

## Reflection on the Necessity of the Obtaining Letter of Innocence from the Patient

*Ardavan Arzhang<sup>1\*</sup>, Seyyed Mahdi Jokar<sup>2</sup>*

1. Associate Professor, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Yasouj University, Yasouj, Iran

(Received: January 18, 2020; Accepted: March 23, 2020)

### Abstract

A brief look at the variation and magnitude of medical errors necessitates that compensatory ways be determined equitably and appropriate to the situations of the society. In this regard, jurisprudential and legal inquiries to determine the compensator for damages is very essential. The crucial matter in this regard is the doctor's guarantee or non-guarantee. One factor that might have such effect is obtaining letter of innocence from the patient, which has also been known as non-guarantee, or non-liability. According to a view, it is necessary to obtain letter of innocence from the patient for not guaranteeing a physician. Other views consider that the mere consent of a patient to receive medical treatment by the physician is sufficient for not being a guarantee. They not only consider that it is necessary to obtain letter of innocence from the patient but also maintain that there is no jurisprudential arguments and legal support for that. The implementation of the first view and consequently not guaranteeing the physician boosts the number of medical errors and further fatalities. Moreover, establishing the validity of such an innocence, which is, in fact, a condition of non-liability, has consequences. Realization of the other view provides the best for both the patient and the physician. Although famous jurists have not decreed on the recent opinion, it has documented based on the opinion of some scholars such as Ibn Idris. The central claim and idea of the current inquiry are to clarify and justify the lack of necessity to obtain letter of innocence from a patient in the context of inaccuracy of the condition of non-liability with a new look at jurisprudential and legal dimensions of the physician's responsibility in a different statement and configuration.

**Keywords:** Consent, Permission, Innocence, Medical Error, Non-Liability Condition.

---

\* Corresponding Author, Email: arzhang1345@gmail.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۷، شماره ۲، تابستان ۱۴۰۰  
صفحات ۶۲۹-۶۵۵ (مقاله پژوهشی)

## درنگی در بایستگی اخذ برائت از بیمار

اردوان ارژنگ<sup>۱\*</sup>، سید مهدی جوکار<sup>۲</sup>

۱. دانشیار، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد، میبد، ایران

۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۲۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۰۴)

### چکیده

نگاهی گذرا به تنوع و افزایش خطای پزشکی لزوم تعیین روش‌های جبران خسارات، به‌نحو عادلانه، متناسب با شرایط جامعه را ناگزیر می‌نماید. در این مهم بررسی‌های فقهی و حقوقی در تعیین جبران‌کننده خسارت، بسیار جدی است. امر تعیین‌کننده در این موضوع، ضمان یا عدم ضمان پزشک است. از عواملی که می‌تواند یکی از این آثار را داشته باشد، گرفتن برائت از بیمار است. این مسئله با عناوینی چون شرط عدم ضمان و شرط عدم مسئولیت نیز بیان می‌شود. براساس یک دیدگاه، اخذ برائت از بیمار به‌منظور عدم ضمان پزشک، لازم است انگاره‌ای دیگر صرف رضایت بیمار به معالجه توسط پزشک را برای عدم ضمان کافی دانسته و اخذ برائت را نه‌تنها ضروری ندانسته، بلکه آن را برخوردار از پشتیبانی ادله فقهی و توجیهاات حقوقی نمی‌داند. اجرا و تحقق نظریه اول و به‌تبع آن ضامن ندانستن پزشک، سبب افزایش آمار خطاهای پزشکی و تلفات افزون‌تر است. علاوه‌بر این، رأی به صحت این برائت، که در واقع گونه‌ای از شرط عدم مسئولیت است، پیامدهایی دارد. تحقق انگاره دوم در عمل، صلاح بیمار و پزشک را بهتر تأمین می‌کند. این نظر اگرچه آرای مشهور فقها را به‌همراه ندارد، مستند به نظر برخی چون ابن‌ادریس است. مدعای کانونی و ایده محوری این جستار، تبیین و مدلل نمودن عدم لزوم اخذ برائت از بیمار در کسوت نادرستی شرط عدم مسئولیت، با نگاهی نو به ابعاد فقهی و حقوقی مسئولیت پزشک و با تقریر و صورت‌بندی دیگرگونه است.

### واژگان کلیدی

اذن، برائت، خطای پزشکی، رضایت، شرط عدم مسئولیت.

## ۱. مقدمه

ارائه خدمت به بیمار از سوی پزشک، از روابط خدماتی موجود و البته حیاتی در جامعه است؛ از یک سو مانند خدماتی است که سایر مشاغل ارائه می‌کنند، از دیگر سو از سایر خدمات به گونه بارزی، متمایز است، زیرا بیمار از میزان و چگونگی خدمات موردنظر مطلع نیست و پزشک، خود، تعیین‌کننده کیفیت خدماتی است که به بیمار می‌دهد. از جمله مسائل مهم حقوقی و فقهی حوزه پزشکی، مسئولیت مدنی پزشکان است.

مفروض دانستن یا اثبات شده تلقی کردن تقصیر، تعیین می‌کند که مسئول خسارات کیست و مشخص می‌کند چه فردی مکلف است خسارات را بپردازد. این مهم، خود، در جابه‌جایی بار ارائه دلیل و اثبات، نقش و تأثیر دارد. از سال ۱۳۳۹ تقصیر مبنای مسئولیت مدنی بود و در مورد پزشکان نیز قابل انطباق و عمل بود. از سال ۱۳۶۱ با تصویب قانون دیات و بعدها در قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۵، موادی به تصویب و اجرا رسید که با مبنای تقصیر (رویه پیشین) سازگار نبود. قانون مجازات اسلامی جدید (مصوب ۱۳۹۰) که در سال ۱۳۹۲ قابلیت اجرا پیدا کرد، به همان مبنای مورد عمل از سال ۱۳۳۹، برگشت. انگاره تقصیر در حوزه مسئولیت پزشک، حاکی از تعهد پزشک به وسیله است نه تعهد وی به نتیجه. متفرع و مترتب بر آن، پزشک فقط در صورت و در فرض تقصیر اثبات شده، مسئولیت دارد (نه در فرض و حالت دیگری) (رک: صفایی، ۱۳۹۱). قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در ماده ۳۱۹ مقرر داشت: «هرگاه طبیب گرچه حادث 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 خسارات مالی شود ضامن است». همان‌طور که از این ماده برمی‌آید، قانونگذار مبنای مسئولیت پزشک را محض و بدون تقصیر قرار داده است. برای تعدیل آن درجایی دیگر در ماده ۶۰ آورده است: «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او براءت حاصل نموده باشد ضامن خسارت جانی یا مالی نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن، ممکن نباشد، طبیب، ضامن نیست». قانون مجازات اسلامی جدید در ماده ۴۸۹ و در مقام

اصلاح مواد پیشین آورده است: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد، یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بی‌هوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود». در تبصره آن آمده است: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند برائت اخذ نکرده باشد». در ماده مذکور، مبنای تقصیر در مسئولیت پزشک پذیرفته شده است، آن هم نه تقصیر اثبات شده، بلکه تقصیر مفروض. به این معنا که پزشک اصولاً مسئول زیان‌های وارده به بیمار است، مگر اینکه عدم تقصیر او ثابت شود و پزشک می‌تواند عدم تقصیر خود را ثابت کند. به دیگر سخن، اصل این است که پزشک، مسئول زیان‌های وارده است، مگر آنکه بتواند تقصیر نداشتن و مآلاً عدم مسئولیت و ضمان خود را اثبات کند. اخذ برائت از ضمان (شرط عدم مسئولیت)، بار اثبات را جابه‌جا می‌کند، بدین معنا که اگر برائت اخذ نشده باشد، بار اثبات عدم تقصیر بر عهده پزشک و در صورت اخذ برائت، وظیفه اثبات تقصیر بر دوش زیان‌دیده است.

مسئله قابلیت تحریر دوگانه دارد؛ نخست اینکه فرض بر این باشد که شرط عدم مسئولیت، نادرست و ناموجه است، اما بحث این باشد آیا شرط برائت در عنوان شرط مسئولیت، موضوعاً وارد است یا نه؟ بدیهی است در این حالت بحث، صغروی است؛ یعنی اختلاف بر سر این خواهد بود که آیا شرط برائت از مصادیق شرط عدم مسئولیت است یا این‌گونه نیست و این دو عناوینی مغایر هم هستند؟ گونه دوم صورت‌بندی مسئله آن است که بگوییم شرط برائت، مصداقاً در عنوان شرط عدم مسئولیت، داخل است، اما بحث این باشد که شرط عدم مسئولیت، به سبب مبانی و آثار، موجه و مدلل است یا نه؟ ما شیوه و روش دوم را ملاک قرار می‌دهیم. هرچند صورت‌بندی تقریر نخست، پاسخ خاص خود را می‌طلبد، اما دقت کافی ممکن است ما را به این نتیجه برساند که تحریر محل نزاع (صورت مسئله)، به صورت نخست (صغروی بودن بحث) خالی از قوت نباشد.

به نظر می‌رسد لازمه و نتیجه اخذ برائت از پزشک، مخالفت با برخی موازین فقهی و حقوقی مانند لزوم اجرای تعهد و اسقاط ما لم یجب خواهد بود. علاوه بر آن حتی در صورت پذیرفتن شرط عدم مسئولیت، صحت آن منوط به ضوابطی مانند قصد درست، معقول بودن شرط، عدم مخالفت با قوانین حمایتی است که قرارداد بین پزشک و بیمار، فاقد برخی از این ضوابط است. افزون بر آن عدم ضمان پزشک در برابر معالجه بیمار را در پی خواهد داشت که خود سبب می‌شود در قدم نخست، دقت پزشک، کمتر شود و در نتیجه خطاهای پزشکی افزایش یابد و در گام دوم بار اثبات دعوا و اثبات وقوع تقصیر بر دوش بیمار باشد. درحالی که تحصیل رضایت به صورت آگاهانه می‌تواند مانع مسئولیت پزشک، به صورت مطلق باشد. از این رو آیا لازم دانستن اخذ برائت در حقوق ایران با مصلحت بیمار، سازگار است؟ گفتنی است پیش فرض ما این است که اخذ برائت، گونه‌ای از شرط عدم مسئولیت است. طبیعی است اگر مانند پاره‌ای از صاحب نظران (شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ۶۳) برائت را به «اذن»، تحویل و تأویل کنیم یا مانند برخی پژوهشگران (پوراسماعیلی، ۱۳۸۹: ۶۰) آن را به معنای «رضایت» بیمار «با شرایط آگاهانه و آزادانه» بدانیم، هم مسیر و هم نتیجه اخذ شده، متفاوت خواهد بود.

دیدگاه موافق اخذ برائت، برای ضامن نبودن پزشک، گرفتن برائت را لازم می‌داند، یعنی اگر پزشک برائت نگیرد، ضامن است. مخالف لزوم اخذ برائت نیز قائل است برای ضامن نبودن پزشک، گرفتن برائت، لازم نیست؛ یعنی لازم نیست پزشک، برائت بگیرد تا ضامن نباشد، بلکه اگر پزشک، برائت هم نگیرد، ضامن است. معنای این سخن این است که اگر برائت هم بگیرد، ضامن است.

به دیگر سخن، مخالفت با لزوم برائت یعنی برائت لازم نیست؛ یعنی با اخذ برائت هم، پزشک ضامن است. پس به طریق اولی بدون گرفتن برائت هم ضامن است؛ یعنی این گروه مطلقاً پزشک را (از نظر برائت، نه از نظر تقصیر)، ضامن می‌دانند (چه برائت اخذ شود و چه نشود)؛ یعنی برای ضامن ندانستن پزشک، برائت نقشی ندارد. بنابراین دیدگاه مخالف با لزوم برائت، به بی‌حاصل و بی‌نتیجه بودن برائت، تأویل و تحویل می‌شود؛ یعنی چه برائت باشد و

چه نباشد، نتیجه یکسان است. در این نوشتار، علاوه بر بی حاصلی شرط برائت، نادرستی آن در نظر و مشکل داشتن آن در عمل، دنبال می‌شود. افزودنی است که بحث بر سر ضامن دانستن پزشک و اسباب آن نیست، بلکه نگاه ما این است که برائت از آن جهت که نوعی از (یا همان) شرط عدم مسئولیت است، چه حکمی دارد و چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ بدین سبب در این جستار، تلاش شده است پس از بررسی مفاهیم مرتبط، پاسخی درخور و فراخور به این پرسش‌ها داده شود: اخذ برائت، از ابعاد و جهات مختلف، چه ایراد و اشکالاتی دارد؟ چرا از لحاظ نظری و تئوری از مبانی فقهی و حقوقی قویم و مستحکم، برخوردار نیست؟ چگونه برائت گرفتن از بیمار (شرط عدم ضمان) که گونه‌ای از (یا همان) شرط عدم مسئولیت است، با ادله و مبانی فقهی و حقوقی مورد استناد، همخوانی و هماهنگی ندارد؟ آیا از نظر عملی، سبب افزایش تلفات ناشی از خطاهای پزشکی نمی‌شود؟ سرانجام پیشنهادی متناسب و سازگار با نظام فعلی درمانی، پزشکی و سازگار با وضعیت حقوقی و اجتماعی ایران ارائه می‌شود.

## ۲. برائت و سازه‌های مفهومی مشابه

چندین واژه و اصطلاح وجود دارد که بررسی مفهومی و پی بردن به وجوه شباهت و تمایز آنها، تعیین‌کننده فرایند و مؤثر در تبیین بحث و نتیجه خواهد بود.

### ۲.۱. برائت

این واژه به معنای رهایی، خلاصی، وارheidگی، بیزاری از چیزی، تخلص، پاک شدن از عیب و تهمت و نیز خلاص شدن از قرض به کار رفته است. واژه‌شناسان، اصل «برء» و «براء» و «تبری» را به معنای کناره‌گیری و بیزاری از هر چیزی که مجاورت و همراهی با آن، خوشایند نباشد، می‌دانند (راغب، ۱۴۱۲ق: ۵۷). برائت در حقوق نیز با معنای لغوی، انطباق دارد و سازگار است، چراکه در این علم آنگاه که از برائت ذمه یا برائت کیفری، تعبیر می‌شود، خلاص شدن و رهایی اراده شده است. ممکن است برائت را خلاصه‌شده اصل برائت دانست. در هر صورت برائت در این بحث، به معنای این است که در صورت مرگ یا وخامت حال بیمار، پزشک در برابر وی، مسئولیتی نداشته باشد.

**۲.۲. مسئولیت**

مسئولیت، مقابل براءت است. واژه مسئولیت، به معنای مورد پرسش واقع شدن است. معمولاً ناظر بر تفکیک وظیفه در آنچه انسان عهده‌دار آن است، به کار می‌رود (عمید، ۱۳۵۷، ج ۱: ۹۵). در اصطلاح تعهد قانونی شخص به دفع ضرری است از دیگری که وی به او وارد می‌آورد؛ خواه ناشی از تقصیر او باشد یا از صرف فعالیت وی (عمید، ۱۳۵، ج ۱: ۹۵). بنابراین مسئولیت را می‌توان وضعیتی دانست که شخص را مطابق قانون در مقابل فعل یا ترک فعل، پاسخگو قرار می‌دهد. علاوه بر این منشأ تعهد پزشکی، تنها ناشی از انعقاد قرارداد با بیمار نخواهد بود، بلکه نظامات شغلی و قانون نیز از عوامل تعیین‌کننده حوزه مسئولیت پزشکی به‌شمار می‌رود.

**۲.۳. اذن**

اذن در لغت به معنای علم، رخصت و اباحه، استماع و فرمان آمده است (عمید، ۱۳۸۹: ۸۹). گاهی اذن، به اعلام رخصت و رضایت پیش از عمل، اما اجازه، به ابراز رضایت پس از عمل گفته می‌شود. معنای اصطلاحی، متأثر از معنای لغوی است. می‌توان اذن را اباحه فعل و قول ممنوع دانست یا آن را برطرف کردن منع و حجری تلقی کرد که با اسباب، مختلف ثابت شده است. اذن همچنین به معنای ساقط کردن حق یا برطرف کردن مانعی است که قانونگذار بر آن اثری، مترتب می‌کند (شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۸: ۲۷۳). برخی اذن را اجازه و رخصت مالک (یا فردی که در حکم مالک است) به تصرف در مال و اثبات ید بر آن می‌دانند (مراغه‌ای، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۵۰۶). از تعاریف چنین برمی‌آید که اذن در اصطلاح به معنای اجازه، اعلام رضایت و اباحه است. اگر اعلام رضایت، پیش از تصرف، داده شود، «اذن» نام می‌گیرد و اگر پس از تصرف باشد، به «اجازه» نامبردار است. بنابراین می‌توان اذن را انشای رضایت قانونگذار (یا مالک یا فردی که قانون، رضایت او را کارگر و مؤثر دانسته) به یک یا چند فرد معین و مشخص یا غیرمعین برای انجام عمل حقوقی یا تصرف دانست. در نتیجه، اذن، گونه‌ای اعلام رضایت (که واجد جنبه انشا نیز است) به صورت صریح یا ضمنی، توسط شخص محق یا دارنده سمت، به دیگری برای انجام کار

یا تصرفی است. از همین رو اذن به درمان به معنای مجاز دانستن و اباحه درمان است. اذن با مراجعه بیمار به پزشک محقق می‌شود. از همین رو نمی‌توان برای آن شرایط و ضوابط خاصی در نظر گرفت. کسب آگاهی‌ها و موارد لازم بر عهده بیمار است. اما در براءت، پزشک، آگاهی‌های لازم را به بیمار می‌دهد. این خود از وجوه تمایز اذن و براءت است. افزون بر آن اذن مربوط به رضایت برای عمل، اما براءت، ناظر بر نتیجه عمل است. به همین دلیل، پزشک نمی‌تواند رضایت بیمار به معالجه را، ابزار توجیه بی‌مهارتی یا بی‌احتیاطی خود قرار دهد (طاهری، ۱۳۷۶، ج ۲: ۳۷۱). به همین سبب در صورت احراز کوتاهی پزشک، اذن و براءت، رافع مسئولیت او نخواهد بود.

#### ۴.۲. رضایت

واژه رضایت به معنای خرسندی باطنی، پسندیدگی، میل و موافقت، ذکر شده است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴: ۳۲۳؛ عمید، ۱۳۸۹: ۵۷۳). رضایت در امر درمان با رضایت به‌عنوان یکی از شرایط اساسی صحت قرارداد و حتی قرارداد معالجه، متفاوت می‌نماید؛ چراکه رضایت به درمان، رضایتی است که دخالت پزشک در درمان را مشروع می‌سازد (جعفری تبار، ۱۳۷۷: ۶۳-۶۹). رضایت، گاه، صریح و گاه ضمنی است. رضایت صریح، آن است که بیمار با گفته یا نوشته (مانند سند عادی یا رسمی) و بدون هیچ‌گونه ابهامی ابراز می‌دارد. رضایت آگاهانه، این است که پزشک پس از بیان اطلاعات لازم درباره نوع درمان و پیامدهای آن از بیمار می‌گیرد و در صورتی که پزشک، آگاهی‌های لازم را ندهد و به درمان بپردازد، رضایت اخذشده، ناآگاهانه است.

با این توضیح، معلوم می‌شود اولاً: اذن از خانواده رضایت و از مصادیق آن بوده و بین آنها، نسبت منطقی عموم و خصوص مطلق، برقرار است؛ ثانیاً: اذن، کاشف خارجی و بیرونی (مُظهِر) رضایت است و بدون اذن، رضایت، صورت خارجی به خود نمی‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۱۹)؛ ثالثاً: رضایت بیشتر از براءت در برطرف کردن مسئولیت، نقش و تأثیر دارد. از آن‌رو که براءت گونه‌ای از شرط عدم مسئولیت است، در اعمال خطایی و ناخواسته، خود را نشان می‌دهد، نه در اقدامات عمدی و در حکم عمد.



عامل زیان را در اقدامات اخیر از مسئولیت، معاف نمی‌سازد. اما رضایت، قدرت معافیت‌سازی دارد. مستند این ادعا در فقه و حقوق، قاعده اقدام است که طبق آن هر کس به ضرر خود اقدامی کند، در مورد اقدام وی، کسی به نفع او مسئولیت مدنی ندارد. این امر موجب معافیت کامل زیان‌زننده از مسئولیت می‌شود، حتی اگر زیان‌دیده، به‌عمد به پیشواز خطر رفته باشد. در نتیجه می‌توان گفت در حقوق پزشکی، رضایت آگاهانه، عدم مسئولیت پزشک را در پی دارد.

برخی رضایت را ناظر بر مسئولیت کیفری و براءت را مربوط به مسئولیت مدنی می‌دانند (جعفری تبار، ۱۳۷۷: ۶۵). به همین سبب می‌توان اصلی‌ترین فایده اذن را مبرا ساختن پزشک از انتساب جرم و مسئولیت کیفری، در صورت تلف و نقص عضو دانست. پس اذن همان اباحه تصرف است و بر پایه آن پزشک می‌تواند به درمان بپردازد. استدلالی در قالب قیاس اولویت، لزوم وجود اذن را مدلل می‌کند؛ با این توضیح که به لحاظ مبانی فقهی، تصرف در مال دیگران، بدون اذن مالک (یا کسی که در حکم مالک است)، شرعاً ناروا و عقلاً قبیح است (لایجوز لاحد ان یتصرف فی ملک الغیر بغیر اذنه). از سوی دیگر، روشن است که مصلحت حفظ جان و نفس از مصلحت مال بالاتر است. نتیجه آنکه وقتی تصرف بدون اذن در مال دیگران، روا نباشد، به طریق اولی، تصرف در جسم بیمار و در معرض خطر قرار دادن آن، بدون اذن وی جایز نیست و نیازمند اذن بیمار است.

### ۳. شرط عدم مسئولیت (شرط عدم ضمان)

شرط عدم مسئولیت، شرطی است که به موجب آن، مسئولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر از آن پیش از اینکه تخلف از قرارداد، رخ دهد و خسارت پیدا شود، اسقاط و سلب شود. در مسئله رابطه پزشک و بیمار، براءت از مصادیق شرط عدم مسئولیت است، زیرا براءت یعنی عدم مسئولیت پزشک در برابر زیان احتمالی ناشی از درمان. آنگاه که پزشک هنگام قرارداد معالجه یا خارج از قرارداد از بیمار خود براءت می‌گیرد، بدین معناست که پزشک در صورت پدید آمدن خسارت و تحقق ارکان مسئولیت، در قبال بیمار، مسئولیت نداشته باشد. بنابراین می‌توان گفت ابراء پزشک آن است که بیمار یا اولیای وی قبل از درمان،

ذمه پزشک را نسبت به پیامدهای احتمالی درمان مبرا سازند. پس برائت یعنی شرط عدم مسئولیت (شرط عدم ضمان). به همین دلیل محور فرایندی (شکل و مسیر) بحث، بررسی شرط عدم مسئولیت است؛ یعنی برائت از آن جهت که مصداق یا همان شرط عدم مسئولیت است، محل بحث و گفت‌وگو و جای نقض و ابرام است. بنابراین مبانی صحت و بطلان برائت با عنوان همین شرط و با همین نام، شایان توجه است. عده‌ای آن را صحیح و جمعی آن را باطل می‌دانند و هر دسته، ادله‌ای بر مدعای خود اقامه می‌کنند.

### ۳. ۱. انگاره صحت شرط عدم مسئولیت

موافقان برائت و شرط عدم مسئولیت با استناد و به کمک ادله و مبانی فقهی و حقوقی این شرط را صحیح می‌دانند و تلاش بر مدلل بودن مدعای خود دارند.

#### ۳. ۱. ۱. ادله و مبانی فقهی

۳. ۱. ۱. ۱. روایت: طرفداران نظریه صحت شرط عدم مسئولیت برای اثبات مدعای خود به روایت استناد می‌کنند. سکونی گزارش می‌دهد امام صادق(ع) از امیرالمؤمنین(ع) نقل کرده است: «هر کس طبابت می‌کند یا به معالجه حیوان می‌پردازد، از ویش برائت اخذ کند وگرنه ضامن است» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰: ۲۶۰). اینان می‌گویند این روایت، اخذ برائت را که نوعی شرط عدم مسئولیت است، مشروع و مجاز می‌داند. البته برخی فقها، به دلیل واژه «ولی» در روایت، آن را ناظر به صغیر و مجنون می‌دانند. با این بیان که این افراد مجنون و صغیرند که دارای «ولی» هستند، نه اشخاص رشید و افراد عاقل (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۳۷۳). این گروه ضعف سندی حدیث (به دلیل وجود سکونی در نقل حدیث) را چنین پاسخ می‌دهند که عمل مشهور، ضعف سند را جبران می‌کند؛ یعنی آنگاه که متن و مفاد روایت مورد پذیرش فقهیان قرار گرفت و به آن عمل شد، ضعف سند، جبران شده و ضعیف، تلقی نمی‌شود. بنابراین می‌توان گفت روایت، ناظر بر اخذ برائت کلی و عام است؛ یعنی از کلیت، شمول، فراگیری و عمومیت آن می‌توان استنباط کرد هر صاحب حرفه‌ای از جمله پزشک (که به طور منصوص ذکر شده است)، می‌تواند در ضمن

قرارداد معالجه و برای رفع مسئولیت احتمالی خود، برائت بگیرد (شیرازی، ۱۴۰۹ق، ج ۹۰: ۸۰؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴: ۲۳۰).

۳. ۱. ۱. ۲. **قاعده المومنون عند شروطهم:** برای اثبات صحت شرط عدم مسئولیت پزشک، می‌توان به قاعده شروط یعنی *المومنون عند شروطهم*، استناد و استدلال کرد. مفاد این قاعده تجویز می‌کند شروطی که منع عام یا خاصی از ناحیه شارع ندارند، قابل اندراج در عقد هستند. پزشک (به‌عنوان یکی از طرفین عقد) نیز می‌تواند در ضمن عقدی که متضمن ارائه خدمات است، تبری از مسئولیت (برائت و عدم ضمان) را شرط کند. شرط برائت (شرط عدم ضمان) در مبانی و ادله فقهی، سائغ و جایز شمرده شده است، بنابراین آوردن آن در ضمن عقد ارائه خدمات درمانی و طبابت، بی‌اشکال است. متفرع بر آن، طرفین باید به آن، ملتزم و پایبند باشند.

اشکال و ایراد اساسی که فرا روی صاحبان این دیدگاه است، ناهماهنگی و ناهمخوانی شرط برائت و شرط عدم مسئولیت با قاعده «عدم جواز اسقاط و ابراء مالم یجب» است. به نظر موافقان، شرط عدم مسئولیت، موجب اسقاط و ابراء مالم یجب نمی‌شود، چراکه شرطی است که زمینه اجرای آن فراهم شده است. به دیگر سخن، شرط عدم ضمان پزشک، ابراء از دینی است که سبب آن ایجاد شده و بنابراین نمی‌تواند «ابراء و اسقاط مالم یجب» تلقی شود، زیرا خود قرارداد پزشکی، موجب تعهداتی است که نقض آنها به مسئولیت پزشک منجر می‌شود و همین، سبب مسئولیت است و وقوع زیان، شرط ایجاد مسئولیت است و ابراء هم از دینی صورت گرفته است که سبب آن ایجاد شده است. این همانند آن دینی است که سبب آن ایجاد شده و می‌توان آن را ضمانت کرد. البته صاحب جواهر این مورد را از مصادیق اسقاط مالم یجب نمی‌داند. وی می‌گوید: «این امر از مصادیق ابراء قبل از ثبوت حق (دین) نیست. بلکه اذن در امری است که مقتضی عدم ثبوت حق است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳: ۴۸)؛ یعنی وقتی بیمار برائت می‌دهد، حقی ثابت نمی‌شود تا با موارد بعدی رفع شود. بلکه برائت را اذنی می‌داند که اقتضا می‌کند ذی‌حق نبودن بیمار در مطالبه از پزشک. به دیگر سخن، اصلاً مقتضی مطالبه، وجود ندارد. بنابراین از این نظر، آن را با

مشکلی مواجه نمی‌بیند. برخی روایت را نصی می‌دانند که اجتهاد (تمسک به ابراء و اسقاط مالم یجب) در مقابل آن روا و صحیح نیست (شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲: ۶۳).

مؤیدی هم بر ادعای موافقان، وجود دارد. یکی از احکام خاص معاملات، خیار است. درحالی‌که پاره‌ای از خیارات، مدتی بعد از معامله، تحقق می‌یابد، اما می‌توان در ضمن قرارداد، آنها را اسقاط کرد، چراکه با انجام معامله، زمینه آن فراهم شده است. به همین سبب می‌توان به گونه‌ی ضمنی آن را اسقاط کرد. اخذ براءت توسط پزشک از بیمار یعنی شرط عدم مسئولیت (شرط عدم ضمان) نیز همین وضعیت و حالت را دارد، یعنی زمینه و مقدمات آن فراهم شده است.

۳. ۱. ۱. ۳. **ضرورت و مصلحت:** دلیل دیگری که این نظریه را پشتیبانی می‌کند، ضرورت و مصالح جامعه است، چراکه با توجه به نیاز اساسی، فراگیر و حیاتی عموم مردم به امر مهم درمان و طبابت و از سویی لزوم فرا گرفتن این حرفه و انجام معالجه بیماران، اینکه پزشک مسئول عواقب و زیان‌های ناشی از معالجه باشد و راهی به رهایی نداشته باشد، تمایل و رغبت به حرفه پزشکی را کم خواهد کرد و این برخلاف نیاز و مغایر با مصالح جامعه است.

این دلیل با تقریر دیگری ذیل عنوان نفی عسر و حرج قرار می‌گیرد. اگر افراد از ترس و خوف مسئول و ضامن شدن، سراغ حرفه پزشکی نروند، جامعه با فقدان یا کمبود پزشک، روبه‌رو شده و این موجب اختلال امور و عسر و حرج در زندگی مردم می‌شود. محقق حلی با این عبارت «لأن العلاج مما تمس الحاجة إليه فلو لم يشرع الإبراء تعذر العلاج» نکته مذکور را بیان می‌کند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۲۳۲). این دلیل با صورت‌بندی دیگری با عنوان اصل انصاف و عدالت، قابل بیان است؛ یعنی اصل عدالت و انصاف، اقتضا نمی‌کند از یک سو پزشک، ملزم به طبابت و معالجه بیمار بوده و از طرف دیگر ضامن نتایج زیانبار آن باشد.

۳. ۱. ۱. ۴. **قیاس اولویت:** رضایت مجنی‌علیه را می‌توان با ابرای مریض، قیاس کرد. اگر مجنی‌علیه قبل از مرگ، جانی را از قصاص نفس، عفو کند، ضمان از جانی ساقط

می‌شود. پس به طریق اولی در فعل مباحی مانند معالجه اگر بیمار قبل از بروز خسارت، پزشک را ابراء کند، حکم به جواز داده می‌شود. قبل از آنکه مجنی‌علیه فوت کند، حق قصاص وجود ندارد، تا قابل عفو و برائت باشد. اما در این حالت مجنی‌علیه می‌تواند او را عفو کند؛ یعنی وقتی در امر مهمی مانند قصاص، ابراء قبل از تحقق موجب قصاص، اشکال ندارد، به طریق اولی در امر درمان، ابراء و برائت، کارگر و مؤثر است.

۳. ۱. ۱. ۵. اصل آزادی اراده: این اصل چنین توصیف می‌شود که آدمی در افعال و ترک آزاد است، جز در موارد الزامات شرعی و قانونی. به دیگر سخن، هرگاه عقدی واقع شود و به جهتی از جهات در نفوذ اراده متعاقدين، شک شود، اصل آزادی اراده، منعی برای نفوذ آن نمی‌بیند. البته اصل آزادی اراده در مفهوم اعم خود محدود به قرارداد نیست، بلکه ایقاعات و سایر افعال غیر حقوقی را در برمی‌گیرد. ماده ۱۰ قانون مدنی، بر اصل آزادی قراردادی تأکید و تأیید کرده است. بنابراین آزادی اراده، اصلی مسلم تلقی شده است و جز در موارد و موانع قانونی، اراده اشخاص، بر سرنوشت پیمان‌های ایشان، حاکم است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۴۴). نتیجه مهم اصل آزادی اراده آن است که اشخاص می‌توانند قراردادهای خود را با هر عنوان و با شروطی که مایل باشند، منعقد ساخته و نتایج و آثار آن را به دلخواه، معین کنند. مهم‌ترین دلیل فقهی این اصل، آیه ۱ سوره مائده است: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود...». مفاد آیه این است که وفای به هر چه عرفاً عنوان عقد بر آن صادق باشد، واجب است. معنای وفای به عقد نیز عبارت است از عمل بر طبق مقتضای آن. حکم موجود در این آیه، شامل معاملات و قراردادها و شروط مندرج در این قراردادها می‌شود. با توجه به عمومیت آیه شریفه نسبت به همه عقود و قراردادها می‌توان چنین استنباط کرد که هر قراردادی (با همه شروط مندرج در آن) که در عرف، مصداق عقد دانسته شود، معتبر و لازم‌الوفاست. قرارداد رفع مسئولیت از پزشک نیز تحت همین عنوان قرار می‌گیرد.

۳. ۱. ۲. ۱. مؤیداتی از قوانین موجود

۳. ۱. ۲. ۱. ۱. ماده ۳۸۶ قانون تجارت

قانون تجارت کشور اگرچه عدم مسئولیت کلی متصدی حمل و نقل را نپذیرفته، ذیل ماده

۳۸۶ آمده است: «طرفین قرارداد می‌توانند بر میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت مال‌التجاره توافق کنند». بنابراین متصدی حمل و نقل می‌تواند با تعیین مبلغ کمی، خود را از قید مسئولیت رها کند. به عبارت دیگر، شرط کاهش مسئولیت، مورد قبول واقع شده است.

### ۳. ۱. ۲. ۱. ماده ۳۸۱ قانون تجارت

در این ماده مقرر شده است: «اگر عدل بندی عیب ظاهر داشته باشد و متصدی حمل و نقل بار بدون قید عدم مسئولیت قبول کرده باشد، مسئول آواری خواهد بود». بنابراین متصدی حمل و نقل در صورتی مسئول آواری خواهد بود که مال را بدون قید عدم مسئولیت، قبول کرده باشد. مفهوم مخالف آن چنین است که در صورت قبولی با قید عدم مسئولیت، مسئول آواری نخواهد بود.

### ۳. ۱. ۲. ۱. ماده ۲۳۰ قانون مدنی

این ماده بیان می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است، محکوم کند». بنابراین قبول وجه التزام، پذیرش شرط عدم مسئولیت تلقی می‌شود. با تعیین وجه التزام، متعهد، خود را از مسئولیت بیشتر، معاف می‌کند و از این نظر نوعی شرط عدم مسئولیت شمرده می‌شود. با وجود تفاوت بین شرط عدم مسئولیت و وجه التزام، در حالی که میزان خسارتی که وارد می‌شود از مبلغ وجه التزام بیشتر باشد، با عنوان شرط عدم مسئولی، انطباق دارد.

### ۳. ۱. ۲. ۱. ماده ۴۳۶ قانون مدنی

در این ماده قانونی آمده است: «اگر بائع از عیوب مبیع، تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب، حق رجوع به بائع را نخواهد داشت». در این ماده، امکان سلب مسئولیت عیوب، کالا پیش‌بینی شده است؛ یعنی ماده مذکور، شرط عدم مسئولیت را صحیح دانسته است.

### ۳. ۱. ۲. ۱. ماده ۴۴۸ قانون مدنی

طبق این ماده: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان ضمن عقد شرط نمود»،

در صورتی که طرفین معامله سقوط اختیارات را شرط کنند، در واقع مسئولیت خود را در این زمینه، سلب کرده‌اند. بنابراین، شرط سقوط تمام یا برخی از اختیارات، گونه‌ای از شرط عدم مسئولیت است.

### ۳. ۱. ۲. ۱. ۶. ماده ۷۵۲ و ۷۵۴ قانون مدنی

در ماده ۵۷۲ آمده است: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود». بنابراین وقوع تنازع ضرورتی ندارد و اگر زمینه ایجاد دعوا باشد، با انعقاد صلح از بروز نزاع پیشگیری می‌شود. شرط کردن عدم مسئولیت، گونه‌ای از صلح مشروع است. همان‌گونه که ماده ۷۵۴ هر صلحی را نافذ می‌داند، به‌جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد. در مواد بالا، صحت شرط عدم مسئولیت در حالت‌هایی مورد پذیرش قرار گرفته است که عقد برای اموری مادی صورت پذیرد و آنچه شرط می‌شود عدم مسئولیت در قبال مال است. از این رو قانونگذار برای جلوگیری از نزاع احتمالی، استثنائاتی را پذیرفته است.

### ۳. ۲. انگاره ناروایی شرط عدم مسئولیت

توالی فاسدی و پیامدهای غیرقابل پذیرش دیدگاه نخست، می‌تواند مهم‌ترین دلیل درستی سخن و مدعای دیدگاه دوم باشد. نظریه پیشین به‌گونه‌ای است که نتایج و لوازمی دارد که نمی‌توان به آنها ملتزم شد. با ابطال و نادرست بودن لوازم آن نظریه، صواب و صائب بودن نظریه دوم، رخ‌نمایی می‌کند. البته ادله مستقل و قوی برای اثبات مقصود اقامه می‌شود.

۳. ۲. ۱. روایت معروفی که موافقان به استناد می‌کنند، به جهت سند، ایراد دارد. در زنجیره سند این روایت، سکونی و نوفلی قرار دارند که مورد نقد عالمان رجالی هستند. سکونی دارای مذهب شیعه نیست و از عامه روایت کرده و نوفلی هم، علی‌رغم تشیع، در پایان زندگی، مسیر غلو را طی کرده است (محقق اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴: ۲۲۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵: ۲۲۸). شهید ثانی با عبارت: «الاولی الاعتماد علی الاجماع لا علی الروایه لضعف سندها بالسکونی» بر این مسئله تصریح دارد (شهید ثانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰: ۱۱۰؛ نیز ر.ک: اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۵: ۲۲۸-۲۲۶). صرف نظر از اشکال یادشده که ممکن است

شهرت عملی این ضعف را جبران کند، در مورد دلالت و مفاد حدیث، نکاتی قابل ذکر است:

**نخست:** احتمال دارد مراد معصوم (ع) یکی از این سه گزاره باشد: «پزشک باید قبل از درمان و طبابت از «ولی» مریض، براثت بگیرد». گزاره دوم: «پزشک باید قبل از درمان و طبابت از ولی مریض، اذن بگیرد». سومین گزاره: «پزشک باید قبل از درمان و طبابت از ولی مریض، کسب رضایت کند». با وجود احتمالات مختلف، تصلب بر یک معنا، با منطق علمی و روشمند مجتهدانه، سازگار نیست. هرچند گزاره دوم و سوم می‌تواند از قوت برخوردار باشد، یعنی ممکن است منظور این باشد که پزشک بدون اجازه و اذن ولی، خودسرانه مبادرت به طبابت و درمان نکند؛ یعنی شرط اساسی ورود به درمان بیمار، اذن و رضایت «ولی» او است. اگر این‌گونه باشد، با براثت مصطلح و موردنظر، تفاوت دارد و مدعای موافقان را به کرسی اثبات نزدیک نمی‌کند.

**دو:** اخذ براثت یا اذن، چرا از «ولی» باشد و نه از خود بیمار؟ احتمالات مختلفی قابل تصور است: یک احتمال این است که علت ذکر واژه «ولی» این است که مورد سؤال و پاسخ امام (ع) جایی است که بیمار، صغیر و مجنون است. طبیعی است که «ولی» باید تصمیم بگیرد، نه صغیر و مجنون. احتمال دیگر این است که امام (ع) قدر مشترک را گفته‌اند، زیرا ولی و اختیاردار حیوان، مالک آن است و «ولی» انسان در برخی موارد (صغیر و جنون)، شخص دیگری غیر از خود انسان است. احتمال سوم این است که «ولی» معنای عام دارد. «ولی» یعنی هر کسی که باید در مورد مسئله طبابت و درمان، تصمیم بگیرد. از همین رو هم شامل خود انسان (چراکه هر فردی بر خودش ولایت دارد) و هم شامل هر فرد دیگری هم که در برخی حالات، «ولی» انسان است، می‌شود و هم مالک حیوان را در برمی‌گیرد. بنابراین به معنای «ولی» اصطلاحی نیست که متبادر از آن، فرد دیگری (غیر از خود فرد) است.

**سه:** آنچه موضوع براثت پزشک قرار می‌گیرد، ذمه‌ای است که در صورت فوت مریض،



محقق می‌شود. حال تا زمانی که مریض فوت نشده باشد، دینی ایجاد نمی‌شود تا شخص بتواند دیگران را از پرداخت آن بری سازد. افزون‌بر آن، بیمار در صورت فوت، «ولی» خودش نیست تا بتواند برای بعد از مرگش، تصمیم بگیرد. مریض، مجاز نیست پزشک را از حقوق دیگران (وارثان) بری‌الذمه کند، زیرا در صورت فوت، ولایت بر حق و حقوق ناشی از عملکرد نادرست پزشک به وارثان می‌رسد. در نتیجه، مجموع ابهامات و تردیدهای ذکر شده، این اجازه را می‌دهد که روایت از شمار ادله موافقان خارج شود. البته نمی‌توان از قدر متیقن چشم‌پوشی کرد. به نظر می‌رسد قدر متیقن این است که فی‌الجمله و اجمالاً در برخی حالات، پزشک، ضامن نیست. اما اینکه برائت به کدام معنا باشد؟ و پزشک در کدام حالت‌ها، ضامن است؟ و اینکه «ولی» چه کسی است؟ معلوم نیست و روایت از این جهات، دچار اجمال است. نتیجه، بی‌بهره بودن موافقان از مفاد روایت مذکور برای ادعای خود است.

۳. ۲. ۲. از پیامدهای دیدگاه اول (شرط عدم مسئولیت)، اختیاری شدن اجرای تعهد است. در حالت شرط عدم مسئولیت، گویا فرد درحالی که در قرارداد، به انجام فعل یا ترک فعل، متعهد می‌شود، همچنین می‌تواند شرط کند که نسبت به انجام تعهد، مسئولیتی نداشته باشد. بدیهی است در این صورت، تعهد، ماهیت و جوهره خود (التزام) را از دست می‌دهد و اختیاری می‌شود. در نتیجه، شرط، خلاف مقتضای عقد خواهد بود. به تعبیر دیگر، شرط کردن عدم مسئولیت توسط فرد متعهد با نتیجه تعهد (که پیدایش تکلیف، همراه با ضمانت اجراست) همخوان و سازگار نیست و مآلاً این تعهد، مفهوم حقوقی و ماهیت خود را از دست می‌دهد.

۳. ۲. ۳. عارضه دیگر شرط عدم مسئولیت یا شرط برائت، ابراء و اسقاط مالیم‌یجب است. مشهور فقهیان، اسقاط مالیم‌یجب را باطل دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ۱۴۵) از آن رو که شرط عدم مسئولیت را نیز اسقاط مالیم‌یجب می‌دانند، نتیجه می‌گیرند که این شرط (عدم مسئولیت) نیز باطل است. شیخ انصاری می‌گوید: «فلا يقبل الإسقاط و لذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ۱۴۵). این پیامد و سخن را

می‌توان در قالب یک قیاس منطقی بیان کرد: شرط عدم مسئولیت، یک نوع «ابراء و اسقاط مالم یجب» است و «اسقاط و ابراء مالم یجب» باطل است. پس شرط براءت و عدم ضمان، باطل است.

۳.۲.۴. مخالفت و ناسازگاری با نظم عمومی: یکی از پیامدهای شرط عدم مسئولیت، مخالفت و ناسازگاری با نظم عمومی است که از اهداف بسیار مهم وضع و اجرای قوانین است. مسئولیتی که در نتیجه تقصیر برای اشخاص به وجود می‌آید با نظم عمومی، ارتباط نزدیک دارد. به بیان دیگر، قوانین مربوط به مسئولیت مرتکب تعدی و تفریط، از قوانین امری به حساب می‌آید. به همین دلیل نمی‌توان از طریق قراردادهای خصوصی از اجرای این قوانین سر باز زد و مسئولیت را از بین برد یا از آن کاست (امامی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۷۲).

۳.۲.۵. اصل: گویا قانونگذار، اصل را بر صحیح نبودن شرط عدم مسئولیت گذاشته و پس از آن اقدام به اخراج و استثنا کردن مصادیقی از آن کرده است. وجود استثنائات، دال بر آن است که در مواردی غیر از آنچه استثنا شده، شرط عدم مسئولیت، پذیرفته نیست. منطق طراحی و تأسیس اصل و ذکر استثنا، دلیل محکمی است بر اینکه شرط عدم مسئولیت، صحیح نیست، چراکه قانونگذار در مقام بیان قاعده و ذکر استثنائات، فقط چند مورد خاص را استثنا کرده است. بنابراین اصل را بر عدم صحت شرط مسئولیت دانسته است. به همین دلیل دیدگاهی که مدعی استثناست و می‌گوید شرط براءت، استثنا شده است، نیازمند دلیل است، نه دیدگاهی که معتقد به اجرای اصل اولیه است. از همین رو اخراج و استثنای موارد دیگر (به جز مواردی که ذیل دیدگاه موافق، استثنابودنشان ذکر شد)، از شمول اصل عدم صحت شرط عدم مسئولیت، نیازمند دلیل ویژه و خاص است. در نتیجه، استثنائات این اصل و قاعده را نمی‌توان به سایر موارد تسری داد و مجاز نخواهیم بود آن را دلیلی بر صحت شرط عدم مسئولیت بدانیم.

۳.۲.۶. عدم تحقق ضوابط نفوذ شرط: هر شرطی که قرار است در معاملات و قراردادها ذکر شود، باید دارای ضوابطی باشد. شرط عدم مسئولیت نیز باید آن ضوابط و

قواعد را دارا باشد. دقت نشان می‌دهد که برخی از این ضوابط، در شرط برائت (شرط عدم مسئولیت)، وجود ندارد. این گونه قرارداد که متضمن شرط عدم مسئولیت است، مانند سایر موارد باید همراه قصد و عدم اکراه باشد. همچنین آلوده به سوءاستفاده، فریب و اضرار عمدی نباشد و قوانین امری را نیز نقض نکند. در غیر این صورت، نافذ نیست. اخلاق، نظم عمومی و قوانین امری از عوامل کنترل‌کننده و حاکم بر شرط عدم مسئولیت به‌شمار می‌روند.

۳.۲.۶.۱. قصد شرط عدم مسئولیت، زمانی مؤثر و کارگر است که مورد قصد (مقصود) طرفین بوده و هر دو از آن آگاه باشند. در غیر این صورت، شرط عدم مسئولیت در قالب ایقاع شرط عدم مسئولیت تنها با اراده مدیون یا متعهد است. یکی از مهم‌ترین موارد، حالتی است که متعهد در تعهد به نفع ثالث و در قبال عدم انجام آن، شرط عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت می‌کند. در این موارد، ثالث نمی‌تواند اجرای تعهد به نفع خود را مطالبه کند و شرط تحدید مسئولیت یا عدم مسئولیت در قبال ثالث را نادیده انگارد، زیرا در این صورت، گویا فرد به تعهدی ناخواسته، پایبند و ملتزم می‌شود.

۳.۲.۶.۲. معقول بودن و رعایت اصل قسط: شرط عدم مسئولیت باید منصفانه و معقول (قابل تصور به گونه شفاف) باشد. از مهم‌ترین شاخص‌های معقولیت آن است که معنای واضح داشته و معلوم باشد و به‌طور خاص (و نه کلی و مبهم) مشخص شود. بنابراین معافیت با تعبیری کلی و مبهم مانند «هرگونه ضرر» یا «هرگونه عیب»، فاقد ویژگی معقولیت است، چراکه زمینه سوءاستفاده از حق را فراهم می‌آورد و موجب بی‌عدالتی و برهم خوردن تعادل قرارداد می‌شود و به فریب و تعدی به‌طرف دیگر معامله می‌انجامد. علاوه بر این عقلاً در شرایط عادی به زیان سلامت خود، شرط عدم ضمان نمی‌کنند. خردمندان در موارد و قراردادهایی که مربوط به جسم، جان، سلامت و حیات آدمی باشد، بسیار دقیق، حساب‌شده و بااحتیاط عمل می‌کنند. به‌نظر می‌رسد اگر شرط عدم ضمان به‌گونه‌ای غیرمعقول و بدون ملاحظه مبنا و اصل عدالت و ناسازگار با قسط و انصاف باشد، غیرنافذ است. در مسئله اخذ برائت از بیمار که نوعی شرط عدم مسئولیت است، در

واقع بیمار برخلاف میل قلبی و درونی که همانا حفظ سلامت جسم و جان است، عمل کرده است. در نتیجه این‌گونه عمل کردن از روش عاقلان، فاصله دارد و بنای خردمندان آن را بر نمی‌تابد.

۳.۲.۳. علم به عیب: فروشنده حرفه‌ای نسبت به عیوب، عالم، فرض می‌شود، چراکه زمانی که شخص به گونه حرفه‌ای در زمینه‌ای فعالیت می‌کند، بدون آگاهی کامل نباید اقدام کند. نتیجه مترتب بر همانندی فروشنده حرفه‌ای به شخص عالم به عیب، آن است که شروط کاهش یا اسقاط مسئولیت او باطل است؛ یعنی ارائه‌دهنده خدمات (پزشک) و گیرنده آن (بیمار) از کم و کیف دقیق عیب و مقدار وقتی که باید صرف آن شود، آگاه نیستند.

### ۳.۲.۷. خطای پزشکی

یکی از مشکلات و پیامدهای لازم دانستن اخذ برائت و صحیح دانستن شرط عدم مسئولیت، افزایش خطاهای پزشکی است. به همین سبب بررسی این مقوله در قالب تعریف و آمارهای مختلف، بایستگی و لزوم بیشتری پیدا کرده و مدعای ما را به کرسی اثبات نزدیک‌تر می‌سازد و آن را پذیرفتنی‌تر می‌کند. خطای پزشکی، به گونه‌هایی مختلف، تعریف شده است. از جمله قصور خدمت یا ارتکاب عمل اشتباه در برنامه‌ریزی یا اجرا که به‌طور بالفعل یا بالقوه، سبب نتیجه ناخواسته می‌شود. این تعریف به‌طور مشخص، حیطه‌های کلیدی علل خطا را در برمی‌گیرد. در برخی موارد خطای پزشکی، کوتاهی در اجرای کامل اقدامات برنامه‌ریزی‌شده یا استفاده از روش اشتباه برای رسیدن به یک هدف دانسته می‌شود. براساس متون حقوقی کشور ما نیز خطای پزشکی این‌گونه، قابل تعریف است: اقدام یا عدم اقدام پزشک که موجب تحمیل خسارت جسمی، مالی یا معنوی به بیمار شود. البته تنوع خطاها، بسیار است. به‌نظر می‌رسد تعاریف موجود، از جامعیت و مانعیت لازم بی‌بهره‌اند. تعریف خطای پزشکی به تخطی و تخلف از انجام یک وظیفه که مستقیماً منجر به آسیب شود (معیری و دیگران، ۱۳۹۸). با توجه به درنظر گرفتن عناصر و مؤلفه‌های تخطی، وظیفه، رابطه سببیت و آسیب، به‌نظر می‌رسد تعریفی بهتر و مناسب‌تر باشد.

۳. ۲. ۷. ۱. واقعیت از زبان آمار: آمارها حاکی است خطاهای پزشکی، مشکل بزرگ طب و درمان امروز دنیا محسوب می‌شوند. تنها میزان مرگ‌ومیر حاصل از خطاهای پاتروژنیک (مرگ‌ومیرهای پاتروژنیک، مردن‌هایی است که با عملکرد و درمان پزشک ایجاد می‌شوند، حتی اگر به‌درستی تجویز شده باشند) رقمی بین ۲۳۰ تا ۲۸۴ هزار مورد در سال هستند و از رقم پیشین خود (۲۲۵ هزار مورد در سال) بیشتر است. از همین رو پس از علل دیگر، خطاهای پزشکی سومین علت مرگ‌ومیر در آمریکاست. در رتبه چهارم، مرگ‌ومیر ناشی از سکت‌های مغزی قرار دارد که از نظر آماری، فاصله بسیار زیادی با عامل سوم یعنی خطاهای پزشکی دارد. سالانه بیش از ۲۲۵ هزار مرگ به‌علت اشتباه پزشکان تنها در آمریکا رخ می‌دهد. از این تعداد ۱۲ هزار مورد فقط به‌علت انجام جراحی‌های غیرضرور است. حدود ۷ هزار مورد از اینها ناشی از تجویز اشتباه داروست. بیش از ۸۰ هزار مورد از آمار مذکور به‌علت بروز عفونت‌هایی است که پزشکان از طریق درمان یا مداخلات خود در بیمارها به‌وجود آورده‌اند. بالغ بر ۱۰۶ هزار مورد از این آمار ناشی از عوارض جانبی داروهاست. به‌عبارت دیگر حتی در زمانی که پزشک داروی مناسب تجویز می‌کند، در بسیاری از موارد به‌علت عوارض جانبی این داروها، بیمار فوت می‌کند. در مجموع، تمام این موارد سبب ۲۲۵ هزار مورد مرگ پاتروژنیک در آمریکا می‌شوند (John T. James 2013). البته این آمارها عمق ماجرا را مشخص نمی‌کنند، چراکه این اطلاعات، تنها بیماران بستری در بیمارستان‌هاست. درحالی‌که این عوارض در موارد درمان سرپایی نیز امکان بروز دارند. به همین سبب با افزودن بیماران سرپایی به این موارد، آمار افزایش پیدا خواهد کرد. گفتنی است اطلاعات مزبور، تنها ناظر بر فوت است. بسیاری از اشتباهات پزشکی، موجب معلولیت، ناتوانی، وخامت حال یا ناخوشی بیشتر بیمار می‌شوند. اگر این اشتباهات نیز به موارد پیشین، اضافه شوند، آمارها افزایش چشمگیری می‌یابد. بنابر اعلام انجمن پزشکی آمریکا، مرگ سالانه ۴۴ تا ۹۸ هزار بیمار در اثر خطاهای پزشکی بیمارستان‌ها (تا ۱۹۵ هزار نفر در برخی آمارها) و آسیب جدی ۵۰۰ هزار نفر و خسارت ۳۷/۶ میلیون دلار که ۱۷ میلیون آن قابل پیشگیری است. هر سال ۱۶۰ هزار خطای اشتباه

اطلاعات شخصی در آزمایشگاه‌ها و ICUها اتفاق می‌افتد. در یک دهه، مرگ‌هایی که به سبب تداخلات پزشکی ایجاد شده است، تقریباً ۸ میلیون مورد است که بیشتر از کل کشته‌های است که آمریکا در همه جنگ‌ها داشته است. حدود ۷۰۰۰ بیمار هر ساله به علت دست‌خط‌های نامرتب و در هم و برهم می‌میرند. ۵/۷ میلیون جراحی و درمان‌های غیرضروری در سال انجام می‌گیرد. بیش از نیمی از جمعیت آمریکا درمان‌های پزشکی غیرضروری دریافت می‌کنند که برابر ۵۰۰۰۰ نفر در روز است. ۴۲ درصد مردم مستقیماً از طریق اشتباهات پزشکی یا دارویی تحت تأثیر قرار می‌گیرند (John T. James, 2013). در کشور ما آمار مدونی در دست نیست. اما به نظر می‌رسد که میزان خطاهای پزشکی به دلایل مختلف بسیار بالا باشد. افزایش پرونده‌های ارجاعی شکایت مردم از پزشکان به نظام پزشکی، نشان این ادعاست. براساس آمار اعلامی، شکایت‌های ناشی از خطاهای پزشکی سالانه ۵ تا ۱۰ درصد افزایش می‌یابد. میزان پرونده‌های رسیدگی‌شده در کمیسیون‌های مرتبط در سال ۱۳۹۰ حدود ۲۱۰۰ شکایت و این میزان در سال ۱۳۹۱ با افزایش ۵ تا ۱۰ درصد ۲۳۰۰ پرونده رسیده است و در سال ۱۳۹۳ نیز در همین حدود در حال رسیدگی بوده است (روزنامه وطن امروز، شماره ۱۳۶۹، یکشنبه ۲۹ تیر ۱۳۹۳).

برآوردها نشان می‌دهند در کشورهای توسعه‌یافته به ازای هر ده بیمار، یک بیمار در طول دریافت خدمات مراقبتی در بیمارستان صدمه دیده است که دامنه وسیعی از خطاها یا حوادث شدید ممکن است سبب بروز صدمه شده باشد. در کشورهای در حال توسعه، احتمال صدمه به بیمار در بیمارستان بسیار بیشتر است. خطر احتمالی عفونت‌های اکتسابی در بیمارستان در برخی از این کشورها حدود ۲۰ برابر بیشتر از سایر کشورهاست. با دقت در این آمارها و توجه به خسارت‌های جانی و جانی برخاسته از خطاهای پزشکی به نظر می‌رسد در بری دانستن پزشک از مسئولیت باید با وسواس و حساسیت بیشتری عمل کرد، حتی اگر این اخذ براءت صرفاً فایده‌جابه‌جایی بار اثبات دلیل را داشته باشد. کاستن از خطاهای پزشکی که آمارها گویای فراوانی، تعدد، تکرار و تنوع آن است، راه‌های گوناگونی دارد. یکی از این راه‌ها توجه دادن پزشکان به بی‌اثر بودن اخذ براءت از بیماران است. البته

این مهم، مصوبه مراجع قانونی را می‌طلبد. بدین ترتیب لازم می‌نماید به اخذ برائت از ضمان به‌عنوان شرط عدم مسئولیت، نگاهی نقادانه داشت.

### ۳. ۲. ۸. مصلحت جان

اهتمام بسیار جدی شارع به حفظ جان و نفس بسیار روشن و بدیهی است. حفظ جان انسان مورد توجه و عنایت ویژه شارع مقدس است. این اهتمام به حفظ جان و حیات آدمی تا آن اندازه است که احکامی مانند نارواییِ اضرار به نفس، عدم جواز خودکشی، حرمت قتل دیگران، لزوم دیه و قصاص را وضع و تشریح فرموده است. اخذ برائت که نتیجه آن، افزایش خطاهای پزشکی و سهل‌انگاری در تحفظ بر سلامت و زندگی انسان است، با اهتمام ویژه شارع و شریعت و با مبانی مسلم، روشن و بدیهی و مقاصد دین اسلام و شریعت عنایت‌کننده به سلامت آدمیان، سازگار نیست.

### ۴. نتیجه‌گیری

در جریان طبابت و درمان، گرفتن اذن از بیمار، نهاد رضایت، نهادی کافی و وافی به مقصود است، چراکه رضایت هم اذن را در برمی‌گیرد و هم نسبت به برائت در معافیت از مسئولیت، تأثیر و نقش بیشتری دارد و عام‌تر است. هرچند تنها عامل رفع مسئولیت به گونه مطلق نیست. از این رو نه تنها لزومی برای اخذ برائت از بیمار وجود ندارد، بلکه دیدگاه و انگاره لزوم اخذ برائت (شرط عدم مسئولیت) به دلایل مختلف از قوت و قدرت نظری و تئوریک، برخوردار نیست. افزون‌بر آن در عرصه عمل، مشکلاتی (از جمله افزایش خطای پزشکی) را ایجاد می‌کند. ادله لزوم اخذ برائت از بیمار، ناکافی است و نمی‌تواند مدعا را اثبات کند و از پشتیبانی این دیدگاه، قاصر و ناتوان است.

برای حمایت از اموال افراد، اصل بر نادرستی و پذیرفته نشدن شرط عدم مسئولیت است. به طریق اولی آنجا که پای سلامت، حیات و مرگ انسان در میان است و موضوع، جان آدمی باشد، شرط عدم مسئولیت، ناپذیرفتنی‌تر است. کم شدن مسئولیت پزشک و نداشتن بار اثبات دلیل (از بیم محدود شدن وسعت عمل پزشک) و به تبع آن عدم تمایل

وی به معالجه بیماران، ادله غیرمساعدند، زیرا برای مسئول نشدن پزشک، نمی‌توان مسئولیت بیمار را بیشتر کرد. عدالت و انصاف ما را به اتخاذ چنین موضع نظری و عمل به چنین رفتاری مجاز نمی‌نماید. افزون‌بر آن، اثبات عدم تقصیر برای پزشک بسیار آسان‌تر از اثبات تقصیر پزشک معالج از سوی بیمار است. برای تعدیل مسئولیت پزشک و حمایت از بیمار، طراحی نظام‌های خاص جبران خسارت ناشی از حوادث پزشکی مانند صندوق تضمین، راهکار مناسبی است. این امر با روحیه اخلاق‌مدار و عاطفه‌گرای جامعه اسلامی، سازگارتر است.



### کتابنامه

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، الطبعة الثالثة، بیروت: دار صادر.
۲. اردبیلی (محقق)، احمد (۱۴۱۶ق). *مجمع الفوائد والبرهان*، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۷۴). *حقوق مدنی*، چ پانزدهم، تهران: اسلامیة.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ق). *المکاسب*، چ اول، قم: دارالذخائر.
۵. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴). *دانشنامه حقوق خصوصی*، چ اول، تهران: محراب فکر.
۶. پوراسماعیلی، علیرضا (۱۳۸۹). «بررسی مفاهیم اذن، رضایت و براءت و تأثیر آنها در مسئولیت پزشکی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال دوم، ش ۲، صص ۵۳-۷۰.
۷. جعفری تبار، حسن (۱۳۷۷). «از آستین طبیبان، قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، *مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران*، دوره ۴۱، ص ۸۶-۵۵.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). *ترمینولوژی حقوق*، چ بیست و سوم، تهران: گنج دانش.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق) و وسائل الشیعه، چ اول، قم: آل‌البیت (ع).
۱۱. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ق). *الفقه*، بیروت: دارالعلوم.
۱۲. حلی، ابن ادريس (۱۴۱۱ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: النشر الاسلامی.
۱۳. حلی، محقق، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع*، چ دوم، قم: اسماعیلیان.
۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۶ق). *مفردات*، تحقیق صفوان عدنان، بیروت: دارالقلم.
۱۵. شاهرودی، سید محمود، (۱۴۲۳ق). *موسوعه الفقه الاسلامی الطبعة الاولى*، قم.

۱۶. شهید ثانی، زین‌الدین ابن علی (۱۴۰۳ق). *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، شرح سید محمد کلانتر، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۱۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق). *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه،
۱۸. صفایی، سید حسین (۱۳۹۱). «مبانی مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به قانون جدید مجازات اسلامی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۴۱، ص ۱۵۶-۱۴۱.
۱۹. طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۷). «آیا پزشک ضامن است؟»، *نامه مفید*، تابستان ۷۷، ش ۱۴، ص ۱۱۶-۱۰۱.
۲۰. عمید، حسن (۱۳۸۹). *فرهنگ عمید*، ویرایش عزیزالله علی زاده. چ ۱. تهران. راه رشد.
۲۱. قانون تجارت.
۲۲. قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰.
۲۳. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.
۲۴. قانون مدنی.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *الزام‌های خارج از قرارداد*، ج ۱، چ دوم، دانشگاه تهران.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، تهران: شرکت انتشار.
۲۷. مراغه‌ای، میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ق). *العناوین. قم*، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۸. معیری، حسن؛ یحیی فریدی سقزلو؛ سعید بیرودیان؛ افسانه قنبری؛ کورش دل‌پسند (۱۳۹۸). (چالش‌های اخلاقی و حقوقی یک جراح در بیان خطای پزشکی)، *مجله تاریخ پزشکی*، دوره ۱۱ ش ۴۰، ص ۱۸-۷.
۲۹. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهرالکلام*، البطعه السادسة، تهران: المکتبه الاسلامیه.
۳۰. هاشمی‌شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق). *کتاب‌الاجاره*، قم: مؤسسه دائره‌المعارف الفقه الاسلامی، الطبعه الاولى.

## References

1. Ameli, Mohammad Ibn Hasan [Hor e 'Ameli (1989). *Vasayel Alshiea Ela Tahsil Masael Al-Shareia, first edition*, Qom, Al-Bayt (AS). (in Arabic)
2. Amida, Hassan (2010). *Amid dictionary*, Edited by Azizullah Alizadeh, Tehran. Rah Roshd.(in Persain)
3. Ansari, Massoud; Taheri, Mohammad Ali (2005). *Encyclopedia of Private Law*, First Edition, Tehran, Mihrab Fekr Publishing.(in Persain)
4. Ansari, Morteza Ibn Mohammad Amin (1991). *Al-Makasib, first edition*, Qom, Dar al-Zakhair.( in Arabic)
5. Ardabili (mohaghegh), Ahmad (1997). *Al-Faida and Al-Burhan Association*, Qom, Islamic Publishing Institute.( in Arabic)
6. Emami, Seeyed Hassan (1995). *Civil Law*, Fifteenth Edition, Tehran: Islamic Publishing.(in Persain)
7. Group of investigators under the supervision of Hashemi Shahroudi SM. *Culture of Feqh according to the religion of the Household*, Qom: the institution for Islamic Feqh Encyclopedia.( in Arabic)
8. Hali, Ibn Idris (1991). *Al-Sarair Al-Hawi for writing Fatwas*, Qom, Islamic Publishing.( in Arabic)
9. Halli, mohaghegh, Ja'far ibn Hassan (1998 AH). *Sharia*, second edition, Qom, Ismailis, .( in Arabic)
10. Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud (1423). *Book of Rent, Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence*, First Edition.( in Arabic)
11. Hosseini Shirazi, Seyyed Mohammad (1999). *Fiqh, Dar al-Ulum*, Beirut.( in Arabic)
12. Ibn Manzoor, Muhammad ibn Makram (2004). *Lisan al-Arab*, third edition, Beirut, Dar Sader.( in Arabic)
13. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2001). *Philosophy of Civil Law*, Tehran, Ganj-e-Danesh.(in Persain)
14. Jafari Langrudi, Mohammad Jafar(2011)). *Legal Terminology*, 23rd Edition, Tehran, Ganj-e-Danesh.(in Persain)
15. Jafari Tabar, Hassan, (1998). "From Austin Tabiban, A Promise in Physicians' Civil Liability", *Journal of the Faculty of Law*, University of Tehran, Vol. 41, pp. 55 -86.(in Persain)
16. Katozian, Nasser (1999). *Non-contractual obligations*, Vo1. 1. , Second Edition, University of Tehran .(in Persain)
17. Katozian, Nasser (2009). *General Rules of Contracts*, Tehran, Vol. 1, Tehran Publishing Company.(in Persain)
18. Maraghei, Mir Abdolfattah (1998). *Titles*, Qom, Islamic Publishing Institute. ( in Arabic)
19. Najafi, Mohammad Hassan (1984). *Jawaher al-Kalam, Al-Bata'a al-Sadseh*, Tehran, Islamic Library, .( in Arabic)
20. Pourasmali, Alireza (2010). "A Study of the Concepts of Permission, Satisfaction and Innocence and Their Impact on the Physician's Responsibility", *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*, Second Year, No. 2.(in Persain)

21. Ragheb Esfahani, Hussein Ibn Mohammad (1996). *Articles, research of Safwan Adnan*, Beirut, Dar al-Qalam.( in Arabic)
22. Safaei, Seyed Hossein (2012). “Fundamentals of Physician Liability with a Look at the New Islamic Penal Code”, *Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives*, No. 41, pp141-156 1141 - 156.(in Persain)
23. Shahid Thani, Zayn al-Din Ibn Ali (1983). *Al-Rawdha al-Bahiyya in Sharh al-Lama'a al-Damashqiyyah*, Sharh Sayyid Muhammad Kalantar.( in Arabic)
24. Shahid Thani, Zayn al-Din Ibn Ali (1994). *Masalak al-Afham fi Sharh Sharia al-Islam*, Institute of Islamic Knowledge.( in Arabic)
25. Taheri, Habibollah (1998). “Is the Doctor a Guarantor”, *Mofid Letter*, No. 14, pp. 101 - 116.(in Persai)
26. John T. James (2013). “A New Evidence-based Estimate of Patient Harms Associated with Hospital Care”, *Journal Patient Safety*, Vol.9, pp.122-128.
27. Law of Commerce.
28. Islamic Penal Code 1991.
29. Islamic Penal Code 1392.
30. Civil Law.