Ahkam Fi Maarefat Al-Halal va Al-Haram]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1413; Vol. 3, p. 653. [in Arabic]
- 13- Shahid Sani. [Al-rozah Al-Bahiyah Fi Al-Lomah Al-Demeshqiyah]. Qom: Daftare Tablighate Eslami Hozeye Elmiye Qom; 1412, Vol. 2, p. 418. [in Arabic]
- 14- Haeri Tabatabaei SA. [Riyaz Al-Masael]. Qom: Moasese Alo Al-bayt; 1418, Vol. 16, p. 374. [in Arabic]
- 15- Najafi MH. [Javaher Al-Kalam Fi Sharhe SHarae Al.Eslam]. Beiroot: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1404, Vol. 43, p.44. [in Arabic]
- 16- Feize Kashanni MH. [Mafatih Al-SHaraea]. Qom: Entesharate Marashi najafi; Vol. 2, p. 116. [in Arabic]
- 17- Khoe SA. [Mabani Takmeleh Al-Menhaj]. Qom: Moasese Ehya Asar Al-Emam Khoe; Vol. 2, p. 273. [in Arabic]
- 18- Emam Khomeini. [Tahrir Al-vasilah]. Qom: Moasese Dar Al-Elm; Vol. 2, p. 560. [in Arabic]
- 19- Ibne Edris. [Al-saraer Al-havi Letarir Al-fatavi]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1403; Vol. 3, p. 373. [in Arabic]
- 20- Ibne Edris. [Al-saraer Al-havi Letarir Al-fatavi]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1403; Vol. 3, p. 373. [in Arabic]
- 21- Haeri Tabatabaei SA. [Riyaz Al-Masael]. Qom: Moasese Alo Al-bayt; 1418, Vol. 16, p. 375. [in Arabic]
- 22- Shahid Avval. [Al-Lomah Al-Demeshqiyah]. Beiroot: Dar Al Toras; 1410, p. 275. [in Arabic]
- 23- Marashi Shoushtari SMH. [Didgah Haya Nov Dar Hoghoogh]. Tehran: Mizan; 1376, Vol. 2, p. 155. [in Persian]
- 24- Mohaghegh Helli. [Sharaea Al-Eslam Fi Masael Al-halal Va Al-Haram]. Qom: Moasese Esmaeilian; 1408; Vol. 4, p. 232. [in Arabic]
- 25- Najafi MH. [Javaher Al-Kalam Fi Sharhe SHarae Aleslam]. Beiroot: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1404, Vol. 43, p. 45. [in Arabic]
- 26- Asadi Helli A. [Al-mohazzab Al.barea Fi Sharh Al-Mokhtasar Al-nafe`a]. Qom: Entesharat Eslami; Vol. 5, p. 262. [in Arabic]
- 27- Mohaghegh Helli. [Sharaea Al-Eslam Fi Masael Al-halal Va Al-Haram]. Qom: Moasese Esmaeilian; 1408, Vol. 4, p. 232. [in Arabic]
- 28- Allameh Helli. [Ershad Al-azhan Ela Ahkam Al-Iman]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1410, Vol. 2, p. 222. [in Arabic]
- 29- Allameh Helli. [Qavaed Al-Ahkam Fi Maarefat Al-Halal va Al-Haram]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1413, Vol. 3, p. 651. [in Arabic]
- 30- SHahid Avval. [Al-Lomah Al-Demeshqiyah]. Beiroot: Dar Al.Toras; 1410, p. 275. [in Arabic]
- 31- SHahid Sani. [Al-rozah Al-Bahiyah Fi Al-Lomah Al-Demeshqiyah]. Qom: Daftare Tablighate Eslami Hozeye Elmiye; 1412, Vol. 2, p. 419. [in Arabic]
- 32- SHahid Sani. [Masalek Al-Afham Ela

- Tanghih Sharaea Al-eslam]. Qom: Moassesa Al-maaref Al-eslamiyah; 1413, Vol. 15, p. 328. [in Arabic]
- 33- Haeri Tabatabaei SA. [Riyaz Al-Masael]. Qom: Moasese Alo Al-bayt; 1418, Vol. 16, p. 374-5. [in Arabic]
- 34- Najafi MH. [Javaher Al-Kalam Fi Sharhe SHarae Aleslam]. Beirut: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1404, Vol. 43, p. 65. [in Arabic]
- 35- Feize Kashanni MH. [Mafatih Al-SHaraea]. Qom: Entesharate Marashi najafi; Vol. 2, p. 116. [in Arabic]
- 36- Tabatabae Yazdi SMK. [Al-Orvat Al.Vosqa]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1431, Vol. 5, p. 67. [in Arabic]
- 37- Khoee SA. [Mabani Takmeleh Al-Menhaj]. Qom: Moasese Ehya Asar Al-Emam Khoee; 1422, Vol. 2, p. 273. [in Arabic]
- 38- Emam Khomeini. [Tahrir Al-vasilah]. Qom: Moasese dar Al-elm; 1379, Vol. 2, p. 560. [in Arabic]
- 39- Fazel Lankarani M. [Tafsil Al-Shariah Fi Sharh Tahrir Al-Vasilah]. Qom: Markaze Feqhi Aemeye Athar; 1381, p. 57. [in Arabic]
- 40- Shahid Sani. [Masalek Al-Afham Ela Tanghih Sharaea Aleslam]. Qom: Moassesa Al-Maaref Al-Eslamiyah; 1413, Vol. 15, p. 327. [in Arabic]
- 41- Ameli Sj. [Meftah AL-Keramah fi Sharh Qavaed AL- Allamah]. Beirut: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1419, Vol. 10, p.271. [in Arabic]
- 42- Shahid Sani. [Al-rozah Al-Bahiyah Fi Al-Lomah Al-Demeshqiyah]. Qom: Daftare Tablighate Eslami Hozeye Elmiye; 1412, Vol. 2, p. 418. [in Arabic]
- 43- Fazel Lankarani M. [Tafsil Al-Shariah Fi Sharh Tahrir Al-vasilah]. Qom: Markaze Feqhi Aemeye Athar; 1381, p. 57. [in Arabic]
- 44- Horre Amel M. [Vasael Al-shiah]. Qom: Moasese Alo Al-bayt; 1409, Vol. 29, p. 260. [in Arabic]
- 45- Horre Amel M. [Vasael Al-shiah]. Qom: Moasese Alo Al-bayt; 1409; Vol. 29, p. 261. [in Arabic]
- 46- Najafi MH. [Javaher Al-Kalam Fi Sharhe SHarae Al.Eslam]. Beirut: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1404, Vol. 43, p. 46. [in Arabic]
- 47- Mohaghegh Karaki. [Jamea Al-Maqased Fi Sharh Al-Qavaed]. Qom: Moasese Alo Al-bayt; 1414, Vol. 7, p. 268. [in Arabic]
- 48- Samiri M. [Ghayah Al-Maram Fi Sharh Sharaea Al-eslam]. Beirut: Dar Al-hadi; 1420, Vol. 4, p. 426. [in Arabic]
- 49- Najafi MH. [Javaher Al-Kalam Fi Sharhe SHarae Al.Eslam]. Beirut: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1404, Vol. 43, p. 46. [in Arabic]
- 50- Ameli Sj. [Meftah AL-Keramah fi Sharh Qavaed AL- Allamah]. Beirut: Dar AL-Ehya AL.Toras AL.Arabi; 1419, Vol. 10, p.271. [in Arabic]
- 51- Shahid Sani. [Masalek Al-Afham Ela Tanghih Sharae Al-Eslam]. Qom: Moassesa Al-maaref Al-eslamiyah; 1413, Vol. 15, p. 328. [in Arabic]
- 52- Mohddes Nori M. [Mostadrek al-vasael Va Mostanbet Al-masael]. Beirut: moasese Alo Al-bayt; 1408, Vol. 18, p. 325. [in Arabic]
- 53- Samiri M. [Ghayah Al-Maram Fi Sharh Sharaea Al-eslam]. Beirut: Dar Al-hadi; 1420, Vol. 4, p. 426. [in Arabic]
- 54- Bojnoordi SM. [Qavaed Al-Feqhiyah]. Tehran: Moassese Orooj; 1401, Vol. 1, p. 188. [in Arabic]
- 55- Mostafavi SMK. [Meah Qaedah Feqhiyah]. Qom: Daftare Entesharate Eslami; 1421, p. 129. [in Arabic]
- 56- Ibne Zohre. [Ghonyah Al-Nozoo Ela Elmeye Al-Osool va Al-foroo]. Qom: Moassese Emam Sadeq; 1417, p. 289. [in Arabic]
- 57- Marashi Shoushtari SMH. [Didgah haye Nov Dar Hoghoogh]. Tehran: Mizan; 1376, Vol. 2, p. 155. [in Persian]
- 58- Bojnoordi SM. [Qavaed Al-Feqhiyah]. Tehran: Moassese Orooj; 1401, Vol. 1, p. 40. [in Arabic]
- 59- Esmaeil Abadi AR. [Negahi Tatbighi Be Zemane Tabib Dar Mazahebe Eslami]. Fiqh. 1383; 11(40): 158. [in Persian]
- 60- Mir Mohammad Sadeghi H. [Jaraem alaihe Ashkhas]. Tehran: Mizan; 1392, p. 386. [in Persian]

Physicians Responsibility: Examining the Islamic Penal Code (No. 495), Based on Changing Trajectory *Imamia* Jurisprudence

Seyed Abdarrahim Hosseini¹, Mohamad J. Sadeghpour^{*2}, Naghi Aghazadeh³

¹ Assistant professor of *fiqh* and Islamic law, Farabi College, Tehran University, Tehran, Iran.

² PhD Candidate of *Fiqh* and Criminal law, Center Juridical Research of Legal Medicine, Kharazmi University, Tehran, Iran.

³ PhD Candidate of *Fiqh* and Islamic law, Islamic Azad University of Qom, Qom, Iran.

Abstract

Since the beginning of the *Imamia* school of thought, *Imamia* scholars paid a great attention to issue of physicians' responsibility. With a long-lasting debate on this issue, in most cases they have confirmed physician's responsibility in medical error. However, in terms of a skilled medical doctor who treats the patient with no medical error but harm occurs, there is no consensus. Some scholars have said that if the physician had the patient's (or family) consent for the treatment, then the physician is not guilty. In the contrary, some scholars believe that the physician still should bear the responsibility.

This paper aims to examine the Islamic Pinal Code (no. 495) by relying on changing trajectory *Imamia* jurisprudence in exchange for claimed physicians' responsibility. The legislators in Article 495 of the Islamic Penal Code (Act. 92), seems to take into account both mentioned perspectives and try to choose a middle way. However, in practice, this has caused confusion.

Keywords: Physician's responsibility, Islamic Jurisprudence, *Imamia* Fiqh

* Corresponding Author: Email: jafa.samen.1367@gmail.com