المسألة الثالثة ما يتعلق بضمان الطبيب وعدمه (الاَول): إذا تبرّء الطبيب من الضمان وقبل المريض أو وليّه ولم يقصّر في الاجتهاد والاحتياط فالاَظهر براءته من ضمان الفساد إن اتّفق بمباشرته، كما اختاره جماعة من المحققين، بل عن المسالك أنّه المشهور، واستدل له بخبر السكوني(من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه وإلاّ فهو ضامن)، وبأنّ العلاج مما تمسّ الحاجة إليه فلو لم يشرع الابراء تعذر العلاج كما في الشرائع(1). وعن ابن ادريس أنّه لا يبرء لاَنّه إسقاط الحق قبل ثبوته(2). وفي الجواهر: ... على أنّه ينبغي الجزم به (أي بالابراء) إذا اخذ بعنوان الشرطية في عقد اجارة الطبيب مثلاً، إذ هو حينئذ يكون كاشتراط سقوط خيار الحيوان والمجلس ونحوهما مما يندرج تحت قولهم (عليهم السلام) : المؤمنون عند شروطهم... وليس هذا من الابراء قبل ثبوت الحق بل من الاذن في الشيء المقتضية (المقتضى ظ) لعدم ثبوته نحو الاذن في أكل المال مثلاً. أقول: وما ذكره صاحب الجواهر موجه، وأما ما ذكره المحقق في الشرائع من الوجهين ففيه نظر وإنّ قبله صاحب الجواهر، لضعف الخبر _____ (1) ص 47 ج 43 جواهر الكلام. (2) نفس المصدر.