



واکاوی فقهی ضمان پزشک در برداشت اعضا

پدیدآورنده (ها) : عابدین پور، احسان

فقه و اصول :: نشریه فقه و اجتهاد :: بهار و تابستان ۱۳۹۷ - شماره ۹

صفحات : از ۱۷۱ تا ۲۰۵

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1726261>

تاریخ داندلود : ۱۴۰۲/۰۹/۲۰

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



مقالات مرتبط

- ورزش بانوان از منظر فقه اسلامی
- نکته های نو در علم اصول فقه
- نگاهی گذرا به مبانی استدلال
- روش استدلال در قرآن کریم
- قضایای حقیقیه، خارجی، لابتیه
- کاربرد روش حل مسأله در آموزش علوم
- سیری در فواید فقه مقارن / فقه آراسته و پیراسته
- نسبت سنجی حکم حکومتی با احکام اولیه و ثانویه الهی، با تاکید بر دیدگاه امام خمینی قدس سره
- دستگاه منطقی قرآن کریم در افق منطق صوری
- فقه مقارن راهی برای کشف حقیقت
- بررسی و مقایسه تأثیر روش تدریس حل مسأله با روش تدریس سنتی در دروس علوم تجربی و ریاضیات بر پیشرفت تحصیلی و یادآوری دانش آموزان کلاس سوم راهنمایی مدارس دولتی بهشهر و ارائه الگوی عملی
- استدلال در قرآن

عناوین مشابه

- واکاوی فقهی حقوقی ضمان در کتمان بیماری های مسری
- عناوین سقوط ضمان پزشک در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (بررسی فقهی و حقوقی)
- ضمان پزشک در قانون مجازات اسلامی
- واکاوی مبانی فقهی حکم سحق محصنه در قانون مجازات اسلامی
- بررسی فقهی ضمان خسارت مادی مستند به خطای مشاور در مشاوره های روان شناختی غیرتبرعی
- واکاوی فقهی و حقوقی مداخله حاکمیت در تعیین میزان مهریه در نظام حقوقی ایران
- واکاوی فقهی - حقوقی جهت خواسته در دعاوی مدنی
- واکاوی فقهی و حقوقی موجبات زوال ایجاب در قراردادهای الکترونیکی
- واکاوی فقهی اخبار اهل سنت از ساز و آواز در حضور پیامبر(ص)
- واکاوی رویکردهای فقهی به اعتبار جنسیت در شهادت

فقه و اجتهاد

دوفصلنامه علمی - تخصصی
سال پنجم، شماره نهم (بهار و تابستان ۱۳۹۷)

واکاوی فقهی ضمان پزشک در برداشت اعضا

احسان عابدین پور^۱

چکیده

برداشت اعضا جهت درمان سایر بیماران است که با اذن اهداکنندگان، صورت می‌گیرد، یکی از راه‌های متداول درمان است؛ ولی مسئولیت پزشک در برابر قطع عضو و ترس ناشی از آن، گاه به عنصری منفی تبدیل شده و موجب می‌شود از انجام این کار پرهیز کند. در حالی که به نظر می‌رسد اذن اهداکنندگان به پزشک در برداشت اعضای بدن در رفع مسئولیت از پزشک موثر باشد. در پژوهش حاضر، نخست دیدگاه‌های موجود در ضمان پزشک در برداشت اعضا بررسی می‌گردد، سپس ادله این دیدگاه‌ها یعنی ضمان و عدم ضمان پزشک و دلالت آن مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. حاصل پژوهش اینکه پزشک در قبال آسیب‌های بدنی حاصل از درمان، در صورتی که حاذق باشد و از وظایف درمانی خارج نشده باشد، ضامن نخواهد بود؛ چرا که تمامی ادله مربوط به ضمان پزشک با وجود مأذون بودن وی، مخدوش و دلایل عدم ضمان وی، تمام می‌باشد. کلیدواژگان: اذن، برداشت اعضا، آسیب بدنی، ضمان، ابراء.

۱. مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم. e.abedin110@gmail.com

مقدمه

امروزه نقص عضو، به طور عموم، به منظور اهدا و پیوند اعضا، با هدف نجات جان انسان‌ها، تأمین سلامت و کاهش درد و رنج آنها، در غالب یکی از ارزنده‌ترین و بارزترین خدمات پزشکی به جامعه بشری، صورت می‌پذیرد، این مسأله قبل از آنکه یک امر پزشکی باشد، چون مستلزم تصرف در بدن انسان و تمامیت جسمانی و حق فرد است، یک امر فقهی و حقوقی می‌باشد، از این رو پرداختن به این بعد، برای بررسی نقش اذن در این مسأله به عنوان یکی از مبانی و اصول اولیه پیوند اعضا، از اهمیت و لزوم خاصی بهره‌مند است.

شرع مقدس اسلام در رابطه با مسأله تصرف در بدن و همچنین حفظ حیات و سلامتی آن، احکام خاص فقهی، تکلیفی و وضعی، قرار داده است، اما در مورد موضوع محل بحث در این تحقیق صدور حکم فقهی به سادگی میسر نیست؛ چرا که اذن در این مبحث به قطع عضو توسط پزشک تعلق می‌گیرد که این عمل پزشک خود مستلزم تصرف در تمامیت جسمانی شخص زنده یا مرده می‌باشد.

علاوه بر این، برداشت عضو از بدن بیمار با وارد آمدن نقص، ضرر و جراحت بر پیکر شخص همراه است، هر چند با انگیره کاملاً معقول، مشروع و حتی مقدس، یعنی نجات جان انسان‌ها و رهایی آنها از درد و رنج بیماری‌های مهم و صعب العلاج باشد، همین امر موجب می‌گردد در حکم شرعی اذن به این برداشت اعضا که مورد بحث ما در این مبحث می‌باشد اشکالاتی به وجود آید، هر چند در صورت اضطرار وقتی که حیات بیمار متوقف بر قطع عضوی از میت باشد جواز این مسأله روشن است (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۶۲۴؛ مکارم، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۴۴).

مسأله اذن و آثار حقوقی آن در فقه پزشکی، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و در روابط حقوقی و اجتماعی پزشک و بیمار نقش به سزایی دارد، با پیشرفت علم پزشکی، یکی از گزینه‌های درمان، برداشت اعضا، جهت درمان سایر بیماران می‌باشد که با اذن اهداکنندگان، اطبا به برداشت اعضای افراد، جهت اهدا به

دیگران، اقدام می‌نمایند.

از طرفی مسئول بودن پزشک در برابر آسیب بدنی که در ضمن درمان برای بیمار به وجود می‌آورد و ترس از مسئولیت، گاه به عنصری منفی تبدیل شده و موجب می‌شود از انجام کارهایی که مسئولیت حقوقی و یا کیفری ناشی از اقدام به آن‌ها زیاد است پرهیز کنند، که در این زمینه باید توسط اولیای جامعه، چاره‌ای اندیشیده شود تا جامعه از موهبت درمان توسط طبیبان محروم نگردد.

از جمله اصولی که در حقوق اسلامی برای اثبات عدم مسئولیت به آن استناد شده اذن است و از دیرباز این پرسش برای فقهاء مطرح بوده است که آیا اذن در تصرف رافع مسئولیت تصرف کننده است یا خیر؟ بر این اساس، مقاله پیش روی، تاثیر اذن را بر ضمان پزشک در برداشت اعضا، با روشی اجتهادی و بر اساس ادله فقهی - اصولی، تحقیق می‌نماید.

دو دیدگاه در مورد کیفیت تاثیر اذن در برداشت اعضا وجود دارد: یکی عبارت است از ضمان بودن پزشک و دیدگاه دیگر عدم ضمان وی، که البته هر یک از این دو نظریه، دارای دلایل‌هایی مخصوص به خود می‌باشند.

۱. دیدگاه‌های موجود در ضمان پزشک در برداشت اعضا

جواز شرعی اذن به قطع و اهدای اعضای بدن، توسط پزشک امری مسلم و غیر قابل انکار است، چرا که غرض عقلایی به این امر تعلق گرفته است، اکنون محل بحث تعلق ضمان به کاری است که با اذن پزشک صورت می‌گیرد:

۱-۱. ضمان پزشک با اذن به برداشت اعضا

در این دیدگاه اذن اهداکننده عضو، تنها موجب اباحه در تصرف است به این معنی که پزشک حق دارد به موجب اذن شخص، اقدام به قطع عضو بدن شخص جهت اهدا و پیوند به دیگری نماید، نه این که اذن، ضمان را نیز از بین ببرد، به این صورت که اباحه حاصل از اذن نیز کاری با نفی ضمان ندارد.

از جمله کسانی که این دیدگاه را به این معنی که اذن، بدون برداشتن ضمان،

فقط مفید اباحه باشد، قبول کرده‌اند، شیخ الطائفه (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۲۴۴)، شهید اول (عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۱۲)، علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۱)، محقق ثانی (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۸۰)، صاحب مفتاح الکرامه (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۸۲۴)، شیخ اعظم (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۹۴-۱۹۵)، سید یزدی رحمته الله علیه (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۹) و صاحب جواهر رحمته الله علیه (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۴۵) می‌باشند (لازم به ذکر است که صاحب جواهر رحمته الله علیه تنها در فرض نابلد یا غیر مأذون بودن طیب و کودک یا مجنون بودن فرد مورد معالجه، این نظر را قبول دارد)، برخی فقها معتقدند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۱؛ عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۶۴۹) در بحث مأخوذ به سوم همین نظر بین علمای شیعه مشهور است.

۱- ۲. عدم ضمان پزشک با اذن به برداشت اعضا

دیدگاه فوق اذن اهداکننده عضو را، نه تنها موجب اباحه در تصرف می‌شمارد بلکه آن را موجب از بین رفتن ضمان نیز می‌داند، بدین ترتیب علاوه بر این که پزشک حق دارد به موجب اذن شخص، اقدام به قطع عضو بدن شخص جهت اهدا و پیوند به دیگری نماید، همچنین در مقابل این کار ضامن نیز نخواهد بود، به این صورت که اباحه حاصل از اذن با نفی ضمان، ملازمه خواهد داشت. در مورد کسانی که به این دیدگاه معتقدند به این معنی که اذن در انجام یک عمل، ضمان مربوط به آن را نیز از بین می‌برد، در بین متأخرین می‌توان به فقیهانی چون: ابن ادریس حلی (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۳) و محقق حلی رحمته الله علیه در نکت النهایه (حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۴۲۱) و بین محققین هم‌عصر به محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴) و محقق حکیم رحمته الله علیه (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۷۹) اشاره کرد. البته در این میان برخی از بزرگان فقه چون محقق حلی در شرائع الاسلام (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۳۱) صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۴۵) و ابن فهد حلی (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۶۱-۲۶۲)، تنها به بیان دو دیدگاه ضمان و عدم ضمان اکتفا کردند، بدون اینکه یکی از این دو نظریه را برگزینند.

۲. ادله دیدگاه طرفین مسئله

در کتب استدلالی فقهی برای هر یک از دو دیدگاه ضمان و عدم ضمان ادله‌ای بیان شده است، به طوری که حتی محققینی که در این میان هیچ کدام از این دو نظریه را نپذیرفته‌اند از بیان دلیل هر یک از این دو دیدگاه هنگام بیان آن دو کوتاهی نورزیدند، برای روشن شدن مطلب در این مقام، دلیل هر یک از دو نظریه فوق را بیان می‌کنیم و سپس به بررسی هر کدام از این دلایل خواهیم پرداخت:

۲-۱. ادله ضمان پزشک با اذن شخص به برداشت اعضا و نقد آن

برای اینکه پزشک با وجود مأذون بودن از جانب مراجعه‌کننده، در قبال خساراتی که در اثر اقدامات وی به وجود می‌آید، ضامن نیز باشد، می‌توان به دلیل‌های مختلفی اشاره کرده که برخی از این دلایل در کتاب‌های مستدل مربوط به علم فقه نیز مورد اشاره قرار گرفته است، برای روشن شدن مطلب در این مسئله، به هر یک از این دلایل اشاره می‌نماییم و هر کدام از آن دلایل مربوط به حکم به ضمان پزشک در این مسئله را جداگانه بررسی خواهیم نمود:

۲-۱-۱. قاعده: «من اتلف»

یکی از وجوه فنی برای ضامن بودن پزشک با وجود مأذون بودنش از طرف مراجعه‌کننده، آن است که عموم قاعده: «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲۴)، که در بین اهل فقه با همین عبارت مشهور است، شامل محل بحث ما نیز می‌گردد و منافاتی با اذن در تصرف ندارد.

تقریب استدلال به این قاعده بر ضمان پزشک آن است که اتلافی که در متن روایت مربوط به این قاعده آمده است علاوه بر نابود شدن عین، شامل از بین رفتن صفت شیء هم می‌شود (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۸)، بدین ترتیب، اگر در اثر اقدام پزشک صفت سلامت در قسمتی از بدن بیمار یا مراجعه‌کننده از بین برود این قاعده شامل آن خواهد شد.

علاوه بر این، در مورد قاعده اتلاف هر چند به واژه «مال» تصریح شده است

ولی چنان که در کلام برخی محققین معاصر نیز دیده می‌شود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۸۸)، فرقی بین مال و جسم در شمول قاعده وجود ندارد، یعنی این قاعده همان‌طور که دلالت بر تعلق ضمان به مال در صورت اتلاف آن می‌کند به همین ترتیب دلالت بر تعلق ضمان به جسم در فرض مذکور می‌نماید، بلکه آن چه باعث مضمون بودن مال در این قاعده می‌باشد، به طور واضح‌تر و محکم‌تر موجب تعلق ضمان به جسم در صورت اتلاف آن می‌گردد.

نقد این دلیل

بعضی از فقها اذن را رافع ضمان و مسئولیت نمی‌شمارند، به این جهت که اثر اذن را تنها اباحه در تصرف می‌بینند از نگاه ایشان اباحه حاصل از اذن کاری با نفی ضمان ندارد، چراکه عموم قاعده: «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲۴)، که در بین اهل فقه با همین عبارت مشهور است، شامل محل بحث ما نیز می‌گردد و منافاتی با اذن در تصرف ندارد.

همان‌طور که اذن شارع به صدقه دادن در مورد مال مجهول المالک، لقطه مضمون یعنی مال پیدا شده‌ای که یابنده مجاز به تملک آن نیست و یا صدقه دادن آنچه از غاصب امانت سپرده است توسط امانت‌گیرنده، منافاتی با ضامن بودن صدقه‌دهنده نسبت به مالک مالی که تصدق گردیده است ندارد.

در حقیقت اذنی که می‌تواند جلوی ضمان را بگیرد، اذن مطلق است که ساکت بودن آن از ضمان ظهور در عدم ضمان داشته باشد نه مطلق اذن، چه اصل ضمان که از قاعده: «من اتلف» ناشی می‌شود با اذن به تصرف به معنی مباح شدن آن توسط شخص نیز قابل جمع است و منافاتی بین اذن و ضمان وجود نخواهد داشت، ریشه‌های این مطلب در کلام شیخ انصاری رحمته الله علیه دیده می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۹۴).

سید یزدی رحمته الله علیه مطلق اذن را نسبت به ضمان، خالی از حکم می‌داند، به این بیان که ضمان یا عدم آن به این بستگی دارد که اذن مورد نظر اذنی ضمانی باشد یا

اذنی غیر ضمانی به معنی مجانی بودن آن چه اذن به تصرف در آن داده می‌شود، این نکته نه تنها در اذنی که توسط شارع و قانون گذار داده می‌شود جاری است بلکه در اذنی که مالک به تصرف در مال خود می‌دهد نیز جریان دارد (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۹).

اگر مالک اذن به تصرف در اموال خود بدهد و آن را به ضمان یا عدم ضمان مقید نسازد، از اذن او چیزی فهمیده نمی‌شود؛ بلکه فقط به خاطر قاعده اتلاف حکم به ضمان می‌کنیم، از همین روی اگر اختلاف شود که حیوان سواری اجاره داده شده است یا به عنوان عاریه در دست دیگری قرار دارد، با وجود اتفاق نظر بر این که تصرف در این حیوان تصرفی از روی اذن و رضایت مالک است، در این صورت راکب باید اجرة المثل منافی را که از آن حیوان مورد استفاده قرار داده است به مالک بپردازد (همان).

این حکم نشان از آن دارد که مطلق اذن حرفی در مورد مجانی بودن و عدم ضمان نمی‌زند؛ چون اگر به معنی رفع ضمان بود، باید در مسئله فوق حکم به برائت راکب می‌شد چرا که او و مالک هر دو بر تصرف از روی اذن توافق داشتند و فقط در اجاره یا عاریه تردید وجود داشت، البته بعضی فقها در این مسأله قائل به عدم ضمان گردیدند، اما آنچه از حکم مشهور فقها به دست می‌آید آن است که صرف اذن چه از جانب شارع و قانونگذار و چه از جانب مالک رافع ضمان نیست؛ بلکه ضمان در صورتی برطرف می‌گردد که احترام مال توسط مالک ساقط گردد و این فقط در خصوص اذن مجانی یعنی اذنی که صراحت در مجانی بودن مال مورد اذن داشته باشد صورت می‌پذیرد نه در مطلق اذن که محل بحث ماست (همان).

بین فقهای شیعه مشهور است که «مقبوض بالسوم» یعنی چیزی که مشتری برمی‌دارد تا برای خرید واریسی کند، مضمون می‌باشد یعنی با این که اذن مالک در مورد آن محرز است، ولی اذن به واریسی جلوی مسئولیت حفظ و ضمان کالا را نمی‌گیرد، بدین ترتیب باید میان اباحه در تصرف که از اذن نشأت می‌گیرد و مسأله

رفع ضمان تفاوت و جدایی وجود داشته باشد، به این معنی که بین این دو تلازمی به نظر نیاید (علامه، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۶۲؛ همو، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۵۲۶؛ شهید اول، ص ۱۱۲؛ علامه، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۱؛ عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۶۴۹؛ انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۱۸۷).

در شریعت نیز، مواردی یافت می‌شود که هر چند شارع و قانون‌گذار یا مالک، اذن به تصرف داده‌اند، ولی هم‌چنان ضمان و مسئولیت پایدار است، مانند ضامن بودن معلم نسبت به کودکی که تحت تعلیم و تربیت اوست، که هر چند از نظر شارع به اعمال تنبیه بدنی در مورد وی در حدّ متعارف مجاز و مأذون می‌باشد، ولی در صورت بروز آسیب و خسارت در ضمن تنبیه و تأدیب، ضمان آن را نیز به عهده خواهد داشت (علامه، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۰۷؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۸۰؛ عاملی حسینی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۸۲۴)، در کلامی از شیخ الطائفه^{علیه السلام} عبارتی وجود دارد که از آن به نظر می‌رسد که وی بر این مطلب ادعای اجماع کرده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۲۴۴).

در محل بحث ما نیز که اذن بیمار به پزشک در اقدام به درمان و عملیات طبّی در صورت بروز آسیب به بیمار و بررسی مسئولیت مدنی پزشک در این صورت می‌باشد، حکم مشهور بین فقیهان آن است که پزشک اگر چه ماهر و متخصص باشد و برای معالجه و درمان از بیمار یا ولی او اذن بگیرد، هم‌چنان در ارتباط با آسیب‌ها و خسارت‌هایی که در مراحل درمان عارض می‌شود، ضامن و متعهد است و به این معنی که اذن مذکور ضمان مربوط به اقدامات طبیب را بر طرف نمی‌نماید؛ بلکه پزشک تنها در صورتی که قبلاً از بیمار یا ولی او برائت حاصل کرده باشد، می‌تواند از آن تعهد و ضمان رهایی یابد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۶۲؛ محقق، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۳۱-۲۳۲؛ علامه، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۲۷-۵۲۸؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۶۸).

همین حکم باعث شکل‌گیری ماده ۳۱۹ در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ش گردید که در آن مقرر شده است: «هرگاه طبیعی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود،

ضامن است». در ماده ۳۲۲ از همین قانون نیز چنین آمده است: «هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن، قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان، براءت حاصل نماید، عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود».

مانند همین مطلب در ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ش نیز آمده بود، چنان که در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی جدید، مصوب سال ۱۳۹۲ش نیز این طور مقرر گردیده است: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد ضامن دیه است مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد، یا این که قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنان چه اخذ از براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بی‌هوشی و مانند آن ممکن نگردد براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود».

همان طور که در کلام شیخ اعظم علیه السلام نیز گذشت، اذن گاهی می‌تواند از حد رخصت فراتر رود و چیزی بیشتر از اثبات روا بودن صرف و اباحه تصرف را به ارمان آورد، به این معنی که ضمان را مرتفع سازد و آن زمانی است که اذن مطلق باشد طوری که سکوت آن ظهور در عدم ضمان داشته باشد؛ ولی این در مورد مطلق اذن محقق نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۹۴).

۲-۱-۲. روایت سکونی

دلیل دیگر مشهور، روایت سکونی است که در این زمینه وجود دارد که محقق کلینی علیه السلام آن را از علی بن ابراهیم از پدرش (ابراهیم بن هاشم) از نوفلی از سکونی از امام صادق علیه السلام نقل کرد، که همه راویان در این سند شیعه (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۶۰؛ حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۴؛ نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۸) و اکثر آنها مورد اعتمادند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۶۰؛ حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۴) همچنین تضعیفی از طرف علمای رجالی در مورد هیچ‌کدام از ایشان غیر از غلو نوفلی در اواخر عمرش ذکر نشده است. (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۸) غیر از سکونی که از اهل تسنن است ولی به جهت مورد

اعتماد بودن وی در نقل روایات (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۹۸)، این روایت موثق قلمداد می‌شود، طبق نقل سکونی امام جعفر بن محمد علیه السلام از امیر المؤمنین علیه السلام روایت فرمودند: «کسی که طبابت یا دامپزشکی کند باید از ولیّ او براءت بگیرد در غیر این صورت ضامن خواهد بود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۴).

با توجه به اینکه امام علی علیه السلام، خلاصی از ضمان را در این روایت تنها به براءت گرفتن از ولی بیمار در مورد پزشک یا مالک حیوان در مورد دامپزشک منوط کردند، این نکته معلوم می‌گردد که اذن بیمار یا مالک که از مراجعه خودشان با اختیار به پزشک یا دامپزشک فهمیده می‌شود، برای برکنار بودن معالجه کننده از ضمان کافی نیست، چرا که با کافی بودن این اذن برای نجات از ضمان، دیگر نیاز به براءت گرفتن از ولی بیمار یا مالک حیوان نبود.

نقد روایت سکونی

اما این روایت که مشهور به آن استناد کردند از جهاتی مورد خدشه قرار گرفته است، این روایت مربوط به طیب و بیطار که از سکونی نقل شده است و تنها راه رهایی پزشک را از ضمان و مسؤولیت، اخذ براءت می‌داند، هم از نظر سند و هم به از نگاه دلالت دچار مشکل است، طوری که نمی‌توان از آن برای دلالت بر نظر مشهور استفاده کرد.

نقد سندی

اما مشکل سندی که برخی از محققین بدان اشاره کرده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۸۹) آن است که در سند روایت حسین بن یزید بن محمد بن عبد الملک ملقب به نوفلی وجود دارد که مدح و ذمّی در وی وارد نشده است (حلی، ۱۳۸۳ق، ص ۱۲۸) و برخی از فقها نیز وی را ضعیف شمردند (اردبیلی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۴، ص ۲۲۹)، هم چنین نجاشی علیه السلام در مورد او آورده است که عده‌ای از علمای قم در مورد وی گفته‌اند که در آخر عمرش دچار غلو شده است، هر چند خود نجاشی در تبرئه کردن وی از اشکال غلو می‌گوید که به روایتی از نوفلی که دلالت بر غلو داشته

باشد برخورد نکرده است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۸).

باید این نکته را خاطر نشان ساخت که بزرگانی چون «ابراهیم بن هاشم قمی»، «حسن بن علی بن عبدالله بن مغیره»، «عباس بن معروف»، «احمد بن محمد بن خالد برقی» و «احمد بن محمد بن عیسی اشعری» روایات زیادی از ایشان نقل کرده‌اند که این امر ضعف سند این روایت را در خصوص «حسین بن یزید نوفلی» از جهت مجهول بودن وی حل می‌کند.

نقد دلالی

از نظر دلالت نیز ابن ادریس رضی الله عنه این روایت را مختص به جایی می‌داند که مجنی علیه که طبیب به وی آسیب رسانده است غیر بالغ یا مجنون باشد، اما این صورت را که مورد معالجه شخصی عاقل و مکلف باشد را شامل نمی‌شود، طوری که اگر طبیب به چنین شخصی امر کند که عملی درمانی را انجام دهد و بیمار نیز به دستور وی عمل کند طبیب ضامن نخواهد بود و براءت گرفتن یا نگرفتن از ولی بالغ نیز در این مورد بی‌فایده می‌باشد، دلیل بر این حکم اصل براءت است و نفوذ اجازه ولی نیز فقط در خصوص غیر مکلف است نه انسان مکلف (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۳)، در نتیجه اخذ براءت از ولی بیماری که خود مکلف است موجب هیچ اثری نخواهد بود.

وجه این که ابن ادریس این روایت را حمل بر موردی می‌نماید که مراجعه‌کننده غیربالغ یا مجنون باشد این است، اذن از این افراد قابل تحقق و صدور نیست، به این معنی که ایشان درک درستی از امور ندارند که اذن ایشان به کار یا معامله‌ای اعتبار شرعی داشته باشد، در نتیجه تنها چیزی که می‌تواند طبیب یا دامپزشک را از ضامن بودن رهایی بخشد، اخذ براءت به طور جداگانه از ولی کودک یا مجنون خواهد بود، اما اگر مراجعه‌کننده انسان عاقل و مکلف باشد به جهت معتبر بودن اذن وی در برداشتن ضمانت از گردن طبیب یا دامپزشک دیگر نیازی به اخذ براءت نخواهد بود و ابراء کردن وی در واقع تحصیل حاصل است.

نقد دیگری که بر دلالت این خبر وجود دارد این است که در کتاب دعائم الاسلام (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۱۷) مثل همین خبر بدون ذکر سلسله سند از امیرالمؤمنین علیه السلام، به صورت مقید به عدم مهارت طبیب یا بیطار نقل شده است و اگر این فقره: «إذا لم یکن ماهراً» جزء این روایت باشد که در نقل تهنذیب الاحکام (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۳۴) و کافی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۴) سقط شده است به این معنی خواهد بود که این روایت بر مقصد مشهور که ثبوت ضمان به طور مطلق می باشد و این ضمان بدون اخذ برائت این ضمان برداشته نمی شود، دلالتی ندارد.

ضعف سند در روایت دعائم الاسلام (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۱۷) نیز مانع تقیید روایت کتاب کافی (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۳۴) نیست، چراکه مطابقت مضمون این دو روایت در غیر از قید «إذا لم یکن ماهراً»، به حدی است که سند روایت کافی (همان)، ضعف سند در روایت دعائم الاسلام (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۱۷) را جبران می کند، چراکه این مطابقت، تقویت کننده این مطلب است که روایت کافی همان روایت دعائم الاسلام است که مغربی سند آن را ذکر نکرده است.

البته باید این نکته را نیز خاطر نشان ساخت که قید موجود در روایت مربوط به کتاب دعائم الاسلام (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۱۷) قیدی لبی به حساب می آید، به این بیان که حتی اگر روایت موجود در کتاب دعائم الاسلام وجود نداشت، برای دلالت کامل و بدون اشکال روایت موجود در کتاب کافی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۴) به این قید نیاز داشتیم.

بدین ترتیب، اشکال ضعف سند در روایت دعائم الاسلام (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۱۷) بر این تقیید وارد نیست، چراکه این روایت در حقیقت، تاییدی بر تقیید روایت موجود در کتاب کافی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۴) به قید «إذا لم یکن ماهراً»، می باشد نه این که دلیلی مستقل باشد، تا اشکال ضعف سند در آن، مانع از این تقیید گردد.

۲ - ۱ - ۳. عدم ملازمه اذن به درمان با اذن در اتلاف

دلیل دیگر در این مجال عدم ملازمه بین اذن به درمان با اذن در اتلاف است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۸۵)، به این بیان که آنچه بیمار به آن اذن داده است فقط معالجه و درمان خویش توسط پزشک است، نه اتلاف، چرا که هیچ بیماری به ضرر و اتلاف خویش اذن نمی‌دهد، چنین ملازمه‌ای برای عرف قابل درک نیست، چون ماهیت اذن در نظر عرف همان رخصت در تصرف است که رابطه‌ای با ضمان ندارد، نه رخصت در اتلاف و از اساس، جواز شرعی، منافاتی با ضمان ندارد، همان‌طور که در جواز شرعی تنبیه بدنی به منظور تأدیب کودک این‌گونه است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۴۶)، به این معنی که اگر تنبیه بدنی منجر به خسارتی در بدن کودک شود، تأدیب‌کننده هر چند به لحاظ شرعی مجاز در اعمال تنبیه بدنی بود ولی خسارات حاصل از آن را به عهده خواهد داشت.

نقد این دلیل

در مورد عدم ملازمه بین اذن به درمان با اذن در اتلاف، آن‌طور که محقق اردبیلی^۱ در بحث اسباب وجوب دیه، وارد مناقشه شده است باید گفت که اذن به درمان در صورتی مستلزم اذن به اتلاف نیست که ناظر به درمان واقعی و سلامت باشد نه در درمان متعارف که تابع ظاهر حال بیمار است، در درمان ظاهری اذن به درمان با اذن به اتلاف ملازم است زیرا در شکل متعارف درمان، عوامل گوناگونی تأثیر دارد که از کنترل پزشک خارج است و طبیب اشرافی بر آن‌ها ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۲۹).

با توجه به این نکته اگر اذن به درمان به معنی اذن به اتلاف نباشد، به این بیان که ملازمه بین اذن به درمان و اذن به اتلاف وجود نداشته باشد، وجوب کفایی درمان بر طبیبان به معنی «تکلیف ما لا یطاق» خواهد بود، به همین جهت حکم به عدم ضمان با وجود اذن به درمان، کاملاً معقول و مطابق قاعده به نظر می‌رسد (شوشتری، بی تا، ج ۲، ص ۱۵۴-۱۵۵)، به خصوص که طبیب قصد اتلاف ندارد و کم

کاری و اهمال نیز ننموده است، با وجود این که از بیمار یا ولی وی اذن نیز گرفته است، در نهایت او به مقتضای علمش عمل می‌کند و ضمان و پیگردی نیز متوجه او نیست.

علاوه بر این، طیب چه بسا نه به اختیار و رغبت خود بلکه به جهت وظیفه انسانی و شرعی به طبابت دست می‌زند، چنان که این عمل یعنی اقدام به درمان بیمار گاهی واجب کفایی و در بعضی مواقع نیز حتی واجب عینی به شمار می‌آید، با این تفصیل چنان که محقق اصفهانی رحمته الله علیه فرموده است (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴)، بسی دور از ذهن به نظر می‌رسد که امر شارع به کاری که بروز خطر از لوازم جداناپذیر آن است، آن چنان مستلزم ضمان طیب باشد که بدون اخذ برائت خلاصی از آن ممکن به نظر نرسد، وانگهی این نکته در شرع به اثبات نرسیده است که هرگونه از اتلاف ضمان آور باشد طوری که در مواردی مثل انجام اقدامات درمانی که با مراجعه و درخواست خود بیمار صورت می‌پذیرد گریزی از اخذ برائت نباشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۲۹).

۲-۱-۴. تفاوت بین اذن تصرف در مال و بدن

هم‌چنین در استدلال بر نظر مشهور، این گونه آورده‌اند که بر طرف شدن ضمان با اذن مربوط به اموال است که با اذن در تصرف شخص امین محسوب می‌گردد و دیگر ید او ید ضمان نخواهد بود، در حالی که در مورد بدن انسان، به هیچ وجه، چنین نیست و با اذن در تصرف ضمان کننده نسبت به آن از بین نمی‌رود، به خصوص که روایات اهل بیت عصمت و طهارت علیهم السلام نیز گویای همین نکته است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۸۸).

در این خصوص روایتی از امیرالمومنین علیه السلام وجود دارد که شیخ الطائفه رحمته الله علیه آن را با سندی موثق از محمد بن حسن صفار از ابراهیم بن هاشم قمی از حسین بن یزید نوفلی از اسماعیل بن ابی زیاد سکونی از امام جعفر صادق از امام محمد باقر علیه السلام نقل کرده است که: «همانا (امیرالمومنین) علی علیه السلام دلاک (ختنه‌کننده) یی را که

ختنه‌گاه پسر بچه‌ای را قطع کرده بود ضامن دانستند» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۳۴). در مورد ختنه، این ولی کودک است که وی را در اختیار، دلاک قرار می‌دهد از این جهت وجود اذن به انجام ختنه توسط دلاک واضح است، با این حال امیرالمومنین علیه السلام این مطلب را برای حکم به عدم ضمان در مورد دلاک کافی ندانستند و در مورد وی به جهت قطع حشفه کودک حکم به ضمان فرمودند، در حالی که در خصوص اشیایی که برای تعمیر در اختیار اهل فن قرار می‌گیرد، ایشان نسبت به خسارات حاصل از تعمیر ضامن شمرده نمی‌شوند.

نقد این دلیل

تفاوت اذن در تصرف در اموال با اذن در تصرف طیب در بدن بیمار نیز ناظر به درمان واقعی است، اما در درمان ظاهری چنین فرقی با توجه به عدم اشراف پزشک بر بسیاری از عوامل وجود ندارد، چنان‌که محقق اردبیلی رحمته الله علیه در این خصوص فرموده است: «پزشک به مقتضای علمش عمل می‌کند و ضامن نیست» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۲۹)، ضمانت معلم در تنبیه به قصد تأدیب نیز نمی‌تواند شاهد ضمان در محل نزاع ما باشد چرا که ضرب موجب جراحت اصلاً از جمله ضرب‌های تأدیبی محسوب نمی‌شود، بخلاف اعمال درمانی که زیان و آسیب به دنبال دارد چرا که وقوع چنین مواردی در پزشکی متعارف به طور کامل، طبیعی محسوب می‌شود.

همان‌طور که روایاتی مثل روایت سکونی در این خصوص که امیرالمومنین علیه السلام ختنه‌کننده‌ای که ختنه‌گاه کودک را قطع کرد ضامن دانستند، نمی‌تواند شاهدی برای حکم به ضمان در محل بحث ما محسوب گردد؛ چرا که این‌گونه روایات هر چند در نگاه اول به محل نزاع ما مربوط به نظر می‌رسند، اما با نگاه دقیق‌تر، اندیشمندان عرصه فقه این‌گونه روایات را بر افراط و تفریط دلاک (ختنه‌کننده) حمل کردند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۶۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۲۹).

این نکته مسلم است که اگر قانونگذار اذن در اتلاف دهد، هیچ‌گونه مسئولیتی بر

عهده تلف کننده نخواهد بود، مانند جایی که شارع به قاضی و مجریان احکام، اذن مصادره اموال یا اجرای حدود و یا قصاص را داده است، همچنین است اگر عملی ملازم با زیان باشد که در این صورت نیز اذن شرعی در انجام آن با ضمان منافات دارد و در نتیجه، اذن به مفهوم انتفای مسئولیت خواهد بود. فقیهان به مناسبت‌های مختلف به رابطه اذن قانونی (شرعی) و مسئولیت مدنی توجه کرده و به عدم مسئولیت نظر داده اند (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۹۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۶۸).

چنان‌که امام خمینی رحمته الله علیه ضابطه ضمان و عدم ضمان را به صورت قاعده‌ای کلی چنین بیان می‌کند که ملاک در این مسئله، اذن یا عدم اذن شارع است به این بیان که هرگاه شارع به کاری اذن داده باشد ضمانی در آن چه به خاطر انجام آن عمل از بین رفته و تلف شده است وجود نخواهد داشت و هر چه شارع بدان اذن نداده باشد، ضررهایی که به جهت انجام آن بروز می‌کند همه مشمول ضمان خواهد بود (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۵).

در موارد اذن مالک نیز، در پاسخ به این پرسش که آیا اذن وی می‌تواند ضمان را از متصرف بردارد؟ باید به این نکته توجه داشت که تصرف با توجه به متعلق آن و چیزی که بر آن واقع می‌شود به دو گونه خواهد بود، یکی تصرف در مال و دیگری تصرف در بدن، که به دنبال آن اذن در تصرف نیز دو صورت خواهد داشت: یکی اذن به تصرف در مال و دیگری اذن به تصرف در بدن.

مالک حق دارد اجازه هر گونه تصرف در مال خود را به دیگران در حیطه شرع بدهد، اگرچه بداند که آن تصرف به تلف شدن مالش خواهد انجامید، اما چنین همگرایی در خصوص اذن به تصرف در بدن، تا جایی که منجر به اتلاف یا آسیب به بدن شود وجود ندارد. برخی اندیشمندان دنیای فقه با صراحت این امر را رد کردند (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴).

صاحب جواهر به طور واضح نفوذ چنین اذنی را در مورد پزشک قاصر رد می‌کند، حتی اگر کسی معتقد به سقوط ضمان در فرض اذن در جنایت یا علاج توسط پزشک حاذق باشد هر چند جنایت یا علاج به مرگ اذن دهنده بیانجامد با

این حال اذن بیمار در مورد پزشک قاصر چنین نفوذی ندارد، چرا که با وجود نهی شارع از اذن دادن به وی در طبابت، اثری بر اذن بیمار مترتب نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۵).

برخی از فقیهان این موضوع را در مسئله مسئولیت پزشک بررسی کرده و چنین اذنی را مشروع ندانسته‌اند. صاحب جامع المدارک نگاشته است: «با استناد تلف به پزشک مقتضای قاعده ضمان است، چه پزشک قاصر باشد و چه حاذق و خواه مأذون باشد یا غیر مأذون، زیرا بدن انسان مانند اموال نیست تا این که ضمان با اذن در تصرف مرتفع گردد» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۸۸). پس ایشان معتقد است که هر چند پزشک حاذق و دارای اذن است، اما اثری در مسئولیت او ندارد، زیرا اذن برای معالجه است و بیمار نمی‌تواند برای اتلاف و آسیب اذن دهد تا ضمان پزشک رفع شود.

صاحب جواهر نیز قریب به این سخن را در مورد پزشک قاصر آورده است: «اذن بعد از نهی شرعی از آن، در حکم عدم است و تأثیری در مسئولیت ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۵)، اما در باره پزشک حاذق می‌نویسد: «اذن در معالجه، اذن در اتلاف نیست» (همان).

برخی از فقیهان میان دو موضوع تفکیک کردند، یکی اذن در اتلاف نفس و دیگری اذن در آسیب بدنی (اتلاف عضو). بی‌گمان هم اتلاف نفس و هم اتلاف عضو و آسیب به سلامتی، حرمت شرعی دارد. اما برای اذن دادن باید توجه داشت که اذن در اتلاف نفس همواره نارواست و با هیچ توجیهی نمی‌توان آن را پذیرفت (همان)، در حالی که اذن به اتلاف عضو یا آسیب‌های بدنی در مواردی موجه و امکان‌پذیر است، برای مثال در صورتی که حفظ نفس متوقف بر از بین بردن یا قطع عضوی از بدن باشد، بیمار می‌تواند برای این اقدام به پزشک اذن صریح دهد، هم چنان که برای تأمین مصالح مهمی می‌توان برای آسیب‌های جزئی و احتمالی به بدن اذن داد، مانند مواردی که بیماران برای رهایی از امراض به دستور پزشک، داروهایی را مصرف می‌کنند که عوارض بدنی گوناگونی دارد.

ممکن است کسی بگوید که اذن بیمار، مشروط یا مقید به سلامت است، به همین جهت چنانچه از انجام کار مورد اذن، خسارتی به اذن‌دهنده وارد شود، مسئولیت مدنی مأذون را در پی دارد، زیرا اذن دهنده برای انجام کار بدون ورود خسارت اذن داده است، پس با اذن حرمت برداشته می‌شود، ولی ضمان باقی است، از این رو مطابق قواعد عمومی ضمان عمل می‌شود.

در ادامه همین توهم امکان دارد این مطلب گفته شود، اگر اذن از نوع اذن در اتلاف باشد، رافع مسئولیت مدنی خواهد بود و اتلاف‌کننده در برابر زیان وارد شده، هیچ مسئولیتی بر عهده ندارد، برخی از فقیهان این مطلب را تأیید کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۱۸ق، ص ۲۹۳).

در جواب چنین توهمی که بین اذن مشروط به سلامت و اذن به اتلاف معتقد به تفکیک می‌باشد، باید گفت آن طور که محقق حکیم رحمه الله فرموده است، این که اذن بیمار به پزشک مشروط به سلامت باشد درست نیست بلکه مفروض بین پزشکان و بیماران خلاف این مطلب است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۷۹)، به این بیان که بیماران به پزشکان مربوط به هر بیماری، برای درمان بیماری با تمام عواقبی که درمان یا اقدامات پزشکی را در آن مورد دنبال می‌کند، مراجعه می‌کنند، نه تنها اذن به بازگرداندن سلامت بدون در نظر گرفتن احتمالاتی که شروع به اقدامات درمانی را تهدید می‌کند.

وانگهی اگر طبیب را آن‌طور که محقق اصفهانی^ع فرض کرده است، مکلف به حفظ جان بیمار با درمان بیماری بدانیم، باز هم به تصریح ایشان، ضامن بودن پزشک محال است؛ چرا که تلف بیمار تنها در فرض اشتباه کردن طبیب اتفاق می‌افتد در حالی که وی به دنبال علاج واقعی بیمار است و اگر شارع حکم به ضمان پزشک نماید باب طبابت و مداوای بیماران بسته خواهد شد، در حالی که جامع سخت به این مقوله محتاج است، بدین ترتیب دلیلی برای حکم شارع به ضمان باقی نمی‌ماند (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴).

محقق اصفهانی^ع حتی مسئله اخذ برائت از بیمار را نیز بر اذن به پزشک با

تصریح به عدم ضمان وی حمل می‌نماید به این معنی که ابراء بیمار نسبت به پزشک چیزی غیر از همان اذن که بر طرف کننده ضمان است نمی‌باشد؛ چرا که اگر اذن، ضمان را از گردن پزشک بر ندارد، براثت به عنوان یک عامل جداگانه از برداشتن ضمان عاجز خواهد بود؛ زیرا قبل از به وقوع پیوستن آن چه باعث ضمان می‌شود، براثت گرفتن معنی نخواهد داشت (همان).

از کلام محقق اصفهانی^ع این نکته به دست می‌آید که ضمیمه کردن این نکته به دلالت اذن بر عدم ضمان ضروری است که در صورت ضمان پزشک، دیگر کسی در جامعه به مداوای مریض دست نخواهد، در حالی که جامعه سخت به این مطلب نیازمند است، والا بدون در نظر گرفتن این نکته اذن به اتلاف جان یا عضوی از اعضای بدن بیمار از نظر شرع بی اعتبار است (همان).

اما در مورد عدم جواز اذن به اتلاف نفس که در کلام کسانی آمده است که پزشک را ضامن می‌بینند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۴۵)، یا حتی مثل محقق اصفهانی رحمه الله وی را ضامن نمی‌بینند (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴)، باید گفت هر چند کسی حق اذن دادن به اتلاف نفس خویش را ندارد ولی این نکته منافاتی با عدم ضمان پزشک نخواهد داشت؛ چرا که اذنی که شامل اتلاف نفس بیمار توسط پزشک می‌شود در غالب اذن به درمان یا انجام اقدامات پزشکی داده می‌شود.

اذن مذکور به صورت منحصر در اتلاف نفس صادر نمی‌شود، بلکه اذن به اتلاف نفس به پزشک از باب عدم انفکاک برخی از معالجات از احتمال مرگ بیمار در اثر اقدامات پزشکی، به پزشک داده می‌شود، در نتیجه صدور چنین اذنی توسط مراجعه‌کننده مورد منع شارع نیست و در نتیجه اثر آن نیز که رفع ضمان است برقرار خواهد بود، شبیه این مطلب در کلام محقق اردبیلی^ع نیز آمده است، چرا که ایشان طبیب را بابت اتلاف، در صورتی که از جانب بیمار مأذون باشد، ضامن نمی‌دانند، به این دلیل که پزشک اتلاف را قصد نکرده بود و در کارش نیز کوتاهی نداشت (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۹۹)، چنین اذنی در صورتی موجب عدم ضمان طبیب خواهد بود که به طور غیر مستقیم

شامل اتلاف شود، همان طور که پزشک نیز به نظر محقق اردبیلی رحمته الله تنها در صورت عدم قصد اتلاف و عدم کوتاهی در مداوا، با کمک چنین اذنی از ضمان برکنار می ماند.

وانگهی اگر ممنوع بودن اذن به اتلاف نفس را به طور مطلق بپذیریم، عدم ضمان پزشک حتی با براءت گرفتن پزشک از مراجعه کننده نیز قابل حل نخواهد بود؛ چراکه شارع که اذن به اتلاف نفس را نافذ نمی شمارد، ابراء کردن کسی را که دست به اتلاف نفس خواهد زد، را نیز معتبر نخواهد دانست؛ چرا که ابراء در حقیقت امری فراتر از اذن عادی به اتلاف نفس خواهد بود و با معتبر ندانستن ابراء توسط بیمار، ضمان نیز برداشته نخواهد شد در حالی که به استناد موثق سکونی که در بند «ب» از ادله ضمان پزشک به آن اشاره شد، ابراء به عنوان عامل برطرف شدن ضمان پزشک پذیرفته شده است.

علاوه بر این، همان گونه که پیش تر اشاره شد، فقیهان دیگری اذن را برای عدم مسئولیت کافی دانسته اند، زیرا اینان معقدند اذن بیمار برای معالجه، به رفع ضمان پزشک منجر می شود، مثلاً ابن ادریس حلی می گوید: «اگر شخص عاقل و مکلفی به پزشک مراجعه کند و از او انجام کاری را بخواهد (مداوا یا جراحی) و طبیب آن را انجام دهد، ضامن نیست» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۳).

۲-۲. ادله عدم ضمان پزشک با اذن شخص به برداشت اعضا

دومین دیدگاه در مسئله، عدم ضمان پزشک است، به این معنی که پزشک با اذن داشتن از جانب مراجعه کننده، هم به لحاظ شرعی و قانونی مجاز به اقدامات پزشکی در مورد مراجعه کننده می باشد و علاوه بر آن در قبال خساراتی که در اثر اقدامات وی به وجود می آید، ضامن نیز نخواهد بود (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۳؛ محقق، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۴۲۱؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۶۱-۲۶۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۵)، در این زمینه به دلایل مختلفی می توان اشاره کرد که در برخی از کتاب های مستدل مربوط به علم فقه نیز، به آن اشاره شده است، در این قسمت

هر یک از این ادله را ذکر می‌نماییم، و سپس به بررسی هر یک از این ادله خواهیم پرداخت، این مبحث هم ادله عام که اعم از برداشت اعضا و سایر موارد است و هم ادله خاص که مختص به برداشت اعضاست را شامل می‌شود:

۲ - ۲ - ۱. روایت «لا یحل مال امرء مسلم»

اولین دلیلی که می‌توان به آن اشاره کرد، این است که اذن قابلیت مانع شدن از ضمان را دارد، همان طور که باعث حلّیت و اباحه تصرف می‌گردد، چنان که در مورد اموال این روایت مشهور است که: «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه: مال مسلمانی (بر کسی) حلال نیست، مگر با رضایت و موافقت وی» (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۱۱۲).

این روایت هرچند در *عوالی اللئالی* وارد شده است که سندش تمام نیست (شبییری، ۱۳۹۲ش، ۲آذر)، لکن عمل مشهور علمای شیعه به این روایت (ایروانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۹۸) به طوری که این روایت بین ایشان معروف شده است (مکارم، ۱۴۲۵ق، ص ۲۳۰) و علمای امامیه آن را قبول کردند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹)، مشکل ضعف سند را در این روایت حل می‌کند، بنابراین روایت فوق از نظر سندی مشکل ندارد.

معنی روایت فوق آن است که با جلب رضایت، تصرف در مال جایز می‌گردد و نیز اذن وی مانع تعلق ضمان می‌شود، برای مثال اگر کسی دیگری را مهمان کند یا مالی را به او تعارف نماید، ظاهر حال آن است که برای مهمان هم تصرف مجاز است و هم ضمان به چیزی که در آن تصرف می‌کند تعلق نخواهد گرفت.

باید به این نکته توجه داشت که در حقیقت اذنی که می‌تواند جلوی ضمان را بگیرد، اذن مطلق است که ساکت بودن آن از ضمان، ظهور در عدم ضمان داشته باشد نه مطلق اذن، چرا که اصل ضمان که از قاعده: «من اتلف» ناشی می‌شود با اذن به تصرف به معنی مباح شدن آن توسط شخص نیز قابل جمع است و منافاتی بین اذن و ضمان وجود نخواهد داشت، ریشه های این مطلب در کلام

شیخ انصاری رحمته الله دیده می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۹۴).

شیخ اعظم^{ره} برای حکم به ضامن بودن کسی که مال مجهول المالک را صدقه داده است در فرضی که مالک پیدا شود و راضی به صدقه نباشد، به عموم «مَنْ أْتَلَفَ» تمسک کردند و آن را منافی با اذن شارع به صدقه دادن مال ندیدند؛ همان طور که اذن شارع به صدقه دادن مال پیدا شده (لقطه) نیز منافاتی با ضامن بودن وی در این فرض ندارد، ایشان علت عدم منافات بین جواز صدقه دادن و ضامن بودن را این نکته دانستند که اذنی مطلق به صدقه دادن، از جانب شارع صادر نشده است که حتی با سکوت آن اذن از ضامن، ظهور در عدم ضامن داشته باشد (همان).

مقصود از اذن مطلق که عدم تصریح آن به ضامن، ظهور در حکم به عدم ضامن دارد، اذنی است که در مقام بیان است؛ چراکه با توجه به ضامن یا عدم ضامن تصرف کننده صادر شده است، بدون اینکه اذن دهنده به ضامن بودن تصرف کننده حکم کند، در چنین حالتی وقتی اذن دهنده با التفات به امر ضامن، فقط اذن می‌دهد و حرفی از ضامن به میان نمی‌آورد، این سکوت نشان از عدم ضامن دارد.

در مقابل اگر اذن در مقام بیان نباشد، یعنی فقط جهت مصرف مال را مشخص می‌کند که در مورد مال پیدا شده (لقطه) یا مال مجهول المالک می‌توان آن را صدقه داد، بدون این که به امر ضامن یا عدم ضامن صدقه دهنده توجهی داشته باشد، در چنین حالتی اذن به تصرف، دلالتی بر ضامن نخواهد داشت، همان طور که اذن شارع به صدقه دادن مال مجهول المالک، بدون اشاره به ضامن نبودن یا ضامن بودن صدقه دهنده، بر عدم ضامن کسی که مال مجهول المالک را صدقه می‌دهد، دلالتی ندارد.

بررسی این دلیل

آنچه در این دلیل یعنی روایت نبوی «لا یحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفس»: مال مسلمانی (بر کسی) حلال نیست، مگر با رضایت و موافقت وی» (احسایی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۱۱۲)، مورد استدلال قرار گرفته است، آن است که طیب نفس یعنی

اذن و رضایت باعث حلال شدن مال مسلمان می‌شود به این معنی که با وجود اذن ضمنی متوجه اذن گیرنده نیست و این مطلب نسبت به بدن انسان مسلمان نیز می‌شود.

استناد به آنچه در این روایت محل استدلال واقع شده است یعنی اذن و رضایت اشخاص، از مسائلی است که در عرف و قوانین جامعه نیز مورد استناد قرار گرفته است، چنان که یکی از مسائل حایز اهمیت و پرچالش در عرصه اجتماعی، حوادث ورزشی و خسارت‌های ناشی از آن می‌باشد، که این آسیب‌ها و خسارت‌ها از قواعد و مقررات عام مسئولیت مدنی تبعیت نمی‌کنند، بلکه مرسوم است که زیان‌های ناشی از عملیات ورزشی را لازمه اجتناب‌ناپذیر ورزش تلقی می‌کنند. در نتیجه، حادثه و زیانی که بر پایه مقررات می‌تواند ضمان‌آور و حتی جرم محسوب شود، در روابط ورزشی قابل تعقیب نیست، از این روی اقدام برخی محققین معاصر (مقدادی، ۱۳۹۳ش، صص ۱۰۹، ۲۱۷) به تحقیق مستقل در این عرصه شایان تقدیر ویژه می‌باشد.

سؤال این است که چه چیز باعث این می‌شود که وارد کردن چنین آسیب‌هایی در ورزش جرم محسوب نگردد و دیه و ضمان به دنبال نداشته باشد؟ جواب این سؤال می‌تواند ما را به پاسخ این پرسش نیز برساند که آیا این نکته در مورد آسیب‌هایی که توسط پزشک، در مراحل مختلف درمان، آزمایشات و غیره بر بیمار وارد می‌شود مؤثر است و باعث عدم ضمان طبیب نسبت به این قبیل آسیب‌ها می‌گردد؟

در آخرین مورد از ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ ش یعنی مورد «ج» از این ماده، نکته‌ای گنجانده شده که به بحث ما یعنی اذن در آسیب‌های مربوط به برداشت اعضا، ارتباط پیدا می‌کند: «علاوه بر مورد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود در مورد زیر قابل مجازات نیست: ج - هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و ورعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود...»

عمده‌ترین مبنای حقوقی‌ای که برای مسئول نبودن پزشک در برداشت اعضا از لحاظ مدنی ارائه شده است، رضایت زیان دیده می‌باشد، چنان که همین نکته برای سلب مسئولیت از جراح یا طبیبی که به صورت مشروع اقدام به درمان نموده و موازین فنی، علمی و نظامات دولتی را نیز رعایت کرده است، ارائه می‌گردد، همان نکته‌ای که در روایت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مورد بحث ما، بدان استناد گردیده است.

آنچه در نگاه اول به ذهن می‌رسد، آن است که اذن قابلیت مانع شدن از ضمان را دارد، همان‌طور که باعث حلّیت و اباحه تصرف می‌گردد، چنان‌که در مورد اموال روایت محل بحث ما مشهور است (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۱۱۲)، یعنی با جلب رضایت، تصرف در مال جایز می‌گردد و نیز اذن وی مانع تعلق ضمان می‌شود.

برای مثال اگر کسی دیگری را مهمان کند یا مالی را به او تعارف نماید، ظاهر حال آن است که برای مهمان هم تصرف مجاز است و هم ضمان چیزی که در آن تصرف می‌کند نیست، به ضمیمه عدم فرق بین اذن به تصرف در اموال و اذن به تصرف در بدن اذن دهنده، در برطرف شدن ضمان به موجب اذن.

اذنی که بیمار یا اهداکننده عضو به پزشک برای درمان یا انجام اقدامات پزشکی می‌دهد اذن مطلق است که ساکت بودن آن از ضمان، ظهور در عدم ضمان داشته دارد نه مطلق اذن، چرا که طبق آن چه از کلام شیخ اعظم رحمته‌الله برداشت می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۹۴)، اذنی که می‌تواند جلوی ضمان را بگیرد، اذن مطلق است که ساکت بودن آن از ضمان، ظهور در عدم ضمان داشته باشد نه مطلق اذن.

اذن مطلق بودن اجازه‌ای که مراجعه کننده به پزشک می‌دهد از این جهت است که هم مراجعه کننده و هم پزشک به این نکته توجه دارند که تصرف کردن پزشک در بدن مراجعه کننده موجب ضمان است، در نتیجه اذن دادن مراجعه کننده بدون تصریح به ضمان، ظهور در عدم ضمان خواهد داشت، نه این که مراجعه اهداکننده عضو به پزشک، تنها نظیر اذن دادن شارع به صدقه دادن مال مجهول‌المالک باشد، فقط جواز قطع و برداشت عضو را برای پزشک مشخص کند و مسئله ضمان و عدم ضمان به هیچ وجه مدّ نظر نباشد.

مدّ نظر بودن مسئله ضمان در مورد اذن افراد به تصرف دیگری در مال یا بدن تا حدّی است که محقق مراغی رحمته الله علیه می‌فرماید که اذن موضوع اباحه را محقق می‌کند و بعد از آن ضمان محقق نخواهد شد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۵۱۴)، بدین معنی که اذن از ابتدا نوعی از اباحه را محقق می‌کند که آن اباحه قابلیت تأثیر گذاری در مورد ضمان به صورت مانعیت از تحقق آن را دارد نه اینکه نسبت به ضمان یا عدم آن هیچ نظری نداشته باشد.

۲-۲-۲. اسقاط احترام با اذن

احترام مال و عمل مسلمان است که موجب می‌شود دیگران در مقابل خسارت به اموال او یا بهره‌مندی از عمل وی ضامن باشند، اما اذن دهنده با اذن خود احترام مالش را ساقط می‌کند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۵۱۴)، بنابراین، وجهی برای ضمان وجود ندارد، درست مانند حالتی که شخص به مال خود ضرر می‌زند، با تحلیل مذکور، دلالت اذن بر عدم ضمان به حدی است که اذن دهنده اگر بخواهد که شخص مأذون علاوه بر مجاز بودن در تصرف، ضامن هم باشد باید اذن خود را مقید به حفظ ضمان نماید (همان).

بدین ترتیب وقتی بیمار یا مراجعه‌کننده، به پزشک مراجعه می‌کند و خود را برای درمان یا قطع عضو برای اهدا، در اختیار طبیب قرار می‌دهد، هرچند نگرانی از سلامت بدن و احساس ارزشمندی آن، وی را به این کار واداشته است با این حال در حقیقت احترام بدن خویش را از پزشک اسقاط می‌کند تا او بتواند هرطور که صلاح می‌داند وی را درمان کند، و به همین جهت طبیب که تا قبل از مراجعه بیمار یا مراجعه‌کننده حق تصرف در بدن وی را نداشت با مراجعه و اذن وی این حق را پیدا می‌کند و شرع مقدس نیز وی را از این عمل باز نمی‌دارد.

این اسقاط احترام علاوه بر تجویز تصرف و اقدامات پزشکی ضمان را نیز برخواهد داشت چنان‌که در اموال همین گونه است، و باید گفت که بین اذن به تصرف در مال و اذن در تصرف در بدن، از نظر به دنبال داشتن عدم ضمان،

فرقی وجود ندارد.

هم‌چنین باید دانست که اذن در اتلاف، چنان‌که محقق اصفهانی^۱ فرموده است، مقتضای ضمان را از اساس از بین می‌برد، نه اینکه دلیل ضمان محفوظ بماند ولی اذن به معنای اسقاط ضمان باشد، در نتیجه جایی برای این اشکال باقی نمی‌ماند که از بین رفتن ضمان با اذن به معنی ابراء ما لم یجب باشد، بلکه چنین اذنی اباحه تصرف بدون عوض را در ملک غیر فراهم می‌کند و در این صورت جایی برای جریان قاعده اتلاف وجود ندارد، بدین ترتیب حتی ادله ابراء طیب نیز حمل بر اذن مذکور می‌شود نه اینکه ضمان با اذن بیمار به پزشک معنی داشته باشد و ابراء آن را از بین ببرد (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴).

بررسی این دلیل

باید دانست که احترام بدن مسلمانی که به پزشک مراجعه می‌کند، در همان حدی که مقتضای مداوا و یا اقدامات پزشکی است، با مراجعه و اذن وی اسقاط می‌شود، به این معنی که اسقاط احترامی که ذکر شد، محدود به صورتی خواهد بود که طبق بیان محقق اردبیلی^۲ پزشک قصد اتلاف نداشته باشد و در به کار بردن مهارت خود کوتاهی نیز نکرده باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۹۹) و طبق بیان محقق اصفهانی^۳ اتلاف در صورت اشتباه و خطا اتفاق افتاده باشد (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴)، با لحاظ این دو قید دلالت این دلیل یعنی اسقاط احترام بدن مسلمان، بر عدم ضمان پزشک تمام و کامل خواهد بود.

۲ - ۲ - ۳. تساوی اذن به شیء و اذن به لوازم آن

قاعده‌ای میان فقیهان و صاحب‌نظران مرسوم است که بر پایه آن اذن در شیء را اذن در لوازم آن می‌دانند و از آن این‌گونه تعبیر می‌کنند به: «إِنَّ الْإِذْنَ فِي الشَّيْءِ إِذْنٌ فِي لَوَازِمِهِ: اذن در لوازم یک چیز بودن، اذن به آن چیز» (عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۳۰). فقهای نامداری به این قاعده، بارها در کتاب‌های فقهی، در باب‌هایی چون: رهن (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۱۷)، حج (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۵۸)،

اجاره (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۲۵)، قسمت‌های مختلفی از متاجر (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۷) و نکاح (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۰۰) استناد کرده‌اند.

طبق این قاعده که در حقیقت برگرفته از حکم عرف و عقلا می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۵)، هر گاه کسی به دیگری در مورد کاری اذن دهد، مورد اذن به آنچه در عبارت (منطوق) - اذن‌دهنده آمده، محدود نخواهد شد؛ بلکه اذن به لوازم آن نیز به دلالت التزامی، سرایت خواهد کرد، که این لوازم شامل لوازم عقلی، عرفی و قانونی خواهد شد.

برای لازمه عرفی می‌توان به این مثال اشاره کرده که لازمه عرفی سکونت در منزل، این است که دوستان و آشنایان نیز بتوانند به عنوان مهمان به آن خانه رفت و آمد کنند بدین ترتیب اذن به این که مأذون و خانواده اش بتوانند در منزلی اقامت گزینند، اذن به این نیز خواهد بود که اطرافیان ایشان نیز بتوانند برای دیدن ایشان وارد آن منزل شوند.

برای لازمه قانونی نیز می‌توان به این مورد مثال زد که لازمه قانونی فروش منزل، تنظیم سند و امضای دفاتر رسمی می‌باشد و در نتیجه اذن فروش منزل، در حقیقت اذن به تنظیم کردن سند و امضای نمودن دفاتر رسمی نیز خواهد بود.

بر این اساس هر گاه اتلاف و ایراد خسارت نیز از لوازم اقدامات پزشکی محسوب گردد، اذن به پزشک در عمل جراحی یا اقدامی از اقدامات پزشکی، به منزله اذن به اتلاف و خسارات مذکور نیز خواهد شد و در نتیجه، مسئویت ناشی از ورود خسارت (به مال یا بدن) مراجعه کننده متوجه پزشک نخواهد شد.

بررسی این دلیل

بر اساس این قاعده هر گاه درمان و اقدامات پزشکی، اتلاف یا ایراد خسارتی را به دنبال داشته باشد طوری که احتمال بروز آن، از لوازم درمان یا اقدامات پزشکی محسوب شود، اذن به پزشک در درمان، عمل جراحی یا اقدامی از اقدامات پزشکی، به منزله اذن به اتلاف و خسارات مذکور نیز خواهد شد و در

نتیجه، مسئولیت ناشی از ورود خسارت (به مال یا بدن) مراجعه‌کننده متوجه پزشک نخواهد شد.

اما اگر اذن به موردی از موارد درمانی یا اقدامی از اقدامات پزشکی مربوط شود که ملازمه‌ای با اتلاف یا خسارتی نداشته باشد که طوری که احتمال بروز آن اتلاف یا خسارت به دنبال درمان یا اقدام مورد اجازه معقول و متعارف نباشد، مسئولیت باقی خواهد بود؛ زیرا دلیلی برای رفع ضمان وجود ندارد و اگر تردیدی هم حاصل شود، با تحقق قواعد مربوط به ضمان مثل قاعده: «من أتلف» (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲۴)، این مسئولیت اثبات خواهد شد.

اما چنانچه اذن داده شده در کاری با اتلاف ملازمه داشته باشد، در صورت آگاهی اذن‌دهنده به وجود ملازمه، اذن موجب رفع ضمان و مسئولیت مدنی خواهد بود، مانند کسی که با وجود آگاهی از خطرات و آسیب‌های معالجه‌ای خاص (مانند جراحی، شیمی‌درمانی و داروهای پرعوارض)، از پزشک یا مجموعه درمان‌گر تقاضای اقدام کرده و اذن به معالجه می‌دهد.

برای تطبیق این قاعده می‌توان به این مثال که محقق اصفهانی رحمته‌الله برای تقریب عدم ضمان پزشک آورده است، اشاره کنیم که شخصی فرش کهنه خود را برای شست‌وشو به دیگر می‌دهد، در حالی که این فرش برای شست‌وشو به شکل متعارف، بدون احتمال پاره شدن، استحکام کافی ندارد (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴).

در چنین موردی که ایشان به عنوان مثال مطرح کردند، شست‌وشو با اتلاف ملازمه دارد و در نتیجه این قاعده، اذن به شست‌وشوی چنین فرشی اذن به پاره شدن احتمالی آن توسط شوینده نیز خواهد بود و بدین ترتیب آسیب‌ها و زیان‌های ناشی از عمل مأذون، موجب مسئولیت نخواهد بود، مگر این که از محدوده اذن فراتر باشد یا مأذون در اقدامات خویش مرتکب تقصیر شود.

در مورد این قاعده آنچه قابل توجه می‌باشد آن است که علم به وجود ملازمه بین مورد اذن و آنچه ملازم با آن مورد است خصوصیتی ندارد، به این معنی که حتی در صورت جهل اذن‌دهنده به وجود چنین ملازمه‌ای نیز اذن وی به ملزوم

یعنی مورد اولی که به طور مستقیم در مورد آن اذن داده است، به معنی اذن به لازم آن یعنی مورد دومی که همراه مورد اول است، نیز خواهد بود و چنین اذنی که از این قاعده فهمیده می‌شود، حتی در فرض جهل اذن دهنده نیز مانع تعلق ضمان در مورد لازم یعنی مورد دوم خواهد شد.

محقق حکیم رحمته‌الله به عدم اعتبار علم به ملازمه و جریان قاعده حتی در مورد جهل به ملازمه تصریح می‌کند (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۷۹)، محقق اصفهانی رحمته‌الله نیز وجود ملازمه عادی را بین مورد اول که اذن به طور مستقیم به آن تعلق گرفته است و مورد دوم که لازمه مورد اول است را کافی می‌داند، بدون اینکه علم به وجود ملازمه را معتبر بداند (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۴).

بدین ترتیب اگر در ظاهر ملازمه‌ای به نظر نیاید، یا حتی ظاهر امر حکایت از عدم ملازمه داشته باشد، در صورتی که در واقع ملازمه محقق باشد، باز هم مسئولیت مدنی به جهت جریان قاعده مذکور و سرایت اذن به نتیجه حاصل از مورد اذن منتفی خواهد بود، زیرا علم و جهل نقشی در تعلق ضمان و تحقق مسئولیت مدنی ایفا نمی‌کند.

آنچه در تحقق مسئولیت مدنی مهم است استناد فعل به عامل زیان می‌باشد و در محل بحث ما که فعل زیان بار یعنی درمان یا اقدامات پزشکی به درخواست زیان دیده یعنی بیمار یا مراجعه‌کننده به پزشک، انجام شده است، هر چند زیان دیده از وقوع آسیب و خسارت نا آگاه باشد، مسئولیتی متوجه انجام دهنده فعل یعنی پزشک نیست؛ بلکه این زیان دیده است که باید پذیرای عواقب و خسارات باشد. البته این اذن و جریان آن در مورد خسارات ناشی از درمان یا اقدامات پزشکی مقید به جایی است که پزشک از محدوده اذن تعدی نکرده باشد و یا در انجام وظیفه و به کارگیری مهارت خویش کوتاهی نرزد.

بدین ترتیب باید پذیرفت که اگر اذن به انجام عملی به معنای پذیرش لوازم آن باشد (همان‌طور که مفاد قاعده مذکور همین است)، هر چند اذن دهنده به آثار آن ناآگاه باشد، ضمان منتفی خواهد بود، حتی در صورتی که اگر اذن دهنده آگاه

بود، اجازه چنین عملی را نمی‌داد، ولی حالا که اذن داده است حتی به این شکل که اذن به طور مستقیم به کاری غیر از خسارات حاصل، تعلق گرفته باشد و خسارات مذکور تنها نتایج کار مورد اذن باشد، باید آثار و خسارات به جا مانده را پذیرا باشد.

۲-۲-۴. عدم ضمان در خصوص برداشت عضو

در بندهای گذشته ارتباط مطالب عنوان شده با محل بحث ما، یعنی ضمان پزشک در برداشت عضوی از بدن مراجعه‌کننده، جهت اهدای آن به دیگری، این بود که چون پزشک در قبال خسارات حاصل از درمان و اقدامات پزشکی ضامن نیست، در قبال برداشت عضو نیز ضامن نخواهد بود به این معنی که دیه مربوط به عضو برداشته شده بر عهده پزشک قرار نمی‌گیرد، علاوه بر اینکه به موجب اذن مراجعه‌کننده اقدام به قطع عضو و برداشتن آن نیز از نظر شرع و قانون جایز می‌باشد.^۱

اما در این بند می‌گوییم، حتی اگر ما پزشک را در برابر خسارات حاصل از درمان و اقدامات پزشکی ضامن بدانیم، در خصوص قطع و برداشت عضو جهت پیوند وی را ضامن نخواهیم دانست، چون برداشتن عضو، به طور واضح، همان چیزی است که مراجعه‌کننده نسبت به آن اذن داده و پزشک نیز آن را به طور کامل و بی‌عیب و نقص، به انجام رسانیده است، به این معنی که قطع عضو از بدن اهداکننده، خسارات حاصل از اقدام پزشکی نیست که مورد بحث از ضمان یا عدم ضمان پزشک، در قبال آن، قرار گیرد، بلکه همان کاری است که از پزشک خواسته شده است.

بررسی این دلیل

مقصود از ضمان برداشت عضو، این بود که پزشک از نظر شرع و قانون، حتی

۱. مقصود مطالبی است که تحت عنوان‌های: ۲-۲-۱، ۲-۲-۲ و ۲-۲-۳، ذیل عنوان «۲-۲. ادله عدم ضمان پزشک با اذن شخص به برداشت اعضا» بیان گردید.

اگر کار برداشت عضو را به درستی و بدون نقص انجام داده باشد باز هم به پرداخت دیه مربوط به عضو برداشته شده، مجبور باشد، به این معنی که هر چند به موجب اذن مراجعه‌کننده اقدام به قطع عضو و برداشتن آن نیز از نظر شرع و قانون جایز می‌باشد، ولی دیه عضو مذکور به گردن پزشک بیاید.

آنچه در این مطلب از مبحث «بررسی ادله عدم ضمان پزشک» ذکر می‌شود، چیزی فراتر از اموری است که در سایر مطالب این مبحث ذکر شد، به این بیان که حتی اگر پزشک را در برابر خسارات حاصل از درمان و اقدامات پزشکی ضامن بشماریم و دلالت مطالب سه‌گانه قبلی را که در این مبحث یعنی «بررسی ادله عدم ضمان پزشک» پذیرفتیم، کنار بگذاریم، باز هم در خصوص قطع و برداشت عضو جهت پیوند وی را ضامن نخواهیم دانست.

وجه این مطلب که حتی با ضامن دانستن پزشک در قبال عواقب و خسارات حاصل از درمانی یا اقدامات پزشکی، در خصوص قطع و برداشتن عضو ضامن نباشد، آن است که برداشتن عضو از بدن اهداکننده، به طور دقیق، همان چیزی است که مراجعه‌کننده نسبت به آن اذن داده است و پزشک نیز آن را به طور کامل و بی‌عیب و نقص انجام داده است، به این معنی که قطع عضو از بدن اهداکننده، خسارات حاصل از اقدام پزشکی نیست که مورد بحث از ضمان یا عدم ضمان پزشک، در قبال آن، قرار گیرد؛ بلکه همان کاری است که از پزشک خواسته شده است و بدین ترتیب حتی به کارگیری قاعده «ملازمه اذن در شیء با اذن در لوازم آن» نیز مورد احتیاج نخواهد بود.

۳. نتیجه‌گیری

پزشک نسبت به آسیب‌های بدنی که در اثر برداشت عضو حاصل می‌شود، با در نظر گرفتن این شرط که حاذق باشد و از وظایف درمانی خود عدول نکرده باشد، مسئولیتی به صورت ضمان ندارد؛ زیرا آنچه از دلایل مربوط به ضمان پزشک حتی با وجود ماذون بودن وی، مطرح شده است، غیر قابل قبول و ادله

بیان شده برای عدم ضمان وی، قابل استدلال و بلااشکال است. در این مورد مسئولیت پزشک نسبت به آسیب‌های بدنی که با وجود مآذون بودن، به بیمار وارد می‌کند، دو نظر وجود دارد: یکی ضمان پزشک است که طرفدارانی مثل شیخ الطائفة، شهید اول، علامه حلی، محقق ثانی، صاحب مفتاح الکرامة، شیخ اعظم، سید یزدی^ع و صاحب جواهر^ع (تنها در فرض نابلد یا غیر مآذون بودن طبیب و کودک یا مجنون بودن فرد مورد معالجه) و مشهور را (بنا به نسبت صاحب جواهر^ع در بحث مأخوذ بالسوم) به خود اختصاص داده است و نظر دیگر، عدم ضمان است که از بین متأخرین، فقیهانی چون: ابن ادریس حلی و محقق حلی^ع در نکت النهایة و از محققین معاصر، محقق اصفهانی و محقق حکیم^ع، بدان معتقدند، البته هر کدام از این فقها برای دیدگاه خود ادله‌ای را ذکر نموده است.

اذن بیمار به پزشک جهت اقدام به امور درمانی غیر از اذن به آسیب بدنی، اقسام دیگری نیز دارد مثل اذن به ضرر و زیان فقط، اذن به برداشت اعضا جهت پیوند به دیگری و همچنین اذن به قتل، که ورود به بحث مربوط به این تحقیق، نیاز به تشخیص درست موضوع و شناخت فرق آن نسبت به سایر موارد دارد چرا که تشخیص ندادن فرق این موضوع با سایر موارد و اکتفا کردن به شباهت و سنخیتی که موضوع این تحقیق و سایر موارد دارد مشکلاتی را به وجود می‌آورد. از دیگر مواردی که به اذن بیمار به پزشک مربوط می‌شود، اذن بیمار به قتل است که با عنوان «مرگ از روی ترحم» یا «آنانازی» شناخته می‌شود و بررسی نقش اذن در ضمان پزشک در مورد قتل نیز از مباحث بسیار حائز اهمیت و مطلوب در عرصه پژوهش است که ضیق مجال و اختصاص موضوع این تحقیق به تاثیر اذن بر ضمان پزشک در آسیب بدنی، پیگیری آن را در مقاله‌ای مستقل طلب می‌کند که نگارنده آن را نیز در دست تحقیق دارد.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
۱. احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی (۱۴۰۵ق)، *عوالی اللئالی العزیزیه*، قم: دار سید الشهداء للنشر.
 ۲. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۳. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، *کشف اللثام والإیهام عن قواعد الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۴. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ق)، *بحوث فی الفقه (کتاب الإجارة)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
 ۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، *کتاب مکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
 ۶. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰ق)، *کتاب مکاسب (محشی)*، سید محمد کلانتر، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، چاپ سوم.
 ۷. ایروانی، باقر (۱۴۲۶ق)، *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، قم: دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ سوم.
 ۸. بجنوردی موسوی، سید حسن بن آقا بزرگ (۱۴۱۹ق)، *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی.
 ۹. حکیم طباطبائی، سید محسن (۱۴۱۶ق)، *مستمسک العروة الوثقی*، قم: مؤسسه دار التفسیر.
 ۱۰. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
 ۱۱. حلّی، احمد بن محمد بن فهد (۱۴۰۷ق)، *المهذب البارِع فی شرح المختصر النافع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۱۲. حلّی، حسن بن علی بن داود (۱۳۸۳ق)، *رجال ابن داود*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
 ۱۳. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۱۴. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، *تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
 ۱۵. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
 ۱۶. حلّی، حسن بن یوسف (۱۳۸۱ق)، *خلاصة الأقوال*، نجف: منشورات المطبعة الحیدریة، چاپ دوم.
 ۱۷. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۸. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۱۹. حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۲۰. حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق)، *نکت النهایة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. خمینی موسوی، سید روح‌الله، بی‌تا، *تحریر الوسیلة*، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۲۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۲۳. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۳۹۱ش)، *درس خارج فقه*.
۲۴. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، *کتاب نکاح*، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۲۵. شوشتری مرعشی، سید محمد حسن (۱۳۷۶ق)، *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران: نشر المیزان، چاپ دوم.
۲۶. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
۲۷. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۳۷۵ق)، *الاقتصاد الهادی إلى طریق الرشاد*، تهران: انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون.
۲۸. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، *النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دار الكتاب العربی، چاپ دوم.
۲۹. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، *تهذیب الأحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
۳۰. عاملی حسینی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (بی‌تا)، *القواعد و الفوائد*، قم: کتابفروشی مفید.
۳۲. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة*، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیة.
۳۳. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، سید محمد کلانتر، قم: کتابفروشی داوری.
۳۴. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل‌البتین، چاپ دوم.
۳۵. عمیدی حسینی، سید عمیدالدین بن محمد اعرج (۱۴۱۶ق)، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۶. فاضل لنکرانی موحدی، محمد (۱۴۱۸ق)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الدیات، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۷. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۳۸. محقق داماد یزدی، سید محمد (۱۴۱۸ق)، کتاب الخمس، عبدالله جوادی آملی، قم: دار الإسرائ للنشر.
۳۹. مراغی حسینی، سید میر عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۰. مغربی تمیمی، ابو حنیفه، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ق)، دعائم الإسلام، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۴۱. مقدادی، محمد مهدی (۱۳۹۳ش)، مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی ورزشکاران، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، استفتاءات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقاهة - کتاب البیع، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۴. نجاشی، ابوالحسن، احمد بن علی (۱۴۰۷ق)، فهرست أسماء مصنفی الشیعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
۴۶. یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیة المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.