

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Year 1, No:1, Spring 2024

A Review of the Impact of Bona Fide on Waiving the Liability of the Physician in Iranian Law (In Comparative Study with Canadian Good Samaritan Law)

Zahra Tabesh¹

Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad²

Abstract: Due to its ancient history and special criticality, the medical profession has always been accompanied with serious legal challenges in the balance of rights between the physician and the patient. It is for years that bona fide is being used as a criteria and a guarantee for the enforcement of law by the Iranian-Islamic jurists and law experts. Despite the fact that medical acts are considered bona fide in nature, in the judicial procedure and system of Iran, it is difficult to approve the good intention of all people rendering medical services. Therefore, despite a long history of bona fide and the liability of the physicians, a review of this principle in comparison with the Good Samaritan Law in Canadian law - as its common law likeness – could open new horizons to clarifying the liability of the physicians. According to the findings of this study, Good Samaritan Law is applicable as a liability outside the terms of the contract and only in emergency conditions and chiefly in the case of a non-physician. However, bona fide has a broader and more general coverage that can include – in case all requirements are met – all areas of liability of the physician. The demonstrable aspect of bona fide in creating rights for claiming a fee by the service provider is a strong point with this principle and a priority over the Good Samaritan Law.

Keywords: bona fide, waiver of liability, physician's liability, Good Samaritan Law.

1. Ph.D. Graduate in Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) (Zahra.tabesh@gmail.com)

2. Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. (m_mohaghegh@sbu.ac.ir)

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی
سال اول، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۳
(ص ۴۹-۲۹)

بازخوانی تأثیر قاعده احسان بر سقوط مسئولیت پزشک در حقوق ایران (در مطالعه تطبیقی با قاعده یاری رسان نوع دوست در حقوق کانادا)

زهرا تابش^۱

سید مصطفی محقق داماد^۲

چکیده: حرفه پزشکی به دلیل قدمت و حساسیت ویژه آن، همواره مورد چالش‌های جدی حقوقی در موازنه میان حقوق پزشک و بیمار بوده است. سال‌هاست که قاعده احسان به عنوان یکی از مسقطات ضمان مورد مطالعه و استفاده فقها و حقوق دانان ایرانی - اسلامی قرار گرفته است. علی‌رغم آنکه نوع‌دوستانه بودن اعمال پزشکی مورد اذعان است، اما در قانون و رویه قضایی کشور، محسن دانستن ارائه‌دهندگان خدمات پزشکی با مشکل روبه‌روست. لذا هرچند بحث از اصل مسئولیت پزشک و قاعده احسان پیشینه‌ای دیرین دارد، اما نگاهی نو به این قاعده با ملاحظه قاعده یاری رسان نوع دوست به عنوان مشابه کامن-لایی آن، توانسته است افق‌های جدیدی را در تبیین مسئولیت پزشک بگشاید. مطابق با یافته‌های این پژوهش، قاعده یاری رسان نوع دوست در مسئولیت خارج از قرارداد و صرفاً در موقعیت‌های اورژانس و غالباً در خصوص غیرپزشک کاربرد دارد، اما قاعده احسان قلمرو عامی دارد و می‌تواند در فرض فراهم بودن ارکان آن، همه اقسام مسئولیت پزشک را دربرگیرد. وجه اثباتی قاعده احسان در ایجاد حق برای مطالبه اجرت توسط محسن، یکی از برتری‌های این قاعده بر قاعده یاری رسان نوع دوست به شمار می‌رود.

کلیدواژه‌ها: قاعده احسان، سقوط مسئولیت، مسئولیت پزشک، قاعده یاری رسان نوع دوست.

۱. دانش‌آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

(zahra.tabesh@gmail.com)

۲. استاد گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

(m_mohaghegh@sbu.ac.ir)

مقدمه

برای تسکین آلام، مراجعه به طبیب رویه معمول و مرسوم سالیان بشر بوده است. اما ناکامی در به دست آوردن نتایج مطلوب، همواره او را وادار به جستجو و تدقیق کرده که آیا کوتاهی و تقصیر پزشک موجب این نتایج نابهنجار شده یا عوامل دیگری نیز مؤثر بوده است. با توجه به تخصصی بودن حوزه فعالیت‌های پزشکی و نداشتن تصویری روشن از چگونگی عملکرد پزشک، معمولاً بیماران نمی‌توانند پاسخ مناسبی برای این قبیل سؤالات بیابند. در راستای این کنجکاوی در حق بشر، دغدغه مسئولیت پزشک و تعیین حدود آن وارد عرصه حقوقی شد. لذا یکی از قدیمی‌ترین چالش‌های جدی حقوقی، ایجاد توازن میان حقوق پزشک و بیمار است.

برای حل این چالش‌ها، هر نظام حقوقی در جستجوی راه‌حلی متناسب با شرایط زمانی، مکانی، اجتماعی و اعتقادی خود برآمده، اگرچه این راه‌حل‌ها گاه ثمربخش و گاه سرمنشأ مشکلات جدیدی بوده‌اند. نظام حقوقی اسلامی نیز از این قاعده کلی مستثنا نیست و علمای اسلامی همواره در صدد برقراری و حفظ این تعادل و توازن بوده‌اند. جای تأمل آنجاست که هرچند قاعده احسان به‌عنوان یکی از مسقطات ضمان مورد مطالعه و استفاده فقها و حقوق‌دانان ایرانی - اسلامی قرار گرفته، اما در حیطه مسئولیت پزشک شاهد نقش کم‌رنگی از این قاعده هستیم. دلیل این مطلب علاوه بر اطلاقات لفظی موجود در ضمان پزشک، آن است که اجیر یا صاحبان حرف را از مجرای قاعده احسان خارج نموده‌اند.

نادیده گرفته شدن قاعده احسان در این زمینه، مشکلاتی را به وجود آورده است. از آنجا که پویایی فقه شیعه فرصت بهره‌مندی از نظام‌ها و تئوری‌های دیگر را نیز فراهم می‌کند می‌توان با حفظ مبانی وحیانی و لایتغیر مکتبی، با کمک گرفتن از مطالعه در مواضع دیگر قانون‌گذاران در این زمینه، با نگرشی نو نظر شارع مقدس را بازخوانی نمود و به مناسب‌ترین راه‌حل‌ها دست یافت. انتظاری که از نظام حقوقی مبتنی بر آموزه‌های اسلامی می‌رود، آن است که در ارائه مناسب‌ترین راه‌حل برای پاسخ به دغدغه‌های قضایی پیشرو باشد. اما در مواجهه با پرونده‌های پزشکی ایران فقدان یک رویه ثابت برای تشخیص مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک جلب توجه می‌کند. این مطالعه بر آن است با نگاهی به قاعده یاری رسان نوع‌دوست قاعده احسان را بازنگری کرده و آن را به عنوان یکی از کلیدهای برقراری تعادل میان حقوق پزشک و بیمار تبیین نماید. امید است وارد کردن این قاعده در حیطه مسئولیت پزشکی کمکی در جهت روشن‌تر شدن قواعد

مسئولیت نموده و با تدوین قوانینی شفاف در این حوزه از برخوردهای چندگانه جلوگیری و روال قابل قبولی در مسئولیت پزشکی ایجاد کند.

۱- مسئولیت پزشک در فقه و حقوق ایران

هنگامی که سخن از مسئولیت پزشک به میان می‌آید ابتدا باید مسئولیت وی را در بستر قواعد عام ضمان بررسی نمود و سپس به بررسی ادله خاص این حیطة پرداخت. علی القاعده در صورت وجود شرایط عام، مسئولیت در فرض عدم قرارداد صحیح مابین پزشک و بیمار، می‌بایست ضمان قهری برای پزشک ایجاد شود مگر آنکه به عوامل رافع مسئولیت استناد کرده باشد. یکی از عوامل رافع مسئولیت، «مجاز بودن عمل» از منظر قانون و شرع است. در خصوص مسئولیت قهری پزشک به عنوان یک قاعده کلی می‌توان گفت اعمال پزشک در حیطة اذن شرع، رافع مسئولیت قهری او خواهد بود؛ چراکه داشتن اذن در عمل، از مسقطات ضمان است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۵۶۵).^۱ در خصوص پزشک حاذق، هم اذن عقلی قابل اثبات است و هم اذن قانونی و شرعی. اذن قانونی مذکور، در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی آمده است. تبصره ۱ این ماده مقرر می‌دارد: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل، برای وی ضمان وجود ندارد هر چند برائت اخذ نکرده باشد.» اذن شرعی نیز از روایات این باب به روشنی قابل استنباط است (تابش، ۱۳۹۵: ۱۹۷-۱۹۲).

بعضی گمان کرده‌اند دلیل عدم ضمان پزشک غیر مقصر، اذن و رضایت بیمار است اما به نظر می‌رسد اذن و رضایت بیمار به معالجه به تنهایی نمی‌تواند مسقط ضمان پزشک باشد؛ چراکه در واقع بیمار به درمان و بهبودی اذن داده است نه به تلف یا اتلاف (عوده، بی‌تا، ج ۲: ۸۷-۸۵؛ برای مطالعه بیش تر ر.ک: جمعی از پژوهش‌گران زیر نظر شاهرودی ۱۴۲۳، ج ۸: ۳۱۸).

علاوه بر اذن شرعی و قانونی مذکور، بین عدم جواز امتناع طیب از معالجه و عدم ضمان او ملازمه عقلی برقرار است و می‌توان صدمات غیر عمدی وارده توسط پزشک را معاف از مسئولیت تلقی کرد. یکی از فقهای برجسته معاصر می‌نویسد:

^۱ «ما هو مأذون شرعاً لیس فیه ضمان» این نظر مخالفینی نیز دارد (ر.ک: گیلانی نجفی، بی‌تا: ۳۸).

و اما پزشک ماهر مباشر در معالجه اگر بگوییم که مکلف به معالجه به منظور حفظ نفس محترمه می‌باشد در این مورد قائل شدن به ضمان وی امری نامعقول است و گرنه باب معالجات به کلی مسدود خواهد گشت (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۸۴).

آنچه را که پزشک به دستور تجربه و دانش متعارف کنونی و با احتیاط انجام می‌دهد، در واقع، اجرای تکلیف حرفه‌ای است و انجام دادن وظیفه با ضمان جمع نمی‌شود و معقول به نظر نمی‌رسد که از یک سو، پزشک مکلف به کاری باشد که احتمال ضرر در آن کم و بیش هست و از سوی دیگر، ضمان چنین اقدامی بر دوش او قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۷۹). هم‌چنین در فرض شک در ضمان یا عدم آن، اصل برائت در ضمان قهری پزشک اقتضای معافیت از مسئولیت دارد و مدعی مسئولیت (بیمار) باید آن را اثبات نماید.

نکته قابل توجه آن است که «اخذ برائت» مصرح در قول فقها و ماده مذکور، در خصوص مسئولیت قهری بی‌معناست. چراکه با اخذ برائت در خصوص عمل درمانی مورد توافق، قطعاً قراردادی ضمنی میان پزشک و بیمار منعقد شده و فرض مسئولیت قهری منتفی است، ولی باید به این مسأله دقت شود که عمل پزشکی بدون اعلام رضایت بیمار یا ولی او اساساً مشروع نیست و از حیطة اذن شرعی و قانونی مزبور خارج است و در فرض چنین اقدامی، اقتضای مسئولیت پزشک وجود دارد مگر آنکه به دلیل شرایط اضطراری و اورژانس امکان اخذ رضایت از بیمار وجود نداشته و به استناد قواعد دیگری برای رفع مسئولیت بتوان پزشک را از مسئولیت معاف دانست. اما در خصوص مسئولیت قراردادی پزشک در حقوق ایران، باید توجه داشت که تعهد قراردادی پزشک علی‌القاعده تعهد به وسیله است نه نتیجه. مقصود از «تعهد به وسیله»^۱ آن است که پزشک متعهد می‌شود نهایت تلاش و کوشش و همه توان‌مندی‌های خود را به منظور دستیابی به نتیجه مطلوب و بهبودی بیمار به کار ببندد؛ خواه این نتیجه حاصل گردد خواه نگردد. با توجه به این مطلب، در حیطة روابط قراردادی پزشک و بیمار خسارات یا عدم موفقیت‌های غیر عمدی، نقض تعهد محسوب نمی‌شود تا نیازمند شرط برائت باشد. بدیهی است نقض تعهد یا خسارات عمدی نیز تخصصاً از شمول شرط برائت خارج خواهد بود. پس دلیل ذکر شرط برائت در قانون و فقه چیست؟ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد:

¹ Obligation de moyen

هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه أخذ 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.

هرچند مطابق با قواعد عام مسئولیت، پزشک تحت قرارداد که تلاش خود را در معالجه به کار بسته، نمی‌توان عدم حصول نتیجه مطلوب مسئول دانست، اما ماده فوق به پیروی از روایاتی که در این زمینه وارد شده، در خصوص مسئولیت قراردادی پزشک اصل تقصیر پزشک را پذیرفته است. دلیل این مطلب آن است که امور پزشکی کاملاً تخصصی محسوب می‌شود و اثبات تقصیر پزشک توسط بیمار بسیار مشکل و بعید خواهد بود. به همین دلیل، بار اثبات آن از دوش بیمار برداشته شده و بر عهده پزشک قرار گرفته است. لازم است ذکر شود که این اصل، اختصاص به پزشک نداشته و مطابق با نظر مشهور فقها در مورد کلیه صاحبان حرف جاری است (ر.ک: میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۴۷۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۰۷).

نکته قابل توجه در این زمینه آن است که فرض تقصیر مذکور را باید حمل بر «تأسیس اماره» کرد نه مسئولیت محض (ر.ک: صفایی، ۱۳۹۱: ۱۵۶-۱۵۴)؛ چراکه قانون مجازات از نظر مشهور فقها که مستخرج از روایات موجود در این حیطه است، تبعیت نموده است: روایات این باب در بدو امر، متعارض به نظر می‌رسند (ر.ک: تابش، ۱۳۹۵: ۱۹۷-۱۹۲). اما در جمع عرفی بین این روایات متعارض، می‌توان روایات دال بر لزوم اخذ برائت را ناظر به مسئولیت قراردادی پزشک و جابه‌جایی بار اثبات مسئولیت و روایات مشعر به عدم ضمان مطلق را در مقام بیان مسئولیت قهری پزشک تعبیر کرد. روایاتی که دلالت بر ضمان مطلق پزشک دارند نیز در فرضی وارد شده که صدمات عمدی یا صدمه از روی اشتباه و زیاده‌روی بوده باشد. با پذیرش این جمع عرفی، در فرض عدم بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی، پزشک مسئول نیست اما باید این مطلب را اثبات نماید. اقتضای این مطلب آن است که «اصل مسئولیت پزشک» را بر اساس اماره تقصیر تفسیر کنیم و خلاف اماره را قابل اثبات بشماریم. در رویه قضایی ایران نیز «عدم رعایت نظامات دولتی و موازین فنی» مهم‌ترین رکن مسئولیت پزشک دانسته شده که در واقع همان «اماره قانونی تقصیر» است (ر.ک: تابش، ۱۳۹۵: ۲۴۵-۲۳۶).

۲- مسئولیت پزشک در حقوق کانادا

حقوق کانادا به خاطر عضویت اجباری پزشکان کانادایی در این نهاد، که به عنوان نهادی غیر انتفاعی برای دفاع دو جانبه که «مشاوره» و «جبران خسارت حقوقی» را فراهم می‌کند، سیستم منحصر به فردی در مسئولیت پزشکی دارد. نظام حقوقی کانادا برای برقراری تعادل میان عناصر دخیل در حیطه مسئولیت پزشک، نهادی را به نام «انجمن‌های حفاظتی پزشکی کانادا»^۱ ایجاد نموده که از آن با نام اختصاری CMPA یاد می‌شود. این نهاد فقط یک انجمن یا صنف برای پزشکان نیست، چراکه در صورت وجود شرایط مقرر در اساسنامه، مسئولیت پرداخت غرامت بیماران را که در نتیجه غفلت‌های پزشکی محقق شده، به دوش دارد، اما در عین حال نمی‌توان آن را به معنای خاص «بیمه مسئولیت» دانست. در مقابل پرداخت حق عضویت توسط پزشکان، بیمار به جای پزشک به طرفیت نهاد مزبور طرح دعوا کرده و برای دریافت غرامت باید ثابت کند که تخلف از استانداردها باعث آسیب شده است (The Canadian Medical Protective Association, 2005:3).

از دیگر ویژگی‌های نظام حقوق پزشکی کانادا این است که رسیدگی به دعاوی ناشی از خطاهای پزشکی کانادا در صلاحیت هیأت منصفه نیست و برای صدور حکم علیه پزشک، هیأت بررسی تشکیل می‌شود که باید «اصل عمل مورد اتهام»، «سوء رفتار بودن عمل مذکور» و «احتمال معقول مبنی بر آسیب‌زا بودن این عمل» را احراز کند. دعاوی مرتبط با خطاهای پزشکی مشمول مرور زمان یک‌ساله است، که از زمان عرفی علم به آسیب آغاز می‌گردد. ارکان ادعای غفلت پزشکی، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مصادیق مسئولیت پزشک عبارتند از: وجود وظیفه مراقبت، عمل نکردن پزشک مطابق با استانداردهای مراقبت، قابل پیش‌بینی بودن آسیب و بی‌واسطه بودن رابطه عمل پزشک با آسیب وارده بر بیمار. هرچند در رسیدگی به دعاوی ناشی از غفلت پزشکی، تفاوت‌های ایالتی در کانادا به چشم می‌خورد، اما اصل مسئولیت قهری پزشک و عدم توجه به مفاد قرارداد پزشک و بیمار در همه این قوانین مشترک است. نتیجه این مطلب، انتقای مسئولیت قهری برای پزشکان تحت پوشش CMPA است.

^۱ The Canadian Medical Protective Association

۳- نقش قاعده احسان و قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست در مسئولیت پزشکی

۳-۱- قاعده احسان در سقوط مسئولیت پزشکی

در کلام فقها و حقوق‌دانان قاعده احسان به‌عنوان یکی از مسقطات ضمان مطرح شده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۴). بدین معنی که هر کس موجب ایراد ضرر مالی یا جانی به دیگری شود، بنا بر ادله ضمان (شامل ضمان ید، اتلاف یا تسبیب) مسئول جبران خسارات وارد آورده است، اما اگر احراز شود که شخص مزبور تحت عنوان فقهی «محسن» داخل بوده و عمل او «احسان» تلقی گردد، ضمان مزبور ساقط گشته و شخص مسئول جبران خسارات نخواهد بود. برای آنکه قاعده احسان جاری شود، باید ارکان آن تحقق یافته باشد. مهم‌ترین رکن قاعده، قصد احسان یا حسن نیت است. تا آنجا که اکثریت فقها معتقدند که احسان از عناوین قصدیه است و بدون قصد محقق نمی‌شود (ر.ک: محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۳۰۶؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۸). علاوه بر قصد، عمل نیز باید محسانانه باشد. هر چند ظاهر کلام برخی صاحب‌نظران کفایت قصد است. در القواعد الستة عشر آمده است:

در اشتراط واقعت در آنچه به جهت جلب منفعت یا دفع ضرر انجام داده دو نظر وجود دارد: ۱- گمان او به اینکه این فعل، جلب منفعت یا دفع ضرر است کفایت می‌کند. ۲- عمل باید در واقع هم جلب منفعت یا دفع ضرر باشد. قول قوی‌تر قول اول است هر چند قول دوم هم بعید نیست (نجفی، بی‌تا: ۸).

وقتی مثال‌هایی که برای بیان مطلوب خود استفاده کرده‌اند مورد توجه قرار دهیم خواهیم دید که هیچ‌یک به بیان موردی که عمل نوعاً غاصبانه یا عدوانی باشد، اما با قصد احسان محقق شده نپرداخته‌اند. یعنی هر چند ظاهر کلام ایشان صرف قصد را معتبر می‌شمارد، اما در واقع حسن نوعی عمل انجام گرفته نیز مد نظر است مانند این عبارت:

مراد از احسان در اینجا عمل با قصد کمک به مسلمان است. هر چند در واقع به جلب منفعت و دفع مفسده منتهی نشود مانند شخصی که به قصد اطفای حریق از خانه مسلمانی دیوار را خراب می‌کند. چه اطفاء محقق بشود چه خیر این کمک‌رسانی همان احسان مد نظر قاعده است (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۸).

پس این نظریه که صرف قصد احسان ولو همراه با عمل غیر محسانانه باشد در نفی مسئولیت

کافی است قائلی ندارد. به علاوه اینکه بعضی از فحول به خلاف آن تصریح کرده‌اند. در عناوین آمده است:

ظاهر آن است که مصادفه با واقع در تحقق احسان شرط است و مجرد اعتقاد به اینکه فعل، احسان است کفایت نمی‌کند بلکه فعل باید در واقع دافع ضرر باشد چرا که متبادر از لفظ احسان همین است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۷).

بحث بعدی آن است که ملاک تشخیص محسنانه بودن چیست؟ مطابق با نظر مشهور، ملاک عرف است. یعنی اگر عرف شخص را محسن بشمارد، معافیت از ضمان محقق می‌شود. واضح است که برای متعارف بودن عمل، لازم است محسن از مسامحه و تقصیر به دور باشد. یعنی نباید علت ضرر وارده تقصیر و عملکرد اشتباه فرد اقدام کننده باشد؛ زیرا در این صورت احسانی در حق طرف مقابل صورت نگرفته و عرفاً چنین فردی را محسن نمی‌دانند. چنانکه تصریح کرده‌اند: «اگر ودیعه را ظالمی قهراً از مؤتمن بگیرد، او ضامن نیست ... چرا که تفریطی در حفظ آن نکرده و محسن محض است» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۴۰۵).

عمل محسنانه، ممکن است برای دفع ضرری از محسن^۱ الیهم یا جلب منفعت باشد. در خصوص دفع ضرر، اتفاق نظر وجود دارد اما نکته مهم این است که ضرری که به خاطر رفع آن اقدام به عمل خسارت آور شده است، مهم‌تر از ضرر وارد آمده باشد. یعنی ضرر وارده از ضرری که در صورت عدم اقدام و دخالت به طرف وارد می‌شد، کم‌تر باشد؛ چرا که اگر ضرر دفع شده کم‌تر از ضرر وارد شده باشد، احسان نیست و اسائه است و اگر این دو ضرر مساوی باشند باز هم احسان نیست و لغو است مگر آنکه جهت دیگری غیر از جهت مالی وجود داشته باشد تا عمل را از لغویت خارج کند بلکه چه بسا باید آن را احسان بدانیم اگر ضرر مالی مساوی را دفع کرده باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۴: ۱۷). در ثانی دفع ضرر از خود محسن، نمی‌تواند معافیتی را محقق کند. به نظر می‌رسد با توجه به تعریف لغوی و اصطلاحی احسان (تابش، ۱۳۹۵: ۴۷) قدر متیقن در رفع مسئولیت، موضعی است که شخص بخواهد از دیگری دفع ضرر کند. با توجه به اینکه قاعده احسان، مخصّص قواعد ضمان است، در صورت شک در تخصیص باید اصل عدم تخصیص را جاری دانست و به قدر متیقن اکتفا کرد.

در خصوص شمول قاعده احسان نسبت به جلب منفعت برای مجنی^۲ علیه، بین فقهای عظام اختلاف است. گروهی معتقدند در صدق عنوان احسان فرقی بین دفع ضرر و جلب منفعت نیست

(موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۴: ۱۵). گروهی دیگر، اعمالی را که برای رساندن منفعت به شخص باشد احسان نمی‌دانند و در نتیجه زیان ناشی از این اعمال باید جبران شود. مانند نظر کاشف الغطاء که تصریح می‌نماید:

قول قوی‌تر آن است که قاعده احسان اختصاص به دفع مضار دارد و جلب نفع را شامل نمی‌شود، چرا که در غیر این صورت برای وکالت و ولایت غالباً ثمره‌ای باقی نخواهد ماند و لازم می‌آید که هر عامل یا صنعت‌گری که از جانب مالک متبرعاً تصرفی در مال نموده، در صورت ایجاد خسارت و فساد، مسئول نباشد (نجفی، بی تا: ۸).

به عقیده نگارنده هر چند جلب منفعت در صدق احسانی بودن فعل خللی ایجاد نمی‌کند، اما به دلیل ماهیت خاص عمل پزشکی که باید با رضایت بیمار انجام شود، در حیطه مسئولیت پزشکی نمی‌توان این عمل را محسنانه دانست مگر آنکه خدمت در شرایط اورژانس محقق شده و از اخذ رضایت بیمار، بی‌نیاز باشد. هر چند تحقق فرض جلب منفعت در شرایط اورژانس بعید به نظر می‌رسد.

نکته دیگر در خصوص تأثیر قاعده احسان در مسئولیت، لزوم تبرع و مجانی بودن عمل محسنانه است. اعظامی تصریح نموده‌اند که در صورت دریافت جُعل، شخص دیگر محسن نخواهد بود: «هنگامی که بدون جُعل باشد، محسن است و در نتیجه قول او در رد پذیرفته می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۴۲). یا در جای دیگر آمده است: «وکیل بدون جعل چون به خاطر مصلحت مالک مال را قبض کرده، محسن محض است و قول او پذیرفته می‌شود مانند ودعی» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۸۷؛ وجدانی، ۱۴۲۶، ج ۱۰: ۱۴۶).

از مشهور نقل شده که به استناد قاعده احسان، اگر وکالت با جُعل باشد قول موکل مقدم می‌شود و اگر بدون جُعل باشد قول وکیل مقدم است. وجه تمایز این دو صورت آن است که وکیل بدون جُعل به خاطر مصلحت مالک، مال را قبض کرده به خلاف وکیل با جُعل که به خاطر مصلحت خود این کار را انجام داده است (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۱: ۱۵۳).

در نقد این نظر می‌توان گفت علت قبول قول وکیل در رد، محسن بودن او نیست بلکه از آن جهت است که او «امین» است و به استناد قاعده «لیس علی الامین الا الیمین» است که قول او را می‌پذیریم؛ چه با جُعل باشد و چه بدون جُعل. علاوه بر این، نقد دیگری نیز به مطلب منقول از مشهور وارد است، چرا که مستفاد از آیه شریفه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه: ۹۱) تنها این

مطلب است که غرامتی بر محسن نیست و این غیر از لزوم تصدیق محسن در قول به رد مال است. به علاوه اینکه وکالت با جعل هم به خاطر مصلحت موکل است به طوری که بتوان وکیل را محسن دانست. پس این تفصیل به نحو اطلاق پذیرفتنی نیست (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۴۸۹). هم چنین گفته شده: «ودعی و وکیل بدون جعل، با هم متفاوتند؛ ودعی محسن محض است پس ضامن نیست به خلاف دومی» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ج ۲۲: ۱۰۴).

در مذهب الاحکام نگاه دیگری به همین نکته دیده می شود:

مقتضی قاعده علی الید آن است که هر کس مال غیر در دست دارد (چه با جعل باشد و چه بدون جعل) باید با طریق معتبر شرعی ایصال مال را به مالک اثبات کند، مگر مواردی که با دلیل خارج شده است مانند ودعی که به استناد اجماع از این حکم خارج است اما دلیلی بر خروج وکیل بدون جعل از این قاعده نداریم (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۲۳۰).

موضع دیگری که برای عدم ضمان، به احسان استناد شده در خصوص صاحب حمام است. اگر صاحب حمام امانت لباس را قبول کند، مانند ودعی است و چون امین محسوب می شود جز با تعدی و تفریط ضامن نیست. بعضی از متأخرین دلیل این امر را محسن بودن شخص ذکر کرده اند. به نظر می رسد بر فرض قبول قول صاحب حمام، باید احکام ودعی بر او اجرا گردد و بر فرض عدم قبول، اگر لباس را برداشته باشد، محسن محض است. در فرض محسن بودن صاحب حمام، عدم اخذ اجرت بر حفظ لباس، معتبر دانسته شده است (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۶۲۷).

به عقیده نگارنده از مجموع آنچه از فتاوی بزرگان نقل شده روشن می شود که ظاهراً محسن بودن با اخذ اجرت بر عمل قابل جمع است. یعنی قصد احسان را نباید با قصد تبرع یکسان دانست. بنابراین محسن می تواند به استناد قاعده احترام عمل مسلم، مخارج و اجرت عمل خود را دریافت کند. این قاعده در خصوص پزشک محسن نیز جاری است.

علاوه بر آنچه در مورد قصد و محسنانه بودن عمل گفته شد، یکی از شرایط تحقق احسان آن است که فعل، صرف نظر از فضولی بودن و نداشتن اذن مالک از نظر شرعی یا قانونی مباح باشد. به این معنی که اگر اذن مالک به آن ضمیمه گردد، دیگر منع قانونی و شرعی برای آن تصور نشود.

شیخ محمد حسین اصفهانی لزوم این شرط را این گونه توصیف می کند:

عناوینی که ذاتاً قبیح هستند، قبیح طبیعی شان با عروض عنوان حسن غیر لزومی، تغییر نمی کند. آیا نمی بینی که ایصال مال غیر حسن است اما به وسیله آن قبیح کذب

برداشته نمی‌شود. به‌خلاف نجات مؤمن، در شرایطی که ترک دروغ، موجب هلاکت مؤمنی شود، قبح کذب برداشته می‌شود، چون هلاک مؤمن، ظلم و بذاته قبیح است. واضح است که استیلاء بر مال غیر بدون اذن و رضایت مالک اسائه و ظلم بر اوست نه احسان. پس صرف انگیزه ایصال نفع به مالک، قبح آن را از بین نمی‌برد. لذا اگر دلیلی بر جواز برداشتن مال، غیر از قاعده احسان وجود نداشته باشد این التقاط (برداشتن مال) جایز نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۵).

نویسنده اظهار می‌دارد که این نظر بسیار قوی است. بنابراین می‌توان گفت در کلیه موارد، چنانچه عمل مزبور مصداق دخالت و تجاوز باشد، به صرف قصد احسان نمی‌توان آن را از ضمان معاف دانست، بلکه احسان صرفاً در دخالت‌های ضروری لازم و مؤثر است. به نظر می‌رسد استدلال فوق در خصوص جلب منفعت قابل پذیرش باشد؛ اما در حالت دفع ضرر، پذیرش این امر که موجب احسان امری لزومی و ضروری باشد، قابل دفاع نیست؛ چرا که قاعده وسیع‌تر از این مورد است. در نقد نظر اصفهانی گفته شده قاعده، هر موردی را که عقلاً در آن اقدام به حفظ مال می‌کنند، در برمی‌گیرد. در حالی که در چنین شرایطی وجوب شرعی یا عقلی برای غیر نسبت به حفظ مال وجود ندارد. تنها مستند آن است که «عقلاً چنین اقدامی انجام می‌دهند». شاید بتوان گفت در چنین شرایطی اذن ضمنی مالک کشف می‌شود و به استناد آن است که محسن اجازه تصرف در مال را می‌یابد. حتی اگر این اذن ضمنی را نپذیریم لااقل نزد عقلاً چنین تصرفی جایز است و وضع ید بر مال به‌خاطر حفظ را، ید عدوانی ضمانتی نمی‌شمارند (جمعی از پژوهش‌گران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۷: ۳۸).

به نظر می‌رسد نقد مذکور قابل پذیرش نیست و از موضع استدلال خارج است زیرا اقدام عقلاً به عمل، در صدق عرفی احسان مؤثر است. اما مانعی وجود ندارد که علاوه بر صدق عرفی، شرط جواز شرعی یا قانونی فعل را در اجرای قاعده، معتبر بشماریم. اصل جواز فعل از نظر شرع و قانون، می‌تواند به‌عنوان شرطی مستقل در تحقق معافیت ناشی از احسان لحاظ گردد. یعنی فعلی که فی حد ذاته از نظر شرع و قانون غیرمجاز و از منظر عقل قبیح باشد نمی‌تواند به صرف وجود قصد احسان و پذیرش عرف، محسنانه تلقی گردد. برای روشن شدن مطلب می‌توان از این مثال استفاده کرد که اگر پزشکی با حسن نیت و صرفاً به قصد احسان، دست به اتانازی (قتل از روی ترحم) بزند، حتی اگر عرف عمل وی را محسنانه تلقی کرده باشد، از مسئولیت عمل خود معاف نیست، چراکه این عمل از نظر شرعی و قانونی جایز نبوده است. اما این مطلب که وجود این شرط را

مرادف با «ضروری و لزومی بودن اقدامات» بدانیم جای ایراد خواهد داشت.

از مجموع آنچه بیان شد روشن می‌شود که در خصوص مسئولیت پزشک در حقوق ایران و تأثیر قاعده احسان بر آن، مطابق با شرایط معتبر در قاعده احسان در فرض احراز قصد و صدق عرفی احسان به همراه اصل جواز عمل، مانعی در معافیت پزشک از جبران خسارت ناشی از مسئولیت‌های قراردادی وجود ندارد و معوض بودن قرارداد پزشک تأثیری در محسن دانستن او نخواهد داشت. هرچند «تعهد پزشک» به انجام اعمال درمانی، احراز قصد احسان را در این افعال دچار اشکال می‌کند. واضح است در فرض تحقق اماره قانونی تقصیر پزشک، اعمال قراردادی او از محسنانه بودن خارج است و از قاعده احسان خروج تخصصی خواهد داشت. اما اگر پزشک بتواند بر خلاف اماره قانونی تقصیر، عدم تقصیر خود را اثبات کند می‌تواند از معافیت قاعده احسان بهره‌مند شود. ممکن است گفته شود در این شرایط معافیت از مسئولیت به تصریح قانون، محقق است و نیازی به قاعده احسان وجود ندارد و در مجموع به نظر نمی‌رسد قاعده احسان بتواند نقشی بیش از آنچه در قانون تصریح شده، در مسئولیت قراردادی پزشک ایفا نماید. به اعتقاد نگارنده شاید تغییر نظر قانون‌گذار مطابق با آنچه از روایات استفاده شده است، ریشه در محسن دانستن پزشک داشته باشد.

در مسئولیت خارج از قرارداد پزشک، برای برخورداری از مصونیت موجود در قاعده احسان باید فعل، نوعاً محسنانه، شرعاً و قانوناً جایز و همراه با حسن نیت باشد. در مسئولیت قهری پزشک مطالبه اجرت بعد از عمل، منافاتی با محسن بودن پزشک نخواهد داشت، اما چنان‌که گفته شد در فرض اقدام غیرقراردادی پزشک در جهت جلب منفعت برای بیمار، صدق محسن بر وی دشوار به نظر می‌رسد؛ از آن جهت که در انجام عمل مأذون نبوده و به همین خاطر یکی از شرایط اصلی «مشروع بودن» عمل از نظر شرع و قانون مفقود می‌باشد.

واضح است در مسئولیت قهری نیز تحقق اماره قانونی تقصیر، فعل پزشک را از محسنانه به عدوان تغییر می‌دهد و او را از شمول قاعده احسان خارج می‌سازد.

نکته جالب توجه در بررسی رویه قضایی ایران، آن است که استناد به قاعده احسان به عنوان رافع ضمان علاوه بر شرایط مصرح در فقه، با دو شرط همراه است: «عدم وجود وظیفه و تکلیف نسبت به عمل انجام شده» و «عام المنفعه بودن عمل». به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قضات در خصوص قواعد مستخرج از فقه، صلاحیت افزودن شرط یا قید را ندارند، این دو شرط، قید استقلالی تلقی نمی‌شوند و صرفاً به عنوان اماراتی برای احراز قصد احسان مورد توجه قرار

گرفته‌اند.

۲-۳- قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست در مسئولیت پزشک

قاعده «یاری‌رسان نوع‌دوست» از قواعد مصونیت‌زا در نظام حقوقی کامن-لا می‌باشد. با اعمال قواعد یاری‌رسان نوع‌دوست اگر یک یاری‌رسان نوع‌دوست در خلال خدمات پزشکی اورژانسی، مرتکب خطایی شود، از نظر قانونی در دادگاه مسئول شناخته نمی‌شود، در صورتی که این دو شرط وجود داشته باشد:

- ۱- کمک می‌بایست در صحنه اورژانس واقع شده باشد.
- ۲- اگر داوطلب کمک، انگیزه‌های دیگر داشته باشد، مثلاً امید به دریافت هزینه یا جایزه، در این صورت قانون اعمال نمی‌شود.

اولین و مهم‌ترین اثر اجرای قاعده، «عدم مسئولیت مدنی» است. این اثر چنان پررنگ و قابل توجه است که حتی در تعاریف مختلف قاعده از آن یاد می‌شود:

قانونی که شخصی را که داوطلبانه، در شرایط خطرناک، به کمک دیگری می‌شتابد، اما در حین یاری‌رسانی، از روی مسامحه موجب صدمه رساندن می‌شود، از مسئولیت معاف می‌کند (Black, 1990).

در تمام قوانین یاری‌رسانی نیز این اثر تصریح شده است و معمولاً با عبارت «معافیت از مسئولیت»^۱ یا «مسئول نبودن در قبال خسارات مدنی»^۲ و یا «مصونیت از مسئولیت مدنی»^۳ به چشم می‌خورد.

در بهره‌مندی پزشکان از مصونیت قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست، میان قوانین متفاوت اختلاف نظر وجود دارد. قوانین برخی از ایالت‌های کانادا مکان‌ها و شرایطی را که یاری‌رسانی پزشکی توسط طبیبان صورت می‌گیرد، محدود یا مستثنی کرده‌اند. در اکثر ایالاتی که این قاعده را در قوانین خود جای داده‌اند،^۴ مصونیت این قاعده علاوه بر قشر آموزش‌دیده حیطه درمان، شامل حال

¹ Exempt from liability

² Not liable for civil damage

³ Civil immunity

⁴ *Emergency Medical Aid Act (Newfoundland and Labrador)*, (1997), c23, s13 Chapter E; *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000) Chapter E-7; *Good*

هر داوطلبی که کمک‌های اولیه ارائه کرده باشد، می‌شود. در بعضی از قوانین، تفاوتی بین متخصص درمان و غیر آن قائل نشده‌اند^۱، اما در بعضی دیگر، شرایط ایجاد مصونیت برای این قشر در بند خاص و با شروط ویژه بیان شده است.

مقصود از پرسنل درمانی نیز در ایالات مختلف متفاوت است. گاه عبارت «پزشک، اعضای ثبت‌نام شده رشته بهداشت و پرستاران ثبت‌نام شده» تصریح می‌شود^۲ و حتی در بند اول قانون به تعریف این عبارات می‌پردازد که: مقصود از «پزشک» کسی است که به طور قانونی در این ایالت حق طبابت دارد. در مورد پرستار نیز آمده است: «پرستار ثبت‌نام شده کسی است که دارای مجوز انجام حرفه پرستاری و عضو ثبت‌نام شده انجمن پرستاری ایالت مطابق با قانون آن، و شاغل در حرفه پرستاری باشد»^۳. گاه نیز با عبارت عام «متخصصین مراقبت‌های بهداشتی»^۴ همه شاغلین در این حرفه اعم از آنکه مجوز درمان ایشان مربوط به همان ایالت باشد یا جای دیگر را تحت پوشش خود می‌گیرد.

نکته قابل توجه در این زمینه این است که در بعضی از قوانین، تصریح شده است که حرفه‌ای‌ها فقط در صورتی معافیت از مسئولیت خواهند داشت که صراحتاً برای همین منظور (مراقبت‌های اورژانس) استخدام نشده باشند.^۵ در صورت استخدام برای خدمات اورژانس، تعیین مسئولیت ایشان به جای استفاده از قانون یاری‌رسان نوع دوست، طبق قانون اورژانس همان ایالات خواهد بود. کاملاً در نقطه مقابل این قانون، تحلیل‌هایی است که این حمایت را ابتداءً برای متخصصین نجات در نظر گرفته‌اند و سپس آن را به سایر افراد تعمیم داده‌اند.

در بعضی از قوانین و ایالت‌ها در خصوص پرسنل آموزش دیده و متخصص، تحقق شرایط اضطراری را مشروط به مکان خاص دانسته‌اند. به این صورت که پوشش حمایتی قوانین یاری‌رسان

Samaritan Act (Ontario), (2001), Chapter 2, Consolidation Period: From April 27, (2001); *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172 ; *The Good Samaritan Protection Act (Manitoba)* (2006).

¹ *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172; *Volunteer Services Act ("Good Samaritan") (Nova Scotia)*, (1989), Chapter 497, Of Therevised Statutes.

² *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000), Chapter E-7.

³ *Emergency Medical Aid Act*, (1997), c23, s13 Chapter E.

⁴ *Good Samaritan Act (Ontario)*, (2001), Chapter 2.

⁵ *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172; *The Good Samaritan Protection Act (Manitoba)* (2006).

نوع دوست صرفاً در شرایطی خواهد بود که خدمات اورژانس در بیمارستان یا محلی که لازم و تجهیزات لازم را داراست ارائه نشده باشد.^۱ تنها در ایالت نوا اسکوشیا که قانون مصونیت را عیناً برای پزشک و غیر آن یکسان در نظر گرفته است، ارائه کمک یا خدمات داوطلبانه اورژانسی را «در هر مکان» تحت حمایت قانون حمایت از خدمات داوطلبانه یا همان یاری‌رسان نوع دوست می‌داند.^۲

ظاهر عبارت قانون‌گذار آن است که در این فرض، پزشک خارج از قرارداد فرض می‌شود و قواعد مسئولیت او می‌تواند تابع قاعده یاری‌رسان نوع دوست تفسیر شود. بنابراین باز هم مسئولیت قراردادی در چنین فرضی محل بحث نخواهد بود.

۴- مقایسه جایگاه قاعده احسان و قاعده یاری‌رسان نوع دوست در مسئولیت پزشک

با توجه به مطالعات صورت گرفته دو قاعده از چند جهت با یکدیگر مشابهت دارند:

الف) همان‌طور که در فرض تحقق اماره قانونی مبنی بر تقصیر پزشک (به دلیل عدم رعایت نظامات دولتی و موازین فنی) نمی‌توان از قاعده احسان برای برائت پزشک از مسئولیت قراردادی یا قهری استفاده کرد، در قاعده یاری‌رسان نوع دوست نیز اگر اقدامات پزشک خارج از «متعارف» باشد، بهره‌مندی از معافیت را به دنبال نخواهد داشت.

ب) در هر دو قاعده اقداماتی از معافیت برخوردار است که با انگیزه خیرخواهانه و حسن نیت محقق شده باشد.

ج) در فرضی که پزشک خارج از قرارداد نه به خاطر دفع ضرر که به خاطر جلب منفعتی برای بیمار دست به اقدام پزشکی زده باشد، مطابق با هر دو قاعده در فرض ایجاد ضرر مسئول شناخته

¹ *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000), Chapter E-7; *Emergency Medical Aid Act (Newfoundland and Labrador)*, (1997), c23, s13 Chapter E; *Good Samaritan Act (Ontario)*, (2001), Chapter 2, Consolidation Period; *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172; *The Good Samaritan Protection Act (Manitoba)*, (2006).

² *Volunteer Services Act ("Good Samaritan") (Nova Scotia)*, (1989), Chapter 497, Of Therevised Statutes.

می‌شود.

د) با توجه به مفاد هر دو قاعده اقدام شخص غیرمتخصص به درمان اگر «ضروری» و «متعارف» باشد می‌تواند معاف از مسئولیت تلقی گردد.

ه) در موقعیت‌های اورژانس فرقی میان پزشکان و سایر متخصصین بهداشت و افراد عادی در بهره‌مندی مصونیت وجود ندارد.

۵- وجوه افتراق دو قاعده

مطابق با یافته‌های این پژوهش، پزشکان کانادایی جز در موارد مسئولیت قهری در شرایط اورژانس پزشکی نمی‌توانند از مصونیت قاعده یاری‌رسان بهره‌مند شوند. به‌خلاف قاعده احسان که در معافیت پزشک تحت قرارداد از مسئولیت مدنی احتمالی نیز مؤثر است.

به‌علاوه در فرض وجود شرایط معتبر در قاعده، صدمات وارده توسط پزشک تحت قرارداد که به دلیلی قرارداد او باطل و بلااثر بوده، معاف از مسئولیت تلقی می‌شود. اما قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست چنین پزشکی را حمایت نمی‌کند. وجه اثباتی قاعده احسان در ایجاد حق برای مطالبه اجرت توسط محسن یکی از برتری‌های این قاعده بر قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست به شمار می‌رود. به این صورت که برای آنکه قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست کارآیی داشته باشد لازم است که خدمت ارائه شده مجانی باشد در حالی که در اجرای قاعده احسان چنین شرطی معتبر نیست و پزشک می‌تواند بعد از انجام عمل مطالبه اجرت نماید.

علی‌رغم این مطلب، مطابق با آنچه از مطالعه رویه قضایی دو کشور مذکور به دست آمد، قاعده احسان نقش پررنگی در معافیت‌های پزشکی ندارد. در مقابل، قاعده یاری‌رسان همواره در مسئولیت اشخاص بالاخص - غیرپزشک - در موقعیت‌های اورژانس پزشکی مورد استناد قرار گرفته است.

۶- نتیجه‌گیری: بازخوانی نقش قاعده احسان در مسئولیت

پزشک

از مجموع وجوه شباهت و تفاوت قاعده، می‌توان به بازخوانی هر یک از این دو قاعده به کمک دیگری دست زد و برای بهبود عملکرد آن، از این مقایسه بهره برد. با توجه به اینکه دغدغه اصلی

پژوهش گر، گام برداشتن در جهت استفاده صحیح از قاعده احسان در حقوق ایران است، در این قسمت به بازخوانی قاعده احسان پرداخته و از قاعده یاری رسان نوع دوست می گذریم.

چنانکه گفته شد قاعده یاری رسان نوع دوست دارای شمول و گستره محدودتری است، اما با توجه به اینکه در کانادا پزشکان موظف به استفاده از سیستم حمایتی شبه بیمه ای هستند، عدم شمول این قاعده نسبت به مسئولیت پزشکان در مواقع غیراضطراری، مشکلات چندانی ایجاد نمی کند در حالی که در ایران، پزشک صرفاً با قرارداد خصوصی می تواند از حمایت بیمه مسئولیت شغلی بهره مند گردد، بنابراین در فرض عدم شمول قاعده احسان، دچار مشکلات عدیده خواهد بود. ممکن است گفته شود که قانون گذار در قانون مجازات اسلامی فرض مصونیت پزشک در شرایط اورژانس را پیش بینی کرده و با تحقق این شرایط، اقدامات اورژانس و ضروری پزشک بدون نیاز به قاعده، دارای معافیت از مسئولیت است، بنابراین نیازی به قاعده احسان وجود ندارد. در پاسخ باید گفت کارکرد قاعده احسان اعم از فرض ضرورت و اورژانس است و دفع ضررهای غیر اورژانسی محسنانه را در برمی گیرد، البته باید شرایط اجرای قاعده، مانند اهم بودن عمل محسنانه نسبت به ضرری که وارد شده، لحاظ شود. البته در فرض اقدامات خیرخواهانه در جهت جلب منفعت برای بیمار در قرارداد درمان، نمی توان از قاعده احسان بهره برد.

نکته دیگر در خصوص مطالبه هزینه هایی است که پزشک محسن متحمل شده است. مطابق با قاعده یاری رسان نوع دوست پزشک نیکوکار، حتی بر فرض شمول قاعده بر او، نمی تواند هزینه های متحمل شده یا اجرت عمل خود را مطالبه نماید به خلاف آنچه در قاعده احسان بیان شد که مطالبه هزینه ها و حتی اجرة المثل، از محسنانه بودن عمل نمی کاهد. معافیت از مسئولیت، ملازمه ای با تبرعی بودن ندارد. این مطلب با هدف این قبیل قواعد سازگارتر است؛ چراکه فلسفه وجود چنین مصونیت هایی، تحریض مردم نسبت به یاری رسانی به بیگانه نیازمند کمک است و عدم دریافت هزینه ها می تواند این انگیزه را تحت تأثیر قرار داده و شخص را به سمت رد شدن از کنار اتفاق هدایت نماید.

چنانکه دیدیم در قاعده یاری رسانی بعضی ایالات، شرط عدم دسترسی به نیروهای آموزش دیده در مواقع اورژانس به عنوان شرط بهره مندی از مصونیت به چشم می خورد. چنین شرطی در قاعده احسان تصریح نشده است؛ یعنی حتی اگر شخص دیگری امکان ارائه خدمت بهتر را داشته باشد، اما محسن وارد عمل شده و خسارتی وارد آورد، در معافیت وی نسبت به

آسیب‌های احتمالی خللی وارد نمی‌شود. شاید بتوان گفت وجود این شرط در «صدق عرفی احسان» مورد اشاره قرار گرفته اما به عقیده نگارنده، مناسب‌تر آن است که این مطلب در قالب یکی از بندهای لازم در تحقق احسان بالاخص در حیطه مسئولیت پزشکی تصریح گردد، مشابه آنچه در اماره تقصیر و عدم رعایت نظامات دولتی و موازین فنی، صورت گرفته است. به طور کلی، به نظر می‌رسد برای بهره‌مندی از قاعده احسان در حوزه مسئولیت پزشکان، نیازمند تدوین قوانین یا آیین‌نامه‌هایی در این خصوص هستیم که شروط و امارات قانونی لازم را برای محسن قلمداد نمودن پزشک، تصریح و تدوین نموده و از این رهگذر اقدامات داوطلبانه و خیرخواهانه پزشکان را گسترش داده و فضایی امن میان پزشک و بیمار ایجاد نماید.

منابع

- قرآن کریم.
- بحرانی آل‌عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق.). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- تابش، زهرا. (۱۳۹۵) «قاعده احسان در سقوط مسئولیت پزشکی در حقوق ایران و قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست در حقوق کانادا»، رساله دکتری رشته فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری.
- جمعی از پژوهش‌گران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی. (۱۴۲۳ق.). *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق.). *العناوین الفقهیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- خوانساری، سیداحمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق.). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق.). *مهذب الأحكام*، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۴۱۰ق.). *الروضه البهیة فی شرح للمعة الدمشقیة*، المحشی: کلاتر، قم: کتاب‌فروشی داوری، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۶ق.). *تمهید القواعد الأصولیة و العربیة*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه

- علمیه قم، چاپ اول.
- صفای، سید حسین. (تابستان ۱۳۹۱) «مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، صص ۱۵۶-۱۴۱.
 - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (بی تا) تکملة العروة الوثقی، قم: کتاب فروشی داوری، چاپ اول.
 - عوده، عبدالقادر. (بی تا) التشریح الجنایی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی، بیروت: دارالکاتب العربی.
 - غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۰۹ق.) الإجارة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
 - کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲) دوره مقلد ماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، تهران: انتشار، چاپ ششم.
 - گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله رشتی. (بی تا) کتاب الغصب، نسخه خطی، کتابخانه دیجیتال مجلس شورای اسلامی.
 - محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق.) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
 - مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق.) مائة قاعدة فقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم.
 - موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۷۹) تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول.
 - موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۳۸۲) القواعد الفقهية، تحقیق: مهدی مهریزی، محمدحسین درایتی، قم: دلیل ما، چاپ چهارم.
 - میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن گیلانی. (۱۴۱۳ق.) جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
 - نجفی، جعفر بن خضر مالکی. (بی تا) القواعد الستة عشر، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
 - وجدانی، قدرت الله. (۱۴۲۶ق.) الجواهر الفخرية فی شرح الروضة البهية، قم: انتشارات سماء قم، چاپ دوم.
- Black, Henry Sampbell, (1990) *Blacks Law Dictionary*, West Publishing Co., 6th edition.
 - *Emergency Medical Aid Act* (1980).
 - *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000) Current as of December 16, (2009).
 - *Emergency Medical Aid Act (Newfoundland and Labrador)* (1997).

- *Good Samaritan Act (British Columbia)* (1996).
- *Good Samaritan Act (Ontario)* (2001).
- *Good Samaritans Law & Legal Definition*, (2001-2016) at:
<http://definitions.uslegal.com/g/good-samaritans>.
- The Canadian Medical Protective Association (August 2005), *Medical liability practices in Canada Towards the right balance*.
- *The Good Samaritan Protection Act (Manitoba)*. (2006)
- *Volunteer Services Act ("Good Samaritan")*, (*Nova Scotia*) (1989).