



دانشکده حقوق و علوم اجتماعی

گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

عنوان:

**مطالعه ماهیت و شرایط اخذ رضایت بیمار در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق
کشورهای عراق و مصر**

استاد راهنما:

دکتر غلامرضا حاجی نوری

استاد مشاور:

دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

نگارش:

ادریس ستار

بهمن ۱۳۹۹

برای اطلاع از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شماره ۱۹۵۹۲۹/۱۶ و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۱۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدفهای علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایه قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

تعهدنامه

عنوان پایان نامه : مطالعه ماهیت و شرایط اخذ رضایت بیمار در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای عراق و مصر اینجانب ادریس ستار دانشجوی کارشناسی ارشد رشته ی حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز تحت راهنمایی دکتر غلامرضا حاجی نوری با تعهد به رعایت موارد ذیل ، اقرار و اذعان می نمایم :

۱. تحقیقات و نتایج ارائه شده در این پایان نامه حاصل مطالعات علمی اینجانب بوده ، مسئولیت صحت و

اصالت مطالب مندرج در آن را به طور کامل بر عهده می گیرم.

۲. در خصوص استفاده از مطالب و پژوهش های محققان دیگر به مرجع مورد نظر استناد شده است.

۳. مطالب مندرج در این پایان نامه را اینجانب یا فرد دیگری به منظور اخذ هیچ نوع مدرک یا امتیازی تاکنون به هیچ مرجعی تسلیم نکرده است.

۴. کلیه حقوق این اثر به دانشگاه تبریز تعلق دارد. مقالات مستخرج از پایان نامه ، ذیل نام دانشگاه تبریز

(University of Tabriz) به چاپ خواهد رسید.

۵. حقوق معنوی تمام افرادی که در به دست آمدن نتایج اصلی پایان نامه تاثیر گذار بوده اند در مقالات مستخرج از پایان نامه رعایت خواهد شد.

۶. چنانچه بعد از جلسه دفاعیه محرز گردد که مطالب پایان نامه به صورت کلی یا جزئی مورد سرقت علمی

قرار گرفته است ، نسبت به ابطال مدرک تحصیلی حق هیچ گونه اعتراض و ایرادی نخواهم داشت.

ادریس ستار

تقدیم به

پدر و مادر عزیزتر از جانم.....

سپاس و تشکر

از استاد راهنمای بزرگوار جناب آقای دکتر حاجی نوری
مشاور محترم جناب آقای دکتر شعاریان
و جناب آقای دکتر علوی که متقبل دآوری فرمودند.

نام خانوادگی : ستار	نام : ادريس
عنوان پایان نامه : مطالعه ماهیت و شرایط اخذ رضایت بیمار در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای عراق و مصر	
استاد راهنما : دکتر غلامرضا حاجی نوری	استاد مشاور : دکتر ابراهیم شعاریان ستاری
مقطع تحصیلی : کارشناسی ارشد	رشته : حقوق
گرایش : تخصصی	گرایش : خصوصی
دانشگاه : حقوق و علوم اجتماعی	تاریخ فارغ التحصیلی : ۱۳۹۹
	تعداد صفحات : ۱۷۷
کلید واژه ها : پزشکی، معالجه، رضایت بیمار، براءت پزشکی،	
چکیده :	
<p>برای انجام اعمال طبی و جراحی اشخاص، باید از خود فرد یا ولی او رضایت گرفت. زیرا در صورتی که عمل مذکور بدون اذن هر کدام باشد موجب ضمان پزشک می باشد. اما در صورتی که اذن باشد اما براءت اخذ نشود، در صورت تلف جان یا نقص عضو بیمار، پزشک تنها مسئولیت مدنی دارد مگر اینکه عدم تقصیر خود را ثابت کند. اما در صورت اخذ براءت، در فرض تلف جان و یا نقص عضو بیمار، پزشک ضامن نیست مگر اینکه تقصیر وی احراز شود. در واقع یکی از مباحث مهم در حوزه اخلاق پزشکی، موضوع رضایت بیماران در انجام اعمال پزشکی است که این موضوع در حقوق نیز مطرح شده است و قانونگذار ایران در قانون مجازات اسلامی به تبیین و شرایط اخذ رضایت، مشروع بودن عمل طبی یا جراحی، اهلیت رضایت دهنده و موارد این چنینی پرداخته است. در قانون مجازات عراق و قانون بهداشت عمومی عراق و هم چنین قانون مجازات مصر به این امر پرداخته شده است. در این پژوهش ماهیت، مبانی، شرایط و آثار اخذ رضایت در حقوق کشورهای ایران، عراق، مصر مورد واکاوی قرار خواهد گرفت تا با تطبیق قوانین شباهت و تفاوت ها مشخص گردد و در الگو برداری از قوانین مورد استفاده قرار گیرد. در فصل اول به مفاهیم و واژه شناسی، فصل دوم به بررسی شرایط رضایت بیمار در حقوق ایران، مصر و عراق و در فصل سوم به بررسی آثار رضایت و ضمانت اجرای عدم اخذ رضایت از بیمار پرداخته خواهد شد.</p>	

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	مقدمه.....
۱.....	الف. بیان مسأله.....
۲.....	ب. پرسش های پژوهش.....
۳.....	ج. هدف پژوهش:.....
۳.....	د. روش پژوهش:.....
۳.....	هـ. بررسی منابع:.....
۳.....	و. سازماندهی منابع:.....
۴.....	فصل اول مفاهیم و واژه شناسی.....
۵.....	مبحث اول مفهوم و ماهیت رضایت.....
۵.....	گفتار اول مفهوم و ماهیت رضایت در حقوق ایران.....
۶.....	بند اول: اذن.....
۸.....	بند دوم: ابراء (برائت).....
۱۰.....	بند سوم: قرارداد (شرط) عدم مسئولیت.....
۱۲.....	بند چهارم: پذیرش خطر.....
۱۳.....	بند پنجم: انواع رضایت.....
۱۴.....	الف) رضایت صریح و ضمنی.....
۱۵.....	ب) رضایت کتبی و شفاهی.....

۱۷	گفتار دوم مفهوم و ماهیت رضایت در حقوق عراق و مصر
۱۷	بند اول: مفهوم رضایت بیمار از اقدامات پزشکی
۱۹	الف- رضایت صریح
۱۹	ب- رضایت ضمنی
۲۱	مبحث دوم: مبانی رضایت در حقوق و فقه اسلامی
۲۴	گفتار اول: مبانی رضایت محجورین
۲۳	بند اول: رضایت صغار
۲۳	الف- رضایت صغیر غیر ممیز
۲۵	ب- رضایت صغیر ممیز
۲۵	بند دوم: رضایت مجنون
۲۶	بند سوم: رضایت سفیه
۲۷	گفتار دوم: مبانی رضایت افراد دارای اهلیت
۲۷	بند اول: رضایت افراد ناهوشیار
۲۹	نظر اول) اخذ رضایت ورثه (اولیاء دم) بیمار
۲۹	نظر دوم) اخذ رضایت حاکم
۳۹	بند دوم: رضایت افراد هوشیار
۴۰	نظر اول) لزوم اخذ رضایت ولی دم
۴۱	نظر دوم) عدم لزوم اخذ رضایت ولی دم
۴۳	بند سوم: رضایت زوج
۴۹	گفتار سوم: استثنائات رضایت

- بند اول:موارد فوری(اورژانس).....۴۹
- بند دوم:استثنائات حکومتی۵۱
- گفتار چهارم: مبانی رضایت بیمار در حقوق عراق و مصر۵۳
- بند اول:مبانی اخلاقی۵۵
- الف- نظریه سنتی۵۴
- ب- تئوری مدرن۵۵
- بند دوم:مبانی قانونی۵۶
- فصل دوم بررسی شرایط رضایت بیمار در حقوق ایران،مصر و عراق.....۵۹**
- گفتار اول:شرایط رضایت به عنوان یک عمل حقوقی۶۰
- بند اول:قصد و رضا۶۰
- الف- اشتباه۶۱
- ب- اکراه۶۵
- بند دوم:اهلیت۶۷
- بند سوم:موضوع رضایت۶۷
- الف-معلوم و معین بودن۶۸
- ب-مقدور بودن۶۹
- ج- مشروع بودن۷۰
- د-منفعت عقلایی داشتن۶۹
- بند چهارم:مشروعیت جهت رضایت۷۱
- گفتار دوم: شرایط رضایت به عنوان یک واقعه حقوقی(پذیرش خطر)۷۲
- بند اول:اهلیت(قوه تمیز).....۷۱

۷۵	بند دوم: علم و آگاهی
۷۶	بند سوم: چاره‌ی دیگری نباشد
۷۷	گفتار سوم: شرایط رضایت بیمار در حقوق عراق و مصر
۷۹	بند اول صدور رضایت نامه از طرف نماینده قانونی
۸۱	الف- ولایت بر مال:
۸۳	ب- ولایت بر نفس
۹۰	بند دوم: مبنا و محدوده کسب رضایت بیمار:
۹۰	الف- معیار زمانی
۹۸	ب- معیار موضوعی
۱۰۴	فصل سوم بررسی آثار رضایت
۱۰۷	گفتار اول: دعوی مسئولیت مدنی علیه پزشک
۱۰۷	بند اول: اصحاب دعوی
۱۰۵	الف- خواهان
۱۰۷	ب- خواننده
۱۱۰	بند دوم: دادگاه صالح
۱۰۸	گفتار دوم: آثار رضایت بر مسئولیت مدنی پزشک
۱۰۸	بند اول: تغییر مبنای مسئولیت
۱۱۵	بند دوم: سقوط مسئولیت
۱۱۶	بند سوم: کاهش مسئولیت
۱۱۴	بخش دوم: آثار رضایت بر مسئولیت مدنی پزشک در حقوق عراق و مصر
۱۱۷	گفتار اول: دامنه اقدامات پزشکی درمانی

بند اول: مفهوم اقدامات پزشکی درمانی	۱۱۷
الف- اقدام پزشکی به معنای گسترده	۱۱۵
ب- اقدام پزشکی به معنای محدود	۱۱۷
بند دوم: تاثیر رضایت بیمار بر مسئولیت پزشک در حیطه اقدامات پزشکی و درمانی	۱۲۵
گفتار دوم: رضایت در حیطه اقدامات غیر درمانی پزشکی	۱۲۸
بند اول: مفهوم اقدامات پزشکی غیر درمانی:	۱۲۵
بند دوم: تاثیر رضایت بیمار بر مسئولیت پزشک در حیطه اقدامات پزشکی غیر درمانی	۱۳۰
گفتار سوم رضایت در محدوده اعمال پزشکی در موارد اورژانسی	۱۳۶
بند اول: مفهوم وضعیت اضطراری در پزشکی	۱۳۳
بند دوم: تاثیر رضایت بیمار در موارد اضطراری بر مسئولیت پزشک	۱۳۶
گفتار چهارم: رضایت در حیطه کارهای پزشکی اجباری	۱۴۰
بند اول مفهوم اعمال پزشکی اجباری	۱۴۱
بند دوم تاثیر رضایت بیمار در اعمال پزشکی اجباری در مسئولیت پزشک	۱۴۷
فصل چهارم بررسی ضمانت اجرای عدم اخذ رضایت از بیمار	۱۴۸
گفتار اول: ضمانت اجرای عدم اخذ رضایت از بیمار در حقوق ایران	۱۴۹
بند اول: اهلیت رضایت دهنده	۱۵۱
بند دوم: مشروعیت عمل طبی یا جراحی	۱۵۲
بند سوم: زمان اخذ رضایت نامه و براءت نامه	۱۵۲
گفتار دوم: ضمانت اجرای عدم اخذ براءت نامه در فقه اسلامی	۱۵۳
گفتار سوم: ضمانت اجرای عدم اخذ رضایت از بیمار در حقوق عراق و مصر	۱۵۸

نتیجه گیری و پیشنهادات..... ۱۶۱

فهرست منابع..... ۱۶۷

الف) بیان مسئله

خداوند به انسان کرامت ذاتی اعطاء کرده است و لقد کرمانا بنی آدم (اسراء: ۰۹) که این کرامت علاوه بر بعد روحانی انسان شامل جسم او نیز میشود. پزشکان و جامعه پزشکی از ارزش والایی برخوردار بوده و نقش حساس و مهمی را در جامعه ایفا میکنند، چرا که مسئولیت مستقیم عافیت و سلامت افراد جامعه را بر عهده دارند به همین دلیل علمالابدان در کنار علم الادیان قرار گرفته است از طرفی در راستای تاکید بر ضرورت صیانت از حیات آدمی، صدمات وارده بر تمامیت جسمانی افراد از شدیدترین جرایمی است که سختترین واکنشها را از دیرباز در پی داشته است و بر بیماران واجب است در صورت ابتلا به امراضی که با احتمال هلاکت یا نقص عضو همراه است به طبیب مراجعه نموده و حق درنگ و قصور را ندارند البته جدا از اینکه طبیب و طبابت در تاریخ جوامع بشری از جایگاه والایی برخوردار است نباید فراموش کرد که خود پزشک یک انسان هست که از مقام عصمت برخوردار نیست و ممکن است مانند هر انسان دیگری دچار خطا و اشتباهی شود که در اثر آن بیمار وی تلف شده و یا بر اثر تشخیص اشتباه و خطای عمل وی به بیمار خسارات شدید جانی یا مالی وارد شود چرا که معالجات پزشک هر چند که حاذق و متبحر باشد ممکن است همواره به نتایج مطلوب و دلخواه منتهی نشود به ویژه این که با تقسیم علم پزشکی به رشته ها و شاخه های متعدد و متنوع و نیز استفاده پزشکان از آخرین روشهای درمان و تجهیزات مدرن و پیشرفته خطرات این حرفه شدیدتر و بیشتر شده است و با گذشته قابل مقایسه نیست و جان و روان مردم را در معرض خطرات فراوان قرار داده است. ۳ یکی از مباحث مهم در حوزه اخلاق پزشکی، موضوع رضایت بیماران در انجام اعمال پزشکی است که این موضوع در حقوق نیز مطرح شده است و قانونگذار در قانون مجازات اسلامی به تبیین و شرایط اخذ رضایت، مشروع بودن عمل طبی یا جراحی، اهلیت رضایت دهنده و موارد اینچنینی پرداخته است. رضایت در لغت به معنی اجازه، رخصت، خشنودی، تسلیم شدن،

موافقت و خرسندی آمده است ادر تمامی نظامهای حقوقی موجود برای اینکه عمل جراحی یا طبی پزشک مشروع و قانونی تلقی شود، وی ملزم است قبل از شروع کار، رضایت بیمار یا ولی وی را دریافت کند که در نظام حقوقی ایران نیز بر اساس فقه امامیه و طبق موادی از قانون مجازات اسلامی^۳ پزشک ملزم به اخذ رضایت بیمار یا ولی وی است در واقع آن زمان که بدون اذن مالک و مجوز قانونی نمیتوان در مال کسی تصرف کرد به طریق اولی، اذن شخص برای تصرف در تمامیت جسمانی وی نیز ضروری است.^۳ به طور کلی بدون رضایت بیمار یا نمایندگان قانونی او، هیچ پزشکی حق تصرف در جسم و روان بیمار را ندارد مگر در موارد استثنایی فوری که امکان اخذ رضایت نباشد. ادر ماده ۳۳ قانون مجازات عراقی و ماده ۰۳ قانون بهداشت عمومی عراق و در حقوق مصری در ماده ۳۱ قانون مجازات مصری به نحوه اخذ رضایت بیمار پرداخته شده است به نحوی که اذن خود بیمار یا ولی وی شرط دانسته شده است مگر آنکه زندگی بیمار در معرض مرگ یا وضعیت خطرناکی قرار بگیرد و برای نجات جان بیمار بدون رضایت انجام گیرد. موضوع این پایان نامه مطالعه تطبیقی شرایط و ماهیت اخذ رضایت بیمار در قوانین و مقررات ایران با حقوق کشورهای عراق و مصر است .

ب) سوالات تحقیق:

۱. مهم ترین سوالی که این پژوهش به دنبال پاسخگویی به آن است این مسئله می باشد که ماهیت، مبانی ،

شرایط و آثار اخذ رضایت بیمار در حقوق کشورهای ایران، عراق و مصر چگونه است؟

۲- نحوه رضایت از بیمار چه تاثیری بر مسولیت مدنی پزشکان خواهد داشت ؟

۳- ضمانت پزشک در این کشورها بر نظریه خطر استوار است یا نظریه قصور (تقصیر) پزشک ؟

ج) هدف پژوهش:

هدف از این پژوهش به دست دادن شناختی از ماهیت و شرایط اخذ رضایت بیمار و مسئولیت پزشکان در حقوق کشورهای ایران با تطبیق و مقایسه قوانین مجری در کشورهای عراق و مصر خواهد بود.

د) روش پژوهش

روش تحقیق مبتنی بر روش توصیفی، تحلیلی و تطبیق است که در این راستا به منابع کتابخانه‌ای و رایانه‌ای نیز به تناسب موضوع برای جمع‌آوری داده‌ها مراجعه شده است.

ه) بررسی منابع

با جستجویی که در میان کتابها، پایاننامه‌ها و مقالات فارسی داشتیم اثری در چارچوب و حدود پژوهش حاضر، یافت نشد. اما در ارتباط با پزشک و حقوق بیماران و مسئولیت پزشکان تالیفات و پژوهشهای چشمگیری صورت گرفته است که به تناسب موضوع در طی پژوهش مورد استفاده قرار خواهند گرفت. مثلاً در پایان‌نامه‌ای در دانشگاه تهران به بررسی موضوع «آثار رضایت زیان دیده در مسئولیت مدنی» پرداخته شده یا پایان‌نامه‌ای با عنوان «نقش رضایت بیمار در تعیین مسئولیت جنایی پزشک مطالعه مقایسه‌ای بین قانون عراق و ایتالیا» موجود می‌باشد. هم‌چنین مقالات بسیاری در رابطه با رضایت زیان دیده مطرح است اما هیچ‌کدام از آن‌ها به تطبیق قوانین ایران و عراق و مصر پرداخته‌اند.

و) سازماندهی پژوهش:

پایان‌نامه در ۳ فصل تدوین شده است: فصل اول: مفاهیم و واژه‌شناسی، فصل دوم: بررسی شرایط رضایت بیمار در حقوق ایران، مصر و عراق، فصل سوم: بررسی آثار رضایت و ضمانت اجرای عدم رضایت از بیمار پرداخته شده

است .

فصل اول مفاهیم و واژه شناسی

مبحث اول مفهوم و ماهیت رضایت

این بخش را در دو گفتار بررسی می‌کنیم. گفتار اول به مفهوم و ماهیت رضایت می‌پردازد و گفتار دوم نیز انواع رضایت را مورد بررسی قرار می‌دهد:

گفتار اول مفهوم و ماهیت رضایت در حقوق ایران

رضایت در لغت به معنای قبول، خشنودی و رخصت آمده است و با اینکه از ریشه «رضو» می‌باشد و ظاهراً عربی است اما گفته شده که از مصادر مجعول است که به جای رضا و رضوان استعمال می‌شود و اگر هم در زبان عربی موجود می‌بود می‌بایست از ضاوت با شد زیرا ماده ی کلمه، واوی است و قلب «ا» به «ی» صحیح نیست.^۱

در تعریف رضایت زیان دیده در مسئولیت مدنی گفته شده: «رضایت زیان دیده به معنای قبول و تحمل ضرر و یا قبول اخطر وقوع آن از ناحیه زیان دیده می‌باشد»^۲. در فرهنگ لغت حقوقی BLACK در تعریف اصطلاح consent که معادل رضایت می‌باشد گفته شده: توافق، موافقت با اجازه، دربارهی عمل یا مقصودی است که به طور ارادی به وسیله شخص دارای اهلیت داده می‌شود»^۳

در حقوق موضوعه، رضایت در معنای عام خود اعم از اذن، برائت و قرارداد (شرط) عدم مسئولیت است^۴. به عبارت دیگر، رضایت ممکن است به وسیله عمل حقوقی یک جانبه اذن و برائت) و یا عمل حقوقی دو جانبه قرارداد عدم مسئولیت) ابراز شود. البته این مصادیق، تفاوت‌های جزئی و ظریفی نیز با هم دارند که حسب مورد به آنها اشاره خواهد شد.

۱. علی اکبر دهخدا، لغت نامه (حرف ر_ رینه خم)، زیر نظر دکتر محمد معین، دانشگاه تهران، ۱۳۳۹، ص. ۴۴۴

۲. محمود کاظمی، آثار تقصیر زیان دیده بر مسئولیت مدنی، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۲۸، ۱۳۸۴، ص. ۱۱

۳. A. Graner, Bryan (Editor in Chief), "Black's Law Dictionary", 8th edition, West Group, 2004.p 323.

۴. سیدحسین صفایی، حبیب اله رحیمی، **مسئولیت مدنی، الزامات خارج از قراردادها**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ج ۱، ص

بند اول: اذن

اذن در لغت به معنای اعلام، اجازه و رخصت، امر و فرمان، اطاعت و اراده آمده است^۱ در فرهنگ لغت حقوقی Black در توضیح واژه permission که تقریباً معادل اذن می باشد گفته شده عمل اجازه دادن؛ اجازه یا اختیار، برای انجام چیزی^۲ و در اصطلاح حقوقی، «انشای رضایت مقتن یا مالک (یا نماینده ی قانونی او) یا کسی که قانون برای رضایت او اثری قائل شده است، به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین، برای انجام دادن یک عمل حقوقی با تصرف خارجی می باشد»^۳.

در مورد اینکه اذن عمل حقوقی است یا واقعی حقوقی، اختلاف نظر است.^۴ اما به نظر می رسد با توجه به اینکه فرد اذن دهنده (آذن) به هنگام دادن اذن، مفهومی حقوقی را انشاء می کند، اذن عمل حقوقی باشد. و روشن است که چون تنها اراده آذن در آن موثر است از این رو ایقاع است.

ماهیت حقوقی رضایت نامه هایی که در حال حاضر در بیمارستان ها و سایر مراکز درمانی به صورت انفرادی توسط بیمار یا ولی او تکمیل می شود، اذن است، چرا که اثر حقوقی آن تنها اباحه و جواز تصرف است و این مطلب به روشنی از متون فقهی و قانونی قابل استنباط است چرا که تنها در کتب و فناوی فقهی، هر وقت که به این موضوع وارد شده اند از اصطلاح «اذن» استفاده کرده اند. به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می شود: «پزشک از مال خود، ضامن تلف جان و یا عضوی است که به سبب معالجه اش تلف می کند؛ چرا که تلف، مستند به فعل اوست ... هر چند که احتیاط کند و تلاش نماید و بیمار نیز اذن داده باشد»^۵.

۱. فخرالدین طریحی، *مجمع البحرین، (دوره ۶ جلدی)*، ج ۶، تهران، انتشارات کتاب فروشی مرتضوی، چ ۳، ص ۱۹۹.

۲ Graner: 2004, 1176.

۳. علیرضا فصیحی زاده، «اذن و آثار حقوقی آن»، ج ۱، مرکز انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم، (۱۳۷۸) ص ۲۹.

۴. برای دیدن نظر کسانی که آن را عمل حقوقی می دانستند رجوع کنید. کاتوزیان، ۱۳۷۷: ش ۳۲: مراغی ۱۴۱۷، ج ۲: ۱۲۸ و برای دیدن نظر کسانی که اذن را واقعه حقوقی می دانند رجوع کنید. کمپانی اصفهانی ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۴۷.

۵. «فالتییب یضمن فی ماله ما یتلف بعلاجه تفا و طرفاً، لحصول التلف المستند الی فعله و ان احتاط و اجتهد و اذن المریض»

«پزشک ضامن آن چیزی است که به سبب معالجه اش تلف می کند اگر که از لحاظ علمی یا عملی قاصر باشد هر چند ماذون باشد یا اینکه شخص محجوری را بدون اذن ولی اش یا بالغی را بدون اذن خود وی معالجه کند هر چند که در کارش عالم و مورد اعتماد باشد»^۱.

«پزشک ضامن آن چیزی است که به سبب معالجه اش تلف می کند اگر که قاصر باشد یا اینکه صغیر یا مجنونی را بدون اذن ولی اش یا بالغی را بدون اذن خودش معالجه کند»^۲.

در مورد این که اذن، لازم است یا جایز؛ با توجه به اینکه اصاله اللزوم همان گونه که در عقود جاری است در ایقاعات نیز جریان دارد. بنابراین اصل در ایقاعات نیز لزوم است مگر اینکه دلیلی بر جایز بودن ایقاعی ارائه شود^۳ استقراء در مواد قانونی ما را به این نتیجه می رساند که ایقاعات لازم سه دسته اند: یا فرد تعهدی برای خود به نفع دیگری ایجاد می کند یا عملی حقوقی را منحل می کند (مانند رد معامله فضولی) و یا اینکه حقی را اسقاط می کند (مانند ابراء و یا اسقاط خیار شرط که همه ی این موارد لازم اند. اما اذن جزء هیچ یک از این موارد نیست چرا که هدف از آن ایجاد تعهد، اسقاط حق و یا انحلال عمل حقوقی نیست بلکه فرد صرفاً میخواهد که بدین وسیله به دیگری اذن دهد یا کاری را بر او مباح سازد. مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی نیز که

شهید ثانی، *الروضة البهیة فی شرح المعه الدمه شقیه، (المحشی - سلطان العلماء) دوره ی ۲ جلدی*، ج ۲، م، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ج ۱، ص ۴۱۸.

۱. «الطیب یضمن ما یتلف بعلاجه إن کان قاصراً فی العلم أو العمل و لو کان مأذوناً، أو عالج قاصراً بدون إذن ولیه أو بالنسبة لإذنه و إن کان عالماً متقناً فی العمل»

امام خمینی (ره)، بی تا، *تحریر الوسیله (دوره ی ۲ جلدی)*، ج ۲، قم، موسسه مطبوعات دارالعلم، ج ۱، ص ۵۶۰.

۲. «الطیب یضمن ما یتلف بعلاجه إن کان قاصراً أو عالج طفلاً أو مجنوناً لا یأذن الولی أو بالنسبة لم یأذن....» محقق حلی، (۱۴۰۸)؛ *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، (دوره ی ۴ جلدی)*، ج ۴، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۳۱.

۳. «والحق أن الأصل فی کل عقد و ایقاع عدم جواز رفع آثاره و فسخه الا بدلیل و ذلك لوجوه: والأول، أن العقد أو الایقاع اذا تحقق توجب اثر شرعی علیه... و بالجملة لا ریب أن الأسباب الشرعیة بعد تحققها یترتب علیها آثارها، فإذا شك فی اللزوم و الجواز، فلازمه الشك فی انه لو نسخ هذا السبب هل یبطل ذلك المسبب الثابت ام لا بل هو باق علی حاله...»