

نقد مبانی فقهی - حقوقی لزوم اخذ برائت از بیمار برای سلب مسئولیت از پزشک

پرویز عامری* زینب همّتی**

چکیده

یکی از مسائل حوزه فقه و حقوق پزشکی، اخذ برائت از بیمار جهت رفع مسئولیت است. فقهای امامیه در خصوص ضمان پزشک حادثی که با اذن بیمار به معالجه وی اقدام می‌نماید و مرتکب تقصیر و خطایی نمی‌گردد، اختلاف نظر دارند. گروهی به عدم ضمان حکم کرده و معتقدند اگرچه برائت نهادی مشروع است، ولی اخذ آن بی‌فایده می‌باشد. اما دیدگاه مشهور، پزشک را در این حال ضامن می‌داند و برای رهایی وی از چنین مسئولیت سنگینی است که لزوم اخذ برائت از بیمار را مطرح می‌نماید. این نوشتار به نقد مبانی فقهی و حقوقی دیدگاه اخیر می‌پردازد. مفاد دیدگاه مشهور قابل تأمل و انتقاد به نظر می‌رسد؛ چرا که برائت را تنها راه معافیت پزشک حادثی، مأذون و غیر مقصر معرفی می‌کند و در صورت عدم تحصیل آن، پزشک را در هر حال ضامن می‌داند. مسئولیت بدون تقصیر پزشک بر مبنایی محکم استوار نبوده و با مصلحت اجتماعی سازگار نیست. همان ضرورت اجتماعی که به عنوان مهمترین دلیل توجیه لزوم اخذ برائت از بیمار مطرح شده است، ایجاب می‌کند که پزشک از همان ابتدا و بدون نیاز به

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول) Ameri@shirazu.ac.ir

** دانش آموخته‌ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز Hemati.z1987@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۲/۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۹/۲۴

تحصیل براءت، ضمانی بر عهده نداشته باشد. در نتیجه چنانچه پزشک ماهر و محتاط با رعایت موازین فنی، علمی و اخذ رضایت آگاهانه‌ی بیمار به معالجه اقدام کند، حتی در صورت عدم اخذ براءت از بیمار، ضمانی بر عهده نخواهد داشت. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نیز این دیدگاه را برگزیده و در صورت عدم تقصیر پزشک، حکم به عدم ضمان وی می‌کند. حتی اگر اقدام به تحصیل براءت نکرده باشد. بنابراین اخذ براءتی که در این قانون ذکر شده، در عمل تأثیری در مسئولیت مدنی پزشک ندارد.

واژه‌های کلیدی: ضمان پزشک، اخذ براءت، مسئولیت مدنی، حقوق پزشکی.

۱. مقدمه

بر اساس دیدگاه مشهور فقهی، رضایت بیمار برای رهایی پزشک از مسئولیت کافی نیست و وی ضامن آسیب‌هایی است که در جریان معالجه به بیمار وارد می‌شود، هرچند حاذق بوده، با اذن بیمار به معالجه او پرداخته و مرتکب تقصیر هم نشده باشد؛ مگر این که پیش از معالجه، از بیمار یا ولی او اخذ براءت کرده باشد. لذا رضایت بیمار تنها در رفع مسئولیت کیفری پزشک مؤثر است و مسئولیت جبران خسارات را ساقط نمی‌کند. به عبارت دیگر چون تصرف در جسم دیگری بدون رضایت وی جایز نیست، هنگامی که این شرط حاصل شود، تصرف مباح شده و تعقیب کیفری به دنبال نخواهد داشت.

در خصوص مسئولیت مدنی پزشک، قوانین مدنی و مسئولیت مدنی ساکت است. قانون مجازات اسلامی سابق، مصوب ۱۳۷۰ نیز در این زمینه مبهم بود. بند ۲ ماده ۵۹ این قانون، با سه شرط - رضایت بیمار، مشروعیت عمل طبی، رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی - عمل پزشک را جرم نمی‌شمرد، این در حالی است که بر طبق بند ب ماده ۲۹۵، پزشک در قبال زیان ناشی از معالجه‌ی متعارف، ملزم به پرداخت دیه بود. آنچه از تتبع در نوشته‌های حقوقی و مواد قانونی به دست می‌آید، این است که دیه را نمی‌توان تنها نوعی مسئولیت کیفری به حساب آورد. قانون جدید مجازات اسلامی

به صراحت در ماده ۴۵۲، دیه را از لحاظ احکام و آثار، نوعی "مسئولیت مدنی" محسوب نموده و بیان می‌دارد: «دیه، حسب مورد حق شخصی مجنی‌علیه یا ولی دم است و احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان را دارد. ذمه مرتکب جز با پرداخت دیه، مصالحه، ابراء و تهاتر، بری نمی‌گردد». لذا، ضمان پزشک نسبت به پرداخت دیه، از باب مسئولیت مدنی بوده و مسئولیت پزشک صرفاً به حوزه‌ی حقوق جزا محدود نمی‌شود.

قانون مجازات اسلامی سابق، با اقتباس از دیدگاه مشهور فقهی، پس از آنکه در ماده ۳۱۹، پزشک را در هر حال ضامن خسارات ناشی از درمان می‌دانست، در ماده ۳۲۲، اخذ برائت را به عنوان راه معافیت وی از مسئولیت، مطرح می‌نمود. بر اساس مواد مذکور، مسئولیت مدنی پزشک از نوع مسئولیت بدون تقصیر بود و در صورت ورود زیان به بیمار، بر عهده وی قرار می‌گرفت؛ حتی اگر با اذن و رضایت بیمار به معالجه وی اقدام می‌نمود و مرتکب تقصیر نمی‌شد. در این میان، تنها اخذ برائت از بیمار بود که وی را از مسئولیت می‌رهاند. به دلیل موج ربه رشد ایراداتی که به حکم فوق و مبانی آن وارد شد، قانون‌گذار در قانون جدید مجازات اسلامی، از حکم سابق خویش عدول نمود و در صورت عدم تقصیر پزشک، بدون اینکه اخذ برائت از بیمار را لازم بداند، حکم به عدم ضمان پزشک داد. بنابراین اخذ برائت در عمل فایده و تأثیری در رفع مسئولیت مدنی پزشک ندارد.

ارائه‌ی نظری مستدل و مستند پیرامون مباحث فوق و بررسی مبانی لزوم نهاد اخذ برائت، نیاز به توجه ویژه به خاستگاه اصلی آن، یعنی فقه امامیه دارد. باید دید دلیل حکم ضمان مطلق پزشک در نظر اکثر فقهای امامیه چه بوده است؛ زیرا تعیین چنین مسئولیت سنگینی، مهم‌ترین علت بود تا باعث شود مشهور برای معافیت پزشک از مسئولیت، اخذ برائت قبل از درمان را به عنوان تنها راه رهایی پزشک از ضمان بدانند. به تبع چنین تدبیری، برائت پزشک قبل از درمان، با ایراداتی مواجه می‌شود که هم صحت آن را زیر سؤال می‌برد و هم آن را مخالف ادله ضمان مطلق پزشک می‌داند. لذا واضعان این نهاد و پیروان آنها، با استدلال و استناد، به توجیه لزوم و جواز اخذ برائت از بیمار می‌پردازند.

در این پژوهش، پس از تبیین شرایط تأثیر اخذ براءت، لزوم یا عدم آن به عنوان تنها راه معافیت پزشک از مسئولیت مدنی، مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد تا با نقد مبانی فقهی و حقوقی آن، به نتیجه‌ای مستدل و مستند در خصوص این سؤال دست یابیم که آیا اخذ براءت از بیمار تنها راه رهایی پزشک از مسئولیت است؟ و آیا می‌توان با حصول شرایطی، چنین نقشی برای رضایت بیمار به معالجه قائل شد تا نیازی به اخذ براءت وجود نداشته باشد؟

۲. شرایط تأثیر اخذ براءت از بیمار

ممکن است چنین به نظر برسد که صرف اخذ براءت، موجب رفع مسئولیت پزشک می‌شود و حتی اگر پزشک، جاهل به اصول علمی بوده و یا در جریان معالجه‌ی بیمار، مرتکب تقصیر شود، با تحصیل براءت، مسئولیتی نخواهد داشت. چنین استنباطی در خصوص مسئولیت کسی که در جسم انسان تصرف می‌کند، آثار و عواقب خطرناکی برای بیماران و جامعه خواهد داشت. بدیهی است در صورتی که پزشک به عمد خسارتی به بیمار وارد آورد، شرط براءت آن را در بر نمی‌گیرد و از مسئولیت معاف نمی‌سازد و چنین شرطی، به علت برخورد با نظم عمومی و اخلاق حسنه و به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی باطل است (پور اسماعیلی، زمستان ۱۳۸۹: ۹۶-۹۷؛ حجتی و یاری، ۱۳۸۹: ۵۶۶). به علاوه، اخذ براءت، مسئولیت پزشک را تنها در موارد ذیل رفع خواهد کرد:

۲.۱. حذاقت و تخصص پزشک

بی‌تردید پزشکی که حاذق نبوده و صلاحیت و مهارت علمی و عملی لازم را نداشته باشد، همواره مسئول است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۴/۲۳۱؛ موحدی لنگرانی، ۱۴۱۸ق: ۵۶؛ صادقی، ۱۳۸۲: ۱۹۰). در متون فقهی، از پزشک جاهل و بدون تخصص با عنوان "قاصر المعرفة" یاد شده است. برخی از فقهای عظام، بر ضمان چنین پزشکی ادعای اجماع و نفی خلاف کرده‌اند (سیوری حلی، ۱۴۰۴ق: ۴/۴۶۹؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۳۷۴/۱۶). اما آیا در فرضی که پزشک فاقد تخصص

و مهارت، با اخذ برائت از بیمار یا ولی وی، مبادرت به درمان می‌نماید -خواه کسی باشد که مجوز طبابت ندارد و به این کار اقدام کند، خواه پزشک باشد لیکن در حوزه‌ی آن بیماری، تخصص نداشته باشد- و موجب ورود خسارتی به بیمار گردد، آیا اخذ برائت رافع مسئولیت وی خواهد بود؟

برخی از فقها معتقدند هرچند ظاهر ادله تأثیر برائت مطلق است و ممکن است به نظر برسد که طیب غیر ماهر را نیز شامل می‌گردد، لیکن می‌توان گفت عمل چنین طبیبی، تغیر به جسم و جان است و دفع ضرر محتمل واجب است. علاوه بر این، انسان حق ندارد با فرض عدم مهارت به انجام کاری مبادرت نماید و موجب ضرر به غیر گردد (حسینی شیرازی، بی تا: ۲۷۴). از کلام برخی دیگر از فقها نیز می‌توان به طور ضمنی استنباط نمود که اخذ برائت، مسئولیت پزشک جاهل و فاقد مهارت را رفع نخواهد کرد و عدم تصریح به این مطلب به دلیل بداهت ضمان وی بوده است، زیرا در بسیاری از متون فقهی، اخذ برائت فرع بر مسئولیت پزشک حاذق، ماهر و عالم پیش بینی شده است و حاکی از آن است که پزشک جاهل و غیرحاذق همواره مسئول است (اردبیلی، ۱۳/۳۸۰-۳۸۱؛ محقق حلی، ۴۰۸ق: ۲۳۲/۴؛ حلی، ۱۴۰۵ق: ۵۸۶).^۱ بنابراین برائتی که در قانون پیش‌بینی شده، ناظر به پزشک حاذق و ماهر است، زیرا مسئولیت پزشک فاقد مهارت مطلق بوده و ضمان وی امری مسلم است؛ صرف تصدی این دسته افراد به کار طبابت خطا است و مسئولیت آنان را در پی دارد و حتی قانونگذار عمل آنان را جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده است.^۲

۲.۲. رعایت حدود اذن

شرط دیگری که برای تأثیر برائت می‌توان مطرح کرد، جایی است که تنها جهت درمان و عمل خاصی، به پزشک اذن داده شده باشد. در این حالت پزشک نمی‌تواند از این حدود تجاوز نماید؛ برای مثال اگر بیمار جهت کشیدن دندان پوسیده‌ی خود به دندانپزشک اذن دهد و پزشک به هنگام کشیدن دندان پوسیده، به دندان دیگری برخورد کند که کشیدن آن را هم لازم بداند و چنین کند یا به اشتباه دندان سالم وی را بکشد،

مسئولیت مدنی پزشک محرز و مسلم است، چون اساساً اذن و ابراء در مورد درمان عضو معینی بوده و پزشک از آن تخطی کرده است.

علاوه بر اینکه در ضمان پزشکی که بدون اذن بیمار یا ولی او به معالجه اقدام می‌کند، اختلافی وجود ندارد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۱۶/۳۷۴) و بر آن ادعای اجماع شده است (حسینی عاملی، بی تا: ۹). برخی از فقها به عدم تأثیر براءة در چنین حالتی تصریح کرده‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ۳/۳۷۳). بنابراین، در صورتی که پزشک به هنگام عمل جراحی، متوجه بیماری دیگری نیز در وجود بیمار شود که نیاز به درمان و جراحی داشته باشد، هرگاه انجام عمل جراحی دوم فوریت داشته، می‌تواند به‌خاطر نجات جان بیمار، به انجام آن مبادرت کند. در غیر این صورت پزشک حق ندارد از حدود اذن تجاوز نموده و بدون اخذ رضایت و براءة مجدد، مبادرت به چنین عمل جراحی غیر ضروری نماید. همچنانکه ماده ۴۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این خصوص مقرر می‌دارد: «در موارد ضروری که تحصیل براءة ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست».

۲.۳. عدم تقصیر پزشک

مطابق نظر فقهای شیعه، در مواردی که پزشک - هرچند حاذق و مأذون باشد - مرتکب خطا شده و در معالجه‌ی بیمار قصور نماید، ضامن و مسئول خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۳/۴۴؛ موسوی خمینی، بی تا: ۲/۵۶۰؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق: ۵۵؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴ق: ۱۷/۱). فقهای بزرگی همچون محقق اردبیلی، حسینی عاملی و آیت الله خویی در حکم ضمان پزشک مقصر، ادعای نفی خلاف نموده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۴/۲۲۷؛ حسینی عاملی، بی تا: ۹؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق: ۲/۲۷۳).

بر طبق نظر فقها، در فرض اخذ براءة نیز هرگاه پزشک در راستای معالجه مرتکب تقصیری شده و از تقصیر او زبانی به بیمار برسد، مسئول است و اخذ براءة تأثیری بر مسئولیت او ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ۲/۶۰۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۲ق: ۳/۴۲۰؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰ق: ۲/۹۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق: ۲/۱۲۱؛ علامه حلی،

۱۴۲۰ق: ۵۲۸/۵؛ مرکز تحقیقات فقهی معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۸: ۹۲-۹۴).

حقوقدانان نیز در بحث از تأثیر اخذ برائت، تقصیر و خطای پزشک را به عنوان مانعی در این راه مطرح کرده و معتقدند شرط برائت تا زمانی مؤثر و نافذ است که پزشک در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر و خطایی نشده باشد (عباسی، ۱۳۸۹: ۲۸۹؛ شجاعپوریان، ۱۳۷۳: ۶۸؛ ایمانی، ۱۳۷۹: ۱۶۶؛ کاظمی، بهار ۱۳۸۹: ۲۸۴؛ پور اسماعیلی، تابستان ۱۳۸۹: ۶۳؛ پارسا پور و همکاران، ۱۳۸۵: ۳۰؛ حق محمدی فرد و موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶: ۵۶). برخی نیز متذکر شده‌اند که آمادگی بیمار و اعتماد به پزشک و اذن به معالجه یا اعطای برائت به او در صورتی کارساز است که پزشک بر اساس کتب پزشکی مرجع اقدام کرده باشد و بتواند ثابت کند که بر وفق آن اصول رفتار نموده یا اگر در کتب مرجع معالجه‌ی خاصی توصیه نشده، بر اساس علم و تجربه روز پزشکی عمل کرده است والا اگر ضرری (اعم از فوت، تشدید بیماری، نقص عضو یا عوارض جانبی) وارد شده باشد، آمادگی و اذن و حتی اخذ برائت از بیمار هیچ گونه اثری در رفع مسئولیت پزشک ندارد (داراب پور، ۱۳۸۴: ۳۰۵؛ خادم سر بخش، ۱۳۸۹: ۵۸)، زیرا بیمار، پزشک را از خسارات ناشی از معالجه، بری کرده است، نه از زیان‌های ناشی از تقصیر (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۵۲).

در حقوق غربی، در توجیه مؤثر نبودن شرط عدم مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر، از مفهوم مخالفت با نظم عمومی استفاده شده است (به نقل از: کریمی، ۱۳۸۶: ۶۸). همچنین می‌توان به اراده برائت دهنده تمسک نمود؛ هیچ انسان عاقلی چاقوی جراحی را با جواز ارتکاب تقصیر، به دست پزشک نمی‌دهد و برای شرط برائت حد و مرزی می‌گذارد. این مرز در صورتی که مجمل گذاشته شود، تقصیر، خطا و سهل-انگاری پزشک را شامل نمی‌گردد. بیماری که به پزشک برائت می‌دهد، هیچ گاه به بی‌مبالاتی پزشک راضی نبوده است (شجاعپوریان، ۱۳۸۹: ۱۷۱).

از آنجا که مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، درخصوص اخذ برائت مطلق بود و این موضوع مبهم مانده بود، برخی از حقوقدانان، تنها عمد و تقصیر سنگین (در حکم عمد) را مانع تأثیر برائت می‌دانستند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹۲/۴-۱۹۳؛ کریمی، ۱۳۸۶:

۶۸؛ جعفری تبار، ۱۳۷۷: ۶۹)، لیکن قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۴۹۵، به صراحت تأثیر براءت را منوط به عدم تقصیر پزشک می‌کند و بدین ترتیب، ارتکاب هرگونه تقصیر از ناحیه‌ی پزشک، موجب مسئولیت وی خواهد بود و اخذ براءت از بیمار تأثیری در آن نخواهد داشت. در نتیجه، هم بر اساس فقه و هم از نظر قوانین و مقررات، اخذ براءت در صورتی موجب براءت پزشک خواهد بود که تقصیر و خطایی از ناحیه‌ی وی رخ نداده باشد.

۳. نقد ادله‌ی ضمان پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر

پس از آنکه روشن شد قلمرو تأثیر اخذ براءت از بیمار، صرفاً محدود به رفع مسئولیت مدنی پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر است، مبانی نظری که چنین پزشکی را مسئول قلمداد می‌کند، مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. زیرا لزوم اخذ براءت، فرع بر مسئول دانستن چنین پزشکی است و اگر حکم به عدم ضمان وی شود، دیگر اخذ براءت فایده و لزومی نخواهد داشت.

۳.۱. قاعده‌ی اتلاف

مهمترین دلیلی که مشهور فقها به آن استناد کرده و بر مبنای آن پزشک غیر مقصر را ضامن زیان وارده به بیمار می‌دانند، قاعده‌ی اتلاف است. تا آنجا که حتی برخی از فقها این قاعده را به تنهایی برای اثبات ضمان پزشک کافی می‌دانند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق: ۱۰۲). به موجب این قاعده، هر تلف کننده‌ای ضامن زیانی است که به دیگری وارد می‌کند؛ اعم از اینکه در ورود ضرر، مرتکب تقصیر شده یا نشده باشد. بر اساس دیدگاه مشهور، اطلاق قاعده‌ی اتلاف، اقدامات پزشک غیرمقصر را نیز در بر می‌گیرد، زیرا زیان بیمار مستند به فعل پزشک است. لیکن باید گفت اجرای قاعده‌ی اتلاف برای اثبات مسئولیت، منوط به احراز رابطه‌ی سببیت بین فعل زیانبار و ضرر است. زیان باید مستند به فعل پزشک باشد تا بتوان وی را ضامن دانست. همچنانکه ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره یک آن به این موضوع اشاره کرده و بیان می‌دارد: «پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر

می‌نماید، در صورت تلف یا صدمه‌ی بدنی ضامن است مگر آنکه مطابق ماده (۴۹۵) این قانون عمل نماید.

تبصره ۱ - در موارد مزبور، هرگاه مریض یا پرستار بدانند که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف می‌شود و با وجود این به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست بلکه صدمه و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است.

به نظر می‌رسد در فرضی که پزشک با اخذ رضایت بیمار، تمام امکانات و علم خویش را در جهت معالجه‌ی وی به کار بسته، بر طبق موازین فنی و علمی رفتار نموده و بدون تقصیر و خطای وی، به بیمار زیانی وارد شده است، زیان منتسب به فعل پزشک نیست. در این حالت، آسیب وارده به عواملی همچون واکنش شخصی بیمار، توانایی‌های روحی و جسمی وی، پیشرفت بیماری، حساسیت، عوارض جانبی و ناخواسته داروها، شوک‌های عصبی و در نهایت نقص دانش و امکانات پزشکی مربوط است.

به علت تکامل تدریجی علوم بشری، علم پزشکی در حال پیشرفت است. پزشک مطابق تجربه‌ها و معلومات زمان خود به مداوای بیمار اقدام می‌کند و لازم نیست که فراتر از آن چیزی بداند و این مهم از سوی برخی فقیهان پذیرفته شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۵۰/۴۳).^۴ در این حالت، دخالت پزشک در معالجه‌ی بیمار، موجب صدق عنوان متلف بر پزشک نخواهد شد، زیرا جمع عواملی که خارج از توان، کنترل و سلطه‌ی پزشک است منجر به ورود زیان به بیمار گردیده است. در برخی از متون فقهی به این مفهوم اشاره شده است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ۴۹؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق: ۵۷؛ مکارم شیرازی، بی تا: ۴۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۰۸/۱۹؛ صانعی، ۱۳۸۴: ۳۲۹). حقوقدانان نیز معتقدند در این فرض، ضرر منتسب به پزشک نیست و عرفاً نمی‌توان او را متلف دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹۰/۴؛ صفایی، ۱۳۹۱: ۱۴۷). در بحث از ارکان مسئولیت مدنی پزشک، از رابطه‌ی سببیت بین خطای پزشکی و زیان وارده به بیمار سخن به میان آورده و معتقدند برای تحقق مسئولیت پزشک لازم است ثابت شود که بر اثر خطای پزشک به بیمار ضرری وارد شده است (شجاعپوریان، ۱۳۷۳: ۱۳۵؛ عباسی، ۱۳۸۴: ۷۹؛ جعفری تبار، ۱۳۷۷: ۶۹). همچنین استدلال می‌کنند هرچند مواد قانونی به

گونه‌ای تدوین شده که بیمار را از اثبات خطای پزشک بی‌نیاز می‌کند و تنها کافی است رابطه‌ی سببیت را به اثبات رساند، متها اثبات همین رابطه در غالب موارد، منوط بر این است که بی‌مبالاتی و عدم مهارت پزشک اثبات شود و در دعوای خسارت، دشوار است که زیان دیده بتواند رابطه‌ی میان اثر درمان و خسارت را بدون نسبت دادن تقصیر به پزشک، ثابت کند. پس در رابطه با مسئولیت پزشک، به عنوان استثنایی بر قاعده‌ی اتلاف، نیاز به اثبات تقصیر و خطای پزشک وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹۰/۴).

آنچه صحیح به نظر می‌رسد این است که به طور کلی، زمانی که پزشک تمامی احتیاطات لازم و دانش پزشکی روز را بکار برد و در جریان معالجه مرتکب هیچگونه خطایی نگردد، لیکن امری خارج از توان و پیش‌بینی‌های متعارف، مثل نقص دانش و تجارب پزشکی و طبع خاص بیمار، علت ورود ضرر باشد، رابطه‌ی سببیتی میان فعل پزشک و ضرر وارده برقرار نبوده و اساساً محلی برای اجرای قاعده‌ی اتلاف و حکم به ضمان بر اساس آن وجود ندارد و نیازی نیست که از مسئولیت پزشک به عنوان استثنایی بر قاعده‌ی اتلاف یاد شود.

۲.۳. روایات

برای اثبات ضمان نوعی پزشک، به روایاتی چند استناد شده که در این بخش مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرند:

۱. ۲.۳. روایت مربوط به ضمان اجیر: یکی از روایاتی که برای اثبات ضمان پزشک به آن استناد شده، روایتی است از امام صادق(ع) مبنی بر ضمان اجیر که به صحیح‌ه حلبی معروف است و با عبارت «كُلُّ عَامِلٍ أُعْطِيَتْهُ أَجْرًا عَلَىٰ أَنْ يُصْلِحَ فَأُفْسِدَ فَهُوَ ضَامِنٌ» بیان شده است (صدوق قمی، ۱۴۱۳ق: ۲۵۳/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۴۷/۱۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ۹۰۷/۱۸). این روایت به اتفاق نظر فقها از لحاظ سند صحیح و معتبر بوده و در اعتبار سند آن اختلافی وجود ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق: ۲۴۳/۳۰). اما در خصوص دلالت، اکثر فقها این روایت را ناظر بر ضمان ناشی از تجاوز و تعدی دانسته و در صورت عدم تجاوز اجیر از حدود مأذون، معتقد بر عدم ضمان اجیر هستند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ۶۰۳/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸ق: ۲۴۴-۲۴۳/۳۰).

طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق: ۱۲۰/۲؛ نجفی (کاشف الغطاء)، ۱۴۲۲ق: ۳۲-۳۳؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق: ۴۶۷؛ مکارم شیرازی، بی تا: ۴۸؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۲۶۸-۲۶۹؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق: ۶۶۲/۱) به عقیده‌ی این گروه، در صورت عدم تجاوز و وقوع فساد بدون اختیار اجیر، بین قاعده‌ی اتلاف که مقتضی ضمان است و ادله‌ی امانات که اقتضای عدم ضمان دارد، تعارض پیش می‌آید و ظاهر تقدم عدم ضمان است، زیرا لسان ادله‌ی امانات حکومت دارد (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق: ۱۶۴/۲۷-۱۶۵).

۲. ۲. ۳. روایت مربوط به ضمان خَتَّان: برای اثبات ضمان مطلق پزشک، به روایتی از امیرالمؤمنین علی (ع) در خصوص تضمین خَتَّان نیز استناد شده است مبنی بر اینکه ختنه کننده را ضامن جراحی دانسته‌اند که به کودک وارد کرده است: «أَنَّ عَلِيًّا (ع) ضَمَّنَ خَتَّانًا قَطَعَ حَشْفَهٗ غُلَامٍ» (مغربی، ۱۳۸۵ق: ۴۱۷/۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۳۴/۱۰؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۶۰/۲۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ۸۱۷/۱۶؛ محدث نوری، ۱۴۰۸ق: ۳۲۵/۱۸؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹ق: ۴۸۴/۳۱).

در خصوص سند، ابن ادریس روایت را بدون خلاف، صحیح می‌داند (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰ق: ۳۷۳/۳) و اغلب فقها از این عبارت وی قائل بودنش به صحت سند را برداشت کرده‌اند، ولی مرحوم مقدس اردبیلی، ضمن اعتقاد به ضعف سند روایت، منظور ابن ادریس را صحت مضمون روایت دانسته است که حکم صحیح شرعی است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۲۲۹/۱۴). اکثر فقها، حتی قائلین به ضمان مطلق پزشک، سند روایت را ضعیف می‌دانند (محقق حلّی، ۱۴۱۲ق: ۳/۴۲۱؛ شهید اول، ۱۴۱۱ق: ۱۱۰/۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳۲۷/۱۵؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ۵۵۱/۹؛ اصفهانی (مجلسی دوم)، ۱۴۰۶ق: ۴۹۵/۱۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۳۷۵/۱۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۳۸۱/۱۳). برخی نیز معتقدند ضعف سند با عمل فقها بر آن جبران می‌شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۳۷۵/۱۶؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق: ۷۳؛ فاضل هندی اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ۲۴۵/۱۱).

گذشته از ضعف سند روایت، دلالت آن نیز مورد بحث است؛ دیدگاهی وجود دارد که به موجب آن، روایت را در بیان حکم ضمان، مطلق دانسته و به استناد آن، در هر

حال حکم به ضمان ختّان داده (موحدی لنکرانی، ۱۴۱۸ق: ۵۹؛ اسدی، ۱۴۱۰ق: ۴۴۲) و حمل آن بر تعدی و در نتیجه حکم به عدم ضمان در صورت عدم تعدی را، منافی با قاعده‌ی اتلاف می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۳۲۳/۲۷).^۶ این دیدگاه با استناد به این که در روایت هیچ سخن از تعدی و تفریط نیست، دلالت روایت را بر مورد تعدی و تفریط نفی می‌کند (طاهری، ۱۳۷۷: ۵۷).

در مقابل، گروهی از فقها پس از ذکر روایت، ضمان ختّان را در فرض عدم تعدی مشکل دانسته (موسوی خمینی، بی تا: ۲/ ۵۶۱؛ نجفی (کاشف الغطاء)، ۱۴۲۳ق: ۸۴/۳) و معتقدند ظاهر روایت در مورد طبیعی است که چیزی از طب نمی‌داند، زیرا قطع حشفه از طیب حاذق سر نمی‌زند و چنان اهمالی است که ناچار ضمان وی را در پی دارد (الجواهری، بی تا: ۴۹).^۷ در نتیجه روایت را بر ضمان ناشی از تعدی و تفریط حمل نموده (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ۴۴۸/۳؛ صیمری، ۱۴۲۰ق: ۴۲۶/۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۲۲۸/۱۴؛ ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰ق: ۳۷۳/۳؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰ق: ۵۲۸/۵) و حتی از آن به عنوان دلیلی بر ضمان ناشی از تعدی یاد می‌کنند (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۰۵/۲۹). بنابراین بسیاری از فقها، روایت را بر موردی حمل کرده‌اند که ختّان مرتکب تقصیر شده است.

قانون سابق مجازات اسلامی نیز، در ماده ۳۲۰ با الهام از رأی مشهور، مسئولیت ختنه کننده را منوط به خروج وی از حدود متعارف می‌دانست. همانطور که پیش از این اشاره شد، در ضمان پزشک مقصر تردیدی وجود ندارد، در این مقام، بحث در خصوص مسئولیت بدون تقصیر پزشک حاذق و مأذون است و روایت در صورت حمل بر تعدی و تقصیر، نمی‌تواند ضمان چنین پزشکی را اثبات کند.

جای بسی تعجب است که برخی از فقهای عظام در بحث از ضمان ختّان و دیگر ملحقین به پزشک، معتقد به عدم ضمان وی در فرض عدم تجاوز هستند، لیکن در بحث از ضمان طیب، یکسره حکم بر ضمان وی داده‌اند. اگر به قول برخی از صاحب‌نظران، دلیل ضامن ندانستن ختّان در صورت عدم تجاوز، عدم صدق افساد باشد (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴ق: ۱۹/۱)، پس چگونه در مورد طیب حاذقی که بر اساس موازین حرفه‌ای و با اذن بیمار به درمان اقدام نموده و تقصیری نیز مرتکب نشده است،

افساد صدق کرده و ضمان وی را در پی دارد؟! از آنجا که عمل ختنه از جمله اقدامات پزشکی است، استثنای نظام مسئولیت آن از نظام مسئولیت پزشک، فاقد دلیل و توجیه منطقی خواهد بود.

۳.۲.۳. روایت دال بر هدر نبودن خون مسلمان: یکی دیگر از دلایلی که برای اثبات ضمان پزشک به آن استناد شده، قاعده‌ی هدر نبودن خون مسلمان است (فاضل هندی اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ۲۴۴/۱۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۴۴۶/۴). به دلیل اینکه منبع این قاعده روایتی است از امیر المؤمنین (ع) که می‌فرماید: «لا یطل دم امرئ مسلم» (مغربی، ۱۳۸۵ق: ۴۱۵/۲؛ صدوق قمی، ۱۴۱۳ق: ۱۰۱/۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۱۰۱۶۷/۱۰ و ۲۲۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ۸۳۶/۱۶)، در ذیل بحث مربوط به روایات مطرح می‌گردد.

برخی از قائلین به ضمان مطلق پزشک، با استناد به این روایت، معتقدند خون مسلمانی که با معالجه‌ی پزشک تلف شده است، نمی‌بایست پایمال گردد. در مورد اعتبار سند روایت، بحثی در متون فقهی در دسترس دیده نمی‌شود. ولی به دلالت آن برای اثبات مسئولیت بدون تقصیر پزشک ایراد وارد است و با اندک تأملی به عدم کفایت این دلیل در اثبات ضمان پزشک در فرض مورد بحث پی برده می‌شود. زیرا درست است که نباید خون مسلمان هدر رود، ولی این امر نباید موجب گردد که دیگری را من غیر حق و بدون دلیل شرعی ضامن خون مسلمانی بدانیم (کاظمی، زمستان ۱۳۸۹: ۲۹۶). احکام اسلام همگی در کنار یکدیگر به کمال مطلوب می‌رسند؛ پزشک همواره با جان انسان‌ها در تماس است و اگر بنا باشد حتی در صورت حذاقت، مأذونیت و عدم تقصیر، مصداق حدیث فوق قرار گیرد، همیشه در معرض ضمان مالی خواهد بود و این مستلزم عسر و حرج برای او است که در اسلام نفی شده است.

۳.۳. اجماع

دلیل دیگری که برای اثبات مسئولیت پزشک به آن استناد شده، اجماع است. در قرن ششم هجری، ابن زهره در «غنیة النزوع» پزشک را ضامن زیان وارده بر بیمار دانسته و برای اثبات آن به اجماع فقها استناد می‌کند (حسینی حلبی (ابن زهره)،

۱۴۱۷ق: ۴۰۲). در قرن هفتم، محقق حلّی در نکت النهایه، برای اثبات ضمان پزشک، نقل اجماع می‌کند (محقق حلّی، ۱۴۱۲ق: ۴۲۱/۳). البته وی به صراحت از کلمه‌ی «اجماع» استفاده نمی‌کند،^۸ ولی فقهای بعد از وی از عبارت او مفهوم اجماع را استنباط کرده و آن را به وی نسبت داده‌اند (شهید ثانی ۱۴۱۳ق: ۳۲۸/۱۵). پس از این دو فقیه، تعدادی از فقها ادعای اجماع نکرده و تنها به اجماع منقول برای اثبات ضمان پزشک تمسک جسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۴۴۸/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳۲۸/۱۵)، حتی برخی اجماع را دلیلی محکم‌تر از روایات دانسته و با تردید در سند روایات، نظر اولی را اعتماد بر اجماع می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۱ق: ۱۱۰/۱۰).

بر استناد به اجماع برای اثبات ضمان پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر از دو جهت ایراد وارد است:

۱. ۳. ۳. حمل اجماع بر فقدان اذن بیمار: یکی از ایراداتی که بر اجماع وارد شده است، عدم تقیید هر دو کلام به اذن بیمار است. بنابراین احتمال دارد که محل اجماع، موردی باشد که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه‌ی او اقدام می‌کند. این ایراد را برخی از فقها، به عنوان دلیلی برای رد نظر مشهور که به اجماع استناد نموده‌اند، مطرح کرده و اظهار می‌دارند: عبارت فقهای که به مسئولیت پزشک حکم داده‌اند مطلق بوده و مقید به اذن نیست. یعنی این قید وجود ندارد که پزشک اگرچه با رضایت بیمار به معالجه‌ی وی پردازد مسئول است (حسینی عاملی، بی تا: ۱۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۲۲۹/۱۴). علاوه بر عدم تقیید کلام قداما به اذن بیمار، دو اجماع مذکور نیز مطلق و خالی از قید اذن بوده و احتمال حمل آنها بر موردی که پزشک بدون رضایت بیمار به معالجه‌ی او اقدام می‌کند، وجود دارد. صاحب مفتاح ضمن بیان این مطلب به توجیه حمل مذکور می‌پردازد (حسینی عاملی، بی تا: ۱۱).^۹

با توجه به اهمیت نقش اذن در ضمان یا عدم ضمان پزشک، نمی‌توان عدم ذکر آن را در قول پیشینیان و اجماع‌کنندگان نادیده گرفت؛ در نتیجه معلوم نیست محل اجماع چه بوده است و بدین ترتیب، وجود احتمال مذکور موجب نفی قدرت اثباتی این دلیل می‌شود.

۲.۳.۳. **مدرکی بودن اجماع:** اجماع مدرکی، اجماعی است که مستند فتوای همه یا بعضی از اجماع کنندگان در آن معلوم است. به نظر بسیاری از فقها و اصولیان چنین اجماعی معتبر نیست. بلکه اگر احتمال برود که دلیلی شناخته شده اعم از روایت، اصل یا قاعده‌ی عقلی مستند اجماع است، چنین اجماعی که به آن «محتمل المدرکیه» می‌گویند، حجیت ندارد و اعتبار فتوای اجماع کنندگان منوط به اعتبار مستند و مدرک آنان است (امامی، ۱۳۸۸: ۱۱۱؛ قدسی، ۱۳۸۸: ۶).

در خصوص ضمان پزشک، احتمال قوی وجود دارد که مستند اجماع کنندگان، روایاتی است که در این موضوع وارد شده یا دلیلی دیگر از جمله قاعده‌ی اتلاف می‌باشد. از سوی دیگر، اجماع دلیل عقلی است و در علم اصول وقتی به عنوان یک دلیل مستقل مطرح می‌شود که دلیل لفظی نباشد، در اینجا با توجه به وجود ادله‌ی لفظی که مقدم هستند، اجماع به عنوان یک دلیل مستقل قابل استناد نیست. معذک یکی از نویسندگان در پاسخ به مدرکی بودن اجماع اظهار داشته است: «نمی‌توان از یک طرف روایات را ضعیف دانست و از طرف دیگر اجماع فقها را بدان مستند کرد؛ زیرا اگر اجماع مدرکی باشد، نشانگر اعتبار روایات از دید فقها بوده که به آن عمل کرده‌اند و اگر روایت ضعیف باشد، پس اجماع خود دلیل مستقلی است، چون نمی‌شود به خاطر یک روایت ضعیف، فقها در طول تاریخ بر ضمان طبیب اجماع نمایند» (طاهری، ۱۳۷۷: ۵۷). پاسخ به این شبهه را می‌توان از خود آن استنباط کرد؛ مشهور معتقدند ضعف روایات با عمل فقها جبران می‌شود و شهرت عملی را مبنای اعتبار روایات قرار داده‌اند. پس ضعیف دانستن سند روایات موجب نمی‌شود که استناد و اتکاء اکثر فقها به این روایات نادیده گرفته شود. بلکه حتی شهرت عملی که به عقیده‌ی مشهور جبران کننده‌ی ضعف سند تلقی شده، خود نشان بر این مطلب است که مشهور در طول تاریخ به این روایات اتکا کرده و احتمال مدرکی بودن اجماع آنان تقویت می‌شود.

در نهایت، با توجه به ایراداتی که به ادله‌ی مسئولیت بدون تقصیر پزشک وارد شد و با استناد به اصل برائت ذمه، می‌توان پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر را از مسئولیت مبرا دانست. همچنانکه برخی از فقها در اثبات عدم ضمان پزشک به این اصل

استناد کرده (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ۳/۳۷۳) و معتقدند چون اشتغال ذمه‌ی پزشک معلوم الثبوت نیست، پس اصل برائت ذمه‌ی وی باقی است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۳۸۱/۱۳). در نتیجه مسئولیت پزشک حاذق، مأذون و غیرمقصر، بر مبنای محکمی استوار نیست تا اینکه برای رفع آن، پزشک ملزم به اخذ برائت از بیمار دانسته شود.

۴. نقد ادله‌ی توجیه کننده‌ی لزوم اخذ برائت از بیمار

از آنجا که رفع مسئولیت پزشک به وسیله‌ی اخذ برائت از بیمار با این ایراد مواجه می‌شود که مخالف ادله‌ی دال بر ضمان مطلق پزشک است، لذا قائلین به لزوم آن، با استناد و استدلال به دو دلیل عمده، به توجیه لزوم اخذ برائت از بیمار می‌پردازند:

۴.۱. روایت سکونی

دلیل اول، روایتی است از امام علی (ع) که با بررسی کتب روایی معلوم می‌گردد برای نخستین بار در کتاب «الکافی» به این صورت نقل گردیده است: «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ، فَلْيَأْخُذِ الْبِرَّاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ، وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۷/۳۶۴)؛ به این معنا که هر کسی که به پزشکی یا دامپزشکی می‌پردازد باید از ولی بیمار یا صاحب حیوان برائت بگیرد وگرنه ضامن است. بعد از مرحوم کلینی نیز این خبر در برخی دیگر از کتب حدیث نقل شده است (برای نمونه رک به: طوسی، ۱۴۰۷ق: ۱۰/۲۳۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۹/۲۶۰؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹ق: ۳۱/۴۸۲).

اشکال عمده‌ی روایت از ناحیه‌ی سند آن است؛ مشهور فقها حتی کسانی که به آن استناد نموده‌اند، به دلیل وجود نوفلی و سکونی به عنوان دو راوی در سلسله راویان حدیث، سند آن را ضعیف می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۱ق: ۱۰/۱۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۵/۳۲۹؛ مجلسی اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ۲۴/۱۹۰؛ محقق حلی، ۱۴۱۲ق: ۳/۴۲۱؛ آل راضی، بی تا: ۱۳۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق: ۲/۱۰۲؛ مکارم شیرازی، بی تا: ۴۹). برخی از فقها با استناد به شهرت عملی روایت، به آن اعتبار بخشیده و معتقدند روایت نزد فقها مشهور بوده و به آن عمل کرده‌اند. بنابراین معمول بودن نص بین اصحاب برای حجیت آن کفایت می‌کند (حسینی شیرازی، بی تا: ۲۷۰ و ۲۷۳) و ضعف روایت با عمل مشهور

جبران می‌گردد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۳۷۷/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۷/۴۳؛ حسینی عاملی، بی تا: ۱۵؛ موحدی لنکرانی، ۱۴۱۸ق: ۶۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۱۸۹/۶). لیکن گروهی، به دلیل ضعف سند و حتی دلالت روایت، آن را نه حجت، بلکه به عنوان مؤیدی بر اثبات قول خود قرار داده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۷۸/۱۰ و ۲۳۱/۱۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق: ۴۷۰/۴؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ۳۰۴/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۳۷۷/۱۶؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق: ۱۰۲؛ جمعی از مؤلفان، بی تا: ۱۱۷/۱۵)؛ یعنی حتی شهرتی که جبران کننده‌ی ضعف سند تلقی شده، با احتیاط تمام به آن استناد می‌کند. به علاوه برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که به جهت وجود روایات و اقوال مخالف که مورد عمل فقها قرار گرفته است، ضعف این روایت را نمی‌توان با عمل مشهور جبران شده دانست (سالارزایی و گلستان رو، ۱۳۸۶: ۱۰۹).

هرچند ظاهر روایت، نشان از ضمان طیب در فرض عدم اخذ برائت دارد و اگرچه عمل به روایت به عقیده‌ی گروهی، جبران کننده‌ی ضعف سند است، ولی از یک سو برخی فقها، همچنان عمل به روایات سکونی را مشکل دانسته و در این زمینه احتیاط می‌کنند (مکارم شیرازی، بی تا: ۴۹). از سوی دیگر، روایت مذکور بیش از آنکه جهت اثبات ضمان پزشک و لزوم اخذ برائت از بیمار مورد استناد واقع شود، در راستای اثبات جواز و مشروعیت ابراء پزشک قبل از درمان، مورد استناد جمع کثیری از فقها قرار گرفته است (سیوری حلی، ۱۴۰۴ق: ۴۷۰/۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۲۳۲/۴؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق: ۲۷۰/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳۲۹/۱۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۳۷۶/۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ۶۵۱/۳؛ فاضل هندی اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ۲۴۵/۱۱؛ یوسفی، ۱۴۱۷ق: ۶۳۷/۲؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ۵۵۲/۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۱۸۸/۶؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶ق: ۳۴/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق: ۲۸۴/۴ و ...). ایشان بعد از بحث در خصوص مسئولیت پزشک، در پاسخ به این سؤال که آیا پزشک با ابراء قبل از درمان بری می‌شود یا خیر؟ و در رد ایراداتی که بر صحت ابراء قبل از درمان وارد شده است، به این روایت تمسک جسته‌اند.

علاوه بر این، به عقیده‌ی برخی از فقها، ممکن است منظور روایت، اخذ برائت از ضمان نباشد؛ بلکه مراد، اخذ اذن در علاج به نحو عدم ترتب ضمان بر آن باشد

(حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق: ۲۰۳/۲۶؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ۲۸۴؛ جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق: ۳۰۴/۴؛ سبزواری ۱۴۱۳ق: ۱۰۹/۱۹).^{۱۰} در مجموع به نظر می‌رسد در خصوص "لزوم اخذ براءت برای معافیت پزشک"، روایت سکونی شرایط لازم را جهت استناد ندارد و توجیه استواری برای این حکم نمی‌باشد.

۲.۴. اقتضای مصلحت اجتماعی

دلیل دیگری که مشهور جهت لزوم اخذ براءت از بیمار به آن استناد نموده‌اند، دلیل مصلحتی است. به این معنی که طبابت امری ضروری و مبتلابه عموم است و افرادی نیز باید این حرفه را فرا گرفته و به معالجه‌ی بیماران بپردازند؛ حال اگر پزشک به طور نوعی مسئول زیان ناشی از معالجه باشد و به هیچ وسیله‌ای از آن رهایی نیابد، به سبب ترس از ضمانت از معالجه‌ی بیماران خودداری می‌کند. در نتیجه باب طبابت مسدود می‌شود و سلامت افراد جامعه به خطر می‌افتد. برخی از صاحب‌نظران چنین استدلالی را در قالب قواعد و دلایل دیگر بیان کرده‌اند؛ برخی به قاعده‌ی «عسر و حرج» تمسک جسته و رفع عسر و حرج را مبنای تشریح براءت دانسته‌اند (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ۴۴۷/۳). گروهی جلوگیری از اختلال نظام را دلیل تشریح براءت دانسته‌اند (پور اسماعیلی، تابستان ۱۳۸۹: ۶۵)؛ بر پایه‌ی این دلیل، هنگامی که پزشکان دریابند که عمل متعارف آنان ضمانت‌آور است و قانون‌گذار همواره آنان را مسئول می‌داند، بی‌گمان به درمان بیماران نخواهند پرداخت و با این کار بیماری بر جامعه سایه افکنده و نظام امور از هم می‌گسلد. دسته‌ی دیگری با توسل به قاعده‌ی «لاضرر»، بستن باب ضرر عمومی و فراگیر را دلیل تشریح براءت می‌دانند (یوسفی، ۱۴۱۷ق: ۶۳۷/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ۵۲۸/۵؛ اسدی، ۱۴۰۷ق: ۲۶۲/۵)؛ و بالاخره برخی نیز به قاعده‌ی «الضرورات تبیح المحذورات» تمسک جسته و معتقدند با توسل به براءت، پزشک حاذق می‌تواند بی‌هیچ محذوری بیمار را درمان کند (محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ۳۰۴/۲). از کلام اکثر فقها نظر اخیر استنباط می‌شود؛ این گروه استدلال می‌کنند که اگر پزشک بداند به هیچ وجه از ضمانت راه خلاصی ندارد، با وجود اینکه درمان مورد احتیاج و نیاز مردم است، از اقدام

به آن خودداری می‌کند. بنابراین بعد از ذکر حاجت و نیاز شدید به معالجه، دلیل تشریح و صحت ابراء قبل از درمان را دفع ضرورت و جلوگیری از تعذر علاج و سد باب طبابت، عنوان می‌کنند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۳۷۶/۱۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۷۸/۱۰؛ آل راضی، بی تا: ۱۴۴؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ۵۵۲/۹؛ یوسفی، ۱۴۱۷ق: ۶۳۷/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق: ۴۷۰/۴؛ فاضل هندی اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ۲۴۵/۱۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۴۴۹/۴؛ اسدی، ۱۴۱۰ق: ۴۴۲؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶ق: ۳۴/۲).^{۱۱}

با توجه به مطالب پیش‌گفته، به نظر می‌رسد به دلیل اهمیت حرفه‌ی پزشکی و حساسیت عملکرد پزشک، مشهور و غیر مشهور به نوعی تمایل به عدم ضمان پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر دارند؛ مشهور بعد از ذکر اصل بودن ضمان پزشک، به دلایل مصلحتی، راهی -به عنوان اخذ برائت- به سوی عدم ضمان می‌گشایند. گروه دوم نیز به همان ادله استناد می‌کنند، لیکن بدون اینکه به لزوم اخذ برائت از بیمار معتقد باشند، از ابتدا اصل را بر عدم ضمان چنین پزشکی می‌گذارند.

برخی از حقوقدانان که خود از ادله‌ی ضمان پزشک دفاع نموده‌اند، در نهایت معتقدند پذیرش نظریه‌ی مشهور مبنی بر ضمان مطلق پزشک، از نقطه نظر اجتماعی و اخلاقی، توالی فاسدی را در پی خواهد داشت. اگر چه کلید حل این مشکل، اخذ برائت از بیمار یا ولی او می‌باشد، لیکن فی نفسه پذیرش ضمان پزشک غیر مقصر خلاف عدالت، ضروریات اجتماعی و قواعد اخلاقی است (آموزگار، ۱۳۸۵: ۱۰۶). همچنانکه به عقیده‌ی برخی از صاحب‌نظران، از نظر اجتماعی مسئول شناختن پزشک درباره‌ی زیان ناشی از اقدامی که وی در چارچوب دانش زمان خود انجام داده است، قدرت ابتکار را از او می‌گیرد و علم را در معرض درمان‌های مرسوم و بی‌ضرر متوقف می‌سازد. همچنین بر اثر آن، رغبت به این حرفه‌ی مفید و ضروری کاهش می‌یابد و دانش پزشکی توان تجربه و ابتکار را از دست می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹۱/۴؛ صفایی، ۱۳۹۱: ۱۵۴). به عبارتی، الزام پزشکان به گرفتن برائت نه تنها مشکلی را حل نمی‌کند، بلکه نخستین کسی که از این رهگذر آسیب می‌بیند خود بیمار است (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۶۲).

فقها نیز از این استدلال در راستای دفاع از نظریه‌ی عدم ضمان پزشک بهره جسته و جهت اثبات آن، به حاجت به معالجه و جلوگیری از انسداد باب طبابت استناد نموده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۳ / ۳۷۹؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق: ۱۹ / ۱۴۲ و ۲۰۱ / ۲۶؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ۲۸۴؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق: ۴۶۴؛ مرعشی شوشتری، ۱۳۷۵: ۱۳؛^{۱۲} فخر المحققین حلی، ۱۳۸۷ق: ۴ / ۶۵۵؛^{۱۳} علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ۵ / ۵۲۸؛ اسدی، ۱۴۰۷ق: ۵ / ۲۶۱؛ الجواهری، بی تا: ۴۷).

۵. نقش اذن بیمار در رفع ضمان و عدم لزوم اخذ براءت

از دیگر عواملی که موجب تمایل مشهور فقها به لزوم اخذ براءت جهت رفع ضمان پزشک بوده، اعتقاد ایشان بر عدم کفایت اذن بیمار در رفع ضمان است. این مبحث، ضمن نقد نظر مشهور، به تحلیل و بررسی نقش اذن در عدم ضمان پزشک می‌پردازد. به این منظور، باید پاسخ دو سؤال مشخص گردد: نخست اینکه، آیا اذن به زیان‌های جسمی و جانی، اصولاً رافع مسئولیت عامل زیان است؟ و دوم آنکه، آیا اذن بیمار به درمان را می‌توان اذن به زیان‌های ناشی از درمان تلقی نمود؟ تا بتوان براساس یک قضیه منطقی گفت: اذن به اتلاف رافع ضمان است، اذن بیمار به درمان، اذن به اتلاف است؛ پس اذن بیمار به درمان، رافع ضمان است.

در خصوص اذن به اتلاف در مورد زیان‌های جسمی و جانی، برخی از فقها به اجرای قاعده‌ی «الناس مسلطون علی اموالهم» در مورد دیه اشاره کرده و حتی قاعده‌ی «الناس مسلطون علی انفسهم» را مطرح نموده‌اند (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق: ۴۶۴ و ۴۸۸؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق: ۲ / ۴۲۹). عده‌ای نیز به صراحت متذکر شده‌اند که اذن به اتلاف در اینگونه زیان‌ها، مسقط ضمان است. (آل راضی، بی تا: ۱۳۸؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق: ۴۷۳؛ محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۶۱).^{۱۵} یکی از فقهای معاصر در این خصوص می‌نویسد: «سقوط ضمان در اثر اذن به اتلاف، در امور مالی روشن است، اما در مورد ضمان دیه، اگر دلیل ضمان قاعده‌ی اتلاف باشد، همین حکم است و چنانچه دلیل آن ادله‌ی دیه‌ی خطا باشد، نیز بنابر قول مشهور که با رضایت و اذن مجنی علیه،

دیه ساقط می‌گردد، چنین خواهد بود» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق: ۶۳/۲).^۴ همچنین تلاش مشهور فقها در اعتبار بخشیدن به ابراء پزشک قبل از درمان را می‌توان مصداق بارز اعتقاد ایشان به این نظر دانست که اذن به اتلاف در زیان‌های جسمی و جانی، ضمان را رفع می‌کند؛ زیرا از کلام آنها استنباط می‌شود که ابراء پزشک قبل از درمان را نه ابراء اصطلاحی، بلکه نوعی اذن به اتلاف می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۸/۴۳؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق: ۴۲۹/۲). به علاوه، اذن بیمار را با این استدلال رافع مسئولیت پزشک نمی‌دانند که چنین اذنی تنها نسبت به معالجه بوده و عواقب ناشی از آن را شامل نمی‌گردد. چنین مفهومی که به وفور در کتب فقهی تکرار شده، حاکی از آن است که به عقیده‌ی مشهور فقها، اگر ثابت شود بیمار به زیان ناشی از معالجه اذن داده است، موجب رفع مسئولیت پزشک می‌گردد. بنابراین مشهور فقها در اینکه رضایت و اذن بیمار به زیان ناشی از معالجه، رافع مسئولیت پزشک حاذق و غیر مقصر است، اختلافی ندارند، بلکه اختلاف بر سر تحقق چنین رضایتی است.

در مقابل نظریه‌ی ضمان مطلق پزشک که اذن بیمار را صرفاً اذن به معالجه می‌داند نه اتلاف؛ برخی از فقها و حقوقدانان، معتقد بر سقوط ضمان پزشک به وسیله‌ی اذن بیمار بوده و برای چنین تحلیلی به قاعده‌ی «اذن در شیء اذن در لوازم آن است» استناد کرده‌اند. این قاعده که قاعده‌ای عقلایی است و در کتب قواعد فقه نیز در شمار یکی از قواعد فقهی مسلم مطرح گردیده است، بیان می‌کند که اگر کسی به دیگری در امری اذن بدهد، مورد اذن به آنچه در عبارت اذن دهنده آمده محدود نمی‌شود، بلکه لوازم ذاتی، عقلی، عرفی و قانونی مورد اذن را نیز در برمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ۲۳۷/۱؛ یثربی، ۱۳۸۴: ۱۴۸). فقها چنین استدلال می‌کنند که تلف نفس یا نقص عضو، از ملازمات اتفاقی و عوارض احتمالی درمان است. اگر بیمار با آگاهی و اطلاع از این عوارض، به درمان اذن دهد، اذن وی به چنین معالجه‌ای، اذن در لوازم آن نیز هست؛ زیرا تفکیک میان این دو در اذن ممکن نیست. به عبارتی اگر بیمار بداند درمان از احتمال تلف انفکاک ناپذیر است و با این حال به پزشک اذن درمان بدهد، می‌توان گفت اذن به تلف احتمالی داده و اذن اخیر به نحو تبعی ثابت می‌گردد (موسوی خلیلی، ۱۴۲۷ق: ۴۶۳؛ مکارم شیرازی، بی تا: ۴۶). اگر چنین دلالت و ملازمه‌ای

ممنوع دانسته شود، طیب از درمان بیمار خودداری خواهد کرد، زیرا بسیاری از معالجات تبعاتی دارد (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق: ۴۷۶؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ۲۸۴).

یکی از صاحب‌نظران با پذیرش نظریه‌ی عدم ضمان پزشک، می‌نویسد: «همانگونه که بیمار یا ولی او حق دادن براءت پیش از درمان به پزشک را دارند، حق دارند به پزشک خود اجازه دهند تا برای درمان، دست به اقدامی بزند که ممکن است خطر احتمالی را نیز به همراه داشته باشد. وگرنه هیچ درمانی انجام نخواهد شد، چرا که کمتر درمانی یافت می‌شود که فاقد هرگونه خطر باشد. بنابراین از آنجا که اذن در درمان، اذن در خسارت احتمالی است و خسارت دیدن بیمار (مرگ یا نقص عضو) از ملازمات عادی درمان است؛ تفکیک میان اذن در درمان و اذن در اتلاف یا نقص عضو، درست به نظر نمی‌رسد. چنانچه بیمار متوجه احتمال آسیب باشد و با این وجود از پزشک درخواست معالجه کند، پزشک مجاز به درمان بوده و نیاز به اخذ براءت از وی ندارد» (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۶۱-۱۶۲). به علاوه، می‌توان با تفکیک میان درمان واقعی و ظاهری این نظر را تقویت نمود. درمان واقعی عبارت از این است که پزشک واقعاً بیماری را درمان کرده و بیمار بهبودی یابد. ولی درمان ظاهری به معنای به کار بستن علم، توان و تخصص پزشک در راه درمان بیماری است هرچند در نهایت به بهبودی بیمار منتهی نشود؛ همانطور که از ابتدای علم پزشکی تا کنون اینگونه بوده است. همچنانکه برخی از فقها و حقوقدانان استدلال نموده‌اند، اذن به درمان در صورتی مستلزم اذن به اتلاف نیست که ناظر به درمان واقعی باشد؛ یعنی اگر از پزشک خواسته شود که بیمار را واقعاً درمان کند، اذن به درمان اذن به اتلاف نیست. ولی در درمان ظاهری و متعارف، اذن به درمان اذن به اتلاف هم هست (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۳۸۱/۱۳؛ مکارم شیرازی، بی تا: ۵۰؛ اسماعیل آبادی، ۱۳۸۳: ۲۱/۶۴؛ پور اسماعیلی، تابستان ۱۳۸۹: ۶۴). اذن به درمانی که تلف و نقص در پی نداشته باشد، اذن به درمان واقعی و به عبارتی اذن به غیر مقدور و تکلیف «بما لا یطاق» است (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق: ۴۷۵؛ مرعشی شوشتری، ۱۳۷۵: ۱۳). زیرا به پزشک اذن داده شده که بر اساس علم و صلاحدید خویش عمل نماید (اسدی، ۱۴۰۷ق: ۲۶۲/۵؛ فخر المحققین حلی، ۱۳۸۷ق:

۶۵۶/۴). محقق اردبیلی در این خصوص معتقد است: «اذنی که در علاج داده می‌شود، ظاهراً به معنای این است که پزشک به علم خویش در خصوص آن بیماری عمل نماید، نه اینکه بیمار را واقعاً (فی نفس الامر) درمان کند. چنین اذنی مستلزم عدم ضمان در صورت ترتب تلف می‌باشد. پس به ظاهر اذن برای همین داده می‌شود نه برای درمان واقعی» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۳۸۱/۱۳).^{۱۶} در امر درمان، عوامل گوناگونی تأثیر گذار است که از کنترل پزشک خارج است و پزشک به آن اشرافی ندارد، وی مأمور به معالجه‌ی مریض طبق علم خویش است نه مأمور به علاج واقعی؛ در غیر این صورت باب طبابت و درمان بیماری‌ها بسته خواهد شد (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق: ۲۰۱/۲۶).^{۱۷}

ممکن است در پذیرش نظریه‌ی اذن بیمار به خسارات احتمالی، از این جهت تردید شود که بسیاری از بیماران از عواقب معالجه آگاه نیستند (مکارم شیرازی، بی تا: ۴۶). این تردید به جاست اما در رفع آن باید گفت: چنانکه در نظام‌های حقوقی جدید مرسوم است، رضایت بیمار به معالجه، رافع مسئولیت پزشک است، لیکن به شرطی که وی پیش از آن تمام خطرات معالجه را به بیمار اطلاع دهد و بیمار با علم و آگاهی از آنها رضایت داده باشد. بر این اساس، هرگاه رضایت بیمار با این شرایط اخذ گردد، عقلاً و عرفاً رضایت بیمار به معالجه، رضایت به وقوع زیان و تلف ناشی از آن خواهد بود و نتیجه‌ی آن سقوط ضمان پزشک به وسیله‌ی اذن بیمار است. بنابراین، اذن بیمار زمانی می‌تواند به طور تبعی شامل تلف و نقص ناشی از درمان گردد که اذن دهنده با آگاهی و اطلاع نسبت به این عواقب، به معالجه اذن دهد. این موضوع در نوشته‌های حقوقی، تحت عنوان "رضایت آگاهانه" مطرح شده و شرط اصلی تأثیر رضایت بیمار در رفع مسئولیت پزشک است.

همچنین، با استناد به قاعده‌ی اقدام می‌توان اذعان نمود که اعلام رضایت از ناحیه‌ی مریض یا اولیای او، در واقع به منزله‌ی گردن نهادن به عواقب و خطرات ناشی از معالجه یا جراحی است و سبب برائت ذمه‌ی پزشک از مسئولیت می‌باشد (اسماعیل آبادی، ۱۳۸۳: ۲۱/۶۴؛ خادم سر بخش، ۱۳۸۹: ۶۵؛ پور اسماعیلی، تابستان ۱۳۸۹: ۶۱) و اخذ برائت شرط اضافه‌ای است که لزومی در آن دیده نمی‌شود. بنابراین قائل شدن به ضمان پزشک مأذون، با قاعده‌ی اقدام منافات دارد و اذن بیمار در معالجه، مشروط به

عدم تقصیر پزشک و اعمال تمام دانش‌های پزشکی، موجب عدم حصول مسئولیت کیفری و مدنی پزشک است و نیازی به اخذ برائت از بیمار نیست (موسوی بجنوردی، ۷۳-۱۳۷۲: ۴۴).

۶. عدم لزوم اخذ برائت در قانون جدید مجازات اسلامی

در کتاب دیات، مبحث موجبات ضمان قانون جدید مجازات اسلامی، ماده ۴۹۵ تا ۴۹۷ به مسئولیت پزشک پرداخته است. آنچه اساس بحث ضمان پزشک است در ماده ۴۹۵ این قانون و تبصره یک آن بیان شده که مقرر می‌دارد: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه‌ی بدنی گردد، ضامن دیه است. مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.

تبصره ۱^۰ در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل، برای وی ضمان وجود ندارد. هرچند برائت اخذ نکرده باشد».

قانون‌گذار در قانون جدید، از نظام مسئولیت مطلق پزشک در قانون قبلی عدول کرده و به ظاهر مبنای تقصیر را در این مسئولیت پذیرفته است. چراکه تبصره نخست ماده مزبور، مسئولیت بدون تقصیر پزشک را رد کرده و در صورت عدم ارتکاب تقصیر علمی و عملی، رأی به عدم مسئولیت پزشک می‌دهد، بدون اینکه اخذ برائت را برای این حکم لازم بدانند. این امر تحولی عظیم در حوزه‌ی مسئولیت مدنی پزشک است که در قانون جدید اعمال گردیده است.

با توجه به اینکه نهاد تحصیل برائت تنها قادر به رفع مسئولیت بدون تقصیر پزشک است، هنگامی که چنین مسئولیتی متوجه پزشک نباشد، نیازی به اخذ برائت از بیمار یا ولی او نیز وجود نخواهد داشت. این نتیجه از صدر ماده نیز قابل استنباط است. زیرا عدم مسئولیت پزشک را منوط به یکی از این دو شرط کرده است: الف) عمل بر طبق

مقررات پزشکی و موازین فنی. ب) اخذ برائت از بیمار و عدم تقصیر؛ با این توضیح که عدم تقصیر، همان عمل بر اساس مقررات حرفه‌ی پزشکی است و در صورت عدم اخذ برائت نیز، عمل بر اساس مقررات و موازین فنی، پزشک را از مسئولیت معاف می‌کند. بنابراین هرچند تحصیل برائت از بیمار یا ولی او در قانون جدید پیش‌بینی شده است، لیکن در عمل تأثیری در معافیت پزشک از مسئولیت نخواهد داشت.

به لحاظ جنبه‌ی اثباتی، از ظاهر ماده بر می‌آید که مبنای مسئولیت در این ماده، فرض تقصیر یا به تعبیری اماره تقصیر است؛ بدین معنی که قانون پزشک را مسئول فرض می‌کند، مگر اینکه عدم تقصیر او به اثبات برسد (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۴۹). پزشک می‌تواند عدم تقصیر خود را از طریق اثبات این امر که مقررات پزشکی و موازین فنی را کاملاً رعایت کرده و مرتکب هیچ‌گونه بی‌احتیاطی نشده، اثبات کند. بنابراین بار اثبات بر عهده‌ی پزشک قرار می‌گیرد و با توجه به موقعیت فنی و علمی و تخصصی بالاتری که دارد می‌تواند اثبات نماید که موازین فنی و علمی را رعایت نموده است. در قانون سابق، در مرحله‌ی اثبات دو حالت وجود داشت؛ در اغلب موارد با اخذ برائت از بیمار، بار اثبات تقصیر پزشک بر عهده‌ی بیمار قرار می‌گرفت. زیرا تنها راه بی‌اثر ساختن برائت، اثبات تقصیر پزشک بود و با وجود تحصیل برائت، اصل بر عدم چنین تقصیری بود. اگر در موارد نادری هم برائت اخذ نمی‌شد، در هر حال اصل بر مسئولیت پزشک حاذق و غیر مقصر بود و تنها راه خلاصی از این مسئولیت، تلاش در انتفای رابطه‌ی سببیت بود و این مهم جز از طریق اثبات سبب خارجی که نتوان به پزشک منتسب دانست، ممکن نبود. یعنی پزشک باید ثابت می‌کرد زیان وارده به بیمار منتسب به او نیست. چنین امری به دلیل دخالت عوامل فراوان در امر درمان، بسیار سخت و گاهی غیر ممکن می‌نمود.

لیکن در قانون جدید، پزشک با اثبات رعایت موازین فنی و علمی و به عبارتی عدم تقصیر، از مسئولیت معاف می‌شود. بنابراین اخذ چنین تدبیری، مزیتی دیگر نسبت به وضعیت سابق است. بدین ترتیب، برائتی که در قانون جدید از آن یاد شده، تنها فایده‌ی آن در مرحله‌ی اثبات و جابه‌جایی بار اثبات است؛ بدین صورت که هرگاه

پزشک از بیمار یا ولی او براءت اخذ نموده باشد، بار اثبات تقصیر و به تبع آن مسئولیت پزشک، بر عهده‌ی بیمار قرار خواهد گرفت.

۷. نتیجه‌گیری

۱- مسئولیت پزشک حاذق، مأذون و غیر مقصر مبانی محکمی ندارد تا اینکه جهت رفع آن لزوم اخذ براءت از بیمار مطرح گردد. موردی که پزشک با اخذ رضایت بیمار، بر طبق موازین فنی و علمی رفتار نموده و بدون تقصیر و خطای وی، به بیمار زیان وارد شده است، محل اجرای قاعده‌ی اتلاف نیست و به دلیل عدم وجود رابطه‌ی سببیت میان ضرر و فعل پزشک، استناد عنوان متلف به چنین پزشکی منتفی است و ضمانی بر وی تحمیل نمی‌شود.

۲- مهم‌ترین مبنایی که برای توجیه لزوم اخذ براءت از بیمار مطرح شده است، مصلحت اجتماعی است؛ با این استدلال که اگر پزشک همواره مسئول زیان‌های ناشی از معالجه باشد، به سبب ترس از ضمان، از معالجه‌ی بیماران خودداری می‌کند. لذا لزوم اخذ براءت از بیمار، جهت خلاصی پزشک از مسئولیت بدون تقصیر خویش، مطرح شده است.

۳- با استناد به قاعده‌ی «اذن در شیء اذن در لوازم آن است» و نیز «قاعده‌ی اقدام»، می‌توان اذن بیمار را بدون نیاز به اخذ براءت، رافع مسئولیت پزشک دانست. مشروط به اینکه پزشک، بیمار را از کم و کیف درمان و پیامدهای احتمالی آن آگاه نموده باشد و بیمار با التفات و توجه به این امور، نسبت به معالجه‌ی خویش رضایت داده باشد.

۴- براءتی که در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ از آن یاد شده است، در عمل تأثیری در رفع مسئولیت پزشک نخواهد داشت و تنها می‌تواند بار اثبات تقصیر پزشک را بر دوش بیمار بگذارد؛ چرا که ظاهر مواد قانون مزبور حکایت از آن دارد که در صورت عدم اخذ براءت، بار اثبات رعایت موازین علمی و فنی و به عبارتی عدم تقصیر پزشک، بر عهده‌ی خود او می‌باشد. ایرادی که در قانون جدید کماکان باقی مانده است، عدم پیش‌بینی مقرراتی در خصوص اخذ رضایت آگاهانه از بیمار است. مسأله‌ای که متأسفانه

در حال حاضر، چندان بهایی به آن داده نمی‌شود. لذا پیش‌بینی مقرراتی منسجم در این خصوص ضروری می‌نماید.

پی‌نوشت‌ها

- ۱- به عنوان مثال، مرحوم محقق اردبیلی در این باره می‌نویسد: «ان فی ضمان الطبيب إذا كان حاذقاً- أى ماهراً- فى علاج مرض علماً و عملاً فعالجه بإذن المريض فاتفق التلف لا بتقصير فيه بوجه بل عمل ما تقرّر بحسب علمه و عمله فى هذا المرض فاتفق التلف بذلك العلاج قولين... ثم على تقدير الضمان هل يبرأ بالإبراء قبل العلاج أم لا؟»
- ۲- ماده ۳ قانون مربوط به امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب خرداد ۱۳۳۴ و اصلاحی ۱۳۷۹.
- ۳- ابن ادریس در این خصوص بیان می‌کند: «فاما إذا جنى على شيء لم يؤمر بقطعه، و لا بفعله، فهو ضامن، سواء أخذ البرائة من الولي، أو لم يأخذها».
- ۴- سخن صاحب جواهر به این صورت است: «ما أشرنا إليه سابقاً من وجوب العلاج لمن كان له بصيره فيه، و منها: عدم اعتبار الاجتهاد فى علم الطب، بل يكفى للمداوى المداوى بالتجربيات العاديه و نحوها مما جرت السيره و الطريقه به، و خصوصاً فى العجائز للأطفال و غير ذلك».
- ۵- حاج آقا رضا مدنی کاشانی، کتاب الديات ص ۴۹: «أن الموت لم يتحقق بسبب المعالجه بل للأمراض أو عدم فائده للمعالجه أو لكبر السن و تحليل القوى فلا ضمان على المعالج حينئذ...»- جواد بن علی تبریزی، تنقيح مبانی الأحكام - کتاب الديات، ص ۵۷: «أما إذا لم يكن التلف بعلاجه أصلاً بأن كان علاجه غير مفيد أصلاً فتلف بمرضه و الداء المصاب به فلا موجب لضمانه»- ناصر مكارم الشيرازي، المسائل المستحدثه فى الطب (قسم ثانى)، ص ۴۸: «لو أضر الدواء فى المريض أثراً بسبب بعض الحالات النادره كالحساسيه التى لا تنكشف بالاختبار أو بعض الأمراض الكامنه التى لا أثر لها ظاهراً و لم يكن يعلم بها الطبيب و المريض فأضر به الدواء لبعض هذه الامور و مات أو حصلت فى بدنه عاهه أو نقص لم يكن الطبيب ضامناً» و ص ۴۹: «أما لو عملوا بما هو المتعارف بحسب وظيفتهم، و لم تجن أيديهم و لم يقع لهم السهو و الخطأ، و إنما حصلت الخساره من جهات اخرى، فالظاهر عدم الدليل على ضمانهم»- در مذهب الاحكام سبزواری (۱۰۸/۱۹) نیز در رابطه با ضمان ختان می‌خوانیم: «أنه لا ضمان مع عدم تحمل الولد له لهزال أو مرض أو نحوهما، بحيث كان الموت من لوازم الختان بالنسبه إليه

عرفا».

۶- لازم به ذکر است که صاحب جواهر در جایی دیگر (ج ۴۳، ص ۴۶) در مقابل نظر ابن ادریس که خبر را حمل بر صورت تفریط می‌کند، دفاعی نکرده و سایر ادله را برای اثبات ضمان پزشک کافی می‌داند: «بل عن ابن ادریس نفی الخلاف عن صحه مضمونه، و إن كان فيه أنه قضیه فی واقعه محتمله لتفریط الختان بقطع الحشفه الذی لم یؤمر به، و عدمه، و لکن ما ذکرناه کاف فی إثبات المطلوب».

۷- الشیخ حسن الجواهری، ضمان الطیب، ص ۴۹: «لعلها ظاهره فی الطیب الذی لم یعلم منه طب، حیث إن قطع الحشفه فی الختان لا یصدر من الطیب الحاذق، أو أنه قد أهمل اهمالاً لا یعذر فیهِ فیکون ضامناً من هذه الجهه لا من جهه تضمینہ مع عدم خطأه و تجاهله و تعدیه».

۸- عبارت وی در نکت النهایه چنین است: «أن الأوصحاب متفقون علی أن الطیب یضمن ما یجنیه بعلاجه».

۹- کلام وی بدین صورت است: «فلم یکن فی هذین الإجماعین مانع عن الحمل المذكور و وجهه أنه قد یجب ذلك علی الطیب کفایه بل عینا و ما تثبت شرعاً أن کل إتلاف موجب للضمان و لو اتفق حصوله من فعل مأذون فیهِ واجب عینا أو کفایه و المفروض أنه حاذق فعل مقتضی علمه و اجتهاد و ما قصر مع أنه استأذن».

۱۰- سید صادق حسینی روحانی قمی، فقه الصادق علیه السلام، جلد ۲۶، ص: ۲۰۳: «و أمّا من حیث الدلاله فالمراد بأخذ البرائه من الولی لیس هو البرائه من الضمان بل المراد منه الاذن فی العلاج علی نحو لا ضمان معه»- محمد حسین کمپانی اصفهانی، الإجاره، ص ۲۸۴: «أخذ البرائه من المریض أى الاذن فی العلاج علی نحو لا ضمان مع»- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البیت علیهم السلام، ج ۴، ص ۳۰۴: «یحتمل أن یکون أخذ البرائه بمعنی الإذن فی العمل علی نحو لا ضمان معه»- سید عبد الأعلى سبزواری، مهذب الأحکام، جلد ۱۹، ص ۱۰۹: «و یمکن أن ... الإذن فی الشیء بنحو لا یتستعب الضمان».

۱۱- برای مثال به عباراتی از فقها در این خصوص اشاره می‌شود: سید علی بن محمد طباطبایی حائری، ریاض المسائل، جلد ۱۶، ص ۳۷۶: «إذ لا غنی عن العلاج و إذا عرف الطیب أنه لا مخلص له عن الضمان توقّف عن العمل مع الضروره إلیه، فوجب فی الحکمه شرع الإبراء؛ دفعاً للضروره»- احمد بن محمد اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۰، ص ۷۸: «غیر بعید تجویزه هنا للضروره ... و العقل یجوزه»- الشیخ محمد هادی آل راضی، مسئولیه الطیب و ضمانه، ص ۱۴۴: «الدلیل علی سقوط الضمان بأخذ البراءه: ... الضروره و الحاجه تدعو إلی ذلك؛ لأنّ الطیب إذا عرف أنّ علیه الضمان و أنّه لا مخلص له منه فسوف یمتنع عن ممارسه مهنته، و الحال أنّها من الامور الضروریه للإنسان، و لذا فالحاجه و الضروره تدعو إلی فتح هذا الباب لضمان استمرار الأطباء فی مزاوله مهنتهم»- سید محمد حسین ترحینی عاملی، الزبده الفقیه فی شرح الروضه البهیة، جلد ۹، ص ۵۵۲: «لأنّ العلاج

مما تمسّ الحاجة إليه فلو لم يشرع الإبراء تعذر العلاج لإعراض الأطباء عن الطبابة بسبب الضمان». ۱۲- برای نمونه برخی از عبارات فقها عیناً نقل می‌شود: احمد بن محمد اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۳، ص ۳۷۹: «أنّ العلاج و أمثال ما ذكرناه ممّا يحتاج اليه، فلو لم يكن الإذن موجبا لدفع ذلك و إسقاطه تعذرّ العلاج» - محمد حسين كمپاني اصفهاني، الإجاره، ص ۲۸۴: «أما الطبيب الحاذق المباشر... فمثل هذا يستحيل أن يستلزم الضمان... و إلا لانسد باب الطبابه و علاج المرضى مع مسيس الحاجة اليه» - سيد محمد مهدي موسوي خلخالي، فقه الشيعه - كتاب الإجاره، ص ۴۶۴: « هو ما اذا كان الطبيب الحاذق ... لا يكون ضامنا... و الا لانسد باب الطبابه و علاج المرضى مع مسيس الحاجة إليه».

۱۳- فخر المحققين حلي، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، جلد ۴، ص: ۶۵۵: «يحتمل عدم ضمانه لانه اذن المريض في علاجه بحسب نظره و ما يؤدي إليه فكره يسقط الضمان و الا لزم الحرج و امتناع الأطباء من المعالجه».

۱۴- برای دیدن نظر موافق که شمول ادله ضمان را در جنایات شبیه عمد بعد از اذن و ابراء، معلوم نمی‌داند، ر.ک به: سید علی بن محمد طباطبایی حائری، ریاض المسائل، جلد ۱۶، ص ۳۷۷.

۱۵- الشیخ محمد هادی آل راضی، مسئولیه الطبيب و ضمانه، ص ۱۳۸: «أنّ الإذن الراجع للضمان - حتی مع صدق الإلتلاف- هو الإذن فی الإلتلاف، فإذا أذن المالك فی الإلتلاف فلا ضمان بلا إشكال» - سید محمد مهدي موسوي خلخالي، فقه الشيعه - كتاب الإجاره، ص ۴۷۳: «الإذن فی اتلاف نفسه أو نقص فی اعضائه بان يأذن للطبيب ان يعالجه و ان اتفق فوته أو يعالج عينه و ان عمى فالظاهر ثبوته له...».

۱۶- احمد بن محمد اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۳، ص ۳۸۱: «الاذن لمّا كان فی العلاج بمعنی أنّه يفعل ما يعلم فی ذلك المرض و لا يكون عليه بشيء لا أنّه يعالج فی نفس الأمر، و هو ظاهر، فهو مستلزم للاذن بمعنی أنّه لو ترتب عليه تلف يكون بإذنه فلا يضمن، فإنّ الإذن لذلك، لا لعلاج النفس الأمری و هو ظاهر».

۱۷- سید صادق حسینی روحانی قمی، فقه الصادق علیه السلام، جلد ۲۶، ص ۲۰۱: « فإن كان الطبيب حاذقاً أى ماهراً فى الصناعه و العلاج علماً و عملاً بما يحتاج إليه ذلك المريض المعالج بحسب ما قرّر له فى فنّه... و قد يباشر العلاج... فإنّ أذن له المريض إن كان عاقلاً بالغاً أو أذن وليه أن عالج المجنون أو الصبى و لم يقصر فى العلاج، فلا ضمان عليه: لأنّه مأمور من قبل الشارع الأقدس بمعالجه المريض بما يراه علاجاً لا بما هو علاج واقعاً. و يشهد به مضافاً إلى أنّه لو لا ذلك لانسد باب الطبابه».

الف. فارسی

۱. کتب

- حجتی، مهدی و مجتبی یاری. (۱۳۸۹). *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی*. چاپ اول، تهران: دادستان.
- شجاعپوریان، سیاوش. (۱۳۷۳). *مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک*. چاپ اول، تهران: فردوسی.
- صادقی، محمد هادی. (۱۳۸۲). *جرایم علیه اشخاص*. چاپ ششم، تهران: میزان.
- صانعی، شیخ یوسف. (۱۳۸۴). *استفتائات پزشکی*. چاپ هشتم، قم: میثم تمار.
- عباسی، محمود. (۱۳۸۴). *حقوق و پزشکی*. چاپ دوم، تهران: حقوقی.
- _____ (۱۳۸۹). *مسئولیت پزشکی*. چاپ دوم، تهران: حقوقی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). *قواعد عمومی قراردادها*. جلد چهارم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۹). *فقه پزشکی*. چاپ اول، تهران: حقوقی.
- _____ (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه*. جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مرکز تحقیقات فقهی. (۱۳۸۸). *مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری*. جلد پنجم (دیات)، چاپ اول، تهران: جنگل.

۲. مقالات

- اسماعیل آبادی، علیرضا. (۱۳۸۳). "بررسی مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک". فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۶۴.
- امامی، مسعود. (۱۳۸۸). *اجماع مدرکی*. مجله فقه اهل بیت (فارسی)، شماره ۶۰.

- ایمانی، محمدرضا. (۱۳۷۹). *نقد ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی*. مجله حقوقی دادگستری.
- آموزگار، مرتضی. (۱۳۸۵). *مبانی پذیرش مسئولیت جزائی پزشک غیر مقصر (حاذق و محتاط)*. مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۱۲، شماره ۲.
- پارسا پور، محمد باقر و همکاران. (۱۳۸۵). *خطای پزشک و تأثیر آن در مسئولیت پزشکان*. فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، ویژه نامه اخلاق پزشکی، پیوست شماره ۱.
- پور اسماعیلی، علیرضا. (زمستان ۱۳۸۹). *بررسی حقوقی برائت نامه های پزشکی*. فصلنامه حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۷.
- _____ (تابستان ۱۳۸۹). *بررسی مفاهیم اذن، رضایت و برائت و تأثیر آنها در مسئولیت پزشک*. دو فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره ۲.
- جعفری تبار، حسن. (۱۳۷۷). *از آستین طبیبان، قولی در مسئولیت مدنی پزشکان*. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۱.
- حق محمدی فرد، زهرا و سید محمد موسوی بجنوردی. (۱۳۸۶). *مسئولیت مدنی و کیفری پزشک با تکیه بر آرای امام خمینی*. پژوهشنامه متین، شماره ۳۴ و ۳۵.
- خادم سر بخش، مهدی. (۱۳۸۹). *رفع مسئولیت مدنی پزشک با اخذ برائت از بیمار*. پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۶.
- داراب پور، مهرباب. (۱۳۸۴). *اخذ برائت برای خسارات ناشی از درمان یا عمل جراحی، رافع ضمان یا اعتمادی خلاف احتیاط در مسئولیت تخصصی پزشکان*. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱.
- سالارزایی، امیر حمزه و صدیقه گلستان رو. (۱۳۸۶). *عدم نیاز به اخذ برائت در عملیات جراحی و طبی*. مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۱۳، شماره ۲.
- شجاعپوریان، سیاوش. (۱۳۸۹). *جایگاه تقصیر در مسئولیت و برائت پزشک*. فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸.

- صفایی، سید حسین. (۱۳۹۱). *مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی*. فصلنامه علمی پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸. طاهری، حبیب الله. (۱۳۷۷). *آیا طبیب ضامن است (قسمت اول)*، مجله علمی پزشکی قانونی، سال چهارم، شماره ۱۴.
- قدسی، احمد. (۱۳۸۸). *اجماع در نگاه محققان شیعه و نقش آن در استنباط*. فصلنامه طلوع، سال هشتم، شماره ۲۷.
- کاظمی، محمود. (بهار ۱۳۸۹). *تحقیقی پیرامون سیر اندیشه ضمان طبیب در فقه امامیه*. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱.
- _____ (زمستان ۱۳۸۹). *جستاری نقادانه پیرامون نظریه مشهور فقهای امامیه در خصوص مسئولیت پزشک*. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۴.
- کریمی، نسرین. (۱۳۸۶). *تأثیر شرط برائت در رفع مسئولیت از پزشک*. فصلنامه حقوق، سال سی و هفتم، شماره ۱.
- مرعشی شوشتری، سید محمد حسن. (۱۳۷۵). *قاعده تسبیب*. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۲.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۷۳-۱۳۷۲). *مسئولیت (مدنی و کیفری) پزشک*. مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۹.
- یثربی، سید علی محمد. (۱۳۸۴). *قاعده اذن، کلیات و تعاریف*. فصلنامه پژوهش دینی، سال اول، شماره ۱.
- (ب) منابع عربی (فقهی)
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. جلد ۳، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. جلد ۱۰، ۱۳ و ۱۴، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اسدی، احمد بن محمد. (۱۴۱۰ق). *المقتصر من شرح المختصر*. چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
- _____ (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*. جلد ۵، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اشتهاردی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). *مدارک العروه*. جلد ۲۷، چاپ اول، تهران: دار الأسوه للطباعة و النشر.
- آل راضی، الشیخ محمد هادی. (بی تا). *مسئولیه الطیب و ضمانه*. مجله فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعریبه)، جلد ۵-۶، چاپ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۸ق). *تنقیح مبانی الأحكام - کتاب الدیات*. چاپ اول، قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها.
- ترحینی عاملی، سید محمد حسین. (۱۴۲۷ق). *الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة*. جلد ۹، چاپ چهارم، قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۳ق). *موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*. جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- جمعی از مؤلفان. (بی تا). *الإذن فی التصرفات الوراثیه*، مجله فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعریبه)، جلد ۱۵، چاپ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- الجواهری، الشیخ حسن. (بی تا). *ضمان الطیب*. مجله فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعریبه)، جلد ۳۵، چاپ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*. جلد ۱۹ و ۲۹، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (بی تا). *الفقه. کتاب الاجاره*. قم: دار القرآن کریم.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق علیه السلام*. جلد ۱۹ و ۲۶، چاپ اول، قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (بی تا). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. کتاب الديات، بیروت: دار التراث.
- حسینی عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج. (۱۴۱۶ق). *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*. جلد ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حسینی حلبی، ابن زهره. (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*. چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*. چاپ اول، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. جلد ۶، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحکام*. جلد ۱۹ و ۲۹، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
- سیوری حلی، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*. جلد ۴، چاپ اول، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- صدوق قمی، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. جلد ۳ و ۴، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰). *غایه المرام فی شرح شرائع الإسلام*. جلد ۴، چاپ اول، بیروت: دار الهادی.

- طباطبایی بروجردی، آقا حسین. (۱۴۲۹ق). *جامع أحادیث الشیعه*. جلد ۳۱، چاپ اول، تهران: فرهنگ سبز.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. جلد ۱۶، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*. جلد ۲، چاپ اول، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۳ق). *الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی - کتاب الإجاره*. چاپ اول، قم: محلاتی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). *العروه الوثقی*. جلد ۲، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. جلد ۱۰، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- عاملی، محمد بن جمال الدین مکی (شهید اول). (۱۴۱۱ق). *اللمعه الدمشقیه*. جلد ۱۰، اصفهان: مکتبه امام امیر المؤمنین (ع).
- _____ (۱۴۱۴ق). *غایه المراد فی شرح نکت الإیرشاد*. جلد ۴، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). *مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام*. جلد ۱۵، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه*. جلد ۵، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- _____ (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. جلد ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام*. جلد ۱۱، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- فخر المحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). *إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). *الوافی*. جلد ۱۶ و ۱۸، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی*. جلد ۷، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ایران.
- کمپانی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۰۹ق). *الإجاره*. چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مجلسی اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی (مجلسی دوم). (۱۴۰۴ق). *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*. جلد ۲۴، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. جلد ۱۸، چاپ اول، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- محسنی قندهاری، محمد آصف. (۱۴۲۴ق). *الفقه و مسائل طویه*. جلد ۱، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*. جلد ۲، چاپ ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
- _____ (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. جلد ۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- _____ (۱۴۱۲ق). *نکت النهایه*. جلد ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. (۱۴۲۳ق). *کفایه الأحکام*. جلد ۱، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مدنی کاشانی، حاج آقا رضا. (۱۴۰۸ق). *کتاب الادیات*. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- مغربی، ابو حنیفه نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵ق). **دعائم الإسلام**. جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق). **فقه الإمام الصادق عليه السلام**. جلد ۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر. (بی تا). **المسائل المستحدثة فی الطب (قسم ثانی)**. مجله فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعربیة)، جلد ۱۰، چاپ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام.
- موحدی لنگرانی، محمد فاضل. (۱۴۱۸ق). **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - اللدیات**، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). **مبانی تکمله المنهاج**. جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره.
- _____ (۱۴۱۰ق). **منهاج الصالحین**. جلد ۲، چاپ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم.
- _____ (۱۴۱۸ق). **موسوعه الإمام الخوئی**. جلد ۳۰، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره.
- موسوی خلخالی، سید محمد مهدی. (۱۴۲۷ق). **فقه الشیعه - کتاب الإجاره**. چاپ اول، تهران: مرکز فرهنگی انتشارات منیر.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). **تحریر الوسیله**. جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق). **جامع الشتات فی أجوبه السؤالات**. جلد ۳، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
- نجفی، احمد بن علی بن محمد رضا (کاشف الغطاء). (۱۴۲۳ق). **سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات**. جلد ۳، چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- نجفی، حسن بن جعفر بن خضر (کاشف الغطاء). (۱۴۲۲ق). **أنوار الفقاهه - کتاب الإجاره**. چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.

- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. جلد ۲۷ و ۴۳، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ق). *کتاب الاجاره*، جلد ۲، الطبعة الاولى، بی جا: مؤسسه دایره المعارف الفقه الاسلامی.
- یوسفی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۷ق). *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، جلد ۲، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

