

## تأملی بر نظریات علمای فقه و حقوق در باب دیه جراحات پزشکی (با تأکید بر مسؤولیت کیفری پزشکان)<sup>۱</sup>

عبدالکریم سالکی<sup>۲</sup>

دانش آموخته کارشناسی ارشد علوم سیاسی، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

عبدالحسین مرادی کوپائی<sup>۳</sup>

عضو هیأت علمی کمیته فرهنگی و اجتماعی کمیسیون مطالعات اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران، ایران

### چکیده

در فقه اسلامی پزشک امین جامعه است. بر پزشک، رسیدگی به حال بیمار، واجب شرعی و بر بیمار مراجعه به پزشک به از حیث وجوب عقلی و شرعی دفع ضرر از آدمی و از جمله مضمون آیه «و لاتلقوا بایدیکم الی التهلکة» واجب می‌باشد. از این رو پزشکی که در قوانین موضوعه تنها به عنوان یک حق شناخته می‌شود در اسلام نوعی واجب کفایی بوده و نظرات فقهی و حقوقی کثیری را در باب تکلیف پزشکان سبب‌ساز گردیده است. گاهی اتفاق می‌افتد که پزشک و یا مباشر او ضمن عمل جراحی که مطابق قواعد فنی نیز صورت گرفته، جراحاتی را به مریض وارد می‌آورد که منجر به مرگ بیمار می‌شود. توجه به این مسأله که آیا پزشک و مباشر او در این موارد ضامن داشته و از حیث قانونی، دارای مسؤولیت کیفری و پرداخت دیه باشند؟ موضوع اصلی این پژوهش می‌باشد. یافته‌های این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از ابزار کتابخانه‌ای صورت گرفته حاکی از آن است که مطابق قواعد فقهی و حقوقی، چنانچه بی احتیاطی پزشک ماهر و یا مباشر او به تلف جان یا نقص عضو بیمار منتهی گردد، دارای مسؤولیت کیفری و ضامن پرداخت دیه می‌باشد و چنانچه در مواقع اضطراری کسب رضایت از بیمار ممکن نباشد در

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۱۰/۲۹؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۱/۱۹

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): saleki\_karim@yahoo.com

۳. پست الکترونیک: abdolhosein\_m@yahoo.co.uk

صورت تلف جان یا نقص عضو به واسطه «قاعده احسان» پزشک، از مسؤلیت مبرا است که البته در این باب هنوز وحدت رویه جامعی میان علمای شیعه و دیگر علمای اهل سنت شکل نگرفته است، لکن به عنوان قول مشهور مستند است.

**کلیدواژه‌ها:** جراحی، حکم، دیه، جاهل قاصر و جاهل مقصر، ضمان.

## ۱. مقدمه

از ابواب مهم فقه و حقوق موضوعه ایران، بحث دیات است که دارای مسائل مختلفی می‌باشد. یکی از آنها توجه به بحث دیه جراحات پزشکی از جنبه مسؤلیت مدنی و کیفری است. از منظر اسلامی نیز حفظ جان و سلامت افراد جامعه، بسیار مهم و ضروری است. نگاهی به آراء فقهی و حقوقی در طول حیات بشری، مجموعه قواعد و قوانینی را نشان می‌دهد که از سوی فقها و حقوقدانان در خصوص تشریح وظایف، روابط و حقوق بیمار و پزشک در قالب منشوری حقوقی تدوین گردیده است. نکته مهم اینکه تدوین قوانین محکم از سوی قانونگذار در حمایت از حقوق بیماران و پزشکان در جامعه می‌تواند از سویی در بیماران این باور را ایجاد کند که با اطمینان خاطر امر معالجه و مداوای خویش را به پزشک سپرده و از سویی دیگر از شکل‌گیری حس دلسردی در میان پزشکان و عدم تمایل به معالجه بیمار به‌ویژه در مواقع حساس، جلوگیری و حرفه پزشکی را از محدودیت رها سازد. چنانچه امروزه طرح پرونده‌های پزشکی و صدور احکامی در خصوص محکومیت پزشکان، در مراجع قانونی گسترش قابل‌توجهی یافته و پزشکان به صورت روزافزونی در مراجع قضایی و پزشکی قانونی احضار و مورد بازخواست قرار می‌گیرند که بعضاً در بسیاری از موارد احکام صادره از سوی مراجع قضایی و محاکم در محافل پزشکی مورد نقد و یا اعتراض قرار می‌گیرد. لذا از دیدگاه نویسندگان این مقاله بررسی آرائ فقهی و حقوقی در خصوص روابط بین بیمار و پزشک، موارد ضمان یا عدم ضمان پزشک و دیه جراحات

پزشکی در شرایط حاضر جهت روشن شدن بیشتر موضوعات مذکور بسیار ضروری و مهم می‌باشد.

## ۲. تعاریف و مفاهیم کلیدی

### ۱.۲. جراحات

جراحت از ماده «ج - ر - ح» به معنای زخم و پارگی ایجاد شده در پوست یا گوشت حیوان یا انسان است<sup>۱</sup> و یا زخمی که از آن خون جاری شود<sup>۲</sup> واژه «قَرَح» و «قَرَحَه» یا «قَرَحَه» در زبان عربی نیز به همین معناست، هرچند برخی مراد از آن را زخم دردآور<sup>۳</sup> یا چرک‌آلود<sup>۴</sup> یا درد ناشی از زخم<sup>۵</sup> دانسته‌اند.

### ۲.۲. جاهل قاصر و جاهل مقصر

در اصطلاح فقهی هرگاه مکلف نسبت به موضوع یا حکمی اطلاع نداشته باشد (موجه یا ناموجه) این اصطلاح استفاده می‌شود.<sup>۶</sup> در منابع فقهی و حقوقی، جاهل از نظر منشأ تحقق آن، به جاهل قصوری و تقصیری تقسیم شده است. در جاهل قصوری، شخص متصف به جاهل در شرایطی است که به هیچ وجه امکان آگاهی از احکام شرعی و قوانین را ندارد. در جاهل تقصیری، جاهل قدرت دستیابی به علم و قانون را دارد، ولی بر اثر سهل‌انگاری خود هم‌چنان در جاهل باقی می‌ماند<sup>۷</sup> به عبارتی جاهل قاصر به فردی گفته می‌شود که اساساً

۱. جوهری، ۱۹۸۸، ص ۳۵۸؛ ابن فارس، معجم مقاییس، اللغة، ج ۱ و ۲ و ۵، ص ۴۵۱.

۲. اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۹۰.

۳. ابن فارس، اللغة، ص ۸۲.

۴. ابن تیمیه حرانی، ترتیب اصلاح المنطق، ص ۳۰۳.

۵. همان، ص ۳۲۳.

۶. عاملی، الاصطلاحات الفقهية فی الرسائل العملية، ص ۱۶۴.

۷. غروی تبریزی، التنقیح فی شرح العروه الوثقی: کتاب الطهاره، جزء ۳، ص ۳۴۳.

احتمال توجه حکم و احتمال تکلیف را به خودش نمی‌دهد و کسی که احتمال تکلیف را ندهد، قادر بر احتیاط نیست و جاهل مقصر نیز شخصی است که احتمال وجود حکم را می‌دهد ولی حکم را تفحص و جست‌وجو نمی‌کند و تکلیف را ترک می‌کند.<sup>۱</sup>

#### ۳.۲. دیه

دیه مفرد دیات است و همان هلاک شدن است که از ریشه «ودی» به معنای رد کردن و راندن گرفته شده است.<sup>۲</sup> بنا بر تعریفی دیگر دیه مالی است که به سبب ارتکاب جرم بر جان یا عضو انسان آزاد، واجب می‌شود.<sup>۳</sup> در تعریفی از فقها: «دیه مالی است که در جنایت بر نفس، اعضاء و یا ایراد جرح و مانند این‌ها (از طرف شارع) مقرر گردیده است».<sup>۴</sup>

#### ۴.۲. حکم

شهید آیت الله صدر<sup>۵</sup> پیرامون معنای شرعی حکم می‌گوید: «حکم قانون وضع شده از طرف خداوند متعال، برای تنظیم حیات بشری است». با این توضیح می‌توان مجموعه بایدها و نبایدهایی را که شارع مقدس برای رسیدن بشر به کمال مطلوب وضع می‌نماید، حکم نامید.

#### ۵.۲. ضمان

ضمان در لغت به معنای التزام، تعهد و کفالت، برعهده گرفتن و شیء را در عهده قرار دادن،

۱. مظفر، اصول فقه، جزء یک، ص ۲۲۹.

۲. شفیع سرستانی و دیگران، قانون دیات و مقتضیات زمان، ص ۴۷.

۳. محمدی، ۱۳۶۴، ص ۱.

۴. عارفی مسکونی، ماهیت حقوقی دیه و تحلیل میزان و نوع آن، ص ۲۵.

۵. صدر، دروس فی علم الاصول، الحلقة الاول، ص ۱۶۱.

تعریف شده است<sup>۱</sup> و لذا التزام به پرداخت مالی است که در نگهداری و یا ادای آن سهل انگاری شده و یا پذیرفتن خسارتی که بر اموال دیگران وارد شده است.<sup>۲</sup>

### ۳. کلیات و مباحث نظری

#### ۳.۱. جراحات در فقه و حقوق

در منابع فقهی، جراحات به زخم و پارگی گفته می‌شود که در اعضای بدن انسان ایجاد می‌گردد و به دو دسته کلی تقسیم می‌گردد: یکی شجاج (جمع شَجَّة) که به زخم‌های سر و صورت گفته می‌شود و دیگر جراح (جمع جَرَح) که زخم‌های سایر اعضای بدن را شامل می‌شود.<sup>۳</sup>

احکام جراحات در منابع فقهی، عمدتاً در باب جنایات مطرح شده است و ایجاد جراحات یکی از اقسام سه گانه جنایات‌های کمتر از جنایت نَفْس (جنایت بر اعضای بدن، جنایت بر منافع اعضا و ایجاد جراحات) به شمار رفته است.<sup>۴</sup>

فقهای امامی و اهل سنت، با استناد به آیه ۴۵ سوره مانده (وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ: هر زخمی قصاص دارد)، قصاص در جراحات عمدی را پذیرفته‌اند. با این توصیف، چنانچه شجاج، عمداً ایجاد شود و به فوت مجروح منجر گردد، در صورت وجود دیگر شروط لازم قصاص، مسبب جراحات، قصاص نفس می‌شود و اگر مجروح زنده بماند، حق قصاص عضو دارد.<sup>۵</sup>

قصاص عضو در مورد جراحاتی اجرا می‌شود که اجرا کردن آن خطر هلاک شدن

۱. جوهری، ۱۹۸۸، ص ۹۶۵.

۲. بجنوردی، القواعد الفقهية، جزء یک، ص ۱۵۰.

۳. ابن ادریس البهوتی، کشف القناع، جزء چهار، ص ۴۰۸.

۴. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۴۱.

۵. طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۷، مصحح سید محمد تقی کشفی، ص ۷۴.

قصاص شونده یا تلف شدن عضو او را در پی نداشته باشد؛ از این رو، به استناد قرآن و احادیث،<sup>۱</sup> فقهای امامی و بیشتر اهل سنت معتقدند که زخم‌های هاشمه، منقله، مأمومه و دامغه، قصاص نداشته و تنها پرداخت دیه واجب است، زیرا اجرای قصاص در این موارد به شکل دقیقاً یکسان و همانند با زخم اصلی ممکن نیست و چه بسا به هلاکت شخص یا عضو بدن او بینجامد. البته به نظر فقهای امامی، شخص مجروح می‌تواند به قصاص جراحت کمتر از مورد جنایت رضایت دهد و معادل تفاوت آن دو، دیه بگیرد<sup>۲</sup> که البته در این باب اختلاف است.<sup>۳</sup>

### ۲.۳. انواع حکم در فقه و حقوق

واژه حکم در منابع فقهی و اصولی به معانی گوناگون به کار رفته است و از حیث کاربردی به معنای قاعده کلی و مقررات شرعی در موضوعات جزئی می‌باشد<sup>۴</sup> مراد از حکم شرعی در زبان فقها، قانونی است که خداوند برای تنظیم زندگی انسان‌ها وضع کرده است.<sup>۵</sup> در رابطه با مفهوم حکم در دیه می‌توان گفت: دستورها و مقررات شرعی است که در موضوعات جزئی رواج دارد. حکم به جهت امضای بنای عقلا و عرف به حکم تأسیسی و حکم امضایی تقسیم شده است. پیش از ظهور اسلام برای تنظیم مناسبات حقوقی، معاملاتی، اقتصادی و نیز مراسم عبادی مقرراتی میان مردم وجود داشت که برخی از اصول شرایع پیشین و برخی دیگر از بنای عقلا نشأت می‌گرفت. آن دسته از قواعد و مقررات و مراسمی

۱. موسوی خویی، مبانی تکلم المنهاج، ج ۲، ترجمه خدیجه محمدی درخشش و مهدی حریری، جزء ۵، صص ۱۵۸-۱۵۷.

۲. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ص ۳۳۷.

۳. خویی، مبانی تکملة المنهاج، جزء ۴۲، ص ۱۵۷.

۴. تفتازانی، حاشیه، شرح التلویح علی التوضیح لمتن التنقیح فی اصول الفقه و بالهامش شرح التوضیح للتنقیح المذکور، جزء ۲، ص ۱۲۲.

۵. طبرسی، تفسیر مجمع البیان، ص ۱۵.

که پس از اسلام، شارع آنها را هرچند با سکوت و نهی نکردن، خواه به طور کامل یا با اصلاحات جزئی یا کلی تأیید و امضاء کرده است، احکام و ادله امضایی و در مقابل آن، احکام و ادله تأسیسی است.<sup>۱</sup>

### ۳.۳. حکم دیه (تأسیسی یا امضایی)

در بین قبایل عرب پیش از اسلام، نظام واحدی در خصوص خون‌خواهی حاکم نبود و به تعبیری، تا انتقام خون ریخته شده گرفته نمی‌شد آرامش حاکم نمی‌گردید. برای پایان دادن به اینچنین انتقام‌ها و منازعات خونینی، نظام پرداخت دیه در بین اعراب جاهلی قبل از اسلام ایجاد شد.<sup>۲</sup> در خصوص حکم دیه اتفاق نظر فقها بر این است که دیه از احکام تأسیسی می‌باشد. وجوب دیه در آیات و روایات ظهور در تأسیسی بودن دارد و امضایی بودن آن نیاز به دلیل دارد. بر اساس نص قرآن (سوره مائده، آیه ۴۵) قصاص از قوانین شرایع سابق است، یعنی قصاص از قوانین امضایی است و در مکاتب بشری پیش از ادیان یهود و مسیحیت نیز وجود داشته و قرآن آن را برای مسلمانان امضاء و در شمار احکام و قوانین خود به مسلمانان ابلاغ فرموده است.

### ۳.۴. کاربرد دیه در فقه و حقوق

در فقه برای دیه اصطلاح «عقل» را نیز بکار برده‌اند. عقل به معنی پا بند زدن به شتر و نیز منع است و لذا پرداخت کنندگان دیه قتل خطیی را عاقله گویند. برطبق سنت مرویه، رسول اکرم (ص) فقط دیه قتل خطأ را صد شتر معین نمودند، لکن پرداخت مال را در حالت عفو از قصاص، نا مشخص و به مصالحه طرفین واگذار فرمودند که البته این سنت ریشه قرآنی دارد که از مضمون آیه ۱۷۸ سوره مبارکه بقره قابل استنباط است. بنابراین هرگاه دیه گفته

۱. خواجه‌بوی، جامع الشتات، ص ۱۷۶.

۲. نجف‌آبادی، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، ص ۴۲.

شود؛ مراد دیه نفس در قتل خطایی است. بنابراین باید گفت بایستی تعریف دیه، صرفاً به دیه قتل خطأ منحصر باشد. چراکه در شرع، مالی که بدل از قصاص یا بدل از جنایت بر اعضاء هنگام عفو اولیای دم پرداخت می‌شود، به دیه موسوم نشده است.<sup>۱</sup>

از دیدگاه حقوقی، طبق ماده ۴۴۸ قانون مجازات اسلامی جدید (مصوب سال ۱۳۹۲)، دیه مالی است که در شرع به سبب جنایت غیر عمدی بر نفس، عضو یا منفعت، یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به مجنی علیه یا ولی یا اولیای دم او داده می‌شود و به موجب ماده (۱۴) نیز، پرداخت دیه یکی از انواع مجازات‌های بازدارنده برگرفته از شرع و فقه اسلامی و شیعی می‌باشد. مجازات‌ها می‌باشد.

### ۳.۵. انواع و مصادیق دیه

دیه، طبق یک تقسیم‌بندی کلی به دیه جان و دیه اعضاء قابل تقسیم است:

۳.۵.۱. دیه جان: در شریعت در خصوص از دست رفتن جان شش نوع دیه مقرر شده است: صد شتر<sup>۲</sup>؛ دویست گاو؛ دویست حله که هر حله دو لباس از برد یمنی است؛ هزار دینار، هزار گوسفند و ده هزار درهم.

جانی\_ در صورت ثبوت دیه و مطالبه اولیای مقتول\_ مختار است یکی از شش نوع مذکور را به عنوان دیه بپردازد و اولیای مقتول حق ندارند او را بر پرداخت یکی معین از آنها مجبور کنند،<sup>۳</sup> مگر آنکه در موارد ثبوت قصاص، بر پرداخت دیه تراضی کنند که در این وضع، اختیار یکی از شش مورد منوط به توافق بزهدکار و اولیای دم خواهد بود.<sup>۴</sup> لازم به ذکر

۱. ادريس، ديه، جزء دهم، ترجمه علی‌رضا فیض، ص ۳۰.

۲. وقتی تاریخ زندگی مردم را در عربستان ورق می‌زنیم، می‌بینیم اساس و پایه دارایی آنها را اموالی از قبیل شتر، گاو، گوسفند، و سایر حیوانات تشکیل می‌داده و لذا مسائل اقتصادی آنان بر پایه همان اموال پی‌ریزی گردیده است.

۳. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، صص ۱۷-۴.

۴. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جزء ۲۱، ص ۱۴۹.



است که حسب ماده ۵۴۹ ق.م.ا.ج جدید رویه قانونگذار بدین شکل مقرر گردیده که در ابتدای هر سال مبلغ ریالی دیه از سوی قوه قضائیه به تفصیل براساس آنچه که در مقررات منابع شرعی در رابطه با میزان دیه تعیین گردیده با نظر مقام معظم رهبری مشخص و به محاکم قضائی اعلام می‌گردد.

۲.۵.۳. **دیه اعضاء:** در شریعت برای بعضی اعضاء دیه‌ای تعیین نشده و به جای دیه، ارش (حکومت) ثابت است.<sup>۱</sup>

از جمله دیگر مباحث کلیدی و کاربردی در مبحث دیات این است که آیا هر یک از موارد دیه اصلی‌اند و هیچ یک از آنها فرع و بدل از دیگری نیست. به عبارت دیگر، آیا هر یک از موارد شش‌گانه موضوعیت دارند. در این باب میان فقهای شیعی، اختلاف نظر وجود دارد. علامه حلی<sup>۲</sup> معتقد است هر یک از این اصناف (شش‌گانه) به جای خود اصلی و از دیگری نه بدل و نه شروط به بودن موارد دیگر است و شخص بزهکار در پرداخت هر کدام مختار است. بر طبق نظر دیگر هر یک از این موارد نسبت به شغل بزهکار اصلی‌اند. یعنی اگر بزهکار طلا فروش است، مصداق اصلی برای او هزار دینار است و اگر چوپان است، مصداق اصلی هزار گوسفند است و هم‌چنین در موارد دیگر می‌توان بنا بر موردی که با شغل بزهکار متناسب باشد، انتخاب نمود.

این بحث که از میان مصادیق دیه در قتل خطا کدام اصل و کدام فرع است، مطلبی است که در عصر حاضر بیشتر به آن پرداخته می‌شود. لذا این بحث در میان فقهای اهل سنت نیز سابقه زیادی ندارد و در کتاب‌های فقهی گذشتگان در قالب مباحث بسیار ضعیفی به این موضوع اشاره شده است. فقهای شافعی بر این باورند که اصل در دیه شتر است و اگر نباشد بهای آن ملاک است. صاحب کتاب الام، محمد بن ادریس<sup>۳</sup> تصریح می‌کند که: دیه

۱. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ص ۱۲۶.

۲. حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۳۲۲.

۳. ابن ادریس الشافعی، الام در ضمن مصادر الفقهیه، ج ۱ و ۴۰، ص ۷۶۴.

مسلمان آزاد صد شتر و در صورت کمیاب شدن شتر، قیمت صد شتر ملاک است. ابن قدامه، از فقهای بزرگ و سرشناس مکتب حنبلی، برخلاف دیگر فقهای اهل سنت، مصادیق دیه قتل خطا را همانند شیعه در شش مورد دانسته است. به نظر ایشان نیز اصل در دیه، فقط شتر است و مصادیق دیگر بدل از آن است. بنابراین اگر توان دادن ابل باشد باید شتر داده شود و الا از مصادیق دیگر انتخاب شود<sup>۱</sup> از نظر فقهای مالکی که مصادیق دیه را سه نوع دانسته و هر نوعی را به صنف خاصی واجب کرده‌اند، بحث از اصلی و یا فرعی بودن، لغو است و هر یک اصل خواهد بود<sup>۲</sup> نتیجه این شد که در این رابطه باید تفصیل داده شود که اگر حاکم شرعی در کار باشد که قدرت بر اجرای حدود را داشته باشد، تعیین مصادیق در اختیار اوست و در غیر این صورت، بزهکار باید صد شتر و یا قیمت صد شتر و یا یکی از امر پنج گانه دیگر را که ارزش یکسان داشته باشد، بپردازد.

### ۶.۳. انواع خطا و حکم دیه

در ق.م.ا جدید ایراد جراحت منتهی به فوت شامل: عمد، شبه عمد و خطای محض می‌باشد.

۶.۳.۱. قتل عمد: ماده ۲۸۸ ق.م.ا جدید بندهای مختلفی دارد که شرایط قتل عمد را بیان کرده است. برای مثال در بند (الف) این ماده آمده است: «هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا غیر معین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود حاصل شود، خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت شود، خواه نشود، قتل عمد است». در قتل از نوع عمدی، باید بگوییم که برای اینکه این عمل را به شخص معینی منتسب کنیم، به سوء نیت عام و خاص نیاز داریم که در قالب رکن معنوی قابلیت تعریف دارد؛ به این معنا که قتلی را که فردی مرتکب شده است باید با فعل و

۱. ابن قدامه، المغنی علی مختصر الخرقی ومعه الشرح الکبیر علی متن المقنع، ج ۷، صص ۶۱۰-۶۰۶.

۲. الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی وأدلته، ج ۵، ص ۲۱۵.

انفعالات ذهنی همراه بوده باشد. مثلاً اگر فردی از کنار شخصی در خیابان بگذرد و ناخودآگاه با دستش ضربه‌ای به او وارد کند که باعث فوتش شود، با توجه به اینکه این عمل غیرارادی بوده است، او مرتکب جرم قتل عمد نشده است؛ اما اگر فردی با ذهنیت قبلی، با رفتاری فیزیکی همراه با اراده و علم، ضربه‌ای به کسی وارد کند که منجر به مرگ او شود و به نتیجه کار خود آگاه باشد، این عمل به طور قطع «قتل عمد» است. لذا قتل عمد: رفتاری فیزیکی است که با اراده و علم و آگاهی از نتیجه همراه باشد و به سلب حیات قربانی منجر شود.

**۲.۶.۳. قتل شبه عمد:** موارد مربوط به قتل شبه عمد در ماده ۳۰۰ ق.م.ا جدید در قالب ۶ بند آورده شده است و تعریف آن نیز در ماده ۲۸۹ قانون مذکور این‌گونه آمده است که «اگر مرتکب نسبت به مجنی علیه قصد رفتاری را داشته باشد که کشنده نیست و قصد جنایت واقع شده را نیز نداشته باشد، موضوع از موارد تعریف جنایات شبه عمد است». به همین صورت نیز هنگامی که پزشک به معالجه بیماری مشغول است امکان دارد عملی انجام دهد که ناخواسته باعث مرگ بیمار گردد و مرتکب قتل شبه عمد شود که این مصداق مورد بحث ما در این مقاله می‌باشد.

**۳.۶.۳. قتل خطای محض:** این نوع قتل به معنای نداشتن قصد فعل واقع شده نسبت به مجنی علیه یا قربانی و نداشتن قصد جنایت بر قربانی است. این تعریف به این معناست که اگر فردی عملی را صورت دهد که نه قصد کشتن داشته نه در ذهنش به آن فکر کرده، مرتکب قتل از نوع خطای محض شده است. در جراحی غیر عمدی یا از روی خطا که منجر به فوت گردد دیه نفس ثابت است که در شبه عمد بر عهده جانی و در خطای محض بر عهده عاقله جانی است. اما اگر مجنی علیه زنده بماند، دیه جراحی در صورتی که جنایت شبه عمد باشد، بر عهده جانی است<sup>۱</sup> و در صورتی که خطای محض باشد دیه

۱. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ص ۲۷.

جنایت موضحه به بالا بر عهده عاقله خواهد بود. در اینکه دیه جنایت خطایی پایین تر از موضحه نیز بر عهده عاقله است یا نه، اختلاف است. مشهور قول دوم است.<sup>۱</sup>

#### ۴. ضمان طبیب

##### ۴.۱. ضمان مباشر

نظریه مشهور فقیهان اسلامی قائل به ضمان طبیب در صورت اخذ برائت است. بنابر این نظریه؛ نیاز مردم به پزشک ضرورتی است که لزوم تشریح ابراء را توجیه می‌کند. هم‌چنین باید توجه داشت که وقتی پزشک بداند اگر به درمان و معالجه بیمار پردازد از ضمان رهایی ندارد از اقدام به درمان و طبابت خودداری خواهد کرد. قانونگذار نظریه مشهور را مورد توجه قرار داده و به موجب ماده ۴۹۵ ق.م.ا.ج جدید مقرر می‌دارد؛ «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود». در این رابطه، ضمان طبیب به دو صورت قابل بررسی است:

۴.۱.۱. ضمان طبیب جاهل: حاذق بودن و دانایی شرط اول و رکن رکن طبابت است، و تصدی شغل پزشکی و دامپزشکی و دیگر شعب مربوط به آن اگر بدون آگاهی لازم باشد و موجب مرگ یا ضایعه‌ای در عضو یا قوه‌ای از قوای انسان گردد فرد، ضامن دیه نفس یا عضو آسیب دیده خواهد بود. در تبصره ۳ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی قدیم (مصوب سال ۱۳۷۵) آمده است: هرگاه بر اثر «عدم مهارت» قتل یا ضرب یا جرح واقع

۱. جبعی العاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جزء ۱۰، تصحیح و حاشیه سید محمد کلانتر، ص ۲۷۴.

شود در حکم شبه عمد است و جانی مسؤول پرداخت دیه است که خوشبختانه مفاد این ماده در ماده ۲۹۱ ق.م.ا جدید و تبصره‌های ذیل آن با همین استنباط به خوبی دیده شده است.

۴.۱.۲. ضمان طیب مقصر: طبق اجماع فقهای شیعه هرگاه طیب حاذق در اثر سهل‌انگاری مرتکب خطای پزشکی شود، ضامن خواهد بود، گرچه معالجه وی با اذن بیمار یا ولی او باشد. از آنجا که مسؤلیت طیب سهل‌انگار از بدیهیات و امور مسلم فقهی است، لذا فقها در این رابطه کمتر به بررسی پرداخته‌اند، زیرا تمامی قواعد و ادله ضمان در این صورت مصداق دارد. بنابراین بحث این که، آیا طیب در این وضعیت ضامن است؟، صرفاً در خصوص اعمال طیب ماهری است که تمام توان خود را در حد عرف پزشکی به کار گرفته، لکن تلاش او مثمر ثمر واقع نشده و مریض در حین معالجه فوت و یا نقص عضو گردیده است.

حنفیان مسؤلیت پزشک را به دو دلیل ساقط می‌دانند؛ یکی از باب ضرورت اجتماعی، چراکه نیاز بسیاری به کار پزشک وجود دارد و رفع مسؤلیت از پزشک، موجب تشویق پزشکان به امر مداوا و درمان خواهد بود. دوم از باب اذن بیمار یا ولی او، چراکه بیمار با دادن اذن به پزشک، او را از مسؤلیت بری می‌کند.<sup>۱</sup> شافعیان معتقدند در صورتی که بیمار زیان جبران‌ناپذیری ببیند، زیان دیده و یا کسان او نمی‌توانند قصاص پزشک را بخواهند و یا از او درخواست دیه کنند، زیرا پزشک با به کار بستن اصول علمی و کسب اذن از بیمار و فارغ از قصد اضرار، درمان نموده و لذا در مقابل خطای خود مسؤول نیست.<sup>۲</sup> حنبلیان معتقدند: اگر پزشک ماهر مرتکب خطایی شود که منجر به تلف یا نقص عضو بیمار گردد، مسؤول نیست؛ زیرا فعل مباحی را انجام داده که به تلف و نقص عضو انجامیده

۱. الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی و أدلته، صص ۴۴۹-۴۴۵.

۲. ادريس الشافعی، الام در ضمن مصادر الفقهية، صص ۶۲-۶۱.

است، لذا پزشک ضامن به شمار نمی‌آید.<sup>۱</sup> سرانجام، مالکیان معتقدند که به دلیل وجود اذن شرع و اذن بیمار، پزشک مسؤول به شمار نمی‌آید. زیرا اذن شرع موجب اباحه و مشروعیت اشتغال به حرفه پزشکی است و اذن بیمار به پزشک نیز سبب می‌شود تا پزشک بتواند به معالجه بیمار پردازد. بنابراین، پزشک با داشتن این دو شرط و رعایت اصول فنی دیگر مسؤولیتی نخواهد داشت.<sup>۲</sup>

#### ۲.۴. ضمان غیرمباشر

در بسیاری از امور پزشکی، پزشک از طریق پرستار و یا حتی فرد بیمار به مداوا می‌پردازد. سؤال این که آیا ضمان بر گردن این اشخاص، که به طور غیر مباشر از سوی پزشک در مداوا نقش دارند، ثابت خواهد شد؟ از جمله ادله‌ای که برای اثبات ضمان این گروه وارد است قاعده تسبیب است.

حسب تعریف مندرج در ماده ۵۰۶ ق.م.ا.جدید: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد». فقها تعاریف گوناگونی از تسبیب ارائه داده‌اند؛ محقق حلی<sup>۳</sup> در شرایع در کتاب دیات می‌گوید: «سبب چیزی است که اگر وجود نداشته باشد، تلف حاصل نخواهد شد، اما علت تلف چیز دیگری است». حقوقدانان در تعریف سبب گفته‌اند: «در تسبیب شخص به طور مستقیم

۱. ابن مفلح الحنبلی، المبدع، جزء ۵، صص ۱۱۱-۱۱۰.

۲. ادریس البهوتی، کشف القناع، صص ۳۵-۳۴.

۳. حلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مصحح عبد الحسین محمد علی بقال، ج ۴، ص ۱۰۲۴.

مباشر تلف کردن مال نیست ولی مقدمه تلف را فراهم می‌آورد.<sup>۱</sup> ملاک در تشخیص اتلاف به صورت تسبیبی عرف است و از این رو باید آن را به عرف واگذار کرد.<sup>۲</sup>

منشأ ضمان طبق نصوص و فتاوا تحقق اتلاف است و ملاک و معیار آن، صدق عرفی خواهد بود. از نظر عرف، گاهی متلف بر سبب و مباشر هر دو صدق می‌کند و گاهی فقط بر مباشر و نه سبب و گاهی فقط بر سبب صادق است. در روایات، تسبیب به معنی ایجاد چیزی که تلف به وسیله آن ولو به واسطه چیز دیگری حاصل شود تعریف شده؛ خواه آن سبب همانند کندن چاه، دخالتی در علیت علت داشته و یا مانند فریب دادن و اجبار، دخالت در وجود علت داشته باشد. اما این برداشت درست نیست؛ زیرا بدیهی است که آنچه از روایات به دست می‌آید خاصه بعضی مصادیق است و مراد آنان از این تعاریف، ضبط موارد ضمان در روایات می‌باشد. علاوه بر این که سبب، نزد عرف مفهوم روشنی ندارد و چه بسا اسم سبب بر موردی اطلاق شود که عدم ضمان در آن معلوم است. طبابت نیز از این گروه مستثنی نیست و انتصاب تلف به پزشک در صورت غیر مباشر بودن به نظر عرف و عقلاء بستگی دارد. همان‌گونه که برخی صاحب‌نظران اظهار داشته‌اند؛ اتلاف تسبیبی به لحاظ نوع سبب و چگونگی، انواع مختلفی دارد؛ یکی از انواع آن، اتلاف به سبب سرایت است. مقصود از این نوع اتلاف، آن است که انسان کاری را انجام دهد که مستقیماً باعث تلف نمی‌شود؛ مانند عمل جراحی یا ختنه کردن که پزشک جهت معالجه مریض انجام می‌دهد، ولی بر اثر جراحی و ختنه، محل آن ملتهب شده و عفونت کرده و به دیگر اعضای بدن سرایت می‌کند و در نتیجه سبب مرگ انسان یا تلف عضوی از اعضای وی می‌گردد.<sup>۳</sup>

۱. کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری)، ص ۲۱۹.

۲. الحسینی المرآعی، العناوین، جزء دوم، ص ۴۳۵.

۳. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق با مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، ک ۱۹۲.

### ۳.۴. قصور و براءت پزشک

در صدر ماده ۴۹۵ ق.م.ا.ج جدید صراحتاً مشخص گردیده که پزشک مسؤول جبران زیان وارده به بیمار است مگر آنکه تقصیر خویش را اثبات نماید و در تبصره ذیل ماده ۱۴۵ نیز مفهوم و مصادیق تقصیر آورده شده است. در تبصره ۱ ماده مذکور نیز آمده است: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند براءت أخذ کرده باشد.» طبق ماده ۴۹۵ قانون مذکور یکی از مصادیق تقصیر، عمل مخالف موازین و مقررات فنی می‌باشد. لذا باید گفت هرگاه پزشک در چهارچوب دستورات پزشکی و علوم مربوطه هم‌چون کتب مرجع پزشکی و نظامات پزشکی و علوم روز، اقدام ننموده باشد، مقصر است. مشخص است که این ماده بر خلاف نظر مشهور فقها، پزشک را در صورت عدم تقصیر ضامن نمی‌داند. در متن ماده ۳۱۹ ق.م.ا.ج قدیم که با انتقاداتی از سوی حقوقدانان روبه‌رو گردید، آمده: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هر چند به اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است.» اما در بند ۲ ماده ۵۹ همین قانون مقرر بود: «هر نوع عمل جراحی یا طبابت مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی نظامات دولتی انجام شود در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود جرم محسوب نمی‌شود» و بلافاصله در ماده ۶۰ با اشاره به اصل براءت مقرر شده: «چنان‌چه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او یا صاحب حیوان براءت حاصل نماید ضامن خسارت جانی، یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد و عهده‌دار خسارت پدید آمده نخواهد بود». ظاهراً این سه ماده منطبق با نظریه مشهور فقها می‌باشند که طبیب را حتی در صورت رعایت احتیاط لازم ضامن می‌داند.



در کنار موارد ذکر شده می‌توان برائت پزشک را از دو زاویه مورد بررسی قرار داد؛ در زاویه اول، امر پزشکی، از اموری است که فرض ضمان برای آن مشکل است، زیرا در فرض ضمان هیچ پزشکی به درمان بیمار اقدام نمی‌کند. اما در زاویه دوم، ابتدائاً پزشک را مسؤول اعمالش می‌دانیم، اما به دنبال راهی برای خلاصی وی از ضمان هستیم. فقهای امامیه درباره ضمان پزشکی که در معالجات خود تقصیر کرده است هر چند بیمار یا ولی او اذن در معالجه داده باشد، اتفاق نظر دارند.<sup>۱</sup> لکن درباره مسؤلیت پزشکی که با وجود اذن در معالجه و رعایت کلیه موازین تخصصی اقدام وی اتفاقاً موجب تلف یا نقص عضو و آسیب به بیمار شده باشد، اختلاف نظر نموده‌اند. بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه چنانچه معالجه طبیب، فوت یا زیان بدنی بیمار را در پی داشته باشد طبیب ضامن است. اگر چه، در امر طبابت حاذق بوده و معالجه نیز با اذن بیمار یا ولی انجام شده باشد و بر اساس نظریه غیر مشهور، پزشک حاذق و محتاط، ضامن نیست. در مورد ضمان و یا عدم ضمان پزشک بین فقها اختلاف نظر وجود دارد:

برخی از فقها ضمان را محال موضوع فی الحقیقه علاج مریض دانسته‌اند و معتقدند در صورت تضمین، باب طبابت به کلی بسته می‌شود.<sup>۲</sup> گروه دیگر قائل به ضمان پزشک شده‌اند، زیرا او بجای اصلاح بیمار موجب افساد وی گردیده است. براین اساس هر پزشکی و یا دامپزشکی که بخواهد طبابت کند لازم است از ولی او برائت و اسقاط ضمان بگیرد و الا خود پزشک و یا دامپزشک ضامن است؛ مستند ایشان حدیثی از امام صادق (ع) است که فرمود: هر کس پزشکی یا دامپزشکی می‌کند، باید قبل از درمان، از ولی بیمار یا صاحب حیوان برائت جوید و گرنه ضامن است.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد روایت سکونی - با قطع نظر از سند - ناظر به پزشکی است که عنوان محسن بر وی صادق نباشد، و یا اینکه در مقام طبابت

۱. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ص ۴۲.

۲. اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۲۵۰.

۳. حرّالعملی، وسائل الشیعه، جزء ۱۹، ص ۱۹۵.

تمام دانش پزشکی را بکار نبرده باشد و یا اینکه ظهور در این دارد که مریض صغیر چنانچه در حال مداوا، ضرری و یا خسارتی به وی برسد پزشک ضامن است مگر اینکه از ولی صغیر براثت بگیرد و اما نسبت به قاعده اتلاف در صورت صدق عنوان محسن بر وی قاعده اتلاف محکوم قاعده احسان است. اما نسبت به پزشک غیرمباشر چه آمر باشد و یا اینکه صرفاً نسخه دارو را برای مریض بنویسد اقوی عدم ضمان است، مگر اینکه فعل پزشک محقق قاعده تسبیب باشد و عنوان محسن بر وی صادق نباشد.

#### ۴.۴. رابطه حقوقی بیمار و پزشک

در خصوص رابطه حقوقی بیمار و پزشک می‌توان عمل پزشک را از دو بعد مورد بررسی قرار داد:

۴.۴.۱. مهارت و مأذون بودن پزشک: از این بعد نیز، چهار احتمال ممکن است: ۱. پزشک مهارت لازم برای طبابت را دارد و اجازه مداوا دارد؛ ۲. پزشک نه مهارت لازم و نه اجازه مداوا دارد. ۳. پزشک ماهر می‌باشد، اما مأذون نمی‌باشد. ۴. پزشک مهارت لازم جهت مداوای بیمار را ندارد، اما اجازه درمان بیمار را دارد.

فقهای شیعه، پزشکانی را که مهارت لازم برای طبابت ندارند به طور مطلق ضامن دانسته‌اند. بنابراین، در حالات دوم و چهارم حکم به ضمان وی داده‌اند. در حالت سوم، هرگاه پزشک ماهر باشد، اما مأذون نباشد، طبیب ضامن می‌باشد؛ چرا که مصداق بارز فضولی و تعدی محسوب می‌شود. این حالت، مانند این است که شخصی بدون اجازه، منزل فردی که در حال خراب شدن است، را تعمیر کند. در این حالت، تعدی در حق صاحب خانه محسوب می‌شود و تعمیرکار باید آنچه ساخته را دوباره خراب کند. از طرفی او را می‌توان اتلاف کننده دانست، چرا که تنها با استناد تلف به شخص، قاعده اتلاف جریان پیدا می‌کند. مطابق قاعده اتلاف، هرکس مال دیگری را تلف کند، مسؤول جبران آن به شمار می‌آید و در صورتی که بیمار بر اثر درمان، متحمل زبانی گردد و یا تلف شود، تلف مستند

به فعل پزشک خواهد بود و چون او مباشر تلف است، خودش هم باید زیان وارد به بیمار را جبران کند. از سوی دیگر، قاعده (لایبطل دم امرء مسلم؛ خون هیچ مسلمانی نباید هدر رود) هم مستلزم مسؤل دانستن پزشک است؛ زیرا عدم مسؤلیت پزشک، هدر رفتن خون مسلمان را که در شرع ناروا دانسته شده، به دنبال دارد و سرانجام، لاضرر حکم می‌کند که زیان وارد به بیمار جبران نشده باقی نماند و پزشک باید این زیان را جبران کند.<sup>۱</sup>

۴. ۲. ۴. مباشرت پزشک: برخی قواعد فقهی و حقوقی و آیات و روایات در اثبات ضمان پزشکی که به صورت مباشر اقدام به طبابت کرده است، دیده می‌شود. یکی از این قواعد قاعده اتلاف است. اساس شکل‌گیری این قاعده عبارت مشهور «من اتلف مال غیره فهوله ضامن» است که در بعضی منابع روایی نقل شده است. هر چند در این رابطه روایت معتبری که مبین این قاعده باشد، از طریق خاصه ثابت نگردیده است، اما برخی از فقها برآنند که قاعده مزبور به دلیل کاربرد فراوان در زبان فقها و استدلال و استناد به آن در تمام موارد و نیز اشعار بعضی از نصوص بر آن، مفروغ عنه است.<sup>۲</sup> به هر حال، چه این قاعده منشأ روایی داشته باشد و چه نداشته باشد، بدون شک یکی از موجبات ضمان، مباشرت در اتلاف مال غیر است تا آنجا که این مسئله مورد اتفاق تمام مسلمانان بوده و اجماع منقول و محصل بر آن قائم گشته است.<sup>۳</sup>

گر پزشکی موجب تلف شدن جان یا نقص عضوی شود، پزشک از مال خود، ضامن است؛ چراکه تلف مستند به فعل اوست. از طرفی در شرع اسلام، هدر و تلف جان مسلمان، با توجه به قاعده «لایبطل دم امرء مسلم»، نارواست.<sup>۴</sup> مخالفین قاعده اتلاف، با

۱. نجفی، جواهر الکلام، تصحیح و تعلیق علی الآخوندی، جزء ۲۷، ص ۳۲۴.

۲. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ص ۶۰.

۳. ابن رشد، بدایة المجتهد، جزء ۲، ص ۴۰۶.

۴. کلینی، الکافی، جزء ۷، ص ۱۴۲.

تمسک به قاعده احسان، پزشک محسن را غیر متلف می‌دانند.<sup>۱</sup> و این قاعده را حاکم بر قاعده اطلاق می‌دانند. بنابراین دلیل، محسنین غالباً تخصیص می‌خورند و از گروه متلفین خارج شده‌اند. اینان روایت سکونی را مؤید خویش قرار داده‌اند. در این حدیث آمده: فردی به قصد احسان دو شتر را با یک طناب تغییر مکان می‌دهد، یکی از شترها در طناب اسیر می‌شود و خفه می‌شود. از امام علی علیه السلام سؤال کردند که آیا فرد کمک کننده ضامن است یا نه؟ امام فرمودند: «این فرد می‌خواست اصلاح کند».<sup>۲</sup> بنابراین حضرت به خاطر عمل اصلاح طلبانه شخص یابنده، او را از پرداخت هرگونه خسارتی معاف می‌نماید. لذا در پاسخ به مخالفان می‌توان اذعان نمود؛ در حدیث سکونی، خفه شدن شتر به سبب عمل کسی که شتر را نگه داشته شکل نگرفته است، بلکه شتر خود حرکت کرده و موجبات خفه شدن خود را فراهم کرده است. اما در مورد دیگر ادله مخالفین می‌توان پاسخ داد؛ قاعده اطلاق، اطلاق دارد و محسن و غیر محسن را شامل می‌شود.<sup>۳</sup>

یکی دیگر از قواعد فقهی و حقوقی در اثبات ضمان پزشکی که به صورت مباشر اقدام به طبابت کرده قاعده غرور است. منظور از قاعده غرور آن است که، شخصی کاری انجام دهد که موجب وارد آمدن ضرر به دیگری شود، و متضرر شدن شخص دوم، به سبب فریب خوردن وی از شخص اول باشد؛ هرچند شخص اول قصد فریب دادن شخص فریب خورده را نداشته و حتی ممکن است خودش نیز فریب خورده یا ناآگاه بوده باشد.<sup>۴</sup> مطابق این تعریف، لازم نیست شخص اول، قصد فریب دیگری را داشته باشد. در تعریف دیگری از قاعده غرور آمده است؛ هرگاه فردی، دیگری را فریب دهد و در نتیجه موجب تلف مالی گردد، باید از عهده ضرر برآید. بنابراین میان فقها بر سر این که آیا در تحقق معنای غرور،

۱. حسینی شیرازی، الفقه، ص ۷۷.

۲. حرعاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ص ۱۴۲.

۳. طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، جزء ۱۰، ص ۳۳۹.

۴. بجنوردی، القواعد الفقهیة، ص ۲۲۵.

علم و آگاهی غار شرط است یا نه، مورد اختلاف است. در معنای لغوی غرور و غار نمی‌توان فهمید که غرور در حالت جهل یا عدم علم غار محقق شده یا خیر. اما بر مبنای عقلاء، حکم به ضمان غار (فریب دهنده) شده است؛ چراکه سبب اقوی از مباشر است<sup>۱</sup> تصور کنید پزشک ماهری، نسخه‌ای برای بیمار می‌نویسد و اعتقاد به مؤثر بودن آن دارد، اما هنگامی که بیمار به نسخه، عمل می‌نماید، خلاف نظر پزشک روی می‌دهد. لذا در باب پزشکی، پزشک و بیمار از وقوع این خطا و غرور بی‌اطلاع هستند. این مسأله، ما را در مورد استفاده از قاعده غرور با مشکل روبه‌رو می‌کند؛ چرا که در مورد ضمان غار نادان، تشکیک وارد شده است.

#### ۵. مقررات اعمال جراحی در ارتباط با ضمان پزشک

گاهی اتفاق می‌افتد که جراح ضمن عمل جراحی که مطابق قواعد فنی نیز صورت گرفته جراحاتی به مریض وارد می‌آورد که عواقب خطرناک داشته یا منجر به مرگ بیمار می‌شود. در این حالت آیا می‌توان جراح را به علت ارتکاب قتل تحت تعقیب قرار داد یا خیر؟ از این حیث بین قوانین موضوعه جهان با قوانین اسلام تفاوت وجود دارد. زیرا قوانین موضوعه کار پزشکی را بعنوان حق محسوب می‌کنند. در حالی که در شریعت اسلام کار پزشکی امری واجب است و پزشک ملزم می‌باشد تا اندوخته‌های علمی خود را در خدمت جامعه قرار دهد.<sup>۲</sup> بر این اساس قانون مجازات اسلامی دو نوع مقررات خاص در زمینه اعمال جراحی توسط پزشک تعیین نموده است.

#### ۵. ۱. اخذ برائت قبل از درمان

مستفاد از ماده ۴۹۵ ق.م.ا.ج جدید: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب

۱. فاضل لنکرانی، القواعد الفقهية، ص ۲۲۳.

۲. عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۴، ص ۲۴۰.

تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود<sup>۱</sup>. بسیار واضح است که در این مواد، مراد، اخذ برائت از ضامن است.<sup>۱</sup> در خصوص اخذ برائت قبل از درمان، غالباً با اشکالاتی مواجه خواهیم بود. در این مورد دو نظر متفاوت وجود دارد: عده‌ای، مخالف برائت قبل از درمان بوده و معتقدند آنچه که موجب برائت پزشک می‌شود ذمه‌ای است که در صورت فوت مریض حاصل می‌شود. حال تا زمانی که مریض فوت نشده دینی ایجاد نشده تا شخص بتواند دیگران را از پرداخت آن بری سازد و مریض مجاز نیست که پزشک را از حقوق دیگران بری الذمه کند و در مقابل برخی نیز معتقدند که: اولاً اشکال اول زمانی پیش می‌آید که معتقد باشیم مریض جای اولیای دم به صورت فضولی طبیب را از پرداخت دیه مبری می‌سازد. حال آنکه می‌توان برائت پزشک را به صورت ضمن عقد تلقی کرد. بدین نحو که بیمار به پزشک بگوید که من را در ازای فلان مبلغ، مداوا کن و ضمن آن شرط کند که اگر در اثر جراحی تلف شدم هیچ گونه مسؤلیتی برای شما نخواهد بود و پزشک هم با توجه به این شرط درمان او را می‌پذیرد. ثانیاً الزامی نیست که دینی بر عهده کسی مستقر شود تا بتوان او را بری الذمه کرد بلکه می‌توان کسی را از دین احتمالی نیز بری الذمه ساخت.

## ۲.۵. اخذ رضایت قبل از درمان

مبانی اخذ رضایت قبل از درمان هم در ماده ۳۱۹ ق.م.ا.ق.م.ا. قدیم و هم در ماده ۴۹۵ ق.م.ا. جدید پیش‌بینی گردیده است. در هر دو ماده قانون قدیم و جدید اصل حاذق و متخصص بودن پزشک مبنا بوده و کسب برائت از مریض یا ولی آن الزام گردیده است مگر موارد

۱. مرعشی شوشتری، شرح قانون حدود و قصاص، ص ۱۲۹.

ضروری که تحصیل براءت ممکن نباشد (ماده ۴۹۷ ق.م.ا.جدید). حجة الاسلام مرعشی با استفاده از روایتی در این زمینه می‌گوید: آنچه شهید ثانی در مسالک به دیگران فرموده‌اند: «بیمار اذن به درمان خود داده و نه بر اتلاف خود» و نص دیگری که در «ما نحن فیه» آمده معتبر سکونی است از امام صادق که فرمود: «امیرالمؤمنین فرموده است کسی که طبابت یا بیطاری نماید باید از ولی او اخذ براءت نماید که در غیر این حال ضامن است». بنابراین از حدیث دلالت می‌توان گفت مراد از اخذ براءت از ولی، براءت از ضامن نیست بلکه مراد از آن اذن در درمان مریض است به نحوی که همراه با ضامن نباشد. بنابراین اگر مریض یا اولیای او قبل از درمان به پزشک اذن نداده باشند ولی پزشک در انجام عمل جراحی مرتکب خطا شود، ضامن است، و اگر بیمار تلف شود باید دیه او را پردازد.

## ۶. فرجام سخن

یافته‌های پژوهش گواه آن دارد که از دیدگاه علمای فقهی و حقوقی، چنانچه پزشک ماهر به واسطه خطا و مباشرت موجب تلف جان یا نقص عضو گردد، ضامن پرداخت دیه است. در شرع اسلام، هدر و تلف جان مسلمان، با توجه به قاعده «لاییطل دم امرء مسلم»، نارواست. از دیدگاه شریعت یک پزشک برای حفظ جان مسلمان تلاش می‌کند و به عنوان مکلف، امر واجبی بر گردن وی بوده که می‌بایست به نتیجه مطلوب برساند. لذا عمل پزشک می‌تواند شبیه عمد باشد، هر چند همراه با احتیاط و حدیث و همراه با رضایت بیمار باشد. در این رابطه مسؤلیت پزشک نسبت به پرداخت دیه ثابت می‌گردد که در حالات مختلف، مقدار دیه ممکن است متغیر باشد.

در مجموع می‌توان جهت پاسخ به سوالات مطرحه در مقاله حاضر و اثبات و یا رد فرضیات ارائه شده و از حیث جمع‌بندی مطالب مورد بحث، موارد زیر را استنباط نمود.

۱. فقهای شیعه، پزشکانی که مهارت لازم برای طبابت ندارند را به طور مطلق ضامن دانسته‌اند و عنوان داشته‌اند که هرگاه پزشک ماهر باشد، اما مأذون نباشد، پزشک ضامن

می‌باشد؛ چرا که مصداق بارز فضولی و تعدی محسوب می‌شود. علاوه بر این دلایل، روایاتی که در باب جنایات شبه عمد آمده، ضمان وی را ثابت می‌کند؛ چرا که اگرچه فعلی انجام داده است که عادتاً موجب تلف نمی‌شود، اما قصد انجام فعل را داشته است، لذا ضمان از گردن طبیب خارج نمی‌شود.

۲. در خصوص کسب رضایت از بیمار نیز باید گفت اگرچه پزشک ماهر و بدون خطا را از مسؤولیت مبرا می‌کند، ولی پزشک ماهر خطاکار به موجب مبانی فقهی و حقوقی مسؤولیت دارد. طبق اجماع فقهای شیعه حاذق بودن و دانایی شرط اول و رکن رکنین طبابت است، و اگر پزشک بدون آگاهی لازم باشد و این عدم آگاهی باعث خطای پزشکی و مرگ یا ضایعه‌ای در عضو یا قوه‌ای از قوای انسان گردد، بطور مطلق ضامن خواهد بود.

۳. در خصوص این مسأله که: در هنگام اضطرار و خطر مرگ بیمار که امکان کسب برائت و رضایت نیست، مسؤولیت پزشک چیست؟ نیز، یافته‌های پژوهش نشان از آن دارد؛ اجماع فقها در این است که پزشک در این موارد به واسطه قاعده احسان از مسؤولیت مبری است.

۴. در خصوص جراحات وارده به صورت عمدی قصاص ثابت است و به نظر می‌رسد آسیب دیده می‌تواند با توجه به اینکه قصاص حق فرد می‌باشد، از حق خود صرف نظر کند و یا به کمتر از آن نیز رضایت دهد. در جراحی غیر عمدی یا از روی خطا که منجر به فوت گردد، دیه نفس ثابت است که در شبهه عمد بر عهده جانی و در خطای محض بر عهده عاقله جانی است.

۵. در خصوص مسؤولیت کیفری پزشکان یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که دیه با مجازات‌های مالی به رغم برخی اشتراک‌ها و شباهت‌ها، تفاوت‌های زیادی دارد که نمی‌توان آنها را نادیده انگاشت و به جنبه کیفری صرف برای دیه معتقد شد و آن را مجازات محض تلقی کرد. لذا باید گفت در خصوص جنبه کیفری داشتن دیه تردید وجود دارد. جبران خسارت صرف انگاشتن و قبول ماهیت مدنی برای دیه نیز نمی‌تواند اقناع‌کننده باشد؛ چرا



که قواعد جبران خسارت و مسؤولیت مدنی با نهاد دیه به طور کامل، منطبق و سازگار نیست. بعلاوه، اینکه در مواردی، برخی ویژگی‌های دیه، کاملاً آن را به مجازات بودن نزدیک می‌کند. با توجه به ایرادهای جدی وارد بر دیدگاه‌های فوق، تنها دیدگاهی که در باب ماهیت دیه صحیح می‌نماید، جمع میان جنبه کیفری و مدنی در دیه و پذیرش ماهیت دوگانه برای آن است.

## منابع

- ابن ادریس البهوتی، منصور بن یونس، کشاف القناع، جزء چهار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۲ق.
- ابن ادریس الشافعی، ابوعبدالله محمد، الام در ضمن مصادر الفقهیه، ج ۱ و ۴۰، بیروت، دارالمعرفه، ۱۳۹۳.
- ابن تیمیه حرانی، شیخ الإسلام تقی الدین احمد، ترتیب اصلاح المنطق، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۸ق.
- ابن رشد، بداية المجتهد، جزء ۲، لبنان، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۹۲م.
- ابن فارس، معجم مقاییس، اللغة، ج ۱ و ۲ و ۵، قم، نشر مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۶ش.
- ابن قدامه، موفق الدین أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغنی علی مختصر الخرقی ومعه الشرح الكبير علی متن المقنع، جلد ۷، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۹۸۸م.
- ابن مفلح الحنبلی، ابواسحاق ابراهیم بن محمد بن عبدالله، المبدع، جزء ۵، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۰ق.
- ادریس، عوض احمد، دیه، جزء دهم، ترجمه علیرضا فیض، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۳۷۲ش.
- اصفهانى، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹ق.
- بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، چاپ دوم، جزء یک، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۳ق.
- تفتازانی، مسعود بن عمر، حاشیه، شرح التلویح علی التوضیح لمتن التنقیح فی اصول الفقه و بالهامش شرح التوضیح للتنقیح المذكور، جزء ۲، قاهره، چاپ افست، ۱۳۷۷.

- جبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، جزء ۱۰، تصحيح وحاشیه سيد محمد کلانتر، نجف، منشورات جامعة النجف الدينية، ۱۴۰۳ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ش.
- حرّالعاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، جزء ۱۹، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۶ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامة، جزء ۲۱، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۳۲۳ش.
- الحسینی المراغی، السيد مير عبدالفتاح، العناوين، جزء دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی لجماعة المدرسين، ۱۴۱۷ق.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، قواعد الاحکام، ج ۳، قم، مؤسسه النشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- حلی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، مصحح عبد الحسين محمد علی بقال، ج ۴، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- خواجهوی، اسماعیل بن محمد حسین، جامع الشتات، جزء یک، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، چاپ دوم، جزء ۴۲، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵ش.
- همو، مصباح الفقاهه (المکاسب)، مقرر محمد علی توحیدی، جزء یک، نجف، المطبعة الحیدریة، ۱۴۱۳ق.
- الزحیلى، وهبة، الفقه الاسلامی وأدلته، جلد ۵، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
- شفیعی سروسستانی، ابراهیم و دیگران، قانون دیات و مقتضیات زمان، چاپ اول، تهران، معاونت اندیشه اسلامی مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، ۱۳۷۶ش.
- صدر، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، الحلقة الاول، قم، نشر انصاریان، ۱۳۷۱ش.
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، چاپ اول، جزء ۱۰، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ق.
- طبرسی، ابوعلی فضل بن الحسن، تفسیر مجمع البیان، قم، مرکز تعلیمات اسلامی، ۱۳۷۲ش.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامية، ج ۷، مصحح سید محمد تقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الاثار الجعفرية، ۱۳۷۸ش.
- عارفی مسکونی، محمد، ماهیت حقوقی دیه و تحلیل میزان و نوع آن، تهران، انتشارات دانشور، ۱۳۸۲ش.

- عاملی، یاسین عیسی، الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية، بیروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۴۱۳ق.
- عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۴، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- غروی تبریزی، علی، التنقیح فی شرح العروه الوثقی: کتاب الطهارة، جزء ۳، قم، ۱۴۱۰ق.
- فاضل لنکرانی، محمد موحدی، القواعد الفقهية، قم، مرکز فقه ائمه الاطهار، ۱۴۲۵ق.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ضمنان قهری)، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶ش.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، جزء ۷، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷
- مرعشی شوشتری، سید محمد حسن، شرح قانون حدود و قصاص، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۴۷ش.
- مظفر، شیخ محمدرضا، اصول فقه، جزء یک، چاپ چهارم، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۰ش.
- نجف آبادی، حسین علی منتظری، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، قم، ارغوان دانش، ۱۴۲۹ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تصحیح و تعلیق علی الآخوندی، جزء ۲۷، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۹۴ش.
- همو، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲ و ۳، چاپ ششم، تهران، مکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق با مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، قم، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۷ش.