

# بررسی حقوقی برائت‌نامه‌های پزشکی

تاریخ دریافت: ۸۹/۲/۱۸

تاریخ تأیید: ۸۹/۹/۱۷

علیرضا پوراسماعیلی \*

## چکیده

امروزه در عرف پزشکی مرسوم است که با رجوع بیمار به پزشک برای درمان و به ویژه در درمان‌هایی که مستلزم عمل جراحی است، بیمار یا اولیای او باید برائت‌نامه تنظیم شده را امضا کنند تا پزشک، بیمار را درمان کند؛ زیرا جز در موارد فوری، برائت تنها وسیله معافیت پزشک حاذق و ماهر از مسئولیت است و بدیهی است که پزشک از اخذ آن، صرف‌نظر نکند. با این همه، مراکز درمانی و بیمارستان‌ها به اخذ برائت بسنده نمی‌کنند و در عمل رضایت‌نامه‌ای هم از بیمار گرفته می‌شود که گویا رضایت‌نامه، ناظر به معافیت از مسئولیت کیفری و برائت‌نامه، ناظر به معافیت از مسئولیت مدنی پزشک حاذق و ماهر است. بدین ترتیب باید دید که شرط برائت یا برائت از چه جایگاهی برخوردار است؛ آیا می‌توان به اعتبار و صحت آن باور داشت و آن را مؤثر دانست و آیا اخذ برائت به معنای آن است که پزشک حاذق و ماهر از مسئولیت مدنی و یا کیفری معاف می‌گردد و به هیچ وجه مسئول شناخته نمی‌شود؟ بالأخره آیا صرف اخذ برائت از بیمار یا اولیای وی، برای معافیت کافی است و نیازی به اخذ مجدد رضایت‌نامه نیست؟

**واژگان کلیدی:** شرط برائت، مسئولیت پزشک حاذق و ماهر، خسارات ناشی از درمان، اعتبار برائت.

۸۲

حقوق اسلامی / سال هفتم / شماره ۲۷ / زمستان ۱۳۸۹

\* استادیار دانشگاه حکیم سبزواری، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، گروه حقوق (ismailabadi@gmail.com).

## مقدمه

ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی، با پیروی از دیدگاه مشهور در فقه شیعه، پزشک حاذق و ماهر را در همه حال و به طور مطلق ضامن می‌داند؛ اعم از اینکه اذن به درمان داشته باشد و یا مأذون نباشد و بنابراین صرف بروز زیان برای مسئول دانستن پزشک حاذق و ماهر کافی است و بند (ب) ماده ۲۹۵ ق.م.ا. گواه این مدعاست؛ چه مطابق این بند، پزشک در قبال فعل متعارف خود که نوعاً سبب جنایت هم نمی‌شود، مسئول است و عمل او، خطای شبیه عمد است. در واقع، این حکم بیانگر حکومت مسئولیت مطلق بر رفتار پزشکان است و گویا قانون‌گذار در وضع این مواد جانب کرامت انسانی، ارجمندی و شریف بودن بدن انسان را نگه داشته است، ولی در ادامه برای کاستن از شدت حکم و دغدغه پزشکان مقرر می‌دارد: «هرگاه طیب یا بیمار و مانند آن، قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا صاحب حیوان، براءت حاصل نماید؛ عهده‌دار خسارت پدیدآمده نخواهد بود» (ماده ۳۲۲ ق.م.ا.). بدین ترتیب قانون‌گذار، جز در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نیست؛ (ماده ۶۰ ق.م.ا.) پزشکی را که از بیمار و یا ولی او براءت گرفته باشد و پس از آن با فرض رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی به درمان بپردازد؛ مسئول و عهده‌دار خسارت پدیدآمده، نمی‌داند.

اکنون پرسش این است که آیا پزشک حاذق و ماهر می‌تواند پیش از درمان در ضمن قرارداد معالجه، مسئول نبودن خود در مقابل خسارت‌های احتمالی ناشی از درمان را شرط کند و یا در قالب یک قرارداد خصوصی مستقل، عدم مسئولیت خود را تنظیم کند و بر فرض که چنین شرطی یا قراردادی صحیح و معتبر دانسته شود، آیا با وجود آن، پزشک حاذق و ماهری که با رعایت اصول علمی و ضوابط فنی، بیمار را درمان کرده و در اثر درمان، بیمار جان سپرده یا خسارت دیده؛ از مسئولیت معاف می‌گردد و بیمار در صورتی که متحمل خسارتی شود، حق مطالبه آن را از پزشک نخواهد داشت و بالأخره اینکه شرط براءت چه آثاری به دنبال دارد؟

## ۱. تعریف برائت

برائت همانند «ابراء» از ریشه عربی «ب ر ء» گرفته شده و مصدر است و هر دو هم به مفهوم عام «رها ساختن، معاف داشتن از تکلیف اتهام زیان و مسئولیت» آمده‌اند (دانشنامه جهان اسلام، ج ۲، ص ۴۲۲). البته با این تفاوت که قانون‌گذار ابراء را تعریف کرده است (ماده ۲۸۹ قانون مدنی)، حال آنکه برائت، تعریف روشنی ندارد. افزون بر این، برائت اثر ابراء است (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۸) و ابراء، تنها یکی از اسباب تحقق برائت است؛ چه برائت با اسباب دیگری؛ چون: ادای دین و وفای به عهد، تسلیم دین از سوی مدیون یا کفیل و نیز با شرط برائت؛ مانند شرط برائت از عیوب، محقق می‌گردد (وزاره الاوقاف و الشئون الاسلامیه، ۱۴۱۲، ص ۱۴۲). بنابراین، این تعریف که برائت ایقاعی است که مطابق آن، بیمار ذمه پزشک را در صورت بروز خسارت احتمالی ابراء می‌کند (جعفری تبار، ۱۳۷۷، ص ۶۵)؛ به‌گونه‌ای ابراء را مد نظر دارد، در حالی که برائت عبارت است از: عدم مسئولیت پزشک در برابر بیمار به هنگام بروز خسارت احتمالی. در نتیجه، برائت یا شرط برائت از مصادیق شرط عدم مسئولیت است.

عدم مسئولیت پزشک را به دو صورت شرط ضمن عقد و یا قرارداد خصوصی می‌توان محقق ساخت (شجاع‌پوریان، ۱۳۷۳، ص ۲۳۵). در صورت نخست، در ضمن قرارداد معالجه، چنین شرط می‌شود: «این جانب... بیمار/ ولی بیمار ساکن... اجازه می‌دهم، پزشک یا پزشکان بیمارستان... هر نوع عمل معالجه و در صورت لزوم عمل جراحی، بیهوشی و یا انتقال خون که صلاح بدانند در مورد این جانب/ بیمار این جانب به مورد اجرا گذارند و بدین وسیله برائت پزشک یا پزشکان این بیمارستان را از کلیه اقدامات فوق که در مورد... انجام می‌دهند؛ اعلام می‌دارم. تاریخ... امضا». دو گواه نیز باید این شرط برائت کلی را امضا کنند. در صورت دوم که بیمارستان‌ها مبادرت به اخذ رضایت‌نامه و برائت‌نامه می‌کنند؛ برخی مراکز درمانی، فرم‌هایی تهیه کرده‌اند که در این فرم‌ها، نخست مشخصات بیمار و سپس اجازه یا رضایت به درمان و در نهایت برائت پزشک از مسئولیت‌های احتمالی درج گردیده است. به عنوان نمونه برگ رضایت عمل و برائت ذمه پزشک معالج، یکی از زایشگاه‌ها بدین گونه است: «این جانب... در تاریخ... برای درمان و معالجه به مراکز آموزشی، پژوهشی و درمانی... مراجعه نمودم که ولی

خاص / قیم... می‌باشم و در تاریخ ... او را برای زایمان و معالجه به مرکز آموزشی... بردم و به پزشک معالج (کشیک) اجازه می‌دهم که اقدامات لازم را جهت تحریک و تسریع زایمان با اکسی‌توسین و سایر داروهای تزریقی و واکيوم و عمل جراحی لازم را در مورد بیمار خودم (بیمار فوق‌الذکر) انجام داده و هیچ اظهار نظری از لحاظ بی‌هوشی یا توسعه عمل جراحی یا برداشتن نسج یا غده یا عضوی که صلاح باشد، نکرده و اعتراض ندارم و ....

ضمناً پزشک معالج عوارض احتمالی درمان و معالجات (در مورد انجام زایمان) که شامل پارگی رحم، خون‌ریزی، افزایش احتمالی سزارین، عوارض تب‌دار، مشکلات جنینی، تولد نوزاد بدحال، هماتوم، پارگی وسیع پرینه و عوارض احتمالی رادیولوژی، آزمایشگاهی و دیگر روش‌های درمانی و جاری را برای این‌جانب توضیح دادند و مطلع شدم. با توجه به قانون ریاست مصوب ۱۳۶۱/۹/۲۴ مجلس شورای اسلامی و تأیید مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۶ شورای نگهبان، بدین‌وسیله به قیومیت/ به ولایت بیمار فوق‌الذکر، براءت ذمه پزشک معالج و مقامات مربوطه مرکز آموزشی، پژوهشی و درمانی ... از هرگونه ضمان قانونی و شرعی ناشی از معالجات ذکرشده در بالا اعلام می‌نمایم و هرگونه ادعای خسارت از ایشان را ساقط نمودم...».

## ۲. تعریف رضایت

منظور از رضایت به درمان، رضایتی است که دخالت پزشک برای درمان او را مشروع می‌سازد. رضایت مطرح در درمان با رضایی که یکی از شرایط اساسی صحت قراردادهاست و حتی در قرارداد معالجه نیز باید وجود داشته باشد؛ تفاوت دارد و به نظر می‌رسد، از نظام حقوقی رومی - ژرمن پا به نظام حقوقی ایران گذاشته است و چنین می‌نماید که قانون‌گذار به هنگام تدوین کتاب اول قانون مجازات اسلامی به این مفهوم توجه کرده و در تدوین و تنظیم قوانین، رضایت را با نظام حقوق اسلام پیوند داده است؛ زیرا از سویی در حقوق اسلامی، برخی از فقیهان تنها براءت را موجب معافیت پزشک از مسئولیت دانسته‌اند (ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۶۰). برخی دیگر افزون بر براءت، اذن بیمار به درمان را

نیز لازم دانسته‌اند و صرف برائت را موجب عدم معافیت ندانسته‌اند (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ص ۲۷۲) و بالأخره، گروهی نیز اساساً پزشک حاذق و ماهر را که با اذن بیمار و با رعایت اصول و موازین علمی به درمان مبادرت می‌ورزد را مسئول خسارات ناشی از درمان نمی‌دانند (ابن ادريس حلی، [بی‌تا]، ص ۳۷۳ / اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۵۲۰ - ۵۲۱ و حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۷۴، ص ۷۶).

از سوی دیگر، رضایت در زبان عربی به کار برده نمی‌شود و به تبع آن نیز در سخنان فقها دیده نمی‌شود و تنها «رضا» و یا «رضایت» به کار می‌رود؛ زیرا ریشه کلمه رضا، «واوی» (ر ض و) است و قلب «واو» (رضایت) به «یاء» (رضایت) در عربی نیازمند مجوز و دلیل است. بنابراین رضایت دقیق است و نه رضایت (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۱۰۶۷۲). پس، اشاره به اذن به معالجه در کلام فقها نیز در واقع به معنای اعلان و اخبار رضای بیمار به درمان توسط پزشک حاذق و ماهر است که توسط بیمار یا اولیای او فقط به پزشک مد نظر اعطا می‌شود و پزشک حاذق جز در موارد فوری و اضطراری حق مداخله و تصرف در نفوس و ابدان بیماران را ندارد؛ زیرا درمان بدون رضا و اذن بیمار، حتی از سوی پزشک، جرم و در صورت بروز خسارت (مانند جرح، آسیب و جنایت)، موجب ضمان پزشک محسوب می‌شود، ولی پس از کسب اذن از بیمار، به دلیل وجود اذن بیمار به درمان و نیز به دلیل ضرورت درمان و فایده عقلایی آن (حفظ سلامت)، منع تصرف و مداخله پزشک منتفی گشته و عمل پزشک از صورت مجرمانه خارج می‌شود.

بالأخره با توجه به آنکه کتاب اول قانون مجازات اسلامی برگرفته از قانون جزای عمومی پیش از انقلاب است و آن هم ترجمه‌شده از قوانین خارجی است، نباید تردید کرد که رضایت از قوانین غربی وارد قوانین کشور شده است؛ زیرا در نظام‌های حقوقی غربی رضایت بیمار به درمان، موجب معافیت پزشک از مسئولیت کیفری و مدنی است، ولی اقتباس این نهاد و پیوندزدن آن به پیکره حقوقی کشور، جایگاه آن را با ابهام روبرو ساخته و سبب شده است تا در جمع میان برائت و رضایت گفته شود: رضایت ناظر به مسئولیت کیفری است و برائت ناظر به مسئولیت مدنی (پوراسماعیلی، ۱۳۸۹، ص ۵۳ - ۷۱). بنابراین با وجود رضایت بیمار، عمل درمان توسط پزشک، جرم نیست، اما

پزشک، مسئول خسارات ناشی از درمان خواهد بود که با اخذ برائت؛ این نوع مسئولیت نیز از بین می‌رود. پس برائت حاکی از رضایت و اذن بیمار نیز هست. کوتاه‌سخن آنکه، گرچه اذن ناظر بر حکم تکلیفی، حرمت تصرف در نفس دیگری و برائت ناظر بر حکم وضعی ضمان است، اما شرط برائت به صورتی که خواهد آمد؛ حاکی از رضایت بیمار نیز هست.

### ۳. اعتبار شرط برائت

شرط برائت که از حقوق اسلامی به حقوق کنونی ایران راه یافته است؛ از نقد و انتقاد بر کنار نمانده است. در ادامه، دیدگاه‌ها و دلایل هر کدام می‌آید و در پناه اصول و مقررات تلاش می‌شود، دیدگاه درست و هماهنگ با موازین حقوقی تقویت شود.

#### ۳-۱. دیدگاه غیرمشهور

این دسته از فقیهان معتقدند، اخذ برائت از بیمار توسط پزشک آن هم پیش از درمان به دلایل زیر، صحیح نیست.

#### ۳-۱-۱. ضعف مستند حکم

مستند حکم مشهور، روایتی از امام صادق علیه السلام است که هم به لحاظ سندی و هم به لحاظ دلالتی قابل انتقاد است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَّ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ. مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ (حر عاملی، ۱۴۱۶، ص ۲۶۰).

این روایت بنا به نقل نویسنده کتاب «دعائم الاسلام»، صرفاً ناظر به پزشک غیرماهر و غیرحاذق است و پزشک ماهر را در برنمی‌گیرد؛ زیرا در ادامه روایت بر این مهم تصریح شده است: «و عن علی عليه السلام أنه قال: مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَّ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ يَلِي لَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَهُوَ ضَامِنٌ يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ مَاهِرًا» (مغربی، [بی تا]، ص ۴۱۷). این روایت را صاحب «مستدرک الوسائل»، با یک تغییر (حذف کلمه یعنی) نقل می‌کند (طبرسی، ۱۴۱۷، ص

(۳۲۵) و برخی از فقیهان نیز بر پایه همین روایت بحث خود را سامان داده‌اند (شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۹۰، ص ۸۰).

افزون بر این، دو راوی از راویان این روایت نیز موثق نیستند: سکونی که سنی مذهب است و از عامه روایت می‌کند و نوفلی هم که متهم است در اواخر عمر خود غلو می‌کرده است (نجاشی، [بی‌تا]، ص ۳۰) و بنا بر گزارش برخی از محققان، راوی مهملی است (حلی، ۱۳۹۲، ص ۴۹). بنابراین مشهور با توجه به اشکالات موجود در روایت، بدون استناد بدان، تنها براساس قاعده اتلاف به ضمان پزشک حکم داده‌اند (مکی عاملی، ۱۳۷۹، ص ۴۴۸).

### ۳-۱-۲. ابراء ما لم یجب

اخذ برائت پیش از درمان به منزله اسقاط حقی است که هنوز به وجود نیامده است و گویی بیمار، ذمه پزشک را از دینی ابراء می‌کند که هنوز پدید نیامده است و چنین برای صحیح نیست و واژه «ولی» در روایت «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وِليِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» گواه این سخن است؛ زیرا اولیای بیمار تنها پس از درمان و بروز خسارت - آن هم خسارتی که منجر به مرگ بیمار شود - می‌توانند، ذمه پزشک را نسبت به تعهد به جبران آن بری سازند و چنانچه پیش از بروز خسارت، نسبت به این کار اقدام کنند، حقی ساقط نمی‌گردد و مسئولیتی از بین نمی‌رود (جبعی عاملی، ۱۴۱۹، ص ۲۲۸ - ۲۲۹ / نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۷)؛ چون برایشان حقی به وجود نیامده است که بتوانند آن را از بین ببرند.

### ۳-۱-۳. اختلال نظام و برهم خوردن نظم عمومی

سلامتی و تندرستی افراد جامعه با نظم عمومی،\* ارتباط تنگاتنگی دارد؛ در نتیجه اگر بر بیمار شرط شود یا قراردادی با او بسته شود؛ مبنی بر اینکه پزشک حاذق و ماهر

\* از آن جایی که نظم عمومی مفهومی نسبی است و متغیر، نمی‌توان قاعده ثابتی ارائه داد که معرف آن باشد. با وجود این، برخی در تعریف نظم عمومی گفته‌اند: «مجموعه قواعد ضروری برای زندگی اجتماعی». رک: ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۱۸۳.

مسئول درمان، ضامن خسارات احتمالی ناشی از درمان نباشد، این شرط یا قرارداد به دلیل مخالفت با نظم عمومی باطل است؛ اعم از اینکه شرط یا قرارداد ناظر به صدمات جسمی باشد و یا ناظر به سلامتی روحی و روانی بیمار (عسبلی، ۱۹۹۴، ص ۳۳۶)؛ زیرا چنین شرطی، زمینه را برای ضرر و زیان رساندن افراد به یکدیگر فراهم می‌آورد و در نتیجه، بی‌نظمی و بی‌احتیاطی بر جامعه حاکم خواهد شد و هر کس به اندک بهانه‌ای به دیگری صدمه خواهد رساند و نظم جامعه مختل می‌شود، در حالی که یک اجتماع عاقل، اجازه این کار را نمی‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۳۲۰). پس نظم عمومی و مصلحت جامعه، حکم می‌کند که در جهت حفظ انسان و همه حقوق افراد تلاش شود، در حالی که شرط براءت سبب می‌شود که افراد، حقوق و شئون انسانی هم‌نوعان نیازمند و بیمار خود را نادیده گیرند و بدان احترام نگذارند.

### ۳-۲. دیدگاه مشهور

این دسته از صاحب‌نظران برآنند که چنانچه بیمار به هنگام درمان، متحمل خساراتی شود، پزشک مسئول است، مگر آنکه پیش از درمان از بیمار، براءت گرفته باشد (ابن فهدحلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۶۰). این دسته از محققان برای اثبات اعتبار براءت به دلایلی استناد کرده‌اند که عبارت است از:

### ۳-۲-۱. اعتبار مستند حکم

روایت امام علی علیه السلام راجع به شرط براءت هم به لحاظ سندی و هم به لحاظ دلالت صحیح و معتبر است.

الف) بررسی دلالت روایت: گرچه بر پایه نقل نویسنده کتاب «دعائم الاسلام»، قاضی نعمان، امام در ادامه روایت تصریح کرده‌اند که منظورشان اخذ براءت از پزشک غیرماهر است، ولی این ادعا چندان پایه و اساس محکمی ندارد؛ زیرا قاضی نعمان در ادامه نقل خود قید «یعنی اذا لم یکن ماهرا» را می‌آورد و این گویای آن است که خود ناقل در مقام تفسیر فرموده امام برآمده است و راوی می‌دانسته که این بخش جزو فرموده حضرت علیه السلام نیست. جالب آن‌که میرزا حسین نوری، نویسنده مستدرک



الوسایل، نیز کلمه «یعنی» را از روایت نقل شده توسط قاضی نعمان فاطمی حذف می‌کند و همین روایت با کلمه محذوف آن، مورد توجه برخی از فقها قرار گرفته است، در حالی که میرزا حسین نوری در آغاز باب نوزده، نخست روایتی را نقل می‌کند که نقطه مقابل روایتی است که از دعائم الاسلام نقل می‌کند: «الْجَعْفَرِيَّاتُ، أَخْبَرَنَا عَبْدُ اللَّهِ أَخْبَرَنَا مُحَمَّدٌ حَدَّثَنِي مُوسَى قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» و پس از آن نیز دو روایت درباره ضمان ختنه‌کننده نقل می‌کند و سپس روایت دعائم الاسلام را نقل می‌کند (طبرسی، ۱۴۱۷، ص ۳۲۴ - ۳۲۵).

افزون بر این همان‌گونه که خواهد آمد؛ اساساً امام نمی‌خواسته شرط براءت را ناظر به پزشک غیرماهر بدانند؛ زیرا صرف تصدی غیرپزشک و یا پزشک غیرماهر به طبابت خطاست و موجب مسئولیت و مسئولیت این افراد حتی با اخذ براءت نیز نفی نمی‌شود. پس تجویز این کار یعنی تجویز بی‌نظمی در جامعه که قطعاً مد نظر امام نبوده است.

ب) بررسی سند روایت: بررسی سند روایت نیز نشان می‌دهد که روایت از جمله روایت‌های معتبر است؛ زیرا اولاً، بنابر گزارش نجاشی و شیخ طوسی، سکونی ثقه بوده و از امام صادق علیه السلام روایت می‌کرده است (نجاشی، [بی‌تا]، ص ۲۲ / شیخ طوسی، ۱۳۰۸، ص ۳۶ / شیخ طوسی، ۱۴۱۵، ص ۱۶۰) و حتی شیخ طوسی در جایی دیگر ثقه بودن سکونی را اجماعی می‌داند و تأکید می‌کند، سکونی به‌رغم سنی بودن؛ مورد وثوق است. زیرا روایت را بی‌کم و کاست و بدون اظهارنظر درباره آن نقل می‌کند و موافقت یا مخالفت خود را درباره روایت ابراز نمی‌دارد. پس می‌توان به روایاتی که او نقل کرده، عمل کرد (شیخ طوسی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹).

ثانیاً، حسین بن یزید بن عبدالملک نوفلی نیز به گزارش نجاشی در اواخر عمر خود در زمره غالیان قرار گرفته است. البته نجاشی این نظر را به گروهی از قمی‌ها نسبت می‌دهد و در ادامه نیز ابراز می‌دارد که در میان روایاتی که نوفلی نقل کرده، روایتی وجود دارد که درستی این ادعا را تأیید می‌کند (نجاشی، [بی‌تا]، ص ۳۰). با وجود این، شیخ طوسی، نوفلی را از یاران امام رضا علیه السلام برمی‌شمارد (شیخ طوسی، ۱۴۱۵، ص ۳۵۵) و مرحوم خویی نیز درباره نوفلی چنین می‌نویسد: «اظهر ثقه بودن اوست؛ زیرا

جعفر بن محمد بن قولویه از او روایت کرده است و در سلسله سند روایات کتاب کامل الزیارت نیز وجود دارد» (موسوی خویی، [بی تا]، ص ۱۱۳ / موسوی خویی، ۱۳۶۵، ص ۲۴۸). افزون بر این حتی اگر غالی بودن نوفلی در اواخر عمرش موجب قرح و ضعف او باشد؛ این مهم نسبت به روایاتی که پس از آن نقل کرده است، مؤثر است و روایاتی که پیش از آن نقل کرده نباید ضعیف شمرده شود. بالأخره، حتی اگر روایت ضعیف هم باشد با عمل مشهور بدان، ضعف روایت قابل جبران است (حسینی عاملی، [بی تا]، ص ۲۷۳).

### ۲-۲-۳. عدم مشابهت برائت با ابراء ما لم یجب

قیاس شرط برائت با ابراء ما لم یجب مع الفارق است؛ زیرا اول آنکه منظور از «ولی» در روایت، فردی است که اهلیت و صلاحیت لازم را برای تصمیم‌گیری در درمان داراست و در نتیجه در معالجه حیوان، صاحب و مالک آن و در معالجه انسان بالغ و عاقل، خود بیمار صلاحیت و اهلیت لازم را داراست و در معالجه کودک، دیوانه و سفیه، «ولی» آنان باید به پزشک اذن دهند و پزشک باید پیش از درمان از او برائت بگیرد (خویی، [بی تا]، ص ۲۲۱-۲۲۲ / مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۲۳۰)؛ بنابراین «ولی» در روایت، قید غالب است؛ یعنی با توجه به اینکه بیشتر بیماران، کودک هستند و این دسته از بیماران به همراه اولیای خود به پزشک مراجعه می‌کنند. روایت هم ناظر به این گروه است و قانون‌گذار با عنایت به این مهم در وضع ماده ۳۲۲ ق.م.ا.، از بیمار، ولی بیمار و صاحب حیوان یاد کرده است. در نتیجه نباید برآن شد که به دلیل عدم اهلیت بیمار، اولیای بیمار صلاحیت تصمیم‌گیری دارند و یا با توجه به چنین قیدی در متن قانون، اعطای برائت را به اسقاط حق به وجود نیامده، تشبیه کرد.

دوم آنکه، مفاد برائتی که پزشک از بیمار خود می‌گیرد؛ ناظر به آینده است و به این معناست که هرگاه در آینده، شرایط تحقق مسئولیت جمع آید و اسباب پیدایش آن محقق گردد، برائت مانع تاثیر سبب و پیدایش حق شود (حسینی عاملی، [بی تا]، ج ۱۰، ص ۲۷۳ / کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۷۲۱)، ولی ابراء ناظر به دین موجود و حال است. سوم آن‌که، مطابق مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ قانون مدنی، ضمان از دینی که سبب

قانونی یا قراردادی آن ایجاد شده باشد، ولی هنوز به دلیل فراهم‌نیامدن شرایط ثبوت در ذمه، قابل مطالبه نباشد؛ صحیح است. هنگامی هم که پزشک، قرارداد درمان را منعقد می‌سازد؛ قرارداد، سبب و مقتضی مسئولیت را ایجاد می‌کند و به محض ایجاد سبب و مقتضی، طرفین می‌توانند پیش از ایجاد مسئولیت در مورد از بین بردن آن تصمیم بگیرند. چهارم آن‌که، در قوانین و مقررات، مواردی یافت می‌شود که گویای آن است که قانون‌گذار شرط براءت را معتبر می‌داند؛ قانون تجارت در ماده ۳۸۱ شرط عدم مسئولیت را صحیح دانسته و آن را از ابراء مالم یجب متمایز کرده است، بدین ترتیب شرط براءت هم که گونه‌ای شرط عدم مسئولیت است، صحیح است؛ چه مطابق اصول و قواعد حقوقی، هیچ فرقی میان قرارداد حمل و نقل و درمان وجود ندارد و تعهد حاصل از قرارداد، معلول اراده طرفین است و آنان می‌توانند آن را ساقط کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۳۲۴).

بالآخره اینکه، دیدگاهی که معتقد است، چنین شرطی، زمینه را برای ضرر و زیان‌رساندن افراد به یکدیگر فراهم می‌آورد و در نتیجه، بی‌نظمی و بی‌احتیاطی بر جامعه حاکم خواهد شد و هر کس به اندک بهانه‌ای به دیگری صدمه خواهد رساند؛ به این نکته مهم توجه نداشته که گرفتن براءت توسط پزشک به این معنا نیست که او مجاز به انجام هر کاری باشد و در هر شرایطی بتواند اقدام به درمان کند و موجب ضرر و صدمه به دیگران شود و ضامن نباشد؛ بلکه اخذ براءت تنها، پزشک حاذقی را که با رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی به عمل جراحی یا طبی مشروع پردازد را شامل می‌شود و پزشک فاقد مهارت را شامل نمی‌گردد (بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا).

### ۳-۲-۳. جلوگیری از اختلال نظام

درست است که سلامت اشخاص؛ اعم از سلامت جسمی و یا روحی، به نظم عمومی تعلق دارد، ولی قانون‌گذار خود استثنایی بدان وارد کرده است که عبارت است از: براءت. در واقع، قانون‌گذار با علم به اینکه شرط عدم مسئولیت در مورد خسارات وارد بر اشخاص به علت برخورد با نظم عمومی باطل است، استثنایی به آن وارد و بدان

تصریح کرده است و اگر مواد ۶۰ و ۳۲۲ ق.م.ا. نبود این اشکال پذیرفتنی می‌نمود. از سوی دیگر به نظر می‌رسد قانون‌گذار برای جلوگیری از اختلال نظام و از دست رفتن نظم جامعه به چنین راهکاری توسل جسته است و آنچه که قانون‌گذار را به سوی این راه حل کشانده است، جلوگیری از اختلال نظام بوده است؛ چه اگر پزشکان بدون کسب براءت، بیماران را درمان کنند و در قبال اعمال متعارف خود نیز مسئول شمرده شوند؛ ترس از مسئولیت، مانع فعالیت آنان خواهد شد و عدم فعالیت پزشکان در جامعه به سلامت افراد، زیان می‌رساند. پس با اخذ براءت، نیازهای عمومی جامعه برطرف می‌شود و زمام امور از دست نمی‌رود؛ بنابراین براءت نه تنها با نظم عمومی برخوردی ندارد که خود راهکاری است برای حفظ نظم عمومی و مصالح جامعه (طباطبایی، ۱۴۲۲، ص ۱۹۹ / مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۲۲۹ / نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۷).

البته این استدلال در میان فقیهان شیعه، چندان طرفدار هم ندارد و برخی «نیاز شدید» جامعه را علت تشریح براءت دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۸ - ۳۲۹)، ولی در پاسخ به این استدلال گفته شده است که صرف نیاز عمومی موجب جعل حکم نمی‌گردد (طباطبایی، ۱۴۲۲، ص ۱۲۲). برخی دیگر به قاعده عسر و حرج تمسک ورزیده و رفع عسر و حرج را مبنای تشریح براءت دانسته‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۴۴۷) و دسته دیگری نیز با توسل به قاعده «الاضرر»، بستن «باب ضرر عمومی و فراگیر» را دلیل تشریح براءت می‌دانند (یوسفی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۳۷ / علامه حلی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۶۲) و بالأخره، گروهی نیز به قاعده «الضرورات تبیح المحذورات» توسل جسته و معتقدند که با توسل به براءت، پزشک حاذق می‌تواند بی‌هیچ محذوری بیمار را درمان کند. درست مانند جایی که مسافران کشتی به خاطر جلوگیری از غرق شدن کشتی به هنگام طوفان دریا، برای احتراز از ضرر مهم‌تر، تصمیم می‌گیرند که بار خود را به دریا بریزند و مسئولیت ناشی از این کار بر عهده کسی نیست (محقق حلی، ۱۹۸۵، ص ۳۱۷ / ابن فهد حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۶۲).

### ۳-۲-۴. قاعده شروط

چنانچه در ضمن قرارداد، مسئول نبودن پزشک در قبال خسارات احتمالی ناشی از

درمان شرط شود، قاعده شروط (المؤمنون عند شروطهم)، چنین شرطی را دربرمی‌گیرد و این شرط همانند شرط اسقاط خیار مجلس و یا خیار حیوان در ضمن عقد بیع، لازم‌الوفا خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۷ / حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۲۶۵) و البته به باور برخی صاحب‌نظران، چنانچه شرط برائت در ضمن عقد لازمی درج نشود، «وعده‌ای» بیش نخواهد بود و لازم‌الوفا نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۸ / مامقانی، ۱۴۰۳، ص ۵۴۰).

با وجود این به نظر می‌رسد، شرط برائت به خودی خود الزام‌آور است و لازم نیست برای آنکه الزام‌آور و لازم‌الوفا دانسته شود؛ ضمن عقد لازمی، گنجانده شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۲۳۰)؛ زیرا ادله لازم‌الوفا بودن شروط، چنین شرطی را دربرمی‌گیرد و مطابق آن، چنین شرطی الزام‌آور خواهد بود و حتی امام نیز در روایت پیش‌گفته، چنین التزام و تعهدی را صحیح و معتبر دانسته‌اند (معروف الحسنی، ۱۴۰۷، ص ۲۰۴ و شیرازی، ۱۴۰۹، ص ۸۴). افزون بر این، مطابق ماده ۱۰ ق.م. چنین توافقی صحیح است و معتبر؛ بنابراین پزشک و بیمار می‌توانند مفاد شرط برائت را به صورت قراردادی مستقل تحقق بخشند و این چنین قراردادی صحیح خواهد بود، بدون آنکه ضمن عقد لازمی شرط شود. البته، برائت؛ خواه به صورت شرط ضمن عقد تنظیم شود و خواه به صورت قرارداد خصوصی، باید همانند سایر شروط و قراردادهای، شرایط قانونی و صحت شروط و قراردادهای را دارا باشد تا معتبر دانسته شود؛ زیرا ادله ناظر به مطلق انشاءات عام بوده، هرگونه انشایی را دربرمی‌گیرد (ماده ۱۹۰ ق.م) (سبزواری، ۱۴۱۷، ص ۱۰۳) و نظر به اینکه شرط برائت نیز از جمله انشاءات است، باید دارای این گونه شرایط باشد.

## ۴. قلمرو شرط برائت

### ۴-۱. پزشک فاقد مهارت و صلاحیت

به نظر می‌رسد، برائتی که در قانون پیش‌بینی شده است، ناظر به پزشک حاذق و ماهر است و این چنین پزشکی برای گریز از مسئولیت می‌تواند از بیمار خود برائت بگیرد؛

زیرا مسئولیت پزشک فاقد مهارت، مطلق بوده و صرف تصدی این دسته افراد به کار طبابت خطاست و مسئولیت آنان را در پی دارد و حتی قانون‌گذار عمل آنان را جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده است (ماده ۳ قانون مربوط به امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب خرداد ۱۳۳۴ و اصلاحی ۱۳۷۴)؛ بنابراین شرط برائت نمی‌تواند آنان را از مسئولیت معاف سازد (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۱۸۳ - ۱۸۴). از سوی دیگر، هدف قانون‌گذار از وضع ماده ۳۲۲ ق.م.ا. تأمین مصالح عمومی و نظم جامعه بوده است و قانون‌گذار برای جلوگیری از اختلال نظام و تأمین سلامت جامعه و افراد آن، نهادی به نام برائت را تأسیس کرده است تا از دغدغه پزشکان بکاهد. حال اگر پذیرفته شود که غیرپزشکان نیز می‌توانند به طبابت بپردازند و در پناه شرط برائت از مسئولیت معاف بمانند، این هدف قانون‌گذار تأمین نمی‌گردد و حتی نقض می‌گردد و بی‌نظمی بر جامعه حاکم خواهد شد و حتی برخی از فقیهان در این باره به اجماع استناد کرده‌اند و معتقدند این موضوع که صرف تصدی غیرپزشکان به امر طبابت، خطاست و موجب ضمان، اجماعی است (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۱۷۹). بنابراین شرط برائت، مسئولیت غیرپزشک یا پزشک فاقد مهارت را از بین نمی‌برد و اساساً چنین شرط و یا قراردادی به علت نامشروع بودن و مخالفت با قانون باطل است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۱۷۲ - ۱۷۴).

#### ۴-۲. مسئولیت پزشک حاذق و ماهر

درست است که پزشک می‌تواند با اخذ برائت، مسئولیت خود را در قبال بروز خسارات آینده از بین ببرد و از مسئولیت معاف شود، ولی این بدان معنا نیست که او در پناه شرط برائت می‌تواند به عمد به بیمار، خسارتی وارد آورد؛ زیرا نظم عمومی بر نمی‌تابد که افراد در پناه نهادی قانونی چون برائت، آزادانه به هم‌نوع نیازمند خود زیان برسانند و اخلاق نیز حکم می‌کند، چنانچه پزشک به عمد مرتکب خطایی شود و به بیمار زیانی برساند، مسئول است و باید آن را جبران کند و پزشک نمی‌تواند از حق خود سوءاستفاده کند (اصل ۴۰ قانون اساسی) و با اخذ برائت، سلامتی بیمار را به مخاطره اندازد؛ بنابراین در صورتی که پزشک در پناه برائت به عمد خسارتی به بیمار وارد

آورد، شرط برائت آن را دربر نمی‌گیرد و از مسئولیت معاف نمی‌سازد و چنین شرطی که پوششی برای ارتکاب تقصیری عمدی است؛ به علت برخورد با نظم عمومی و اخلاق حسنه باطل است «ماده ۹۷۵ ق.م.» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۷۲۳ / کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۴۳۸) و با احراز عمد پزشک در ارتکاب جنایت، پزشک مستوجب قصاص خواهد بود. افزون بر این، پزشک حاذق باید پس از کسب برائت با رعایت اصول و ضوابط فنی و مقررات شغلی خود به درمان بیمار پردازد و نباید مرتکب سهل‌انگاری و بی‌مبالاتی شود؛ یعنی چنانچه پزشک پس از اخذ برائت، بدون آنکه تجهیزات کافی و مناسب در اختیار داشته باشد به عمل جراحی پردازد و یا خون فرد مبتلا به سیفیلیس را به بیمار تزریق کند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۴۳۰)، یا در حال مستی به عمل جراحی پردازد و یا چاقوی جراحی را در شکم بیمار جا بگذارد، مسئول به شمار می‌آید و شرط برائت او را از مسئولیت معاف نمی‌سازد؛ زیرا شرط برائت مؤثر نبوده، حتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز برخورد دارد و با آن مخالف است و عرف در مورد فردی که به لحاظ تخصص خود، طرف قرارداد قرار می‌گیرد سختگیری بیشتری می‌کند و عملی که ممکن است از سوی فرد غیرمتخصص سر بزند و تقصیر به شمار نیاید، عرف ارتکاب آن را از سوی فرد متخصص، تقصیر می‌داند و از نظر عرف، خطاهای فوق، خطای در حکم عمد است و شرط برائت آن را دربر نگرفته، پزشک را از مسئولیت معاف نمی‌سازد (همان، ص ۴۳۸)؛ بنابراین شرط برائت، پزشک را یک سره از مسئولیت نمی‌رهاند و تنها در صورتی مؤثر است که پزشک در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر و بی‌مبالاتی نشده باشد. در یک سخن، هیچ شرطی برای پزشک این مصونیت را ایجاد نمی‌کند که مسئول بی‌مبالاتی و تقصیرهای آشکار خود نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴، ص ۱۹۲). کوتاه‌سخن آنکه پزشک نه‌تنها در صورت تقصیر، ضامن جنایت و صدمه وارده است، بلکه بنابر تصریح تبصره ۳ ماده ۲۹۵ و مطابق مفهوم مخالف ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، ایراد آسیب و ورود جنایت در نتیجه اقدام به طبابت و جراحی بدون رعایت موازین فنی و علمی و خلاف نظامات دولتی، نیز جرم محسوب می‌شود.

## ۵. آثار شرط برائت

### ۵-۱. اثر شرط برائت نسبت به بیمار

مشهور برآنند که با وجود برائت و بروز خسارت ناشی از درمان، پزشک ضامن جبران خسارت مالی (دیه) نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، ص ۳۲۸ - ۳۲۹) و حتی برخی از فقیهان نیز ادعای اجماع کرده‌اند که پزشک لازم نیست با وجود برائت، دیه بپردازد (خویی، [بی تا]، ص ۲۲۲ - ۲۲۳).

بدین ترتیب، شرط برائت، جز در موارد نامشروع؛ مانند خسارت‌های عمدی و در حکم عمد خسارت مالی را از بین می‌برد و بیمار نمی‌تواند به هنگام بروز زیان، خسارت مالی (دیه) مطالبه کند و یا به خاطر از دست دادن فرصت درمان و یا محروم شدن از موقعیت شغلی آینده، خسارتی بخواهد، ولی عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند در مورد خسارت معنوی چنین نیست؛ زیرا نظر به اینکه ماده ۳۱۹ ق.م.ا.، ناظر به تلف جان، نقص عضو و خسارت مالی است و خسارت معنوی ناشی از درمان را در بر نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۸۵) و نظر به اینکه ماده ۳۲۲ ق.م.ا.، ناظر به ماده ۳۱۹ ق.م.ا. است، باید بر این باور بود که شرط برائت، تعهد پزشک به جبران خسارت مالی را از بین می‌برد و بیمار می‌تواند جبران خسارت‌های معنوی وارد به خود را از پزشک بخواهد. هر چند که در فقه، مطالبه خسارت‌های معنوی چندان مورد بحث قرار نگرفته و در مواردی مورد تردید و انکار است (نجفی فتاحی، ۱۳۸۳، ص ۱۷۴ / ابوصد، ۱۴۳۲، صص ۲۹۷ و ۱۷۱ - ۱۶۲) و علی‌رغم نصوص قانونی معتبر درباره قابل مطالبه بودن خسارات معنوی و صراحت مواد ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی، رویه قضایی به سختی چنین خساراتی را قابل مطالبه می‌داند.

### ۵ - ۲. اثر شرط برائت نسبت به وارثان بیمار

وارثان بیمار نیز نمی‌توانند به قائم مقامی از بیمار متوفی، خسارت مالی را مطالبه کنند که بیمار در زمان حیات خود حق مطالبه آن را نداشته است؛ زیرا - همان‌گونه که گفته شد - شرط برائت، تعهد پزشک به جبران این‌گونه خسارت‌ها را از بین می‌برد و بیمار



در صورتی که خود زنده بماند، ولی دچار نقص عضو شود؛ نمی‌تواند الزام پزشک به جبران آن را بخواهد، پس چگونه وارثان او به جانشینی از او می‌توانند، خسارت‌های مادی را مطالبه کنند. با وجود این، عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند، وارثان بیمار می‌توانند؛ جبران خسارت‌های معنوی وارد بر بیمار و نیز خسارت‌هایی که در اثر مرگ بیمار به آنان وارد آمده است را بخواهد؛ مثلاً چنانچه همسر و فرزندان متوفی در اثر مرگ پدر خانواده از نفقه محروم شوند و یا متحمل خسارتی معنوی گردند، می‌توانند جبران آن را بخواهند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۷۲۶). جبران چنین خسارت‌هایی در حقوق کشورهایی همچون مصر، اردن و فرانسه مورد پذیرش است (حنا، ۲۰۱۱، ص ۵۷۷ - ۵۷۵ / أبوصد، ۱۴۳۲، ص ۲۵۱ - ۲۴۶). صرف‌نظر از قانون مسئولیت مدنی، ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد؛ چنان‌که طیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او برائت حاصل نموده باشد؛ ضامن خسارت جانی، مالی یا نقص عضو نیست، اما تصریحی در خصوص خسارت معنوی ندارد.

### ۳-۵. اثر اثباتی شرط برائت

مطابق ماده ۳۱۹ ق.م.ا.، پزشک معالج مسئول تلف یا نقص عضو بیمار است و همواره در قبال خطای خود و حتی عمل متعارف خود مسئول به‌شمار می‌آید و صرف عدم حصول نتیجه مطلوب، نشانه آن است که پزشک تقصیر کرده است. با این همه، چنانچه همین پزشک از بیمار خود برائت بگیرد، از مسئولیت معاف می‌گردد؛ بنابراین با وجود برائت، اماره قانونی انتساب تلف و یا زیان به پزشک از اثر می‌افتد و پس از اخذ برائت، بیمار جهت جبران خسارت باید، بی‌مبالاتی و تقصیر پزشک را به اثبات برساند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴، ص ۱۹۲ - ۹۳). البته چنان‌که گذشت در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد؛ طیب ضامن نیست و قانون‌گذار فوریت حفظ حیات و سلامتی انسان و عدم امکان اخذ اجازه را همانند فرضی می‌داند که پزشک از بیمار خود برائت بگیرد (بند ۲ ماده ۵۹ و ذیل ماده ۶۰ ق.م.ا.).

## نتیجه

درستی و صحت شرط برائت، که از جمله مصادیق شرط عدم مسئولیت است و به دو صورت شرط ضمن عقد یا عقد مستقل قابل تحقق است، در میان صاحب نظران حقوق اسلامی موجب اختلاف شده است؛ گروهی آن را نادرست دانسته و گروه دیگر بر درستی آن دلیل آورده‌اند و انتقادهای طرف مقابل را پاسخ گفته‌اند. با این همه، تصمیم‌گیری از اختلال نظام و رعایت مصالح جامعه، تنها عاملی است که - علاوه بر ادله نقلی - درستی و صحت شرط برائت را موجه می‌نماید؛ بدین توضیح که اگر برائت تشریح نمی‌گردید، هیچ فردی از ترس مسئولیت سنگین مقرر شده، به طبابت و فراگیری آن رو نمی‌آورد و بیماری، جامعه را فرا می‌گرفت و این چنین جامعه زیان می‌دید. این دلیل که رنگ و بویی از مصلحت برخوردار و در واقع، به نوعی استناد به «استصلاح» است، تنها دلیلی است که درستی و اعتبار شرط برائت را موجه می‌نماید و چون در فقه شیعه برخلاف اهل سنت، استصلاح از منابع استنباط احکام به‌شمار نمی‌آید و مذموم است؛ از این رو برخی از صاحب نظران برای دوری از چنین استدلالی به سراغ قواعدی چون: «لاضرر»، «عسر و حرج» و «اضطرار» رفته و از آن مدد گرفته‌اند. افزون بر این، در فقه شیعه دیدگاه مشهور پزشک حاذق و ماهر را مسئول خسارات ناشی از درمان می‌داند، در حالی که در مقابل گروهی بر آنند که پزشک حاذق و ماهر که به اذن بیمار و با رعایت موازین علمی به درمان بیمار می‌پردازد؛ ضامن نیست و بنابراین به باور این دسته، برائت، گرچه نهادی مشروع است، ولی اخذ آن نیز بی‌فایده خواهد بود. پس لزوم اخذ برائت از بیمار توسط پزشک صرفاً از نقطه نظر مشهور بررسی شده است و اگر بر عدم ضمان پزشک حاذق اعتقاد داشته باشیم؛ اخذ برائت لازم نخواهد بود. با این همه، انتقادات دیگری نیز در عمل نسبت به برائت وجود دارد که لزوم حذف برائت و ضامن ندانستن پزشک حاذق (پیروی از قول غیرمشهور در فقه) را موجه می‌نماید که عبارتند از:

انتقاد نخست اینکه برائت‌نامه‌های موجود در مراکز درمانی، چه به صورت شرط ضمن عقد و چه به صورت مستقل، بسیار کلی است و گویی تنها مصلحت پزشک در نظر گرفته شده است. به عنوان نمونه در قراردادی که پیش‌تر آورده شد،

تدوین‌کنندگان پزشک را مجاز دانسته‌اند که به صلاح خود هر عضوی را که خواست بردارد و یا هرگونه که صلاح دانست؛ عمل کند. حتی اگر نحوه عمل یا درمان غیرمتعارف باشد و جالب این که از حق بیمار به قطع درمان، سخنی گفته نشده است و بلکه برعکس، بیمار حق اظهار نظر و اعتراض به نحوه درمان خود ندارد؛ یعنی اگر بیماری پس از مشورت با پزشک معتمد خود، روند درمان بیماری خود را نادرست بداند؛ نمی‌تواند اعتراض کند، حتی اگر درمان منجر به قطع عضو او گردد.

دوم اینکه در این اوراق چاپی، تدوین‌کنندگان به ضمان پزشک، بسنده نکرده‌اند و ضمان احتمالی مقامات و مسئولان بیمارستان را مورد توجه قرار داده و برای آن هم از بیمار براءت می‌گیرند و حتی دوباره در فرم چاپی تأکید شده که بیمار ادعای خسارت احتمالی را از ایشان (پزشک و بیمارستان) ساقط کرده و بیمار هزینه‌های بیمارستان را باید بپردازد. در واقع، تدوین‌کنندگان، توجه نداشته‌اند که گاه بیمارستان و مقامات مسئول خود مسئولیت می‌یابند؛ به عنوان نمونه اگر از تجهیزات نامناسب و یا دست‌دوم در بیمارستان استفاده شود و موجب خسارت گردد؛ در این صورت شرط براءت موجب معافیت نمی‌گردد و بیمارستان خسارت‌های بیمار را باید جبران سازد.

درباره رضایت، باید گفت اخذ رضایت باید آگاهانه و پس از دادن اطلاعات لازم به بیمار باشد که این اطلاعات راجع به نوع بیماری و نحوه درمان آن است. بنابراین در کسب رضایت و یا براءت باید اطلاعات لازم و متعارف به بیمار داده شود، در حالی که در عمل در هیچ یک از مراکز درمانی چنین اهتمامی وجود ندارد و مسئولان صرفاً به گرفتن امضا از بیمار یا ولی او مبادرت می‌کنند و گاه گواهی نیز وجود ندارد که اخذ براءت را گواهی کند و یا در شرایط اضطراری، بیمار و یا اولیاء او به اضطرار برگ رضایت‌نامه و یا براءت‌نامه را امضا می‌کنند و رضایتی هم وجود ندارد. افزون بر این براءت ماهیتی عام‌تر از رضایت است و با وجود براءت، پزشک هم از مسئولیت کیفری و هم از مسئولیت مدنی معاف می‌گردد و بنابراین اخذ مجدد رضایت‌نامه از بیمار یا اولیای او توجیه حقوقی ندارد. توجه و طرح بحث براءت به تنهایی، در کلام فقها نیز می‌تواند قرینه‌ای بر تأیید این استدلال باشد.

## منابع

١. ابن ادريس حلى، محمد؛ كتاب السرائر؛ ج ٣، تحقيق لجنة التحقيق؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامى، [بى تا].
٢. ابن فهد حلى، جمال الدين احمد بن محمد؛ المهذب البارع؛ تحقيق مجتبى عراقى؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامى، ١٤١٣ق.
٣. أبوصد، عماد احمد؛ مسئولية المباشرة و المتسبب؛ الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة، ١٤٣٢ق.
٤. اصفهانى، محمد حسين؛ بحوث فى الفقه (الاجاره)؛ تحقيق لجنة التحقيق؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامى، ١٤٠٩ق.
٥. پوراسماعيلى، علي رضا؛ «بررسى مفاهيم اذن، رضايه و برائت و تاثير آن ها در مسؤليت پزشك»؛ مطالعات فقه و حقوق اسلامى، سال دوم، ش ٢، تابستان ١٣٨٩.
٦. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر؛ دوره حقوق مدنى: حقوق تعهدات؛ ج ١، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ١٣٧٢.
٧. جعفرى تبار، حسن؛ «از آستين طبيبان: قولى در مسؤليت مدنى پزشكان»؛ مجله دانشكده حقوق و علوم سياسى، ش ٤١، پاييز ١٣٧٧.
٨. جبعى عاملى، زين الدين بن على (شهيد ثانى)؛ مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام؛ تحقيق مؤسسه اسلاميه؛ ج ١٥، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤١٩ق.
٩. حنا، منير رياض؛ المسئولية المدنية للأطباء و الجراحين؛ الطبعة الثانية، الاسكندرية: دار الفكر الجامعى، ٢٠١١م.
١٠. حر عاملى، شيخ محمد بن الحسن؛ وسايل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة؛ تصحيح و تعليق الشيخ محمد الرازى مع تعليقات ابى الحسن السمرانى؛ ج ١٩، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، ١٤١٦ق.

۱۱. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد؛ مفتاح الكرامة؛ ج ۷ و ۱۰، قم: موسسه آل البيت علیهم‌السلام، [بی تا].
۱۲. حلی، تقی‌الدین الحسن بن علی بن داود؛ کتاب الرجال؛ تحقیق سید محمد صادق آل بحر العلوم؛ نجف: منشورات المطبعة الحیدریه، ۱۳۹۲ق.
۱۳. خویی، سید ابولقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ الجزء الثاني، بیروت: دارالزهراء علیها‌السلام، [بی تا].
۱۴. دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه؛ ج ۷، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
۱۵. سبزواری، سید عبدالاعلی؛ مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام؛ ج ۲۹، قم: دفتر آیت الله العظمی سبزواری، ۱۴۱۷ق.
۱۶. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن؛ الفهرست؛ صححه و علق علیه سید محمد صادق آل بحر العلوم؛ نجف: منشورات المطبعة الحیدریه، ۱۳۰۸ق.
۱۷. —؛ رجال الطوسی؛ تحقیق محمد جود القیومی الاصفهانی؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۱۸. —؛ العدة فی اصول الفقه؛ تحقیق محمدرضا الانصاری؛ ج ۱، قم: ستاره، ۱۳۷۶.
۱۹. شیرازی (حسینی شیرازی)، سید محمد؛ الفقه؛ ج ۷۴ و ۹۰، بیروت: دارالعلوم، ۱۴۰۹ق.
۲۰. شجاعپوریان، سیاوش؛ مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشکی؛ تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۷۳ق.
۲۱. شهید ثانی، محمد بن مکی؛ مسالک الافهام؛ قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۲. شهیدی، مهدی؛ سقوط تعهدات؛ تهران: کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳ق.
۲۳. صفایی، سید حسین؛ مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی؛ تهران: میزان، ۱۳۷۵ق.
۲۴. طبرسی، میرزا حسین نوری؛ مستدرک الوسائل؛ ج ۱۸، قم: موسسه آل البيت علیهم‌السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۷ق.
۲۵. طباطبایی، سید علی؛ ریاض المسائل؛ تحقیق موسسه النشر الاسلامی؛ ج ۱۴، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.
۲۶. عسلی، سعد سالم عبدالکریم؛ المسئولية المدنية عن النشاط الطبي فی القانون الليبي، بنغازی: منشورات جامعه قان یونس، ۱۹۹۴م.

۲۷. علامه حلی، حسن بن یوسف بن المطهر؛ تحریر الاحکام؛ مشهد: موسسه آل البيت علیهم السلام، [بی تا].
۲۸. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳ و ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰.
۲۹. —؛ حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد؛ ج ۱، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۳۰. —؛ گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)؛ ج ۲، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
۳۱. مامقانی، شیخ عبدالله؛ مناہج المتقین؛ قم: موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۳ق.
۳۲. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن؛ المختصر النافع فی الفقه الامامیه، بیروت: دارالاضواء، ۱۹۸۵.
۳۳. معروف الحسنی، هاشم؛ المسؤولة الجزائية فی الفقه الجعفری؛ بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۷ق.
۳۴. مغربی، قاضی ابوحنیفه نعمان بن محمد بن منصور بن احمد بن حیون التیمی؛ دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و قضايا و الاحکام؛ تحقیق آصف بن علی اصغر فیضی؛ ج ۲، القاهرة: دارالمعارف، [بی تا].
۳۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة و البرهان؛ تحقیق مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی؛ ج ۱۴، قم: موسسه الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۶. مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ غایة المراد فی شرح الارشاد؛ ج ۴، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹.
۳۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم؛ فقه السدیات؛ قم: منشورات مکتبه امیرالمومنین علیهم السلام، ۱۴۱۶ق.
۳۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ مستند العروة: کتاب الاجارة (موسوعة الامام الخویی)؛ ج ۱، قم: لطفی، ۱۳۶۵.
۳۹. —؛ معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة؛ ج ۶، قم: مدینه العلم، [بی تا].

۴۰. میرزای قمی، ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ تصحیح مرتضی رضوی؛ تهران: موسسه کیهان، ۱۳۷۱.
۴۱. دانشنامه جهان اسلام، زیر نظر غلامعلی حداد عادل، ج ۲، تهران: بنیاد دایره المعارف اسلامی، ۱۳۷۵.
۴۲. نجاشی، احمد بن علی بن احمد بن العباس؛ کتاب الرجال، [بی جا]: منشورات مرکز نشر کتاب، [بی تا].
۴۳. نجفی، محمد حسن؛ جوهر الکلام؛ تصحیح رضا استادی؛ ج ۴۲، تهران: المكتبة الإسلامية، ۱۴۰۴ ق.
۴۴. نجفی فتاحی، صمد؛ «جبران مادی خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران»، مجله کانون وکلا، ش ۱۸۶ و ۱۸۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۳.
۴۵. وزارة الاوقاف و الشؤون الإسلامية؛ الموسوعة الفقهية؛ ج ۱، الكويت: ذات السلاسل، ۱۴۱۲ ق.
۴۶. یوسفی، حسن بن ابی طالب؛ کشف الرموز فی مختصر شرح المختصر النافع؛ تحقیق شیخ علی پناه الاشتهاردی و الحاج آغا حسین الیزدی؛ قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.

