



## Investigating the Opinions of Imamiyeh Jurists Regarding the Doctor's Release from the Obligation

**Mohsen Moeini**

Master's student in criminal law and criminology,  
Islamic Azad University, Roudehen branch,  
Roudehen city, Tehran, Iran.

**Mahdi Salehi \***

Assistant Professor, Department of Theology and  
Islamic Studies, Jurisprudence and Fundamentals  
of Islamic Law, Islamic Azad University,  
Roudehen Branch, Roudehen City, Tehran, Iran.

### Abstract

The principle of acquittal in jurisprudence means acquittal from duty and religion. The acquittal is the abrogation of the right that a person has over another's obligation, in other words, the forfeiture of a fixed right over another's obligation. According to the opinion of jurists, acquittal is a kind of unilateral obligation, and in jurisprudence texts, the doctor was responsible for the loss of the patient or his deficiency, because the loss was the result of his behavior, he intended the act and at the same time did not intend to commit a crime. Therefore, the patient's permission in his treatment does not conflict with the doctor's guarantee. All jurists believe in obtaining acquittal, which Imam Sadiq (a.s.) confirmed this issue by quoting the sayings of Amir al-Mu'minan Ali (a.s.). The legislator's action in granting the right of doctor's discharge to the patient himself or when he is not obligated or unable to discharge, to his religious guardian for the exemption from the guarantee due to his death is contrary to the opinion of the majority of Imamiye jurists. Some jurists have cited "the sovereignty of a person who is obligated to his own life" as a reason to prove the right of the patient to ask the doctor. The present article is written based on an analytical-descriptive approach and valid library resources and documents, and the hypotheses in the study have been proven.

**Keywords:** principle of innocence, release from the obligation, doctor's responsibility, imamiye jurisprudence

Received: 13/August/2022

Accepted: 15/October/2022

eISSN: 2783-4204

ISSN: 2783-3631

## بررسی نظرات فقهای امامیه در مورد ابراء ذمه پزشک

محسن معینی

کارشناسی ارشد حقوق، گرایش جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رودهن، شهر رودهن، تهران، ایران.

مهدی صالحی \*

استادیار الهیات و معارف اسلامی، گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رودهن، شهر رودهن، تهران، ایران.

### چکیده

اصل براءت در فقه به معنای براءت ذمه از تکلیف و دین است. ابراء، ساقط کردن حقی است که شخصی بر ذمه دیگری دارد؛ یعنی اسقاط، حق ثابت بر ذمه دیگری است. بنا به نظر مشهور فقها، ابراء نوعی ایقاع است و در متون فقهی، پزشک به‌هرحال در اتلاف بیمار یا نقصان او مباشرت داشته چراکه نقصان یا تلف، نتیجه رفتار او بوده است. او قصد فعل را داشته و درعین حال، قصد جنایت نداشته است، وانگهی اذن بیمار در درمانش منافاتی با ضمان طیب ندارد. همه فقها قائل به اخذ براءت هستند. امام صادق (ع) به نقل از فرمایشات امیر مؤمنان علی (ع) بر این موضوع صحه گذاشته‌اند. اقدام قانون‌گذار در اعطای حق ابراء طیب به خود بیمار یا وقتی غیر مکلف یا غیر قادر به ابراء است، به ولی شرعی او برای براءت از ضمان ناشی از مرگ وی، برخلاف نظر اکثریت فقهای امامیه است. برخی از فقها برای اثبات حق خود بیمار برای ابراء پزشک، «سلطنت انسان مکلف بر جان خویشتن» را به‌عنوان دلیل ذکر کرده‌اند. حال، این مقاله بر آن است تا به بررسی نظرات فقها امامیه در مورد ابراء ذمه پزشک بپردازد. مقاله حاضر با رویکرد تحلیلی-توصیفی بر منابع و اسناد معتبر کتابخانه‌ای نگاشته شده و فرضیه‌های مطروحه در مقاله نیز به اثبات رسیده‌اند.

کلیدواژه‌ها: اصل براءت، ابراء، ذمه پزشک، فقه امامیه

## ۱- مقدمه

ابراء که به نظر فقهای شیعه، حقیقت آن اسقاط است و نه تملیک، یک عمل حقوقی محسوب می‌شود لیکن مشهور فقها آن را ایقاع می‌دانند. از قول بعضی فقها نقل شده که ابراء، عقد است. به هر حال، ماده ۲۸۹ قانون مدنی (ق. م.) از نظریه مشهور فقها تبعیت نموده است. نجات جان بیمار از واجباتی است که خدا بر دوش پزشکان نهاده است. پزشک هر اندازه در طبابت ماهر باشد، باز هم احتمال خطا و خسارت بر جان بیمار وجود دارد. در فقه، ضامن بودن یا نبودن پزشک در صورت ارتکاب خطاهای پزشکی مورد مناقشه است. شماری قائل به این هستند که پزشک همیشه و در همه حال، ضامن خساراتی است که به سبب خطای وی بر بیمار، وارد شده است؛ حال چه اذن گرفته باشد یا نه. اینان با تمسک به اطلاق احادیث اجیر و مستأجر احادیث و همچنین، تمسک به قواعد فقهی مانند قاعده اتلاف، تسبیح، لاضرر و غرور، وی را ضامن می‌دانند. در مقابل، شماری دیگر مینا را بر مبرا دانستن پزشک از هرگونه ضامن در همه حال می‌دانند.

اصل براءت، دلایلی بر براءت ذمه پزشکان ارائه می‌دهد. پزشک شرعاً موظف به درمان بیمار است اما در این راه به حصول نتیجه بهبودی بیمار، متعهد نشده است. می‌توان پزشک را به مقتضای اخذ براءت، از ضامن خلاصی داد. به عبارت دیگر، اصل بر ضامن بودن پزشک است اما با گرفتن براءت از بیمار از دادن خسارت رهایی می‌یابد. مبنای براءت در اینجا، روایت سکونی و همچنین، قواعد عمومی عسر و حرج در جامعه است. در ضمن، لزوم تعهد به شروط، از دیگر ادله این گروه است. با بررسی ادله ضامن و ادله رهایی آنان از ضامن، قول اخیر مقبول‌تر است. لذا لازم است پزشکان قبل از درمان، از مریض یا ولی او و همچنین، دامپزشک از صاحب حیوان، براءت کسب نمایند. این ادله از قوت بیشتری برخوردار بوده و وی با اخذ براءت ضامن نخواهد بود (سعدی و همکاران، ۱۳۸۹).

وقتی حیات بیمار مطرح می‌شود، برخی فقها حق ابراء پزشک را متعلق به خود انسان می‌دانند. در مقابل، برخی دیگر ابراء ذمه پزشک را حق خود بیمار دانسته‌اند. فقهایی که خود بیمار را واجد حق ابراء می‌دانند، اگر او مکلف نباشد، طبعاً اعمال این حق را برای «ولی شرعی» وی به رسمیت می‌شناسند. تعداد اندکی از فقها نیز با اذعان به حق هر دوی بیمار و ولی دم، احتیاط پیشه کرده و طیب را به استبراء از هر دو توصیه می‌کنند.

## ۲- فرضیه‌ها و روش پژوهش

مسائل مربوط به ضامن طیب تاکنون توجه تعدادی از پژوهشگران را به خود جذب کرده است اما هیچ‌یک از این پژوهش‌ها به شخص ابراء‌کننده طیب و آراء و اقوال مختلف فقها در این خصوص و مقایسه آن اقوال نپرداخته است. این مقاله به دنبال بررسی نظرات فقهای امامیه در مورد ابراء ذمه پزشک است. در پژوهش‌های موجود، اصل ضامن یا عدم ضامن طیب در معالجه‌ها یا امکان‌سنجی ابراء ذمه طیب قبل از حصول جنایت یا صور عدم ضامن وی مطرح است. از این‌رو، در این پژوهش، امکان وجود ابراء پزشک و حق ابراء پزشک بر عهده بیمار یا ولی قانونی بیمار از دیدگاه نظرات و آراء اندیشمندان بررسی می‌شود؛ بنابراین، فرضیه‌های پژوهش به شرح زیر هستند:

(۱) بر اساس نظرات فقهای امامیه، ابراء ذمه پزشک در خدمات پزشکی ضروری است.

(۲) بر اساس نظرات فقهای امامیه، ابراء ذمه پزشک در خدمات پزشکی بر عهده خود بیمار است.

(۳) بر اساس نظرات فقهای امامیه، ابراء ذمه پزشک در خدمات پزشکی می‌تواند بر عهده ولی قانونی بیمار باشد.

در پژوهش حاضر، ابعاد مختلف ابراء پزشک از دیدگاه فقهای امامیه، مورد تحلیل و تبیین قرار می‌گیرد. لذا، از نظر هدف، کاربردی و از نظر روش، توصیفی-تحلیلی است. این پژوهش ضمن حفظ و دقت در اصالت متون، بر اصول اخلاقی، صداقت و امانت‌داری نگاشته شده است. گردآوری اطلاعات با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی بوده که مباحث نظری و نتایج آن به‌صورت تحلیلی و توصیفی ارائه شده است. نخست، دیدگاه‌های فقهای امامیه در حوزه ابراء

ذمه پزشک بررسی می‌گردد و سپس، ادله این دیدگاه‌ها یعنی ضمان و عدم ضمان ابراء ذمه پزشک و دلالت آن مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. با بهره‌گیری از تحلیل و استدلال عقلی و بررسی آراء و نظرات فقهای اسلامی و اندیشمندان این حوزه به واکاوی پرداخته می‌شود.

### ۳- مفهوم و ماهیت ابراء در فقه اسلامی

ابراء، اصطلاحی فقهی و حقوقی به معنای اسقاط حق ثابت بر ذمه دیگری (شهید ثانی، ۱۴۰۳ ق: ۱۹۳/۳) و ساقط کردن حقی است که انسان بر ذمه دیگری دارد، قلمرو آن محدودتر از اسقاط بوده و از آن در باب‌های تجارت، رهن، حواله، ضمان، صلح، اجاره، کفالت، وصیت و نکاح سخن رفته است. در فقه، آن را به اسقاط مافی‌الذمه تعبیر می‌کنند، یعنی اسقاط چیزی که بر ذمه است. ابراء، نوعی ایقاع است و برابر حقی که مورد ابراء قرار می‌گیرد، هیچ عوض وجود ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۳ ق: ۲۴۲/۴). ابراء در علم فقه، عملی انشائی است که موجب سقوط تعهدات می‌شود و نتیجه آن، برائت ذمه مدیون است. این نتیجه در نظر بعضی از فقها معلول این است که حقیقت ابراء عبارت است از اسقاط دین از طرف داین درحالی که به نظر برخی دیگر از فقها، حقیقت ابراء، تملیک دین به مدیون است و برائت ذمه مدیون ناشی از این مطلب است. همچنین، ابراء به مفهوم گذشت اختیاری داین از دین خود و نیز بررسی ماهیت و اوصاف آن، از دیرباز مورد توجه فقیهان اسلامی بوده است.

### ۳-۱- ابعاد ابراء در فقه اسلامی

در مورد اینکه ابراء در زمره ایقاعات است یا عقد قرارداد و نیز تفاوت آن با هبه طلب به مدیون، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که در ادامه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

ابراء در زمره ایقاعات است و نه عقود: در فقه امامیه، مشهور و در فقه عامه، حنفی‌ها، حنبلی‌ها و شافعی‌ها ابراء را ایقاع می‌دانند. مطابق با این نظر، درستی ابراء، متوقف بر قبول مدیون نبوده بلکه رد او نیز به نفوذ و اعتبار آن لطمه‌ای وارد نمی‌سازد (انصاری، ۱۳۸۴ ق: ۱۵۳/۸). در مقابل، بعضی از فقیهان امامیه از جمله شیخ طوسی (۱۴۱۲ ق: ۳۱۴/۳)، ابن زهره و ابن ادریس (۱۴۱۱ ق: ۱۷۶/۳)، ابراء را عقد دانسته و قبول مدیون را در تحقق آن ضروری می‌شمارند. در فقه امامیه، اساس استدلال بر این است که ابراء دین، متنی است بر مدیون که نمی‌توان وی را بر قبول آن اجبار کرد (شیخ انصاری، ۱۴۱۲ ق: ۳۱۴/۳). در پاسخ این استدلال چنین گفته شده است که اسقاط حق و صرف نظر نمودن از آن که با اراده صاحب حق و بدون تقاضا و درخواست مدیون صورت می‌گیرد، متنی بر وی محسوب نمی‌شود تا تحمل آن برای او دشوار باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۶ ق: ۱۵-۱۶).

### ۳-۲- در ابراء نمی‌توان شرط خیار کرد

خیار شرط به این معنا است که ابراء‌کننده به هنگام افشای ابراء، حق فسخ را برای خود یا شخص ثالث در نظر گیرد. بیشتر فقیهان امامیه، خیار شرط را در مطلق ایقاعات منتفی می‌دانند (شهیدی، ۱۴۰۰: ۷۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۱۷). شیخ انصاری (۱۴۱۲ ق: ۳۱۴/۳) بر آن است که خیار شرط در طلاق جریان ندارد. محقق حلی (۱۴۱۷ ق: ۱۷۶/۳) نیز خیار شرط را در طلاق و ابراء نفی کرده است.

خوانساری (۱۳۵۸ ق: ۵۵/۲-۵۶)، بحث درباره خیار شرط را در مورد همه ایقاعات تعمیم داده و معتقد است که در هر ایقاعی، منشأ با افشای موقع و بدون اینکه نیازی به قبول آن باشد، موجود می‌شود؛ بنابراین، هرگاه شرطی بعد از آن

بیاید، اگر تحقق منشأ، موقوف بر آن نباشد، شرط مزبور به دلیل مجانی و بلاعوض بودن و نیز ناپیوستگی به دو اراده، در زمره شروط ابتدایی قرار خواهد گرفت و چنانچه تحقق منشأ، معلق بر آن باشد، چنین تعلیقی باطل است. قطع نظر از اینکه به نظر می‌رسد در کلام محقق نائینی، نوعی خلط بین ابراء مشروط و معلق صورت گرفته است، استدلال نامبرده مبتنی بر لازم‌الوفاء نبودن شروط ابتدایی و پذیرش نظریه‌ای است که تعلیق را در مطلق انشائیات موجب بطلان عمل حقوقی می‌داند.

به نظر ما، اگر ابراء را پیش از قبول مشروط علیه (مدیون) محقق بدانیم، شرط بعدی، تعهد جداگانه‌ای است که نمی‌تواند عنوان شرط ضمن ابراء را داشته باشد و اگر ابراء را موقوف به قبول مدیون بدانیم، اشکال ابراء مشروط نه به جهت تعلیقی بودن آن بلکه به این جهت است که در این صورت، ابراء یک ماهیت عادی پیدا می‌کند و دیگر ایقاع نیست؛ امری که با حقیقت ابراء سازگاری ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ ق: ۱۷۷/۳؛ شهیدی، ۱۴۰۱: ۷۶).

در مورد عدم ثبوت خيار شرط در ایقاعات از جمله ابراء، دلایلی دیگر نیز اقامه شده است که در اینجا به دو مورد از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

اول: لزوم در ایقاعات همانند جواز در عقود جایز، یک حکم مشروع بوده ولی فسخ ایقاع یک امر نامشروع است. در توضیح مطلب فوق گفته شده است که جریان اختیارات در عقود، به این دلیل است که لزوم در آن‌ها حق است، نه حکم. بر این اساس، متعاقدين می‌توانند عقد را از طریق اقاله منحل نمایند درحالی که در ایقاعات، اقاله راه ندارد. از این امر کشف می‌شود که فسخ در ایقاعات نیز نمی‌تواند جریان پیدا کند (توحیدی، ۱۴۱۲ ق: ۲۱۷/۶ و ۲۱۸).

دوم: تأثیر فسخ در ایقاعات امری محال است زیرا مستلزم اعاده معدوم است (فشارکی، ۱۴۱۳ ق: ۵۳۴). ابراء به عنوان یکی از ایقاعات، اسقاط حق است و با سقوط حق، امکان بازگشت آن جز با پیدایش سبب جدید وجود ندارد؛ درست همان‌گونه که اگر یکی از اختیارات اسقاط شود، اعاده آن ممکن نیست.

شایان ذکر است که فقیهان عامه نیز در مورد عدم جریان خيار شرط در ابراء با مشهور در فقه امامیه هم عقیده‌اند (الزحیلی، ۱۹۹۷: ۴۳۸۰/۶).

در حقوق ایران، به دلیل ناسازگاری میان شرط خيار با ماهیت ابراء، یک عمل حقوقی یک‌جانبه تلقی می‌شود که می‌توان گفت: خيار شرط در ابراء بلکه در مطلق ایقاعات راه ندارد (شهیدی، ۱۴۰۱: ۷۵ و ۸۸). مضافاً اینکه از مقررات قانون مدنی در مورد ابراء، سایر ایقاعات و نیز مقررات مربوط به اختیارات نیز می‌توان استنباط نمود که اختیارات، اختصاص به عقود داشته و در ایقاعات، به پیروی از نظر مشهور فقیهان امامیه، قابل درج نیست.

با توجه به اینکه شرط خيار در ابراء به دلایلی که گذشت، فاقد اعتبار است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین شرطی به اعتبار ابراء نیز لطمه می‌زند یا خیر؟ در فقه امامیه، توجه فقیهان بیشتر به امکان یا عدم امکان شرط خيار در ایقاعات از جمله ابراء معطوف شده است ولی در فقه عامه بر صحت ابراء و بطلان شرط اتفاق نظر وجود دارد.

بنا به عقیده برخی از مؤلفان، هیچ دلیلی برای بطلان ابرائی که در آن شرط خيار شده است، وجود ندارد. بطلان ابراء متناسب با نظر فقیهان است که بطلان شرط را سبب بطلان عقد می‌شمارند درحالی که قانون مدنی این نظر را نپذیرفته است؛ مگر آنکه چندان اساسی باشد که ارکان عقد را به هم بزند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴۱). باین حال، به نظر می‌رسد همان‌طور که کاتوزیان (۱۳۸۷) و شهیدی (۱۴۰۱: ۸۸) در حقوق مدنی نیز بیان کرده‌اند، بطلان شرط در این مورد به عقد نیز سرایت کرده و آن را بی اعتبار می‌سازد زیرا با لحاظ چنین شرطی، داین، برائت ذمه مدیون را به صورت مطلق و قطعی اراده نکرده بلکه آزاد شدن ذمه او را مشروط به امکان اشتغال مجدد از طریق فسخ ابراء نموده است که چنین ابرائی نمی‌تواند قابل تحقق باشد.

### ۳-۳- ابراء یک عمل حقوقی مجانی و رایگان است

در فقه امامیه، بعضی از فقیهان بر بلاعوض بودن ابراء تصریح داشته و معتقدند صلح حیطه (صلح به کمتر از خواسته مورد اعتراف)، ابراء نبوده بلکه عقد مجانی به شمار می‌رود. مطابق با این نظر، چنانچه در مقابل ابراء، عوض قرار داده شود، ابراء باطل می‌گردد.

در فقه عامه، شافعی‌ها ابراء معوض را صحیح می‌دانند و بر آن‌اند که مدیون می‌تواند در مقابل ابراء، مالی را به داین ببخشد. فقیهان حنفی نیز هرچند ابراء معوض را باطل نمی‌دانند ولی آن را از صورت ابراء خارج ساخته و در قالب عقد صلح محقق شده در برابر عوض، توجیه کرده‌اند (الزحیلی، ۱۹۹۷: ۴۳۹۱/۶).

تعویض ابراء با ابراء طرف مقابل (نظیر هبه معوضه و ابراء ذمه زوج در مقابل طلاق)، امری امکان‌پذیر است. به نظر می‌رسد همان‌طور که امامی (۱۴۰۱) نیز بدان تصریح کرده، هرچند قرار دادن عوض در مقابل ابراء، آن را از صورت ابراء خارج می‌سازد ولی می‌توان عمل مزبور را به معنای تبدیل تعهد به اعتبار تغییر دین، قلمداد نمود.

بعضی از مؤلفان نظیر امامی (۱۴۰۱: ۳۳۳ و ۳۳۴) و محقق داماد (۱۳۷۶: ۲۳۵) بر آن‌اند که می‌توان بر مدیون ضمن ابراء، شرط عوض کرد. از این منظر، ابراء احتیاج به قبول پیدا می‌نماید و ابراء، حقیقت حقوقی خود را از دست نمی‌دهد. شرط عوض خلاف مقتضای ابراء نیست زیرا ابراء، اسقاط حق است و با شرط عوض نیز اسقاط حق محقق می‌شود. گفته بالا قابل ایراد به نظر می‌رسد زیرا همان‌طور که در گذشته تحلیل شد، درج هرگونه شرطی ضمن ایقاع (و از جمله شرط عوض)، با ماهیت ایقاع که عمل حقوقی یک‌طرفه است، منافات دارد. واقعیت این است که در ابراء همراه با شرط عوض، ابراء به‌طور غیر مشروط تحقق یافته و شرط عوض با قبول آن نقدی مستقل است که در کنار ابراء قرار می‌گیرد.

### ۳-۴- شرایط ابراء

به‌منظور اینکه یک ابراء به‌طور صحیح محقق گردد، باید دارای شرایطی باشد که این شرایط را در سه قسمت شرایط ابراء‌کننده، شرایط ابراء‌شونده و شرایط موضوع ابراء، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### شرایط ابراء‌کننده

ابراء‌کننده، همان صاحب حق یا ولی وی بوده که ذمه شخص طیب را ابراء می‌کند. مستفاد از عبارات فقها می‌توان شرایط ذیل را برای ابراء‌کننده بیان نمود:

- اهلیت استیفاء داشته باشد، یعنی بالغ، عاقل، مختار و رشید باشد (طباطبایی قمی، ۱۳۷۸)؛
- آزاد باشد، نه مملوک. از عبارات برخی از فقها (علامه حلی، ۱۹۹۲) این شرط استفاده می‌شود؛
- قصد مضمون و انشاء ابراء را داشته باشد نه اینکه در مقام اخبار، پرسش، شوخی یا مانند آن باشد (محقق الثانی، ۱۹۹۳).
- قصد ابراء قطعی و منجر داشته باشد، نه قصد معلق و مشروط به یک امر دیگر؛
- صاحب حق یا نایب شرعی وی باشد و مورد ابراء حق دیگری نباشد. اگر چیزی متعلق حق فرد دیگری غیر از ابراء‌کننده باشد، ابراء او صحیح نیست. بر اساس این شرط، فقها به بطلان ابراء در مواردی حکم کرده‌اند از جمله اینکه مفلس نمی‌تواند فرد جنایتکار را از پرداخت دیه عفو کند چراکه حق طلبکاران به آن تعلق گرفته است (طوسی، ۱۳۴۵ ق).

فقهها در خصوص ابراء فضولی که به وسیله شخصی غیر از صاحب حق یا نایب مناسب شرعی او انجام می‌شود، دو دیدگاه متفاوت دارند. شیخ انصاری ایقاع فضولی را باطل دانسته است و بر این امر ادعای اجماع نموده است زیرا اصل عدم وقوع قواعد فضولی در ایقاعات است و دلیلی بر وقوع فضولی در ایقاعات وجود ندارد. از نظر شرعی نیز آیه و روایتی در این خصوص وارد نشده است و ادله نقلی فضولی در عقود نیز قابل تسری به ایقاعات نیست چراکه علم به وحدت ملاک در هر دو وجود ندارد (حسینی شیرازی، ۱۳۸۵). در مقابل، برخی از فقهاء، اجماع را منتفی دانسته و ایقاع فضولی را مانند عقد فضولی غیر نافذ دانسته‌اند که با تنفیذ شخص بیمار یا قائم مقام او می‌تواند نافذ و دارای آثار قانونی شود (خویی، ۱۳۸۴).

### ۳-۵- ابراء در حقوق پزشکی از دیدگاه فقه

در کتب فقهی در مباحث مربوط به دیات آمده است: پزشک ضامن تلفی است که به سبب معالجه‌اش پدید می‌آید. اگر بدون اذن ولی، دیوانه یا کودکی را معالجه کند یا بدون اذن شخص بالغ عاقل به درمان او بپردازد یا حتی با اذن آنان این کار را بکند لیکن در حرفه‌ای مهارت کافی نداشته باشد، بدون اشکال، در همه این صور مسئول پرداخت دیه شخص متوفی خواهد بود (گرجی، ۱۳۸۰: ۸۲؛ قدیمی و داورزنی، ۱۳۹۲).

اما اگر بیمار عاقل و بالغ، به پزشک اذن درمان دهد و اتفاقاً معالجه سبب مرگ وی شود، در این حالت نیز بسیاری از فقهاء، پزشک را مسئول دانسته‌اند، چه اذن بیمار برای معالجه است، نه اتلاف. پس چنانچه بیمار تلف شود، پزشک ضامن خواهد بود (قدیمی و داورزنی، ۱۳۹۲).

از طرف دیگر، اگر قضیه بدین گونه مطرح باشد و پزشک در حال، ضامن خسارات ناشی از عمل خود باشد، باعث می‌شود پزشکان از پرداختن به طبابت و امر درمان امتناع ورزند و خود را از مقررات و قوانینی که وی را ضامن می‌دانند، برهانند. در این صورت، جامعه دچار عسر و حرج شده و باب طبابت و پزشکی بسته خواهد شد. شارع برای رهایی از این مشکل، باب دیگری را به روی پزشکان گشوده است و آن برائت است، یعنی پزشک، ذمه خود را از نتایج حاصل از تعهد وی در قبال درمان بیمار رهایی بخشد (قدیمی و داورزنی، ۱۳۹۲).

### ۳-۶- برائت پزشک از دیدگاه فقهای امامیه

مشهور فقهای امامیه معتقدند که اخذ برائت موجب رفع مسئولیت پزشک می‌گردد (نجفی، ۱۳۷۴: ۴۲، ۴۶). مرحوم خویی بعد از اینکه پزشک حاذقی که اذن از بیمار گرفته است، ضامن دانسته است، اضافه می‌کند: بدیهی است این موضوع زمانی مصداق دارد که پزشک، تعهد برائت خود را از بیمار یا ولی یا صاحب حیوان در صورت اتلاف نگرفته و چنانچه این تعهد را قبلاً گرفته باشد، در صورت اتلاف حین معالجه، ضمانتی بر پزشک یا دامپزشک نیست (خویی، ۱۹۷۵: ۲۲۲). شهید اول نیز در صورت اخذ برائت می‌گوید: «و لو أبرأه فالأقرب الصحة» (مکی العاملی، ۱۳۸۲: ۲/۲۸۳). حضرت امام خمینی (ره) در این مسئله با نظر مشهور موافق است و پس از ضامن دانستن طبیب، در صورت کوتاهی در عمل و یا معالجه بدون اذن در خصوص ابراء می‌فرماید: «ظاهراً برای پزشک، دامپزشک و مانند آنها با ابراء قبل از درمان برائت حاصل می‌گردد. اگر خود بیمار بالغ و عاقل باشد و درمان او به کشتن نینجامد، برای خود آن بیمار لازم است و اگر به قتل او بینجامد، برای ولی او لازم است. همچنین، در مورد افراد قاصر مانند کودک و دیوانه ابراء ولی لازم است. شاید برای بیماری که کامل و بالغ باشد، حتی در جایی که معالجه‌اش باعث مرگ او شود، کافی باشد اگرچه احوط آن است که هم از بیمار برائت بگیرد و هم از ولی او» (امام خمینی، ۱۳۸۵: ۵۶۱/۲).

مشهور فقهاء در مورد عدم مسئولیت پزشک در صورت اخذ برائت دلایلی ذکر کرده‌اند که اهم آنها عبارت‌اند از:



۱- روایتی که سکونی از امام صادق علیه السلام نقل کرده است که امیرالمؤمنین علیه السلام فرمودند: «هر کسی که پزشکی یا دامپزشکی می‌کند، باید از ولی بیمار یا صاحب حیوان براءت گیرد و گرنه ضامن خواهد بود» (حر عاملی، ۱۴۰۳ ق: ۱۱-۲۴).

پزشک در هر صورت ضامن نتایج اقدامات ناشی از عمل خود است. از این رو، روایت مزبور اطلاق دارد و پزشک را چه اذن از بیمار گرفته باشد و چه بدون اذن اقدام به طبابت کرده باشد، ضامن قرار می‌دهد و تنها در صورت اخذ براءت از ولی بیمار است که پزشک را ضامن نمی‌داند. فقهای امامیه بر این امر اجماع نموده (نجفی، ۱۳۷۴: ۴۲-۹۴) و پزشک حاذق و متخصص را ضامن قرار داده‌اند؛ هر چند با اذن از بیمار باشد (قدیمی و داورزنی، ۱۳۹۲).

۲- قاعده «المؤمنون عند شروطهم» تجویز می‌کند که پزشک در ضمن عقد اجازه خدمات خویش، تبری از مسئولیت را شرط نماید (قدیمی و داورزنی، ۱۳۹۲)؛ همان گونه که می‌توان در ضمن قرارداد معامله، تمام اختیارات را اسقاط کرد درحالی که بعضی از اختیارات مدنی بعد از معامله تحقق می‌یابد ولی چون با انجام معامله زمینه آن‌ها فراهم شده است، می‌توان ضمناً آن‌ها را اسقاط نمود (مکارم شیرازی، ۱۳۶۵: ۱۲).

۳- نیاز عمومی معالجه و خودداری پزشکان از معالجه در صورت مسئولیت، اقتضاء می‌نماید که شرط براءت پذیرفته شود و اگر امکان براءت پزشک وجود نداشته باشد، هیچ پزشکی از ترس مسئولیت بعدی، کسی را معالجه نمی‌کند. اگر شرع ابراء را تشریع نمی‌کرد، درمان متعذر می‌گشت. شهید ثانی در باب براءت می‌گوید: اگر بیمار ذمه پزشک را از جنایت پیش از وقوع بریء کرده باشد، نزدیک‌تر به صواب آن است که ذمه او بریء می‌شود زیرا حاجت ما را به چنین اجزایی می‌کشاند و بیمار چاره از مداوا ندارد. هرگاه طبیبی دانست که راهی برای رهایی از ضمان ندارد، از معالجه باز می‌ایستد، با آنکه ضرورت، معالجه را ایجاب می‌کند؛ بنابراین، در حکمت شرع، تجویز و تشریع ابراء، واجب می‌شود، به آن دلیل که این نیاز ضروری در جامعه برطرف شود (جبعی عاملی، ۱۴۰۳ ق: ۱۰ و ۱۱۰).

با این وجود، عده‌ای از فقها که در اقلیت قرار دارند، با نظر مشهور مخالفت نموده و می‌گویند: اخذ براءت قبل از درمان موجب رفع مسئولیت نمی‌گردد. ابن ادریس می‌گوید: روایت سکونی در صورتی است که مریض غیر بالغ یا معجون باشد و اگر عاقل و مکلف باشد و از پزشک انجام کاری را درخواست کند و پزشک به امر آن‌ها عمل کند، ضامن نیست؛ چه از وی براءت اخذ کرده باشد و چه براءت اخذ نکرده باشد. دلایل ارائه شده، اصالت البرائه، اذن بیمار و اینکه ضمان پزشک با اذن شارع جمع نمی‌شود، است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱ ق: ۳/۳۷۳).

ابن ادریس (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱ ق) معتقد است که هنوز حقی ثابت نشده است تا بتوان آن را به وسیله ابراء ساقط کرد. از این رو، پزشک بریء نمی‌شود زیرا آن اسقاط حق قبل از ثبوت آن است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱ ق: ۳/۳۷۳). به عبارت دیگر، آن از مصادیق ابراء مالم یحب است که ابراء پیش از تحقق دین رخ می‌دهد و معلوم نیست که آیا پزشک مرتکب خطا خواهد شد که در نتیجه آن، مسئول باشد. به نظر می‌رسد شهید ثانی نیز در این نظر با ابن ادریس موافق است. ایشان بعد از بیان اینکه به حکم ضرورت، شرع ابراء را تشریع کرده است، درباره ابراء قبل از درمان می‌گوید: علت آنکه در روایت آمده است که از ولی بیمار براءت اخذ شود، آن است که در صورت تلف شدن بیمار، این ولی است که از پزشک درخواست ضمان کند. پس هرگاه ابراء پیش از استقرار ضمان مشروع باشد، این ابراء باید از سوی کسی باشد که بعداً متولی مطالبه آن است. در این مورد، ابراء حقیقتاً مصداق نمی‌یابد مگر پس از ثبوت حق زیرا ابراء عبارت است از اسقاط حقی که در ذمه است و اینکه در روایت آمده است که پزشک از ولی براءت بگیرد، به همین نکته اشاره دارد چون ولی پیش از وقوع جنایت حقی ندارد تا پزشک بخواهد از او براءت بگیرد. این امر نشان می‌دهد که زمان گرفتن براءت پس از وقوع جنایت است (ابن ادریس حلی، ۱۴۰۳ ق: ۳/۳۷۳). به نظر می‌رسد براءت در اینجا به صورت شرط ضمن عقد است؛ بدین نحو که مریض به طبیب می‌گوید مرا در ازای فلان مبلغ مداوا کن و در ضمن



آن شرط می‌گردد که پزشک ضامن خسارت ناشی از آن خواهد بود. به عبارت دیگر، برای اسقاط حقی، ثبوت قطعی آن لازم نیست بلکه همین اندازه که زمینه‌های ثبوت فراهم گردد، می‌توان آن را ساقط کرد. در مورد مداوای بیمار نیز زمینه‌های ثبوت حق حاصل است، هرچند قبل از اقدام به مداوا باشد. اثر چنین برائتی، منقلب شدن بار اثبات دعوی است، نه اینکه پزشک به‌رغم تقصیر مسئولیت نداشته باشد.

برخی معتقدند که مقصود از ولی، همان اولیاء دم بیمار است که در صورت فوت وی، قصاص، عفو و یا اخذ دیه متعلق به آن‌هاست (صادقی، ۱۴۰۱: ۱۹۵). برخی دیگر مقصود از ولی را کسی می‌دانند که امر به وی ارجاع شده است که می‌تواند بیمار باشد یا از وابستگان وی. به این اعتبار، در معالجه حیوان، ولی او مالک حیوان و در معالجه انسان، اگر بالغ و عاقل باشد، خودش و اگر کودک و مجنون باشد، ولی او، ولی دم است (خویی، ۱۳۹۵: ۲۲۲/۲).

بنابراین، شرط برائت در صورتی مؤثر است که پزشک در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر نشده باشد. هیچ شرطی برای پزشک این مصونیت را ایجاد نمی‌کند که مسئول بی‌مبالاتی و تقصیرهای آشکار خود نباشد. شرط برائت به معنای معاف شدن از ضمان ناشی از احتمال خطر است و باعث می‌شود تا او را از اثبات احتیاط به‌وسیله خود و انتساب خطر به عامل خارجی معاف نماید. به‌هرحال، شرط عدم مسئولیت یعنی حصول برائت پیش از درمان نیز مانع از ضمان پزشک در فرض عدم تقصیر است زیرا بیمار، خود احتمال خطر را به امید شفا پذیرفته است. در نتیجه، شرط برائت، پزشک را از نتایج مسئولیت ناشی از تقصیر معاف نمی‌دارد. هرگاه معلوم شود که جراح هنگام عمل رعایت احتیاط‌های پزشکی، نظافت و آمادگی جسمی خود و وسایل لازم را نکرده است، شرط برائت او را از نتایج تقصیر مصون نمی‌دارد (قدیمی و داورزنی، ۱۳۹۲).

شرط برائت نوعی شرط عدم مسئولیت است که پزشک را از ضمان مفروض در قانون معاف می‌کند و در صورتی مسئول قرار می‌گیرد که زیان‌دیده بتواند تقصیر نامتعارف و غیرقابل اغماض پزشک را در اعمال قواعد ثابت کند. به همین جهت، مسئولیت پزشکی که به اذن بیمار به درمان او پرداخته است، مطلق نیست و شرط برائت یکسره از او رفع مسئولیت نمی‌کند. تفاوت مهم دو فرض این است که در موارد عادی، نتیجه نامطلوب درمان بر عهده پزشک است و او باید ثابت کند که خطایی از وی سر نزده است ولی در فرض دوم که پزشک برائت اخذ می‌کند، قضیه منقلب شده و اماره قانونی انتساب تلف به فعل پزشک از اثر می‌افتد و بیمار باید آن را به بی‌مبالاتی پزشک نسبت داده و در مقام اثبات آن برآید (قدیمی و داورزنی، ۱۳۹۲).

### ۳-۶-۱- اصل برائت

برائت، مصدر ثلاثی مجرد است از ماده «ب، ر، أ». این واژه در لغت به معنای وارهیدگی و سلامتی از اموری مانند تکلیف، مرض، دیون، گناه یا بیزاری و دوری‌گزینی از شیء، کسی یا امری است (الجواهری، ۱۹۸۹؛ راغب اصفهانی، ۱۳۷۴؛ ابن منظور، ۱۹۹۳؛ فراهیدی، ۱۹۸۹). از این واژه در فقه و اصول فقه، اصطلاح «اصل برائت» به کار برده شده است. مفهوم اصطلاحی این اصل آن است که شخص به‌خودی‌خود هیچ تکلیفی ندارد و می‌تواند هر فعلی را آزادانه انجام دهد یا آن را ترک کند؛ مگر آنکه دلیلی وجود داشته باشد و او را بر انجام یا ترک فعلی ملزم نماید (آخوند خراسانی، ۱۹۸۸). این اصطلاح در دو دانش فقه و حقوق، علاوه بر معنای فوق به معنای برائت ذمه از تکلیف و دین نیز به کار رفته است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۷).

از این واژه چندین مشتق مختلف در ادبیات فقهی به کار رفته است؛ از جمله بریء، استبراء و ابراء. بریء یا بریء‌الذمه، کسی است که ضمان و مسئولیتی متوجه او نیست. استبراء، طلب برائت ذمه است و ابراء، ساقط کردن حق و تعهدی که شخصی بر ذمه دیگری دارد (الحلی، ۱۴۰۷؛ المحقق الثانی، ۱۴۱۳ ق؛ امام خمینی، ۱۳۹۲)، رها و آزاد کردن ذمه کسی

از دین یا حقوق دیگر است. به تعبیر دیگر، اسقاط حق ثابت بر ذمه دیگری است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۷). بنا به نظر مشهور فقها بر ابقاع بودن ابراء (جواهر الکلام، ۱۴۰۳؛ الشهد الثانی، ۱۴۱۹ ق، الحسینی العاملی، ۱۳۹۱: ۱۷۷)، متعلق آن باید حق باشد که قابل اسقاط است و این حق باید بر عهده دیگری باشد، نه بر عین خارجی به خاطر اینکه مثلاً اعراض از ملکیت عین، ابراء محسوب نمی گردد.

### ۳-۶-۲- اقوال فقها در خصوص ابراءکننده طبیب

در ابتدا ضروری است چند نکته را بیان کرد؛ نخست اینکه در متون فقهی چند دلیل عمده برای لزوم اقدام طبیب نسبت به اخذ برائت از بیمار و کافی نبودن رضایت وی به عمل طبی برای عدم ضمان طبیب ذکر شده است. اولاً، عمومیت قاعده اتلاف ضمان طبیب را اقتضاء می کند چرا که پزشک به هر حال در اتلاف بیمار یا نقصان او مباشرت داشته است. ثانیاً، رفتار طبیب با جنایت شبه عمد منطبق است چون نقصان یا تلف، نتیجه رفتار او بوده، او قصد فعل را داشته و در عین حال، قصد جنایت نداشته است. ثالثاً اینکه اذن در علاج، اذن در اتلاف نیست و اذن بیمار در درمانش منافاتی با ضمان طبیب ندارد (جواهر الکلام، ۱۹۸۳؛ فیض کاشانی، ۱۳۸۴؛ امام خمینی، ۱۳۹۲). دلیل اصلی و مشترک در بین تمامی فقهای قائل به لزوم اخذ برائت، موثقه سکونی از امام صادق (ع) است که ایشان از جد مطهرشان، امیر مؤمنان علی (ع) نقل فرموده اند که طبیب و دامپزشک باید ابراء خود را تحصیل نمایند: محمد بن یعقوب من علی بن ابراهیم عن ابيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال امير المؤمنين عليه السلام: من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه وإلا فهو له ضامن»؛ هر کس که طبابت یا دامپزشکی می کند، باید از ولی او (آن) برائت گیرد و گرنه ضامن آن است (حر عاملی، ۱۹۸۸).

موضوع بحث این پژوهش سند این روایت نیست. با وجود آنکه راوی (سکونی) ظاهراً از شیعیان نیست، روایات متصف به «موثقه» است و مورد عمل اصحاب (طوسی، ۱۴۱۷ ق) و قول مورد احترام فاضل آبی (۱۳۷۶) و خوانساری (۱۳۵۵) است. با این حال، آنگاه که نوبت به دلالت می رسد، ملاحظه می کنیم همین روایت کوتاه، مجال تنوع و تشتت آراء فقهی شده است. فقها در خصوص «ولی» برخی قائل به «ولی شرعی» و برخی قائل به «ولی دم» هستند (ناگفته نماند برخی از فقها (طرابلسی، ۱۹۹۵) نیز بدون هر گونه اظهار نظر در معنای «ولی» از این موضوع عبور کرده اند).

دوم اینکه فقهای امامیه در خصوص ابراءکننده طبیب، علاوه بر تفکیک مریض مکلف و قادر از غیر او، یک ملاک دیگر را نیز دخیل دانسته اند؛ اینکه برائت از چه زمانی تحصیل می شود؟ نقصان در بدن مریض یا تلف شدن وی. بدین ترتیب، در این پژوهش طی بررسی نظرات فقها، مقسم اصلی را بر مبنای اولین عامل مؤثر در بحث یعنی مکلف (بالغ و عاقل) بودن یا نبودن مریض و مقسم فرعی را بر دومین عامل یعنی نقصان در بدن مریض یا تلف شدن وی بنا می نهیم. البته این تقسیم در فرضی است که بیمار دارای ولی - اعم از ولی شرعی خاص یا ولی دم - باشد و گرنه ولایت شرعی یا ولایت دم او در اختیار ولی عام است.

سوم اینکه گاهی مریض مکلف است اما به عللی همچون بی هوش بودن قادر به بهره برداری از قوای عقلی خویش نیست. چنین شخصی از جهت فقهی در حکم شخص غیر مکلف است. نکته آخر اینکه برخی از فقها در مورد مریض غیر مکلف از لفظ «قاصر» استفاده کرده اند (شهید صدر، ۱۳۷۶).

در حالتی که ابراءکننده طبیب، مریض غیر مکلف است، دو فرع مختلف قابل تصور است؛ برائت از ضمان در فرض نقصان مریض و برائت از ضمان در فرض تلف شدن وی.

۱) براءت برای فرض نقصان مریض غیرمکلف: در این خصوص، اختلافی میان فقهای امامیه مشاهده نمی‌شود و همگی بر این عقیده‌اند که طیب برای عدم ضمان خویش از نقصان احتمالی در بدن مریض غیرمکلف باید از «ولی شرعی» او براءت اخذ کند (موسوی خوئی، ۱۹۹۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵).

۲) براءت برای فرض تلف شدن مریض غیرمکلف: در براءت برای فرض تلف شدن مریض غیرمکلف، دو قول متفاوت در میان فقها مشاهده می‌شود؛ قول به ابراء طیب توسط «ولی دم» و قول به ابراء توسط «ولی شرعی». در ادامه، هر یک از این دو مورد تشریح می‌شود:

ابراء توسط «ولی دم»: قریب به اتفاق فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که طیب برای عدم ضمان خویش در تلف احتمالی مریض غیرمکلف، لازم است از «ولی دم» وی براءت اخذ کند (البته تعبیر فقها ظاهراً به تأسی از متقدمین از جمله مرحوم محقق حلی (ره) «المطالب علی تقدیر التلف» و عباراتی نزدیک به آن است که دلالت بر «ولی دم» دارد). به عنوان مثال، وی در «النهایه و نکته» پس از ذکر موثقه سکونی چنین می‌گوید: «إنما عدل علی الولی، بانه هو المطلب علی تقدیر التلف» (محقق حلی، ۱۹۹۱)؛ یعنی «عدول کرده به ولی چرا که اوست مطالبه‌کننده [دیه] در فرض تلف». اطلاق این کلام، هم بیمار مکلف را شامل می‌شود و هم غیرمکلف را. بسیاری دیگر همچون مرحوم فاضل مقداد (ره) (۱۴۰۴ ق) و مرحوم صاحب ریاض (ره) (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ ق) نیز چنین استدلالی دارند.

ابراء توسط ولی شرعی: مرحوم فاضل لنکرانی (ره)، مقصود از «ولی» در روایت سکونی را کسی می‌داند که «امر به او باز می‌گردد». ایشان در ادامه، مقصود از «ولیه» را چنین بیان می‌نماید: «اگر حیوانی قرار است معالجه شود، ولی اش مالک است و در معالجه انسان، اگر بالغ و عاقل باشد، خودش ولی خودش است و اگر صبی یا مجنون باشد، ولی اش» (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵). پیداست که مقصود ایشان از ولی شخص صبی یا مجنون، ولی شرعی اوست چرا که -به قرینه عبارت قبلی- در مقابل ولایت انسان مکلف بر خویشستن، ولایت ولی شرعی بر غیرمکلف مطرح است. مرحوم خویی (ره) نیز در فرض تلف شدن احتمالی مریض، چه مکلف و چه غیرمکلف، قائل به لزوم اخذ براءت از «ولی شرعی» بیمار است (موسوی خوئی، ۱۹۹۳).

### ۳-۷- ارزیابی اقوال و بیان قول راجح

در یک نگاه کلی، در بین فقهای امامیه اختلافی نیست که در مورد جنایت احتمالی طیب بر مادون نفس بیمار (جنایت بر اجزاء بدن، قوای عقلی و منافع جسمانی)، اخذ تصمیم در خصوص ابراء طیب با خود بیمار اوست و اگر بیمار غیرمکلف باشد، این حق به ولی شرعی او می‌رسد تا با رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه آن را اعمال کند. اختلاف فقها وقتی نمود پیدا می‌کند که حیات بیمار مطرح می‌شود. چنین است که اکثریت فقها حق ابراء طیب را متعلق به خود انسان و -وقتی که غیرمکلف است- ولی شرعی او ندانسته و آن را در صلاحیت انحصاری «ولی دم بیمار» می‌دانند. در مقابل این اکثریت، اقلیتی هم هستند که ابراء ذمه طیب را حق خود مریض می‌دانند. بدیهی است فقهای که خود بیمار را واجد حق ابراء می‌دانند، اگر او مکلف نباشد، اعمال این حق را برای «ولی شرعی» وی به رسمیت می‌شناسند.

ناگفته نماند که وقتی حیات بیمار مطرح است، تعداد اندکی از فقها نیز وجود دارند که با اذعان به حق هر دو بیمار و ولی دم، احتیاط پیشه کرده و طیب را به استبراء از هر دو توصیه می‌نمایند. ما قول نادر فقهای اخیر را فرو نهاده، به مقایسه نقاط ضعف و قوت استدلال قائلان به حق خود بیمار و حق ولی دم می‌پردازیم که از لابه‌لای متون فقهی استخراج شده است.

برخی از فقها به منظور اثبات حق خود بیمار برای ابراء طیب، «سلطنت انسان مکلف بر جان خویشستن» را به عنوان دلیل ذکر کرده‌اند (جواهر الکلام، ۱۹۸۳). این اصل، گاهی در سایر مباحث فقهی نیز به کار رفته است (علامه حلی،

۱۴۱۴ ق؛ انصاری، ۱۹۹۴). لذا بیماری که مکلف و قادر بر ابراء است، شخص دیگری نمی‌تواند «ولی» او باشد تا ذمه طبیب را بری کند. فقهای مختلف در پاسخ به چنین استدلالی مطالب متنوعی دارند؛ از جمله اینکه مبتنی بر آیه شریفه «و لا تقتلوا النفس الی حرم الله الا بالحق و من قتل مظلوم فقد جعلنا لولیه سلطانا فلا یسرف فی القتل انه کان منصوراً» (اسراء/ ۳۳)، سلطنت بر دم مقتول برای ولی او جعل شده و نه خود او. ثبوت این حق برای اولیاء دم از باب تورم نیست بلکه «به صورت ابتدایی برای آن‌ها جعل شده است» (خوانساری، ۱۳۵۵؛ آل سباع، ۱۹۹۶)؛ در نتیجه، مقتول، اذن در اسقاط آنچه را مستحق آن نیست، نخواهد داشت. باید توجه داشت آیه مذکور، انحصاری به موارد قتل عمد ندارد چرا که قتل شبه عمد - که رفتار طبیب مصداقی از آن است - نیز در هر حال از وصف «مظلوما» خارج نیست. توضیح اینکه در هر حال، قتل انسان محقون‌الدم حتی به صورت شبه عمدی جایز نیست و مصداقی از ظلم محسوب می‌شود. مظلوما یعنی اینکه مقتول مستحق مرگ نبوده (فیض کاشانی، ۱۹۹۴) و انسان محقون‌الدم در هیچ‌یک از انواع قتل (عمد، خطا و شبه عمد) مقتول مستحق مرگ نیست (آلوسی، ۱۹۹۷).

به عنوان دومین دلیل قول به استحقاق خود بیمار برای ابراء طبیب می‌توان به عبارت مرحوم محقق حلی (ره) اشاره داشت. وی گرچه بر قول استحقاق ولی دم است، برای تعلیل عدم استبعاد امکان ابراء توسط خود بیمار چنین استدلال می‌کند که وقتی با اذن مجنی علیه جنایت بر او - که رفتاری حرام است - ضمان ساقط می‌شود، به طریق اولی با ابراء خود بیمار ضمان طبیب منتفی خواهد شد زیرا اذن بیمار در فعل مباح است (محقق حلی، ۱۹۹۱). در پاسخ باید گفت، این قیاس مرحوم محقق حلی (ره) خالی از اشکال نیست. بنا بر آموزه‌های اصول فقهی، در هر قیاس لازم است حاکم شرعی «اصل» (مقیس علیه) یا مخصوص باشد یا مجمع علیه (مرکز اطلاعات و اسناد اسلامی، ۱۳۸۹). این امر در حالی است که حکم سقوط ضمان جانی با رضایت مجنی علیه به جنایت، هیچ‌یک از این دو وصف را ندارد؛ نه نصی در این رابطه داریم و نه اجماعی از فقها. باید گفت تعداد قابل توجهی از فقها برخلاف آنچه مرحوم محقق حلی (ره) بیان داشته‌اند - حتی در حالتی که جانی از سوی مجنی علیه برای ارتکاب جنایت تحت اکراه قرار می‌گیرد - یا قائل به عدم سقوط ضمان جانی و ثبوت حق قصاص برای اولیاء دم هستند (فیض کاشانی، ۱۳۸۴) و یا اینکه میان ثبوت یا عدم ثبوت این حق، توقف کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق؛ محقق حلی، ۱۹۶۷؛ فاضل هندی، ۱۹۹۵؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۷).

علاوه بر آنچه گفته شد، برای قول به استحقاق ولی دم بیمار بر ابراء طبیب، می‌توان دلایل دیگری نیز از کتب فقهی سراغ گرفت؛ اول اینکه از روایت سکونی ظاهر است که «ولی» شخصی به جز «مجنی علیه» است؛ بنابراین، نمی‌توان به سادگی پذیرفت که خود مریض مصداقی از لفظ «ولی» است (الشهید الثانی، ۱۴۱۰ ق). شخص مکلف اصولاً تحت ولایت کسی نیست، نه اینکه ولی اش خودش باشد. دیگر اینکه نتیجه فرض استحقاق خود بیمار مکلف برای ابراء طبیب، خروج این دسته از بیماران از دایره مصادیق موثقه سکونی و محدود شدن این روایت به اشخاص غیر مکلف است در حالی که دلیلی بر این تحدید وجود ندارد.

به نظر می‌رسد از میان اقوال مذکور بتوان به رجحان قولی رسید که حق ابراء طبیب را در موارد کمتر از تلف به خود بیمار می‌دهد. در این صورت، چنانچه مریض، غیر مکلف یا - به دلیلی مثل اغماء - غیر قادر به ابراء باشد ولی شرعی او طبق مصلحتش اقدام می‌کند. ولی شرعی می‌تواند حسب مورد، ولی خاص یا ولی عام باشد. همچنین، در مورد تلف احتمالی بیمار، قولی راجح است که حق ابراء طبیب را به «ولی دم» او می‌دهد. در این خصوص، فرقی میان بیمار مکلف و غیر مکلف نیست. چنان که دیدیم، این قول منطبق با نظر تعداد زیادی از اعظام فقهای امامیه همچون مرحوم صاحب جواهر (ره)، مرحوم فاضل مقداد (ره)، مرحوم صاحب ریاض (ره)، مرحوم علامه حلی (ره) و همچنین، مرحوم امام خمینی (ره) است.

## بحث و نتیجه‌گیری

«اصل براءت» آن است که شخص به‌خودی‌خود هیچ تکلیفی ندارد و می‌تواند هر فعلی را آزادانه انجام دهد یا آن را ترک کند؛ مگر آنکه دلیلی وجود داشته باشد و او را بر انجام یا ترک فعلی ملزم نماید (آخوند خراسانی، ۱۹۸۸). این اصطلاح در دو دانش فقه و حقوق علاوه بر معنای فوق به معنای براءت ذمه از تکلیف و دین نیز به کار رفته است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۷). این عبارت در اقوال فقها و حقوق‌دانان مشترک است که آن را به‌عنوان یک اصل پذیرفته‌اند. گرچه از مفهوم اصل براءت، چندین برداشت مختلف در ادبیات فقهی استفاده شده است اما از دیدگاه فقهی، از عبارت بری، استبراء و ابراء برداشت می‌شود. بری یا بری‌ء‌الذمه، کسی است که ضمان و مسئولیتی متوجه او نیست. استبراء، طلب براءت ذمه است و ابراء، ساقط کردن حق و تعهدی که شخصی بر ذمه دیگری دارد (حلی، ۱۹۸۷؛ المحقق الثانی، ۱۹۹۳؛ امام خمینی، ۱۳۹۲)، رها و آزاد کردن ذمه کسی از دین یا حقوق دیگر است. به تعبیر دیگر، اسقاط حق ثابت بر ذمه دیگری است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۷). این دیدگاه نیز در بیانات حقوق و فقه اشتراک دارد. بنا بر نظر مشهور فقها بر ایقاع بودن ابراء (جواهر الکلام، ۱۴۰۳ ق؛ الشهید الثانی، ۱۴۱۹ ق، حسینی عاملی، ۱۳۹۱: ۱۷۷) متعلق آن باید حق باشد که قابل اسقاط است و این حق باید بر عهده دیگری باشد، نه بر عین خارجی زیرا به‌عنوان مثال، اعراض از ملکیت عین؛ ابراء محسوب نمی‌گردد. کاتوزیان (۱۴۰۰) در تشریح اینکه ابراء نوعی ایقاع است، این شباهت را در بیانات این دو گروه از اندیشمندان حقوقی و فقهی، تصریح می‌نماید.

## منابع

### قرآن کریم

- احسان‌پور، سیدرضا. (۱۳۹۹). تأثیر امتناع بیمار از درمان بر ضمان پزشک خاطی، فقه پزشکی، ۴۲(۱۴)، ۱۹۰-۱۹۹.
- امامی، سید حسن. (۱۴۰۱). حقوق مدنی. جلد ۱، چاپ ۴۰، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- انصاری، شیخ مرتضی (شیخ انصاری). (۱۴۱۵ ق)، المکاسب، قم، ۶ جلد، چاپ ۱۵، کویت: مؤسسه دارالکتاب للطباعة والنشر.
- التجوری، محمد بن ابراهیم. (۱۴۳۰ ق). موسوعه الفقه الاسلامی. ۵ جلد، قم: ناشر بیت الافکار الدولیه.
- توحیدی، محمد علی. (۱۴۱۲ ق). مصباح الفقاهه (تقریرات آیت الله خویی). چاپ ۱، جلد ۶، بیروت: دارالهادی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین. (۱۴۰۳ ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. با حاشیه کلاتر، محمد، قم: دارالهادی للمطبوعات.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد ۱، چاپ ۲، تهران: گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود شاهرودی. (۱۳۸۷). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. جلد ۶. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)..
- جیلانی (میرزای قمی)، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۷۵). جامع الشتات. جلد ۴، چاپ ۱، تهران: مؤسسه کیهان.
- حراعاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۳ ق). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- الحسینی عاملی، سید محمد جواد. (۱۴۱۸ ق) مفتاح الکرامه. جلد ۳، چاپ ۱، بیروت: دار التراث.
- الحسینی المراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۸ ق) العناوین. جلد ۲، چاپ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (۱۴۱۸ ق). مفتاح الکرامه. جلد ۳، چاپ ۱، بیروت: دار التراث.
- حلی (محقق حلی)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۰۳ ق). شرایع الاسلام فی حلال و الحرام. بیروت: دارالاضواء.
- الحلی، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس. (۱۴۱۷ ق). السرائر. جلد ۳، مؤسسه النشر الاسلامی.
- الحلی، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس. (۱۴۱۱ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. ج ۳، چاپ ۲، قم: نشر الاسلامی.
- خمینی (امام)، سید روح اله. (۱۳۸۵). ترجمه تحریر الوسیله. جلد ۴، چاپ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- خوانساری، سید احمد. (۱۳۸۹ ق). *جامع المدارک*. جلد ۴، تهران: مکتبه الصدوق.
- خوانساری، شیخ موسی. (۱۳۵۸ ق). *منی الطالب (تقریرات میرزا محمد حسین نایینی)*. جلد ۲، نجف اشرف: مطبعه مرتضویه.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۹۷۵). *مبانی تکمله المنهاج*. نجف: مطبعه الآداب.
- الزحلی، وهبه. (۱۴۱۷ ق). *الفقه الاسلامی و أدلته*. جلد ۵، سوریه-دمشق: دارالفکر.
- سعدی، حسین علی و احمدی، محمدحسن و خدایار، حسین. (۱۳۸۹). *مبانی ضمانت و براءت پزشک در صورت ارتکاب خطا در فقه امامیه، فقه پزشکی، ۳-۴(۲)، ۸۸-۱۳۴*.
- السیوطی، جلال الدین عبدالرحمن. (۱۴۱۸ ق). *الاشباه والنظائر*. جلد ۲، چاپ ۱، قاهره: دارالسلام.
- شهیدی، مهدی. (۱۴۰۰). *حقوق مدنی ۳: تعهدات*. تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۴۰۱). *سقوط تعهدات*. چاپ ۱۶، تهران: نشر مجد.
- شیخ صدوق، ابوجعفر محمد بن علی. (۱۴۱۳ ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- صادقی، محمدهادی. (۱۴۰۱). *حقوق جزای اختصاصی*. جرایم علیه اشخاص، چاپ ۲۳، تهران: نشر میزان.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳ ق). *حاشیه کتاب المکاسب*. جلد ۲، چاپ ۱، قم: دارالمصطفی لاحیاء التراث.
- طباطبایی، سید بن علی بن محمد علی. (۱۴۱۸ ق)، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلالت*. دو جلد، چاپ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الطوسی، ابوجعفر بن محمد والهدلی، نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلی). (۱۴۱۲). *النهایه ونکتهها*. جلد ۱۳، چاپ ۱، قم: نشر الاسلامی.
- فشارکی، سید محمد. (۱۴۱۳ ق). *الرسائل الفشارکیه*. چاپ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- قدیمی، روح اله و داورزنی، حسین. (۱۳۹۲). *ابراء در حقوق پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق*، *مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، ۹(۳۱)، ۱۰۳-۱۱۸.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). *حقوق مدنی*. ایقاع، چ ۸، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). *حقوق مدنی: ایقاع، نظریه عمومی-ایقاع معین*. چاپ ۴، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. چاپ ۶۳، تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، نصر. (۱۳۶۹). *وصیت در حقوق مدنی ایران*. چاپ ۲، تهران: نشر یلدا.
- گرجی، ابوالقاسم و شکاری، روشنعلی و فریار، حسین و صفری، محسن. (۱۳۸۰). *دیات*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محقق الکرکی (محقق ثانی)، علی بن الحسین. (۱۴۱۴ ق). *جامع المقاصد*. جلد ۷، چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البیت.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۶). *قواعد فقه*. چاپ ۲، بخش مدنی ۲، تهران: انتشارات سمت.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۵). *آیا طبیب ضامن است، مجله درسهایی از مکتب اسلام*، ۱۰.
- مکی العاملی، محمد بن جمال الدین. (۱۳۹۸). *لمعه دمشقیه*. با ترجمه و تبیین علی شیروانی، جلد ۲، چاپ ۶۰، تهران: نشر اسلامی.
- ملک افصلی اردکانی، مجتبی و کرمی، فرزانه و وحدتی شیرینی، سید حسن. (۱۴۰۰). *پژوهشی در مبانی فقهی قانون مجازات اسلامی در خصوص ابراء کننده طبیب، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی*، ۱۵(۵۶)، ۶۹۳-۷۰۶.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۵). *مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی و اجتماعی*. جلد ۶، چاپ ۱، تهران: نشر پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن. (۱۳۷۴). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. جلد ۴۲، چاپ ۵، تهران: انتشارات کتابچی.

