

## ابراء در حقوق پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق<sup>۱</sup>

روح‌الله قدیمی \*

حسین داورزنی \*\*

### چکیده

امروزه در فرآیند قانونی درمان، نگرانی شدیدی پیرامون کنش متقابل حقوق و پزشکی وجود دارد. اگر پزشک را مطلقاً ضامن بدانیم، از یک سو باب طبابت بسته شده و پزشکان را در ارائه خدمات دچار بن بست قانونی می‌کند و از سوی دیگر باعث ایجاد چالش‌هایی در علم پزشکی می‌شود. هدف تحقیق پیش رو این است که ضمن تبیین جایگاه حقوقی نهاد ابراء با تکیه بر سؤالاتی از قبیل: (آیا با در نظر گرفتن این که شارع پزشک را به عنوان یک فرد محسن و امین مردم می‌داند، در صورتی که پزشک از بیمار رضایت نامه دریافت و با بهره‌گیری از دانش زمان اقدام به معالجه بیمار می‌نماید و از عمل وی خساراتی به بار می‌آید ضامن است؟! اگر بیمار، پزشک را از خسارات احتمالی، ابراء نماید، ضمان پزشک بری می‌شود؟! به بررسی نظرات فقهای عظام و مواد قانونی مربوط به ابراء پرداخته تا بتواند با انتخابی منطقی و سازگار با نیازهای جامعه و با در نظر گرفتن حقوق بیمار و پزشک و عدالت پزشکی - قانونی، گام موثری را جهت حل معضل پیش روی جامعه پزشکی بردارد.

**کلید واژه‌ها:** ابراء، پزشک، ضمان، رضایت، بیمار.

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۱۰/۲۱ تاریخ پذیرش: ۹۲/۲/۱۷

\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه سیستان و بلوچستان [ghadimi\\_lawyer@alumni.ut.ac.ir](mailto:ghadimi_lawyer@alumni.ut.ac.ir)

\*\* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

## ۱- طرح مسأله

### ۱-۱- ابراء در لغت و اصطلاح

ابراء در لغت به معنی بیزار کردن، رهایی یافتن از بیماری، بیزاری از عیب، خلاصی و رهایی از چیزی، و بری کردن از دین می‌باشد (لسان العرب، ۱، ۳۱) و در اصطلاح فقه و حقوق، رها کردن و آزاد کردن ذمه کسی از دین یا حقوق دیگر است. مشهورترین تعریفی که برای ابراء ذکر شده «اسقاط ما فی الذمه» می‌باشد؛ یعنی ساقط نمودن چیزی که در ذمه است. (محقق حلی، ۱۴۰۳، ۴، ۲۴۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۰۳، ۵، ۲۲۶) و برخی دیگر از فقیهان گفته‌اند که ابراء، اسقاط چیزی است که در ذمه مدیون می‌باشد). ماده ۲۸۹ ق.م. ابراء را چنین تعریف می‌کند «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر نماید».

ابراء را ایقاع معین نامند و این اصطلاح برای نخستین بار در کتاب ایقاع از دوره حقوق مدنی به کار گرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۱، ۴۹۸). اثر اصلی ابراء، سقوط طلب و براءة ذمه مدیون است. این سقوط براساس اراده طلبکار، ممکن است ناظر به تمام یا بخشی از طلب باشد؛ زیرا ابراء احسان است، نه داد و ستد و تبعیض در آن زبانی به بدهکار نمی‌رساند (همان، ۵۹۳).

### ۱-۱-۱- اوصاف ابراء

مهمترین وصف ویژه ابراء «سقوط دین به اراده طلبکار» است که در ماده ۲۸۹ قانون مدنی به صراحت از آن یاد شده است. ولی اوصاف دیگری نیز از تعریف و طبیعت ابراء استنباط می‌شود:

۱- ابراء عمل حقوقی تبعی است؛ ابراء نیز مانند ضمان و رهن عمل حقوقی تبعی است و اعتبار و نفوذ آن به تبع وجود دین است (همان، ۴۹۹). با این تفاوت که در ضمان و رهن، سقوط دین باعث انحلال عقد می‌شود و تبعی بودن آنها را آشکارتر می‌سازد، ولی ابراء، دین را ساقط می‌کند و مجالی برای تأثیر سقوط دین بر ابراء باقی نمی‌گذارد. پس اگر سقوط دین، به دلیل وفای به عهد یا تهاتر و مانند اینها واقع شود بدون موضوع و بی‌اثر است.

تبعی بودن ابراء یکی از ویژگی‌های این عمل حقوقی در برابر هبه است که به طور معمول به استقلال واقع می‌شود. در هبه، چون آنچه مورد انتقال و تملک واقع می‌شود حق عینی و رابطه میان شخص و مال است. درستی آن به وجود تعهد دیگر بستگی ندارد. ولی در ابراء از آنجا که حق دینی را ساقط

می‌کند، نفوذ عمل حقوقی وابسته و تابع رابطه‌ای است که باید پیش از آن به وجود آمده باشد. این تفاوت ناشی از اختلاف موضوع آن دو است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۳۵۴).

۲ - ابراء به اراده طلبکار واقع می‌شود و بدهکار در وقوع و استقرار عمل حقوقی نقش ندارد؛ بدین معنی که نه تنها تراضی دو طرف شرط سقوط تعهد نیست، بدهکار توان رد عملی را که درباره دارایی او واقع شده است، پیدا نمی‌کند. از این رو، ابراء در شمار ایقاعات است و آن از ماده ۲۸۹ ق.م. به نحوی استفاده می‌شود. ایقاع یک عمل حقوقی یک طرفه است که با اراده طلبکار به تنهایی واقع می‌گردد. بلکه بدین جهت نه تنها نیازی به توافق اراده بدهکار نیست، بلکه حتی در صورت مخالفت او نیز محقق خواهد شد. (شهیدی، ۱۳۸۳، ۱۲).

نباید به بهانه دو سویه بودن اثر ابراء آن را عقد پنداشت. وصیت به ابراء نیز ایقاع است و سقوط طلب به قبول مدیون بستگی ندارد و با موت وی محقق می‌گردد؛ زیرا تعلیق به مرگ، ماهیت ابراء را دگرگون نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۵۴).

ابراء را نباید با وفای به عهد که به اراده مدیون واقع می‌شود، اشتباه کرد و موارد سقوط قهری حق را که در اثر تهاتر یا مالکیت ما فی الذمه رخ می‌دهد نباید در قلمرو ابراء آورد. همچنین تبدیل تعهد که با تراضی دو طرف تعهد و گاه اشخاص ثالث واقع می‌شود از ابراء فاصله می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۳۵۴).

۳ - ابراء ویژه اسقاط حق دینی است؛ ماده ۲۸۹ ق.م. درباره لزوم دینی بودن حق صراحت ندارد. ولی از واژه «دائن» در متن ماده و عنوان «سقوط تعهدات» برای فصل ششم قانون مدنی و مفهوم عرفی ابراء به خوبی بر می‌آید که مقصود، سقوط حق دینی (طلب) است نه عینی (همان، ۳۵۷). ابراء به طور لازم، سبب سقوط تعهد و آزادی ذمه مدیون در برابر داین می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۳، ۱۲۳).

ابراء وقتی صحیح است که دینی وجود داشته باشد و ابراء ذمه‌ی شخص نسبت به دینی که بعداً ثابت می‌شود، صحیح نیست؛ زیرا ابراء به معنی اسقاط است و اسقاط وقتی ممکن است که موجود باشد و چیزی که هنوز وجود پیدا نکرده است نمی‌تواند ساقط شود. فقهای امامیه، اسقاط دینی را که هنوز به وجود نیامده است، «اسقاط مالم یجب» می‌نامند. دینی که به آن اشاره شد، منظور این است که دین در واقع موجود باشد ولی لازم نیست که ابراء کننده به وجود آن علم داشته باشد. بنابراین، هرگاه شخصی که مطمئن نیست از دیگری طلبکار باشد، ذمه او را در صورت وجود دین، ابراء کند. اگر واقعاً دینی وجود داشته باشد، ساقط خواهد شد. همچنین لازم نیست موضوع ابراء برای داین معلوم باشد، بلکه کافی است در واقع

مشخص باشد. بنابراین، طلبکاری که نمی‌داند از دیگری چه مقدار پول یا جنس طلب دارد، اگر ذمه مدیون خود را ابراء کند، طلب او ساقط می‌شود. ولی موضوع ابراء نمی‌تواند قسمت مجهولی از مجموع یک دین و یا به طور مردد یکی از دو دین (مانند صد هزار ریال یا ده تن گندم) باشد؛ زیرا در این دو صورت برخلاف صورت بالا، موضوع ابراء نه تنها برای داین، بلکه درواقع نیز مبهم و یا نامعین و غیر قابل تشخیص است و چنین موضوعی نمی‌تواند مورد قصد ابراء قرار گیرد (همان، ۳۵۷).

۴ - ابراء، انشاء رایگان سقوط طلب است؛ در ابراء سقوط طلب موجود و پرداخت نشده انشاء می‌شود، یا به تعبیر قانون مدنی، «دائن از حق خود به اختیار صرف نظر می‌کند». پس اخبار از وفای به عهد را نباید با ابراء اشتباه گرفت. این اقرار نشان از سقوط حق در سابق می‌دهد و چهره اعلامی دارد، درحالی که ابراء رابطه دینی را قطع می‌کند و وضع حقوقی دو طرف دین را تغییر می‌دهد.

در اثر ابراء بدهکار هیچ چیز بدست نمی‌آورد؛ رها می‌شود. طلبکار نیز بدون عوض «از حق خود به اختیار صرف نظر می‌کند». کاری که بدین گونه حق را به رایگان از صاحب آن می‌گیرد و به دیگری هم نمی‌دهد، در اصطلاح «اسقاط حق» می‌نامند که اثری همانند «فک ملک» در حقوق عینی دارد. مانند «وقف و اعراض» و نباید آن را با «تملیک رایگان حق» «یا بخشش آن» یکی دانست، هر چند که طرف تملیک یا بخشش مدیون باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۳۵۸). از این رو، شرط عوض مخالف مقتضای ابراء (رایگان بودن) می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۱، ۵۰۷). ولی بنا بر نظر دکتر امامی، شرط عوض با مقتضای ابراء «رایگان بودن» منافات ندارد، همچنان که شرط عوض در هبه، با ماهیت آن در تعارض نیست (امامی، ۱۳۷۹، ۱، ۳۳۴).

دکتر شهیدی معتقد است که تحقق ابراء نیاز به قبول بدهکار دارد و ماهیت ابراء را که ایقاع است به عقد تبدیل می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۳، ۷۳).

۵ - در ابراء، طلبکار از حق خود می‌گذرد و آن را نباید با مبادله‌ی طلب اشتباه کرد. در اثر ابراء بدهکار، هیچ چیز بدست نمی‌آورد. کاری که بدین گونه حق را به رایگان از صاحب آن می‌گیرد و به دیگری هم نمی‌دهد در اصطلاح «اسقاط حق» می‌نامند.

۶ - واژه «اختیار» نشانه آن است که ابراء کاری ارادی و مبتنی بر انشاء اسقاط است و باید به اختیار صورت پذیرد. سقوط قهری ناشی از تهاوتر یا مالکیت ما فی الذمه را نباید در قلمرو ابراء آورد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۱، ۵۰۰).

### ۱-۱-۲- شرایط ابراء کننده

۱ - **اختیار قانونی:** ابراء کننده باید طلبکار یا نماینده یا مأذون از طرف او باشد. ابراء فضولی باطل است و با اجازه داین معتبر نخواهد بود.

۲ - **قصد و رضا:** مانند هر عمل حقوقی دیگر، در ابراء قصد انشای ابراء کننده ضروری است و بدون آن ابراء واقع نمی‌شود. پس باید انشاء اسقاط حق احراز شود و در صورت تردید باید دین را باقی دانست. وعده‌ی اسقاط و تعهد به عدم تعقیب مدیون، دین را ساقط نمی‌کند، مگر اینکه احراز شود که وسیله‌ی اعلام انشاء سقوط است. انشاء ابراء باید اعلام شود تا دین را ساقط کند، ولی آگاه شدن مدیون از آن ضرورتی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۳۵۳). به حکم ماده ۲۸۱ قانون مدنی، رضای داین برای تحقق ابراء لازم است. بنابراین، ابراء مکره باطل است. ابراء مکره را نمی‌توان غیر نافذ دانست؛ به طوری که با فراهم آمدن رضای بعدی نافذ و معتبر شود؛ زیرا ظاهر از شرطیت رضا برای ابراء این است که بدون آن ابراء «کأن لم یکن» می‌باشد و حکم عدم نفوذ، به علت فقدان رضا، حکمی استثنایی است که قانون برای عقد مقرر داشته است و نمی‌توان آن را به ایقاعات سرایت داد.

۳ - **اهلیت:** مطابق ماده ۳۹۰ قانون مدنی اهلیت داین نیز یکی از شرایط صحت ابراء است. بنابراین، ابراء مجنون و صغیر غیر ممیز به علت فقدان قصد و ابراء سفیه و صغیر ممیز از جهت ممنوع بودن ایشان از تصرف در اموال خود باطل می‌باشد. همین که شخص بالغ و رشید و عاقل باشد، برای ابراء نیز اهلیت دارد. آنچه گفته شد درباره ابراء کننده است. مدیون در عمل حقوقی هیچ نقشی ندارد و ممکن است کودک و دیوانه و غیر رشید و مست و بیهوش و خواب باشد.

### ۲- ابراء معلق

ابراء معلق برخلاف آنچه ادعا شده است، امکان دارد و پس از تحقق شرط باعث اسقاط طلب می‌شود. در این فرض، انشاء ابراء منجز است و اثر آن (اسقاط طلب) معلق؛ یعنی ابراء کننده از آغاز اسقاط را انشاء می‌کند. سببی که به وجود می‌آید پس از تحقق شرایط کارگزاری شود و طلب را ساقط می‌کند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ / ۲۷).

### ۳- ابراء فضولی

ابراء فضولی تنها در فرضی تصور می‌شود که شخصی بدون داشتن نمایندگی و به امید قانع ساختن

طلبکار، بدهکار او را ابراء کند. یعنی؛ ابراء فضولی باید برای طلبکار انشاء شود. رابطه دینی میان طلبکار و بدهکار مانع از این است که فضول بتواند ابراء را برای خود واقع سازد. هر جا که شخص، مدیون به خود را ابراء کند، ناچار از حق خویش صرف نظر کرده است و نباید آن را با موردی قیاس کرد که فضول مال دیگری را برای خود می‌فروشد. پس در لزوم آگاهی از موضوع ابراء، سختگیری روانیست و باید آن را در زمره‌ی مواردی آورد که علم اجمالی به موضوع کافی است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۳۷۷). ماده ۲۱۶ قانون مدنی به این مطلب اشعار دارد.

#### ۴- ابراء و اعراض

اعراض بیشتر در مورد رها کردن ملک و گذشتن از حق مالکیت به کار می‌رود، ولی در سایر حقوق عینی مانند حق انتفاع و ارتفاق و رهن و تحجیر نیز شایع است.

#### ۵- ارتباط اعراض و ابراء

اگر کسی مالی نزد دیگری داشته باشد و متصرف به حکم قانون یا قرارداد متعهد به تسلیم آن به مالک باشد (مثل مستودع). ابراء مالک، مسؤولیت متصرف را از بین می‌برد و در قلمرو حق عینی مؤثر می‌شود. ولی در اصل حق عینی دخالت نمی‌کند و حتی حق مطالبه مالک در آینده را نیز از بین نمی‌برد؛ چرا که ابراء متعهد به تسلیم به معنی اعراض از حق مالکیت نیست و مالکیت، امتیاز استیلاء بر آن را نیز به دنبال دارد. برعکس، اعراض از مالکیت چنین مالی باعث سقوط تعهد متعرف به تسلیم است. منتها، سقوط تعهد از آثار قهری و غیرمستقیم اعراض است و نباید آن را منسوب به انشاء ابراء کننده دانست، هر چند که انگیزه اقدام اونیز باشد (همان، ۳۶۲).

#### ۶- ابراء در حقوق پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق

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 بکند، لیکن در حرفه‌اش مهارت کافی نداشته باشد، بدون اشکال، در همه این صور مسؤول پرداخت دیه شخص متوفی خواهد بود (گرجی، ۱۳۸۰، ۸۲).

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 مسؤول دانسته‌اند، چه اذن بیمار برای معالجه است نه اتلاف. پس چنانچه بیمار تلف شود پزشک ضامن خواهد بود(همان). در ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی نیز آمده است: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است».

از طرفی، اگر قضیه بدین گونه مطرح باشد و پزشک درهرحال ضامن خسارات ناشی از عمل خود باشد، باعث می‌شود پزشکان از پرداختن به طبابت و امر درمان امتناع ورزند و خود را از مقررات وقوانینی که وی را ضامن می‌دانند برهانند. دراین 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 درقبال درمان بیمار رهایی بخشد.

#### ۷- برائت پزشک از دیدگاه فقهای امامیه

مشهور فقهای امامیه معتقدند که اخذ برائت موجب رفع مسؤولیت 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 درصورت اتلاف نگرفته و چنانچه این تعهد را قبلاً گرفته باشد، درصورت اتلاف حین معالجه، ضمانتی بر پزشک یا دامپزشک نیست(خویی، ۱۹۷۵، ۲۲۲). شهید اول نیز در صورت اخذ برائت می‌گوید: «و لو أبرأه فالاقرب الصحه»(مکی‌العاملی، ۱۳۸۲، ۲، ۲۸۳).

حضرت امام خمینی (ره) در این مساله 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 و دامپزشک و مانند آنها با ابرای قبل از درمان برائت حاصل می‌گردد، اگر خود بیمار بالغ و عاقل باشد و درمان او به کشتن نینجامد ابرای خود آن بیمار لازم است و اگر به قتل او بینجامد ابرای ولی او لازم است؛ همچنین در مورد افراد قاصر مانند کودک و دیوانه ابرای ولی لازم است. شاید ابرای 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، ۲، ۵۶۱).

مشهور فقها در مورد عدم مسؤولیت پزشک در صورت اخذ برائت دلایلی ذکر کرده‌اند که اهم آنها عبارتند از:

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

پزشک در هر صورت ضامن نتایج اقدامات ناشی از عمل خود می‌باشد. 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 برائت از ولی بیمار، پزشک را ضامن نمی‌داند.

فقهای امامیه بر این امر اجماع نموده (نجفی، ۱۳۷۴، ۴۲، ۹۴). پزشک حاذق و متخصص را ضامن قرار داده‌اند، هر چند با اذن از بیمار باشد.

۲- قاعده «المؤمنون عند شروطهم» تجویز می‌کند که پزشک در ضمن عقد اجاره خدمات خویش، تبری از مسؤولیت را شرط نماید (همان، ۴۸). 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 کرد (مکارم شیرازی، ۱۳۶۵، ۱۲).

۳- نیاز عمومی معالجه و خودداری پزشکان از معالجه در صورت مسؤولیت اقتضا می‌نماید که شرط برائت پذیرفته شود و اگر امکان برائت پزشک وجود نداشته باشد، هیچ پزشکی از ترس مسؤولیت بعدی، کسی را معالجه نمی‌کند. اگر شرع ابراء را تشریح نمی‌کرد درمان متعذر می‌گشت. شهید ثانی در باب برائت می‌گوید: اگر بیمار ذمه‌ی پزشک را از جنایت پیش از وقوع بری کرده باشد، نزدیکتر به صواب آن است که ذمه‌ی او بری می‌شود، چون حاجت ما را به چنین ابرائی می‌کشاند؛ زیرا بیمار چاره از مداوا ندارد و هر گاه طبیعی 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 تشریح ابراء، واجب می‌شود، به خاطر آنکه این نیاز ضروری در جامعه برطرف شود (جبعی عاملی، ۱۴۰۳، ۱۰، ۱۱۰).



اما عده‌ای از فقها که در اقلیت قرار دارند با نظر مشهور مخالفت نموده و می‌گویند: اخذ برائت قبل از درمان موجب رفع مسؤولیت نمی‌گردد. ابن ادریس می‌گوید: «روایت سکونی در صورتی است که مریض غیر بالغ یا مجنون 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 برائت اخذ کرده باشد و چه برائت اخذ نکرده باشد. دلیلی که آورده است اصله البرائه، اذن بیمار، و اینکه ضمان پزشک با اذن شارع جمع نمی‌شود (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱، ۳، ۳۷۳).

ابن ادریس معتقد است که هنوز حقی ثابت نشده است تا بتوان آن را بوسیله ابراء ساقط کرد و از این رو، پزشک بری نمی‌شود؛ زیرا آن اسقاط حق قبل از ثبوت آن است (همان). به عبارت دیگر، آن از مصادیق ابراء مالیم یحب است که ابراء پیش از تحقق دین رخ می‌دهد و معلوم نیست که آیا پزشک مرتکب خطا خواهد شد که در نتیجه آن، مسؤول باشد. به نظر می‌رسد که شهید ثانی نیز در این نظر با ابن ادریس موافق است. ایشان بعد از بیان اینکه به حکم ضرورت، شرع ابراء را تشریح کرده است، درباره ابراء قبل از درمان می‌گوید: «علت آنکه در روایت آمده است که از ولی بیمار برائت بگیرد، آن است که در صورت تلف شدن بیمار، این ولی است که از پزشک درخواست ضمان کند. پس هر گاه ابراء پیش از استقرار ضمان مشروع باشد، این ابراء باید از سوی کسی باشد که بعداً متولی مطالبه آن می‌باشد. در این مورد، ابراء حقیقتاً مصداق نمی‌یابد، مگر پس از ثبوت حق؛ چون ابراء عبارت است از اسقاط حقی که در ذمه است و اینکه در روایت آمده است که پزشک از ولی برائت بگیرد، به همین نکته اشاره دارد؛ چون ولی پیش از وقوع جنایت حقی ندارد تا پزشک بخواهد از او برائت بگیرد و این نشان می‌دهد که زمان گرفتن برائت پس از وقوع جنایت است (جبعی عاملی، ۱۴۰۳، ۱۰، ۱۱۱). به نظر می‌رسد که برائت در اینجا به صورت شرط ضمن عقد است. بدین نحو که مریض به طبیب می‌گوید که مرا در ازاء فلان مبلغ مداوا کن و در ضمن آن شرط می‌گردد که پزشک ضامن خسارت ناشی از آن نمی‌باشد و به عبارت دیگر، برای اسقاط حقی، ثبوت قطعی آن لازم نیست؛ بلکه همین اندازه که زمینه‌های ثبوت فراهم گردد، می‌توان آن را ساقط کرد و در مورد مداوای بیمار، نیز زمینه‌های ثبوت حق حاصل است، هر چند قبل از اقدام به مداوا باشد. اثر چنین برائتی، منقلب شدن بار اثبات دعوی است، نه این که پزشک به رغم تقصیر مسؤولیت نداشته باشد.

## ۸- ابراء پزشک در حقوق موضوعه

### ۸-۱- بررسی مواد مربوط به شرط عدم مسؤولیت یا شرط برائت

از سیاق ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی بر می‌آید که رضایت بیمار تنها رافع مسؤولیت کیفری پزشک است و برای رفع مسؤولیت مدنی، می‌بایست قبل از شروع به معالجه از بیمار یا ولی او براءت حاصل شود. ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی در این زمینه اعلام می‌کند: «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او براءت حاصل نموده باشد، ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد».

ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی نیز تنها اخذ براءت را رافع مسؤولیت مدنی پزشک می‌داند. ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: «هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان براءت حاصل نماید، عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود». بنابراین، قانون مجازات اسلامی تنها در صورت اخذ براءت، پزشک را معاف از مسؤولیت مدنی می‌داند. بدین ترتیب اگر پزشکی قبل از درمان از مریض براءت حاصل کند، هر چند مریض فوت نماید، از نظر قانونی مسؤولیتی متوجه او نخواهد بود.

برخی معتقدند که مقصود از ولی، همان اولیای دم بیمار است که در صورت فوت وی، قصاص و عفو و یا اخذ دیه متعلق به آنهاست (صادقی، ۱۳۸۲، ۱۹۵). برخی دیگر مقصود از ولی را کسی می‌دانند که امر به وی ارجاع شده است و می‌تواند بیمار باشد و 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 اوست (خویی، ۱۹۷۵، ۲، ۲۲۲).

به نظر می‌رسد، نظر اخیر صحیح‌تر است. زیرا هرگاه بیمار خود به هوش بوده و دارای اراده و اختیار باشد، براءت باید از خود وی اخذ شود و نمی‌توان در صورت سالم بودن بیمار، از بستگان وی براءت اخذ نمود. در صورتی که بیماری هوش و صغیر و یا مجنون باشد باید از ولی وی براءت اخذ نمود. عده‌ای مخالف اخذ براءت قبل از درمان بوده و معتقدند که اولاً آنچه که موجب براءت پزشک می‌شود، ذمه‌ای است که در صورت فوت مریض حاصل می‌شود، حال تا زمانی که مریض فوت نشده، دینی ایجاد نشده تا کسی بتواند دیگران را نسبت به پرداخت آن بری سازد. در حقیقت اخذ براءت باعث بری شدن پزشک نسبت به دینی می‌شود که معلق است. ثانیاً، اگر مریض تلف شود این دین به اولیاء دم تعلق خواهد گرفت، نه مریض. بر فرض هم بری الذمه کردن پزشک قبل از فوت بیمار جایز باشد، مریض فقط می‌تواند

نسبت به سهم خود پزشک را مبری سازد و مریض مجاز نیست که پزشک را نسبت به حقوق دیگران بری الذمه نماید.

عده‌ای در مقام رد این ایرادات برآمده و گفته‌اند: اولاً اشکال زمانی پیش می‌آید که معتقد باشیم مریض به جای اولیاء دم به صورت فضولی طبیب را از پرداخت دیه مبری می‌سازد، حال آنکه می‌تواند براءت پزشک را به صورت شرط ضمن عقد تلقی کرد، بدین نحو که مریض به طبیب می‌گوید که مرا در ازای فلان مبلغ، معالجه و یا عمل جراحی کن و ضمن آن شرط می‌کند که اگر در اثر درمان تلف شدم، هیچگونه مسؤولیتی متوجه پزشک نخواهد بود و پزشک هم با توجه به این شرط درمان او را قبول می‌کند (شامبیاتی، ۱۳۷۴، ۱، ۳۴۸). ثانیاً لازم نیست حتماً دینی بر عهده کسی مستقر شود تا بتوان او را بری الذمه کرد، بلکه می‌توان کسی را نسبت به دین احتمالی هم بری الذمه کرد. هدف از ابراء معامله و سودجویی نیست، گذشت و ارفاق است و پس از لزوم آگاهی از موضوع ابراء سختگیری روا نیست و باید آن را در زمره مواردی آورد که علم اجمالی به موضوع کافی است (ماده ۲۱۶ قانون مدنی). بدین ترتیب، اگر طلبکار همین اندازه بداند که بردیگری حق دارد می‌تواند او را ابراء کند، هر چند که نداند میزان آن تا چه اندازه است و چگونگی تعهد و شرایط پرداخت دین چیست (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۱، ۵۰۶).

از لحن مواد ۶۰ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی چنین به نظر می‌رسد: صرف اخذ براءت موجب رفع مسؤولیت پزشک می‌گردد، حتی اگر پزشک جاهل به اصول علمی و ثابت طبی بوده و یا در تطبیق اصول علمی مرتکب بی‌مبالاتی شود، مسؤولیتی نخواهد داشت. ولی باید دانست که مسؤولیتی که در نتیجه تقصیر برای اشخاص به وجود می‌آید با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد. به بیان دیگر، مسؤولیت کسی که مرتکب تعدی و تفریط شده است، به دلیل ارتباط با نظم عمومی در زمره قوانین امری است. پس به وسیله قراردادهای خصوصی نمی‌توان از اجرای این قوانین پرهیز کرد و مسؤولیت را از بین می‌برد.

به علاوه در مواردی که شخص به عمد باعث ورود خسارت می‌شود یا آگاهانه دست به اعمالی می‌زند که در نظر عرف در حکم عمد است، شرط براءت نمی‌تواند از تعهد او نسبت به جبران خسارت بکاهد؛ زیرا در جامعه منظم هیچکس حق ندارد در پناه قراردادی که به سود خود تحصیل کرده است در ضرر زدن به دیگران آزاد باشد و از نمونه‌های بارز تجاوز به نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۱، ۳۲۴).

بنابراین، شرط براءت در صورتی مؤثر است که پزشک در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر نشده باشد و هیچ شرطی برای پزشک این مصونیت را ایجاد نمی‌کند که مسؤول بی‌مبالاتی و تقصیرهای آشکار

خود نباشد. شرط برائت به معنی معاف شدن از ضمان ناشی از احتمال خطر است و باعث می‌شود تا او را از اثبات احتیاط به وسیله خود و انتساب خطر به عامل خارجی معاف کند. به هر حال، شرط عدم مسؤولیت؛ 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. بنابراین، شرط برائت، پزشک را از نتایج مسؤولیت ناشی از تقصیر معاف نمی‌دارد.

هرگاه معلوم شود که جراح هنگام عمل رعایت احتیاط‌های پزشکی و نظافت و آمادگی جسمی خود و وسایل لازم را نکرده است، شرط برائت او را از نتایج تقصیر مصون نمی‌دارد.

شرط برائت نوعی شرط عدم مسؤولیت است که پزشک را از ضمان مفروض در قانون معاف می‌کند و در صورتی مسؤول قرار می‌گیرد که زیان دیده بتواند تقصیر نامتعارف و غیرقابل اغماض پزشک را در اعمال قواعد ثابت کند. بنابراین مسؤولیت پزشکی که به اذن بیمار به درمان او پرداخته است مطلق نیست و شرط برائت یکسره از او رفع مسؤولیت نمی‌کند. تفاوت مهم دو فرض این است که در موارد عادی نتیجه نامطلوب درمان به 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.

#### ۸-۲- نفوذ حقوقی شرط عدم مسؤولیت

گفتیم که ابراء نوعی شرط عدم مسؤولیت است. عده‌ای برای بی‌اعتبار ساختن این شرط ازدوراه استدلال کرده‌اند:

۱ - اثر توافق درباره عدم مسؤولیت طرف قرارداد به منزله بری ساختن از دینی است که در آینده احتمال ایجاد آن می‌رود. بنابراین شرط عدم مسؤولیت مانند ابراء، به دلیل موجود نبودن دین در هنگام اسقاط اثر حقوقی ندارد.

۲ - مسؤولیتی که در نتیجه‌ی تقصیر برای اشخاص به وجود می‌آید با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد و در زمره‌ی قوانین امری است و افراد نمی‌توانند به وسیله قراردادهای خصوصی از اجرای این قوانین ممانعت ورزیده و مسؤولیت خود را از بین ببرند.

برخی از حقوقدانان اینگونه جواب داده‌اند که شرط عدم مسؤولیت با ابراء تفاوت دارد و تفاوت آن دو این است که در مورد نخست توافق طرفین ناظر به سقوط دین موجود نیست تا بتوان ادعا کرد که نمی‌تواند موضوع آن معلوم باشد. شرط عدم مسؤولیت، بدین معنی است که هر گاه در آینده شرایط تحقق مسؤولیت ویژه‌ای جمع شود، آن مسؤولیت به وجود نیاید، یعنی مفاد توافق ناظر به آینده بوده و با توجه به احتمالی بودن آن است. چنین توافقی را نباید نامعقول شمرد و بهترین دلیل امکان چنین پیمانی، وجود آن در عالم خارج است. پس باید پذیرفت که عقل مانع از نافذ شناختن شرط عدم مسؤولیت نیست و در مورد اینکه آیا اعتبار دادن به چنین شرطی مخالف نظم عمومی است، باید گفت: اگر زیان دیده پس از ورود ضرر همیشه بتواند از حق خویش بگذرد، چرا این اختیار را نباید پیش از ورود خسارت برای او شناخت؟ به نظر می‌رسد، پذیرفتن شرط عدم مسؤولیت مخالف نظم عمومی نمی‌باشد، البته باید توجه داشت که به استناد شرط عدم مسؤولیت نمی‌توان به عمد و تقصیر به دیگری خسارت وارد کرد و از مسؤولیت معاف ماند؛ زیرا نظم عمومی ایجاب می‌کند که هیچکس در اضرار به دیگری آزاد نباشد و اخلاق حسنه نیز آن را تأیید می‌نماید. از این هم باید پیشتر رفت و خطاهای سنگین را که به طور متعارف منجر به ورود خسارت می‌شود در حکم تقصیرهای عمدی آورد؛ زیرا قصد اضرار را به دشواری می‌توان اثبات کرد و بداندیش به آسانی قادر است هدف پلید خود را پوشیده دارد. پس به ناچار باید دآوری نوعی کرد و ارتکاب خطای سنگین را اماره بروجود عمد دانست (همان، ۴۷ و ۴۸).

## ۹- نتیجه

اگر تحمیل مسؤولیت مطلق پزشک به دلیل گرفتن قدرت ابتکار از او زیانبار باشد (ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی)، آزاد گذاردن او در ارتکاب هر بی‌احتیاطی و تقصیر نیز ناروا و ناپسند است. (ماده ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی) و در فرضی که بیمار مضطر نیاز مبرم به پزشک دارد زیان اجتماعی و انسانی آن آشکارتر می‌شود. پس، در بنای دو طرف شرط برائت ناظر به ضررهای ناخواسته و پیش بینی شده و ارتکاب خطاهایی است که هر پزشک متعارف و با احتیاط ممکن است در تشخیص بیمار و اجرای قوانین پزشکی بکند. از این رو، باید رضای بیمار را در پذیرش شرط برائت در صورتی صحیح تلقی کرد که اطلاعات و آگاهی لازم و کافی درباره نتایج و پیامدهای احتمالی درمان یا جراحی بیمار داده شده باشد و او بتواند با آگاهی و اختیار خطر را بپذیرد. دیگر اینکه موضوع برائت روشن و صریح بوده و بیمار بداند که درباره چه

چیزی براءت جاری می‌کند. علاوه بر آن باید گفت که براءت که نوعی شرط عدم مسؤولیت است درباره‌ی اضرار عمدی یا آنچه در حکم عمد است مانند جا گذاشتن چاقوی جراحی در شکم بیمار یا عمل جراحی در حال مستی، برخلاف نظم عمومی و بی‌اثر است. بدن انسان و شخصیت او موضوع هیچ قراردادی واقع نمی‌شود و همان طوری که در مواردی مثل اتانازی فرد از مجازات معاف نمی‌شود، هیچ پزشکی هم نمی‌تواند رضایت بیمار را در دادن براءت نامه، وسیله توجیه عدم مهارت یا بی‌احتیاطی خود سازد. بنابراین، اخذ رضایت در صورت همراه بودن با دو شرط رعایت نظامات دولتی و مشروع بودن عمل و اخذ براءت نامه از بیمار و در رابطه با حوادث و خسارت‌های احتمالی رافع مسؤولیت مدنی و کیفری پزشک است.

### فهرست منابع

- ۱- ابن ادریس حلی، ابوجعفر- محمد بن منصور بن احمد، ۱۴۱۱، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج سوم، قم نشر الاسلامی، چاپ دوم.
- ۲- اردبیلی، احمد (معروف به مقدس اردبیلی)، ۱۴۱۶، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۱۴، نشر الاسلامی، چاپ اول.
- ۳- اردبیلی، محمد، ۱۳۷۹، حقوق جزای عمومی، میزان، چاپ اول.
- ۴- اشرفی، منصور، ۱۳۶۷، اخلاق پزشکی، تبریز: دانشگاه آزاد اسلامی.
- ۵- امامی، سید حسن، ۱۳۷۹، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیه، چاپ بیست و یکم.
- ۶- ایمانی، محمدرضا، بی‌تا، بررسی جرایم و مجازات‌های پزشکی در حقوق ایران، تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی حیان- اباصالح، چاپ اول.
- ۷- بجنوردی، سید محمد و حق محمدی‌فرد، زهرا، ۱۳۸۶، مسؤولیت مدنی و کیفری پزشک با تکیه بر آرای امام خمینی (س) شماره ۷-۳۴، پژوهشنامه مبین.
- ۸- بجنوردی، سید محمد (موسوی)، ۱۳۵۲، مقالات فقهی، فلسفی و اجتماعی، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- ۹- یاد ابراهیم، ۱۳۵۲، حقوق جزای اختصاصی، تهران: انتشارات رهام، چاپ سوم.
- ۱۰- پیروی، حبیب‌اله و شورای نویسندگان، ۱۳۷۸، بررسی تحلیلی مسؤولیت جزایی پزشکان از نظر شرع مقدس اسلام و حقوق موضوعه ایران، خانه نویسندگان، چاپ اول.

- ۱۱- جبعی عاملی، زین الدین، ۱۴۰۳، الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه، با حاشیه کلاتر، محمد، قم: دار الهادی للمطبوعات.
- ۱۲- جعفری لنگرودی، سید جعفر، ۱۳۷۳، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- ۱۳- حرعاملی، محمد بن الحسن، ۱۴۰۳، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، لبنان: بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۱۴- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (معروف به محقق حلی)، ۱۴۰۳، شرایع الاسلام فی حلال و الحرام، بیروت، دارالاضواء.
- ۱۵- خمینی (امام)، سید روح اله، ۱۳۸۵، ترجمه تحریر الوسیله، جلد چهارم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- ۱۶- خوبی، ابوالقاسم، ۱۹۷۵، مبانی تکمله المنهاج، نجف، مطبعه الآداب.
- ۱۷- شامبیاتی، هوشنگ، ۱۳۷۴، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، ویستار، چاپ پنجم.
- ۱۸- شجاعپوریان، سیاوش، ۱۳۷۳، مسؤولیت مدنی ناشی از خطای شغلی، تهران: انتشارات فردوسی، چاپ اول.
- ۱۹- شکری، رضا و سیروس، قادر، ۱۳۸۳، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران: نشر مهاجر، چاپ سوم.
- ۲۰- شهیدی، پیمان، ۱۳۷۱، دندانپزشک و قانون، انتشارات آزاده، چاپ اول.
- ۲۱- شهیدی، مهدی، ۱۳۷۳، سقوط تعهدات، کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم.
- ۲۲- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ۱۳۸۳، تعهدات، انتشارات مجد، چاپ چهارم.
- ۲۳- شیخ صدوق، ابوجعفر محمد بن علی، ۱۴۱۳، من لایحضره الفقیه، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- ۲۴- صادقی، محمد هادی، ۱۳۷۷، ضمان طبیب، فصلنامه پژوهشی دانشگاه اسلامی، سال اول، شماره چهارم.
- ۲۵- صادقی، محمد هادی، ۱۳۸۲، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، میزان، چاپ ششم.
- ۲۶- طاهری، حبیب اله، ۱۳۷۷، آیا طبیب ضامن است، فصلنامه مفید، ش ۱۴، سال چهارم.
- ۲۷- طباطبایی، سید بن علی بن محمد علی، بی تا، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، دو مجلد، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.

- ۲۸- الطوسی، ابوجعفر بن محمد والهدلی، نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلی)، ۱۴۱۲، النهایه و نکتها، جلد ۱۳، نشر الاسلامی، چاپ اول.
- ۲۹- عاملی، سید جعفر، ۱۳۸۰، آداب طبیب و پزشکی در اسلام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- ۳۰- عزیزی، فریدون، ۱۳۷۲، فقه و طب، سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- ۳۱- عوده، عبد القادر، ۱۳۷۳، التشریح الجنایی الاسلامی، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- ۳۲- فیض، علیرضا، ۱۳۷۰، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلامی، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ دوم.
- ۳۳- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۰، حقوق مدنی، ایقاع- نظریه عمومی - ایقاع معین، نشر یلدا، چاپ اول.
- ۳۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ ششم.
- ۳۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۹، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، بهمن برنا.
- ۳۶- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴، حقوق مدنی- الزام‌های خارج از قرارداد- ضمان قهری- مسؤولیت مدنی، ج اول، دانشگاه تهران، چاپ اول.
- ۳۷- کمالی، آرمین، ۱۳۴۹، اشتباهات پزشکی، مجله علمی نظام پزشکی، شماره ۲.
- ۳۸- گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۰، (با همکاری روشنعلی شکاری، حسین فریار، محسن صفری)، دیات، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳۹- گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۰، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، دانشگاه تهران، چاپ هفتم.
- ۴۰- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۶۵، آیا طبیب ضامن است، مجله درس‌هایی از مکتب اسلام، ۱۰.
- ۴۱- مکی‌العالمی، محمد بن جمال الدین، ۱۳۸۲، لمعه دمشقیه، با ترجمه و تبیین شیروانی، علی، جلد ۲، چاپ بیستم.
- ۴۲- نجفی، محمدحسن، ۱۳۷۴، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۲، کتابچی، چاپ پنجم.