

**Ratio of Causality Relationship and Ehsan Rule (Benefaction Sunnah)
in Terminating Medical Liability with a View to Islamic Penal Code 2013**

*Mohammad Hadi Sadeghi¹, Keyvan Ghani²
Mohammad Mirzaei³, Amir Bagherzadegan⁴*

Abstract

Ehsan Rule and the effects on it in terms of compensatory and non-compensatory liabilities are of great importance; to the extent that it independently and initially revokes the liability based on a famous view among jurists and Jurisprudents. Based on the mentioned-view, in order to trigger Ehsan Rule and termination of liability, intentional and actual benefaction should necessarily exist. Despite the existing disputes, if we consider the physician as an example of Mohsen (benefactor) he or she will not be counted as liable. This rule is explicitly mentioned in Islamic Penal Code 1392, unlike the previous law. In previous articles and juridical rulings, causality relationship is a basis for liability; therefore there is doubt whether Ehsan Rule finally revokes medical liability or doesn't obtain causality relationship.

This paper, in response to this question, separates medical liability to compensatory and non-compensatory liabilities. It determines the scope of this rule in these two areas and considers the good intention of a physician as the only factor of invalidity for his or her mandatory liabilities and deems Ehsan in his or her act as the cause of liability termination. Meanwhile by criticizing this view-independence of Ehsan Rule in liability termination-It is believed that the effectiveness of Ehsan Rule requires lack of causality relationship and supposes it effectiveness in relation to causality.

1. PhD, Faculty of Law and Political Science, University of Shiraz, Shiraz, Iran.

2. PhD Candidate in Criminal Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

3. PhD Candidate in Criminal Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran. (Corresponding author)
Email: md92.mirzaei@gmail.com

4. MA, Department of Law, Payame Noor University, Delijan, Iran.

Original Article Received: 31 October 2015 Accepted: 19 May 2016

Keywords

Medical Liability, Ehsan (Benefaction), Termination of Liability, Causality Relationship

Please cite this article as: Sadeghi MH, Ghani K, Mirzaei M, Bagherzadegan A. Examination of Embryo and Gamete Cryopreservation Contracts: (Fundamental Conditions of Validity, Parties' Obligations, Sanctions and Dissolution Forms). Iran J Med Law 2016; 10(38): 73-104.

نسبت رابطه استاد و قاعده احسان در اسقاط مسؤلیت پزشکی با نگاهی به

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

محمدهادی صادقی^۱کیوان غنی^۲محمد میرزایی^۳امیر باقرزادگان^۴

چکیده

قاعده احسان و آثاری که بر موضوع و مجرای این قاعده ممکن است از لحاظ تکلیفی و وضعی تحمیل گردد، از اهمیت فراوانی برخوردار است تا جایی که بر اساس دیدگاه مشهور میان فقها و حقوقدانان، قاعده احسان مستقلاً یکی از عوامل سقوط ضمان شمرده می‌شود. بر اساس این دیدگاه، برای به جریان افتادن قاعده احسان و سقوط ضمان، لزوماً بایستی احسان قصدی و فعلی موجود باشد. بر مبنای این نظر و در مورد پزشک نیز اگر او را از مصادیق محسن فرض کنیم، هرچند که در این مورد اختلاف وجود دارد، وی فاقد مسؤلیت خواهد بود. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برخلاف قانون پیشین، صریحاً به این قاعده اشاره شده است و این در حالی است که در مواد دیگر و بنا بر نظرات فقهی، مبنای مسؤلیت، احراز رابطه استناد است، فلذا این شبهه ایجاد می‌شود که بالاخره، قاعده احسان مسقط مسؤلیت پزشک است یا موجب عدم احراز رابطه استناد؟ این مقاله در پاسخ به این سؤال، با تفکیک

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

۳. دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. (نویسنده مسؤل)
Email: md92.mirzaei@gmail.com

۴. عضو هیأت‌علمی دانشگاه پیام نور، دلجان، ایران.

نوع مقاله: پژوهشی تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۸/۹ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۵/۲/۳۰

مسئولیت پزشک به دو حالت وضعی و تکلیفی، قلمرو جریان قاعده احسان را در این دو حوزه مشخص و قصد خیرخواهانه پزشک را تنها رافع مسئولیت تکلیفی او دانسته و وجود احسان در فعل را باعث سقوط ضمان وی می‌داند، ضمن این‌که با نقد نظر موجود مبنی بر استقلال قاعده احسان در سقوط ضمان، تأثیرگذاری قاعده احسان را مستلزم عدم وجود رابطه استناد دانسته و در واقع به احراز استناد در توجه مسئولیت به محسن، موضوعیت می‌دهد و احسان را در ارتباط با استناد و در طریقت احراز آن مؤثر می‌داند.

واژگان کلیدی

مسئولیت پزشک، احسان، سقوط ضمان، رابطه استناد

مقدمه

اقدامات پزشکان که معمولاً به منظور مداوا و درمان بیماران صورت می‌گیرد نه تنها واجد مشروعیت می‌باشند، بلکه در اکثر موارد ضرورت داشته و واجب کفایی محسوب می‌شوند. گاهی بیمار در اثر معالجه، تلف و یا دچار ضرر می‌شود، در آن صورت سؤالاتی به وجود می‌آیند که آیا پزشک، ضامن است یا خیر؟ مبنای مسؤولیت یا عدم مسؤولیت پزشک چیست؟

به طور کلی در نوشتارهای حقوقی معیار ضمان همواره از مباحث چالشی محسوب شده است و این موضوع در مورد پزشک که غالباً عمل وی با احسان و یا ضرورت نیز همراه است، مضاعف می‌گردد. تعدد معیارهای ارائه شده مانند معیار تقصیر، معیار استناد، معیار خطر و سایر موارد باعث شده که علاوه بر مشخص نبودن معیار اصلی مسؤولیت، عوامل و موانع رافع یا ساقط‌کننده مسؤولیت نیز مورد مناقشه واقع شوند. در قوانین موضوعه نیز شاهد تعارضات مبنایی در این باره هستیم. به عنوان نمونه در صدر ماده ۳۳۲ قانون مدنی در تعیین عامل مسؤول، توجه به مفاهیمی مانند مباشر و سبب موضوعیت یافته و در قسمت اخیر آن، به لزوم احراز رابطه استناد تأکید گردیده است. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در برخی از مواد مانند مواد ۴۹۲ و ۵۲۶ و ۵۲۹ بررسی رابطه استناد، مورد توجه است، ولی در مواد دیگری مانند مواد ۴۹۴ و ۵۰۶ سبب و مباشر که قابلیت تحمل مسؤولیت کیفری را دارند، اصالت یافته‌اند. حال آنکه در برخی از مواد مانند مواد ۵۰۹ و ۵۳۵ و ۵۳۶ بررسی جواز یا عدم جواز فعل ارتكابی و یا وجود عدوان در توجیح مسؤولیت، مهم تلقی شده است.

درباره قاعده احسان که غالباً از آن به عنوان یکی از سقط‌کنندگان مسؤولیت یاد می‌شود نیز وضعیت به همین شکل است، زیرا عده‌ای، آن را تنها به عنوان مسقط مسؤولیت مدنی، برخی دیگر آن را مسقط مسؤولیت به نحو مطلق، اعم از کیفری و مدنی می‌دانند و نیز عده‌ای، علاوه بر مسقط بودن، آن را مثبت مسؤولیت می‌دانند (۱). این در حالی است که برخی از نظرات با اصالت دادن به احسان، آن را بدون ارتباط با نظرات دیگر و به نحو مستقل مسقط ضمان می‌دانند. در مقابل عده‌ای نیز این قاعده را با وجود عمومات ادله ضمان مانند اتلاف، و علی‌البدل و سایر موارد مشابه، مؤثر در ضمان نمی‌دانند. این نوشتار ضمن تطبیق قاعده احسان با مسؤولیت پزشک به صورت مصداقی، در پی تبیین مبنای تأثیر احسان در تحقق مسؤولیت پزشک بوده و نحوه جریان و تأثیرگذاری قاعده احسان بر مسؤولیت پزشک را مورد واکاوی قرار

می‌دهد و در این راستا، ضمن توجه به محسن بودن پزشک و تفکیک میان مسؤولیت‌های تکلیفی و وضعی، مبنای تأثیر قاعده احسان را در پیوند با رابطه استناد مورد توجه قرار می‌دهد.

احسان و مجرای آن

به منظور فهم مجرای قاعده احسان، لازم است که مفهوم، حدود و درجات احسان مورد بررسی قرار گیرند.

۱- مفهوم قاعده

منظور از این قاعده، این است که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگران، موجب ورود خسارت به آنان شود، اقدامش مسؤولیت‌آور نیست. مهم‌ترین، ادله این قاعده آیه «و ما علی المحسنین من سیل» از سوره مبارکه توبه است. احسان باب افعال از ماده حسن می‌باشد. حسن به معنای ضد قبح و جمال و زیبایی است (۴-۲). در اصطلاح نیز احسان تقریباً معادل معنای لغوی بوده و عبارت است از نفعی به دیگری رساندن بدون این‌که او مستحق دریافت آن باشد و با این قصد که این عمل احسان است (۵). واژه سبیل به معنای راه، سبب، حجت و برهان (۶) و مؤاخذه و عقاب (۷) آمده است و با توجه به شأن نزول و سیاق آیه، بیانگر این است که سبیل در این آیه شریفه به معنای مؤاخذه می‌باشد، فلذا معنای «و ما علی المحسنین من سیل» چنین می‌شود: «محسن را به هیچ وجه به سبب آنچه از عمل نیکوی او ناشی شده است»، نمی‌توان «مؤاخذه» کرد.

۲- محدوده و مجرای احسان

گاه مؤاخذه در مقام تکلیف است و گاه در مقام وضع. احکام وضعی مجعولات شرعی‌ای هستند که متضمن کیفر دردناک نبوده و ابتدائاً، اولاً بالذات به افعال تعلق نمی‌گیرند، اگرچه به واسطه تبعیت از احکام تکلیفیه، نحوه‌ای تعلق به افعال نیز دارند (۸). محقق خویی معتقد است که «حکم تکلیفی اعتبار صادره از مولی از حیث اقتضا و تخییر است و احکامی که عاری از حیثیت اقتضا و تخییر می‌باشند، تماماً از احکام وضعی هستند» (۹). به عبارتی دیگر گاهی مؤاخذه ناظر به حکم تکلیفی و گاهی ناظر به حکم وضعی است، مثلاً درباره انجام برخی واجبات که ناظر به حکم تکلیفی است، ترک، موجبات عقوبت اخروی را در پی دارد و در مورد برخی معاصی، علاوه بر جنبه‌های مجازات‌های کیفری، تعزیری دنیوی و اخروی، ابعاد مجازات‌های

(اقدامات) جبرانی ناظر بر آثار وضعی مانند پرداخت خسارت یا دیه و سایر موارد قابل اشاره هستند، مثل ترک نماز که ناظر به بنابر آیه شریفه، مطلق مسؤولیت، اعم از وضعی و تکلیفی از پزشک محسن ساقط است.

در مورد حدود قاعده احسان که آیا محدود به دفع ضرر یا جلب منفعت و یا هر دوی اینها است، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، عده‌ای معتقدند که قاعده احسان اختصاص به موارد دفع ضرر دارد و موارد جلب منفعت را شامل نمی‌شود (۱۰). این مسأله با اشکال رو به رو و بیان شده که بنا بر عموم آیه شریفه «ما علی المحسنین من سیل» به عنوان مستند حکم و بنا به تصریح اهل لغت و با توجه به «عدم صحت سلب» جلب منفعت نیز مشمول حکم احسان است. عده‌ای دیگر با بیان این که «احسان به معنی منفعت‌رساندن به غیر است بدین منظور که از آن منتفع شود، مشروط بر آنکه از هر گونه قبیحی میرا باشد» (۱۱). قائل به این مطلب هستند که قاعده احسان، صرفاً به موارد جلب منفعت اختصاص دارد و شامل دفع مضرات نیست. به عقیده این گروه متبادر از واژه احسان جلب منفعت است ضمن این که در واژه احسان نوعی مفهوم ایجابی نهفته است و نفع‌رسانی نیز از امور اثباتی است.

صحیح آن است که احسان را، اعم از دفع ضرر یا جلب منفعت بدانیم، زیرا آنچه که از واژه احسان متبادر می‌شود، معنایی عام است و مفاد قاعده نیز، حکمی عقلی است که تخصیص‌ناپذیر است و در این مورد نیز دلیلی بر تخصیص وجود ندارد، البته لازم به ذکر است که به زعم برخی هر دفع ضرری در معنایی دیگر ملازم با جلب منفعت است، لیکن هر جلب منفعتی ممکن است، ملازم با دفع ضرر نباشد و در واقع ضرورتی برای جلب منفعت وجود نداشته باشد و متبادر به ذهن و عرف، دفع ضرر اصولاً ملازم و همراه با جلب منفعت نیز خواهد بود و نظر اول درباره محدوده احسان، به نحو تلویحی نیز، نظر دوم را تحت شمول خود قرار می‌دهد و از این جهت کامل‌تر است، در حالی که هر جلب منفعتی لزوماً متضمن دفع ضرر نخواهد بود.

بنابراین در مورد پزشک تحقق احسان در هر دو حالت ممکن است، زیرا طبابت پزشک در جهت جلوگیری از سرایت و گسترش عفونت و در راستای دفع ضرر می‌باشد، مثلاً پزشک در بیماران دیابتی برای جلوگیری از سرایت عفونت انگشت پا به اعضای بدن و ممانعت از مرگ، مجبور به قطع پا می‌گردد یا حالتی که پزشک در راستای جلب منفعت اقدام کرده باشد، مثل حالتی که پزشک در مقام پیوند اعضا برآمده و یا عمل جراحی پلاستیک یا زیبایی می‌نماید. در

این حالت، لزوماً این جلب منفعت همراه با دفع ضرر نمی‌باشد و رضایت به جای ضرورت، توجیه‌کننده عمل جراحی خواهد بود. در جراحی‌های زیبایی و تحسینی، لزوماً جلب منفعت همراه با دفع ضرر نیست، در حالی که بعضی از جراحی‌های زیبایی که مثلاً به منظور اصلاح و درمان ضروری است، دفع ضرر با جلب منفعت همراه است (۱۲). جریان قاعده احسان بر مسؤولیت پزشک و آثار این قاعده بر هر یک از مسؤولیت‌های تکلیفی و وضعی پزشک مستلزم بررسی درجات احسان درباره پزشک است.

۳- بررسی درجات احسان در اقدامات پزشکی

در لسان فقها درجاتی برای احسان در نظر گرفته شده است که می‌توان از احسان قصدی، احسان فعلی و احسان فعلی - قصدی یاد کرد. لازم است که ضمن تطبیق این درجات با شرایط اقدامات پزشکان ترتب آثار وضعی و تکلیفی بر آن‌ها مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۳- احسان قصدی: از سخنان عده‌ای از محققان برمی‌آید که در صدق احسان به منظور جریان قاعده و آثار آن، صرفاً بر وجود قصد احسان متوقف است. به نظر این گروه به نحوه انجام عمل واقع شده و ماهیت واقعی فعل، توجه نمی‌شود، یعنی احسان مفهومی کاملاً قصدی است و از واقعیتی خارج از قصد تغذیه نمی‌شود «فعل هنگامی که با قصد یکی از عناوین پسندیده انجام شود به حسن متصف می‌گردد، اگرچه مبدأ آن عنوان در خارج محقق نگردد» (۱۳)، پس هرگاه پزشکی به قصد احسان در نفس متعلق به دیگری، تصرف کند و به آن واسطه، آن عضو یا نفس تلف شود، چون عمل او محسنانه است برای احسان‌کننده ضمانی در بین نیست و در این معنا ارتباط بیشتر قاعده احسان با بعد حمایتی‌ای می‌باشد که مرتبط با عنصر حسن نیت است، زیرا مطابق این قاعده فعلی که فی‌نفسه، موجب ضمان است اگر با حسن نیت انجام پذیرد، ضمان‌آور نیست و شخص محسن مانند پزشک که در عمل خود، حسن نیت داشته است، مورد حمایت فقه و حقوق قرار می‌گیرد (۱۴).

مقتضای این برداشت نیز از توجه ادبی به آیه شریفه ناشی شده و بیان داشته‌اند که با توجه به این که کلمه المحسنین جمع محلی به الف و لام می‌باشد، آیه مذکور به صورت نکره در سیاق نفی می‌باشد. بنابراین آیه شریفه مستلزم نفی عموم سبیل اعم از تکلیفی و وضعی، از عموم محسنین می‌باشد و قدر متیقن از محسن که کسی است که حداقل قصد احسان داشته باشد تا مشمول واژه عام محسنین گردد. طبیب نیز که قصد بهبودی و معالجه بیماران خود را دارد و

در سوگند پزشکی خویش نیز متعهد به تلاش جهت بهبودی شده است، در این گروه جای می‌گیرد، هرچند که ممکن است پزشک در مقابل انجام عمل خود از بیمار اجرت و دستمزد نیز دریافت کند. بسیاری از فقها توجه صرف به قصد احسان را بدون بررسی نوعی و ماهیتی عمل کافی ندانسته‌اند (۱۵). از فقهای متأخر نیز عده زیادی به این نظر قائل هستند، برای نمونه به استفتای ذیل اشاره می‌گردد.

- آیا قصد اصلاح برای رفع ضمان در فعلی که باعث خسارت یا ضرر گردیده کافی است؟

آیت... العظمی محمدتقی بهجت (ره): خیر.

آیت... العظمی حسین نوری همدانی: خیر، کافی نیست.

آیت... العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی: قصد اصلاح کافی نیست والله العالم.

آیت... العظمی سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی: قصد صلح کافی نیست، بلکه برای این جهت انشای برائت یا انشای صلح و مصالحه لازم است (۱۶).

دلیل ایشان این مطلب است که در باب مفاهیم، همیشه بر اساس حقایق حکم می‌شود و هیچ‌گاه اعتقادات افراد نیز در حقایق اشیای دخالت ندارد و هر شیء تابع واقعیت خویش است و مفاهیم شرعی نیز عبارت است از همان معنایی که حقیقی هستند، مگر این‌که قرینه‌ای یافت شده و آن را صرف نماید، هرچند که از لحاظ مسؤولیت کیفری و پس از اثبات حسن نیت و احسان شخص محسن، تعزیر او منتفی می‌گردد، لذا توجه صرف به قصد محسن و احراز آن، تنها در رفع حکم تکلیفی و مسؤولیت کیفری و تنها در همین محدوده مؤثر خواهد بود و تأثیری بر حکم وضعی و ضمان محسن نخواهد داشت، پس اصل در مورد پزشک به دلیل حسن نیت و احسان در قصد و عدم وجود سوء نیت، بر عدم مسؤولیت کیفری او است، مگر این‌که خلاف آن اثبات گردد.

۲-۳- احسان فعلی: مهم‌ترین مصداق مسؤولیت وضعی، مرتبط با اعمال ضمان‌آوری است که افراد انجام می‌دهند. ضمان قهری را باید عبارت از التزام و تعهد قانونی شخص به جبران ضرر و زیان مالی دانست که در نتیجه عمل مستند به او، به دیگری وارد می‌شود (۱۷). برخی بر این باور هستند که عدم ضمان، دائرمدار احسان واقعی و ماهیت واقعی فعل محسنانه است که در عالم واقع حادث شده است، پس مقتضی دلیل احسان، نفی سبیل از فرد محسنی

است که واقعاً و «بما هو محسن» محسن است (۱۸). استفتای ذیل نیز که از برخی از فقهای متأخر صورت گرفته مؤید این نظر است.

- آیا در قاعده احسان باید عمل در نظر مرتکب مصلحت داشته باشد یا در واقع و خارج؟ به عنوان مثال اگر شخصی به گمان این که با کندن چاه در وسط کوچه، آبهای کوچه در آن جمع شده و عابران در آسایش بیشتری خواهند بود، چاهی را در وسط کوچه حفر کند و حال آنکه مصلحت واقعی در حفر چاه در کنار کوچه بوده است، بفرمایید اگر عابری به درون چاه سقوط کند، حفرکننده ضامن است؟

آیتا... العظمی ناصر مکارم شیرازی: معیار احسان واقعی است نه خیالی و اگر حفرکننده چاه در بستن دهانه آن کوتاهی کرده، ضامن است.

آیتا... العظمی سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی: در مفروض سؤال، کسی که قصد احسان داشته، ولی در واقع خطا کرده، چنانچه عابر از خطر مطلع نبوده و سقوط مستند به شخص حفر باشد، او ضامن است (۱۶).

در مورد پزشک نیز برای این که قاعده احسان به جریان بیفتد و مسؤولیت او ساقط گردد، لازم است که عمل او واقعاً و حقیقتاً متضمن احسان و مصداق آن باشد. در واقع در این دیدگاه حدوث و حصول احسان برای عدم ضمان مورد تأکید بوده و دارای اهمیت است (۱۹)، پس پزشکی که علی‌رغم دارابودن قصد احسان و بهبودی مریض، در عمل تقصیر یا قصوری داشته باشد، مسؤول خواهد بود. استفتای ذیل نیز مؤید این مطلب است.

- در مواردی که پزشک جراح و یا مسؤول مربوطه بعد از عمل جراحی و موقع بخیه و دوختن شکم بیمار اشیا در ارتباط با عمل را به طور غیر عمدی خارج نمایند و در نتیجه به علت عفونت داخل شکم جراحی مجددی به منظور خارج نمودن آن انجام گردد و بیمار متحمل ضرر و زیان گردد، دیه جراحی مجدد چه مقدار خواهد بود؟

آیتا... العظمی سیدعلی خامنه‌ای: در فرض مزبور که افساد مستند به طبیب است طبیب ضامن است و باید با مریض تراضی کند و یا به حاکم شرع مراجعه نمایند و مقدار خاصی در آن نیست (۱۶).

به عبارت دیگر ضمان قهری پزشک، اعم از این که همراه با قصد، علم و یا جهل به بیماری باشد، به علت استقرار ارکان مسؤولیت و آنکه هیچ ضرری غیر متدارک نیست، ثابت و حکم به

جبران خسارت مسلم است. در واقع، مفاهیمی که در حکم شرعی به عنوان موضوع اخذ شده است، ناظر به معنای واقعی آن مفاهیم است، مگر این که عرف معنی غیر واقعی را بفهمد، احسان نیز دارای این وضعیت است و به عنوان موضوع حکم در دلیل اخذ شده است و ناظر به معنای واقعی و حقیقی است، لذا باید به فعل توجه کرد و قصد و نیت در آن مؤثر نیست (۲۰).

بر این برداشت، اشکال شده که اولاً عرف در تحقق احسان بر توجه به قصد محسن تأکید دارد؛ ثانیاً موضوع عدم مسؤولیت، متوجه شخص محسن است و او زمانی محسن است که دارای قصد محسنانه باشد (۲۱). در این باره پاسخ این است که باید در مسؤولیت‌ها قائل به تفکیک شد. توجه به قصد در مفهوم عام قاعده احسان، همان گونه که توضیح داده شد، در اسقاط حکم تکلیفی، مسؤولیت کیفری و تعزیر محسن، به دلیل دفع عنصر معنوی جرم، مؤثر است، ولی در مورد مفهوم خاص قاعده احسان و احکام وضعی ناظر بر فرد محسن، لزوماً باید به عمل محسنانه توجه نمود که در صورت جریان احسان فعلی و واقعی مسؤولیت وضعی و ضمان ساقط خواهد شد، پس موضوع ضامن نبودن پزشک محسن، همان «عدم مؤاخذه» او به معنای وضعی است (۲۲).

۳-۳- احسان فعلی - قصدی: بر این اساس، برای جریان قاعده احسان وجود هر دو عنصر قصد و واقعی بودن عمل در صدق عنوان احسان شرط است (۱۰)، پس پزشک زمانی فاقد مسؤولیت است که علاوه بر قصد احسان دارای عمل محسنانه نیز باشد. دلایل قائلین به این نظر نیز دلالت لفظی عرف می باشد (۲۳). به نظر می رسد که اگر شخص قصد احسان داشته باشد و عملش بر اساس موازین عقلی و متعارف، احسان محسوب شود و اقدام کننده در سنجش و بررسی عمل خود تقصیر و تسامحی نکرده باشد و فقط به قصد جلب منفعت و یا دفع ضرر از دیگری اقدام کرده و بر حسب تصادف قصد با واقعیت منطبق نشود و به محسن‌الیه ضرری برسد، اقدام کننده ضامن نیست. استفتای ذیل مؤید این مطلب است.

- پزشکی ماهر و مأذون، تلاش برای درمان بیمار کرده است و احتیاط کامل را رعایت کرده است، اما متأسفانه بیمار به دلایلی مجهول یا خارج از اراده پزشک مانند بیماری نهفته یا عدم پیشرفت علم پزشکی یا وضع خاص بیمار فوت می کند یا به نقص عضو یا تلف عضو دچار می گردد. آیا این پزشک ضامن است؟

آیت... العظمی سیدعلی سیستانی: اگر فوت مستند به عمل پزشک باشد، ضامن است، مگر قبل از معالجه با مریض به توافق رسیده باشند که در صورت اتفاق فوت یا نقص عضو او ضامن نخواهد بود به شرط این که حاذق باشد و دقت در عمل و احتیاط در معالجه نموده باشد.

آیت... العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی: صورت و وضع عمل پزشک مختلف انجام می‌شود اگر به صورتی عمل انجام‌شده که متعارف معالجه در حال حاضر آن صورت بوده و نقص علم پزشکی موجب می‌شود که درمان در بعضی موارد عوارضی که نوشته‌اید در پی دارد، ولی الزاماً درمان باید انجام شود. به این معنی که مسأله با این درمان اگر انجام نشود چه بسا صد درصد بیماران تلف می‌شوند، ولی اگر انجام شود خطر فوریت مرگ بیمار تا ۱۰٪ وجود دارد. در این صورت چون عقاء این خطر احتمالی را برای دفع خطر قطعی می‌پذیرند. اگر پزشک بیمار را مسبوق و مطلع سازد و با درخواست او عمل کند و اتفاقاً حادثه‌ای پیش بیاید، ظاهراً ضامن نیست و حمل بر مسامحه او نمی‌شود، والا اگر عوارضی که پیش آمده مستند به عدم مهارت پزشک یا مسامحه او باشد حسب موارد موجب ضمان دیه است.

آیت... العظمی محمد فاضل لنگرانی (ره): به طور کلی اگر در اثر خطا یا اشتباه پزشک، بیمار نقص عضو پیدا کند یا بمیرد پزشک ضامن است، ولی اگر اشتباه از جانب پزشک نباشد و حادثه‌ای اتفاق افتاد پزشک ضامن نیست (۱۶). باید گفت که در این معنا است که مصداق واقعی آیه شریفه مبنی بر «نفی سیل و مواخذه» در معنای عام، یعنی اسقاط حکم تکلیفی و وضعی واقع می‌شود، زیرا با تحقق «قصد احسان» عنصر معنوی جرم رفع و در نتیجه مسؤولیت تکلیفی ساقط و تحقق «احسان فعلی» باعث سقوط مسؤولیت وضعی و ضمان خواهد بود.

علی‌رغم این که بر دیدگاه سوم، یعنی توجه توأمان به قصد و واقعی بودن عمل محسنانه تأکید شده است (۲۱)، اما باید اذعان داشت لزوماً وجود صرف قصد محسنانه ملازم با عمل محسنانه نیست، ولی غالباً عمل محسنانه که در عالم واقع حادث می‌شود به دلیل این که معمولاً از اراده‌ای محسنانه منشعب می‌شود، همراه با قصد خیرخواهانه بوده، ضمن این که بر اساس ضابطه عینی، آنچه دارای اهمیت است ظهور عینی فعل است که باعث مسؤولیت می‌گردد نه صرف وجود قصد احسان. از این رو گروهی با توجه به اطلاقات ادله ضمان بر این باورند که «تلافی اطلاق دارد و قصد و اختیار و عمد و سهو همه محذوف است و حکم بر روی عنوان

اتلاف می‌رود، قاعده اتلاف اطلاق دارد و می‌گوید تو ضامن هستی چه محسن باشی و چه نباشی، چه ید مأذونه باشد و چه نباشد» (۲۰).

این مطلب با ادبیاتی دیگر مورد اشاره برخی از فقها نیز واقع شده است:

«اعتقاد به احسان هم لازم نیست، ولو این که هیچ نظر به خدمت کردن هم نداشته باشد و از باب صدقه یا بی‌توجهی این کار را انجام داده باشد. در هر صورت، پس از انجام عمل به این فرد محسن می‌گویند، پس قصد و اعتقاد دخالت در مفاهیم اشیا را ندارد. مفاهیم اشیا تابع واقعیت خودشان هستند. بنابراین اتلاف و علی‌الید در جایی تخصیص می‌خورد که فعل در عالم واقع احسان باشد، چه اعتقاد به احسان وجود داشته باشد و چه اعتقاد به احسان وجود نداشته باشد، چه قصد احسان کرده باشد و چه قصد احسان نکرده باشد، همین که فعل عادتاً جلوگیری از ضرر کند یا باعث جلب منفعت شود، اما گاه پیش می‌آید که همین فعل برخلاف عادت موجب تلف و ضرر می‌شود. در این مورد نیز چون هذا محسن بر وی صدق می‌کند، پس می‌گوییم که لا سبیل علیه یعنی لا ضمان علیه یعنی قاعده اتلاف و علی‌الید را تخصیص می‌زنیم» (۲۰).

بنابراین احسان در واقع از عناوین قصدی صرف نبوده و تنها در صورت تحقق مصادیق عینی آن‌ها قابل تحقق است، لذا اگر فردی در صورت عدم قصد احسان، کاری را انجام دهد که مصداق این عناوین باشد بی‌گمان، عناوین مذکور بر فاعل فاقد قصد نیز صادق است (۲۴)، پس پزشکی که معمولاً قصد درمان و تشفی بیمار خود را دارد لزوماً عملش دارای احسان نیست و به همین دلیل در صورت تقصیر در فعل مسؤول خواهد بود، ولیکن اگر وی بدون قصد احسان و مثلاً با اخذ اجرت بیش از تعرفه مشخص شده توسط دولت از بیمار و یا به دلیل وظیفه‌ای که بر اساس تعهد یا قرارداد به عهده گرفته است، اقدامات درمانی را به درستی انجام دهد باید در عمل او را محسن دانست، زیرا وی در فعل خود مرتکب عدوان نشده است. در واقع از لحاظ اثباتی، چنانچه از صعوبت احراز قصد مجرمانه که به عنوان شرط لازم در توجیه احکام تکلیفی است، بگذریم و مجرای قاعده احسان را تنها سقوط حکم تکلیفی بدانیم، صرف توجه به عمل و واقعیت آن، کفایت می‌کند، زیرا حکم وضعی و ضمان که ناشی از عمل مجرمانه است ارتباطی با قصد و انگیزه مجرمانه ندارد. ضمن این که همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید، مفاهیمی که در حکم شرعی به عنوان موضوع اخذ شده است ناظر به معنای واقعی آن مفاهیم است و نه مفاهیم ذهنی.

در مقام جمع نظرات می‌توان این‌گونه بیان داشت که تأکید آیه شریفه بر نفی سبیل، همان‌گونه که بیان شد، عام بوده و کلیه احکام تکلیفی و وضعی را شامل می‌شود و آن‌ها را اسقاط می‌کند. با این حال، می‌توان ضمن تفکیک میان احکام، وجود قصد صرف محسنانه را باعث سقوط حکم تکلیفی دانست و وجود احسان در فعل را موجب اسقاط حکم وضعی. در واقع وجود احسان در فعل یا قصد، ملازمه‌ای با وجود دیگری نداشته و مثبت یا نافی دیگری محسوب نمی‌گردد و باید از بعد اثباتی، وجود هر یک احراز گردد، هرچند که در اکثر موارد قصد محسنانه مقارن با فعل احسانی، به منصف ظهور می‌رسد، پس به طور کلی قاعده احسان در حد صرف قصد محسنانه درباره مسؤلیت تکلیفی پزشک مؤثر و به دلیل عدم وجود عنصر روانی باعث سقوط تعزیر از او خواهد بود. قاعده احسان در حد عمل محسنانه نیز، به دلیل تأثیر بر عنصر مادی جرم مؤثر در سقوط مسؤلیت وضعی پزشک می‌باشد. اسقاط مسؤلیت به صورت مطلق، نیز متضمن وجود و احراز قصد و عمل احسانی به صورت توأمان است.

۴- واقعیت احسان

آنچه که تاکنون گفته شد، بیانگر موضوعیت داشتن عمل احسانی، برای سقوط مسؤلیت وضعی می‌باشد. حال باید بررسی نمود که واقعیت و ماهیت احسانی که باعث اجرای قاعده می‌گردد، چیست؟ عمل پزشک در چه صورتی احسانی بوده و او چه موقع محسن محسوب می‌شود؟

برای محسن محسوب کردن پزشک، می‌بایست ویژگی‌های احسان از جمله لزوم دفع ضرر و یا ایصال منفعت و همچنین قصد و به خصوص فعل محسنانه را در اعمال پزشک مورد بررسی قرار داد. اصل بر این است که اعمال پزشک متضمن دفع ضرر یا ایصال منفعت می‌باشد، مگر این‌که خلاف آن ثابت شود درباره این موضوع و لزوم وجود احسان در فعل به تفصیل مطالبی آمد و به منظور بررسی واقعیت عمل محسنانه پزشک و از باب «یعرف الأشياء بأضدادها او باغیارها» به بررسی «عدوان» و ویژگی‌های آن به عنوان مفهوم مخالف «احسان» می‌پردازیم تا با روشن شدن آن واقعیت احسان پزشک نیز تبیین گردد (۲۵).

«عدوان» در برابر احسان، که شرط لازم برای ثبوت ضمان است به معنی «استعداد و قابلیت نوعی اضرار» می‌باشد. این مفهوم از ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی قابل برداشت است. در این معنی عدوان وصف مادی فعل بوده و از ویژگی واقعی و مادی فعل محسوب می‌شود

(۲۶)، پس برای ضامن دانستن پزشک لازم است فعل او عدوانی باشد، ضمن این که عدوان دارای مفهومی نسبی است و باید در هر مورد به شرایط و احوال موضوع توجه کرد. از این جهت، رکن روانی و ویژگی‌های آن در تحقق عدوان فاقد اثر است، پس فقدان قصد یا عمد، نمی‌تواند عملی را که «ذاتاً یا نوعاً» دارای قابلیت اضرار است را غیر عدوانی کند و بالعکس، یعنی وجود عمد به تنهایی، نیز نمی‌تواند عملی را که نوعاً دارای استعداد اضرار نیست را عدوانی نماید. ضمن این که جواز یا عدم مشروعیت فعل ارتكابی لزوماً موجب عدوانی شدن فعل نمی‌گردد و در بسیاری از موارد مبنای عدم جواز، استعداد نوعی رفتار در ایراد صدمه یا اضرار نبوده، بلکه وجود مفسده‌ای دیگر در فعل، حکم ممنوعیت آن را باعث شده است، لذا باید اذعان داشت که این سخن عده‌ای که عدوان را معادل عمل غیر مجاز دانسته‌اند (۲۸-۲۷)، صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا ممکن است عملی غیر مجاز یا غیر قانونی بوده، ولی قابلیت اضرار یا به عبارت دیگر عدوان، نداشته باشد و یا عملی مجاز باشد و در همین حال دارای وصف عدوان باشد، مانند شکسته‌بند تجربی فاقد مدرک پزشکی و یا پزشک ماهری که پروانه طبابت وی باطل شده و به مداوای بیماران می‌پردازد که هر چند عمل ایشان غیر مجاز است، ولی فاقد عدوان است و یا مثلاً پزشک دارای مجوزی فاقد مهارت بوده و به دلیل طبابتش باعث اضرار غیر گردد که در این حالت با این که عملش مجاز است، ولی دارای عدوان محسوب می‌شود.

بر این اساس، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ هر چند نسبت به قانون مصوب سال ۱۳۷۰ از جنبه ذکر و تصریح قاعده احسان به عنوان یکی از مسقطات ضمان دارای نوآوری است، ولیکن به دلیل مقید دانستن مجرای قاعده احسان به رعایت مقررات و نکات ایمنی و به دلایل پیش گفته، دارای اشکال می‌باشد، هر چند که مقنن خود نیز به این ملاک وفادار نبوده و در مواد دیگری مانند مواد ۵۱۱ و ۵۱۲ و ۵۱۵ معیارهایی مانند مجاز بودن عمل، عدم منع قانونی، عدم ایجاد مزاحمت و یا مطابقت عمل با عرف و عادت، ملاک مشخص و معینی را ذکر نکرده است. ضمن این که برابردانستن تقصیر، که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عبارت است از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی به نحو مطلق، با عدوان صحیح نیست، زیرا در مواردی نیز هر چند عمل ممکن است با بی‌مبالاتی یا بی‌احتیاطی باشد، ولی با توجه به مفهوم نسبی عدوان، عمل نوعاً مستعد اضرار نبوده و در نتیجه غیر عدوانی محسوب و باعث سقوط ضمان گردد، مثلاً طبابت بدون وجود امکانات در شرایط عادی و با امکان تهیه آن شرایط، از مصادیق

بی‌مبالاتی محسوب می‌شود و همین اعمال در شرایط اضطرار، مانند جنگ و یا بحران‌های طبیعی، عدوانی محسوب نمی‌شود. در این راستا و در سؤالاتی از مراجع عظام سؤال گردید به این موضوع اشاره شده است.

- خانمی را عمل جراحی کرده‌اند و در هنگام عمل، در اثر اختلال در وسایل و دستگاه‌های مربوطه، یا در اثر حواس‌پرتی و اشتباه پزشک جراح و اطرافیان او، لطمه‌ای به خانم بیمار وارد شده و پس از مدتی که بیمار متحمل خسارات روانی، جسمی و مالی شده است، متوجه شده‌اند که منشأ آن اختلال در وسایل مربوطه یا در اثر بی‌مبالاتی و اشتباه پزشک و هم‌دستان او بوده است، آیا در چنین مواردی پزشک، ضامن خسارات وارده است؟

آیت‌... العظمی محمد فاضل لنکرانی (ره): اگر خسارات وارده مستند به پزشک و اطرافیان او باشد، ضامن هستند و حتی اگر اخذ براءت هم کرده باشد، ولی در اثر عدم تنظیم و مرتب کردن وسایل و دستگاه‌های عمل جراحی، یا در اثر تقصیر و اشتباه، سبب لطمه و خسارت شده باشند، ضامن هستند و باید بیمار را از خود راضی کنند.

- اگر به واسطه تشخیص نادرست طبیب حاذق، آسیبی به بیمار وارد شود، چنانچه در تشخیص سهل‌انگاری نموده باشد، حکم چگونه است؟

آیت‌... العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی: اگر آسیبی که به بیمار وارد شده، مستند به پزشک شمرده شود و پزشک از بیمار براءت خود را نگرفته باشد، دیه به آن تعلق می‌گیرد.

حال احسان در مفهوم واقعی خود و در مفهوم مخالف «عدوان» دارای ویژگی‌های ساختاری آن است، یعنی اولاً در مفهوم فعلی است که قابلیت و استعداد اضرار نداشته باشد؛ ثانیاً احسان مفهومی نسبی بوده و به عنوان وصف مادی فعل در رکن مادی جای داشته است؛ ثالثاً به عنوان مسقط ضمان شناخته می‌شود. در این معنا نیز احسان کاملاً مطابق با جواز، مشروعیت و قانونی بودن نمی‌باشد، بلکه دارای رابطه عموم و خصوص من وجه با آن‌ها است، زیرا ممکن است افعالی بنا به مصالحی جایز، مشروع و قانونی باشد ولی در عین حال قابلیت نوعی اضرار داشته باشند و جواز یا مشروعیت و قانونی بودن آن نیز به دلیل مصلحت حکمی نهفته در آن باشد یا عملی قرین با تقصیر نبوده، ولی نوعاً قابلیت اضرار داشته باشد، هرچند که اگر مقصود ایشان از ذکر این مفاهیم، تبادل معنایی مطلب پیش گفته باشد، در این حدود صحیح است، لذا برآیند و قدر متیقن از مباحث ذکر شده این مطلب است که تنها در مفهوم پیش گفته برای احسان، یعنی

فعلی که نوعاً قابلیت اضرار ندارد، می‌توان خصوصیت اسقاط‌کننده ضمان را در نظر گرفت، پس در مورد پزشک نیز برای اجرای قاعده احسان و سقوط ضمان، بایستی به عمل او توجه نمود و تنها اگر عمل پزشک در درمان فاقد عدوان، به معنای قابلیت اضرار باشد، مسؤولیت وی منتفی است.

۵- مبنای اسقاط ضمان

تحقق مسؤولیت منوط به حصول سه شرط اساسی است که ارکان مسؤولیت را تشکیل می‌دهند. این سه رکن اساسی عبارتند از: ۱- ورود ضرر؛ ۲- فعل زیان‌بار؛ ۳- رابطه سببیت بین ورود ضرر و فعل انجام‌شده (۲۹). برای ضمان پزشک نیاز به وجود این سه شرط است حال باید بررسی نمود که آیا احسان مستقلاً و یا از طریق اختلال در شرایط مذکور باعث سقوط ضمان می‌گردد؟

بررسی مبنای اسقاط ضمان، از این جهت اهمیت دارد که بر هر طریق و مبنایی که این اسقاط واقع می‌شود، دارای آثاری است که توجه به این آثار، خود مبین و مفسر ابهامات موجود در آن خصوص است در این‌که مبنای اسقاط ضمان بر اساس قاعده احسان چیست؟ به طور کلی می‌توان دو دیدگاه را در نظر داشت که در ادامه مقاله به آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۵- تأثیر مستقل قاعده احسان در اسقاط ضمان: مبنای سقوط مسؤولیت پزشک با ابهام مواجه است، زیرا برخی انجام اقداماتی مانند اخذ اذن یا براءت و یا وجود یا عدم وجود تقصیر را مبنای مسؤولیت و یا عدم آن می‌دانند. برخی از فقها (۳۰) طبیب را در فرض کوتاهی، حتی اگر مأذون از طرف مریض بوده، ضامن دانسته‌اند. امام خمینی از این فراتر رفته و پزشک را با وجود برخورداری از تخصص کافی و مأذون‌بودن از طرف بیمار یا ولی او ضامن دانسته است، حتی اگر کوتاهی نکرده باشد (۳۱). در مقابل برخی دیگر از فقها صرف اذن را کافی ندانسته و اخذ براءت را مؤثر در عدم ضمان تلقی کرده‌اند (۳۲). بعضی دیگر (۳۳) صرف اذن را کافی در عدم ضمان دانسته‌اند و سایرین نیز ضامن‌نبودن پزشک را جزء در صورت تعدی، اشتهر دانسته و گفته‌اند که ضمان جزء در صورت تعدی و تفریط نیست و ید وی هم ید ضمان و غضب نیست که مطلقاً ضامن باشد، بلکه ید امانی است و با اذن مالک تصرف می‌کند (۳۴). عده‌ای حتی در صورت اخذ براءت نیز در عدم ضمان طبیب شک و تردید کرده‌اند (۳۵).

در مورد قاعده احسان نیز وضع به همین ترتیب است. اگر به قاعده احسان به عنوان قاعده‌ای مستقل توجه و آن را بالاصاله و امتناً، مسقط ضمان بدانیم، در توجیه آن، با نظرات و مبانی متعددی رو به رو می‌شویم که ناشی و مؤید وجود اختلاف در این باره است. در این مبحث فارغ از نقد نظرات ارائه‌شده، صرفاً به نقل آن‌ها پرداخته می‌شود تا این مسأله اثبات گردد که استقلال قاعده احسان و آثار مترتب بر آن خود باعث ایجاد اختلاف در میان نظریه‌پردازان در این حوزه گردیده است.

عده‌ای با موضوعیت‌دادن به انگیزه احسان و حسن نیت، مبنای سقوط ضمان را همین مطلب می‌دانند. «نفی سبیل بر محسن، به اعتبار احسانش است و تعلیق حکم بر وصف احسان، این معنی را به دست می‌دهد که شخص محسن ضامن نیست» (۳۶). این معنا که مبنای اسقاط در قاعده احسان، وجود حسن نیت و جریان مستقل قاعده احسان است، صحیح نیست. در برخی از نوشته‌های فقها این موضوع به چشم می‌خورد. برای نمونه امام خمینی در مکاسب دلیل رفع ضمان را وجود عدوان می‌داند نه قاعده احسان: «أنَّ الموجب للضمان، الیدالعدوانی و هی غیر مرفوعة بدلیل الإحسان» (۳۷)، زیرا همانطور که گفته شد حسن نیت مثلاً در مورد پزشک باعث اسقاط مسؤولیت تکلیفی او است نه اسقاط مسؤولیت وضعی یا ضمان که موضوع اصلی قاعده احسان است. برخی دیگر با مقایسه قاعده احسان با قواعد دیگر ضمن مستقل‌دانستن قاعده احسان، آن را گاهی مخصص و گاهی نیز حاکم بر قواعد دیگر ضمان دانسته‌اند. برای نمونه این‌گونه بیان داشته‌اند که قاعده احسان، فقط قاعده «علی الید» را تخصیص می‌زند، ولی اتلاف اطلاق دارد و قصد و اختیار و عمد و سهو در مورد آن تأثیر ندارد، بلکه به موجب قاعده اتلاف شخص ضامن است، چه یدش مأذونه باشد یا خیر، چه محسن باشد و چه نباشد (۲۰).

عده‌ای دیگر ضمن رد قسمت اخیر نظر فوق، مخصص بودن قاعده احسان را به قاعده اتلاف تعمیم داده و بیان داشته‌اند که قاعده احسان هر دو مورد «قاعده علی الید و قاعده اتلاف» را تخصیص می‌زند. عبارت قاعده اتلاف «من اتلف مال الغیر فهو ضامن» در کتب حدیثی وجود ندارد، بلکه در بسیاری از نصوص، کلماتی که حاکی از مضمون این جمله باشد، یافت می‌شود که به اصطلاح گفته می‌شود این عبارت اصطیادی و برگرفته از روایات این باب است نه اقتباس شده از آن (۳۸). بنابراین با توجه به این‌که جمله فوق آیه یا حدیث نمی‌باشد، اطلاق ندارد و نمی‌توان به اطلاق آن عمل کرد، اما جمله «ما علی المحسنین من سبیل» همانطور که توضیح داده

شده، عمومیت و اطلاق داشته و در نتیجه قابلیت تخصیص قاعده اتلاف را دارد. ضمن این که قاعده احسان قاعده‌ای عقلی بوده و احکام عقلی قابل تخصیص نیستند. برخی از فقها در خصوص جمله «ما علی المحسنین من سیل» همین مطلب را گفته‌اند که این جمله بر ادله اثبات ضمان حکومت دارد، به ویژه نسبت آن به قاعده اتلاف در جهت توسعه قاعده احسان و تضییق قاعده اتلاف می باشد (۲۰)، پس قاعده اتلاف با قاعده احسان تخصیص می خورد.

برخی دیگر با بهره‌گیری از مباحث اصولی، سعی در بیان همین مطلب و برقراری ارتباط و رفع تعارض بین قاعده اتلاف و قاعده احسان داشته و بیان داشته‌اند «اگر فرض کنیم که از طرفی شخص متلف است و از طرف دیگر محسن و به اطلاق قاعده اتلاف هم قائل باشیم، در این صورت قاعده اتلاف با قاعده احسان تعارض پیدا می کند، زیرا قاعده اتلاف می گوید شخص متلف، ضامن است چه محسن و چه غیر محسن. قاعده احسان می گوید محسن، ضامن نیست چه متلف باشد و چه غیر متلف، در حالت تعارض هم مطابق نظر مشهور و ادله‌ای که در این خصوص وجود دارد، چنانچه هیچ گونه ترجیحی در بین نباشد، هر دو دلیل از اعتبار ساقط گشته و تساقط پیش می آید، اما اگر به نحوی موضوع تعارض را برداریم و بگوییم کسی که محسن است، اگرچه ممکن است به طور حقیقی و تکوینی موجب اتلاف مال شود و متلف به حساب آید، لکن تعبداً او را متلف ندانیم و به منزله غیر متلف به حساب آوریم، در این صورت تعبداً و ادعائاً موضوع اتلاف را از محسن منتفی دانسته‌ایم و دیگر قاعده اتلاف با قاعده احسان تعارض پیدا نمی کند» (۲۳).

عده‌ای دیگر معتقدند که آیه شریفه بر ادله احکام وضعیه از قبیل ضمان نیز حاکم بوده و دلالت دارد و ادله اولیه اثبات ضمان محسن را شامل نمی شود (۳۹). به عبارت دیگر قاعده احسان و ادله مبانی آن به عنوان ادله ثانویه است و قواعد و ادله اثبات کننده ضمان به عنوان ادله و قواعد اولیه می باشند و همچنان که گفته شد، لسان جمله «ما علی المحسنین من سیل» لسان شرح و تفسیر است که مقصود واقعی ادله ضمان را تشریح می کند و آن ادله را به شکل حکومت در جهت تضییق، محدود کرده و تخصیص می دهد.

علاوه بر مطالب فوق، دقت در مصادیق ذکر شده در باب احسان نیز، مؤید تعدد معیار و مبنا در مجرای قاعده یعنی، اسقاط ضمان است. برای نمونه در مورد کسی که به دلیل اجرای حد و تعزیر کشته می شود که اظهر در عدم ثبوت دیه به عنوان حکم وضعی در حق اولیای دم اوست

دلیل این سقوط نیز جایز و واجب بودن اجرای حد از یکسو و محسن بودن امام در امتثال اوامر الهی شناخته شده است (۴۰). در مورد حفر چاه در مسیر عامه و به منظور مصلحت نیز از کلام محقق حلی چنین برمی آید که معیار، جواز شرعی عمل است و چون اقدام عامل دارای مجوز شرعی است، ضمانی در پی نخواهد داشت. به همین سبب بسیاری از فقیهان، مطلق اقدامات مصلحت‌اندیشانه را نپذیرفته‌اند، بلکه آن را مقید به عدم رد حاکم (۴۱) و یا وجود اذن او (۳۰) دانسته‌اند. به عبارت دیگر، هنگامی آن‌ها را ضمان آور ندانسته‌اند که با مجوز حاکم انجام شده باشد، نه به طور مطلق. دقت در مطالب فوق‌الذکر که با بیان مبانی متفاوت و گاه متعارض و در راستای توجیه سقوط ضمان درباره قاعده احسان همراه شده است، خود می‌تواند مؤید عدم وجود مبنایی مستحکم در اصالت استقلالی قاعده احسان باشد.

۲-۵- کاربرد طریقی احسان در استناد: طریقت داشتن قاعده احسان، به عنوان ابزاری، در راستای نیل به عدم وجود رابطه استناد و در نتیجه عدم ضمان کاربرد دارد. این بدین معنا است که قاعده احسان در احراز و اثبات رابطه استناد طریقت دارد نه موضوعیت. بر این اساس پزشک به خاطر دارابودن احسان، مسؤولیتش ساقط نمی‌شود، بلکه احسان فعلی او مانعی در راستای ثبوت و جریان رابطه استناد محسوب شده و همین عدم جریان رابطه استناد بین فعل محسنانه و نتیجه مضرانه است که مانع ثبوت مسؤولیت فرد محسن می‌گردد. بعضی از فقها به درستی و به نحو ضمنی، بدون ورود به بحث ارتباط بین عدوان، احسان و رابطه استناد، نقش مستقل و ابتدایی قاعده احسان در سقوط ضمان را رد کرده و اظهار داشته‌اند «این مطلب یک استحسان عقلی و ظنی است که از آن به طور صریح، حکم شرعی اثبات یا نفی نمی‌گردد، بلکه باید بر ثبوت یا نفی حکم شرعی، دلیل و حجت قطعی اقامه گردد، لذا چنانچه سبب ضمان، اتلاف، ید عادیه تعدی و تفریط و... حاصل شود، شخص ضامن است و به صرف چنین استحسانی صحیح نیست که حکم به عدم ضمان گردد» (۷).

تحمیل حکم وضعی ضمان، منوط به احراز استناد و انتساب فعل به نتیجه مجرمانه است. همان‌گونه که اکثر فقها تصریح نموده‌اند دائرمدار ضمان، به عنوان مصداق اصلی حکم وضعی، صحت انتساب و استناد است که در آرای ایشان، مانند استفتای ذیل قابل مشاهده است (۴۷-۴۲).

- معیار ضمان در باب قتل و جرح و تلف اموال چیست؟ به عنوان مثال، آیا صرف اسناد، یکی از اسباب یا تنها سبب است و یا اصلاً سببیت (موضوعیت) ندارد؟
آیتا... العظمی محمدتقی بهجت (ره): اسناد مباشری موضوعیت دارد و اسناد تسبیبی در بعض موارد ضمان ثابت نیست.

آیتا... العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی: باید فعل موجب ضمان مستند به فاعل باشد (۲۰).
به عبارت دیگر در مواردی که به هر دلیل رابطه استناد وجود ندارد نیز ضمان ثابت نیست. از طرف دیگر همان‌گونه که بیان شد مجرای قاعده احسان در رفع مسؤولیت وضعی، منوط به واقعیت فعلی احسان است. حال باید بررسی نمود که ارتباط احسان در مفهوم واقعی خود که باعث نفی سبیل، یعنی اسقاط حکم تکلیفی و وضعی می‌گردد با رابطه استناد چیست؟

برای رسیدن به این ارتباط باید به ماهیت استناد توجه نمود. رابطه استناد چنانکه عده‌ای تصریح نموده‌اند از لحاظ ثبوتی رابطه‌ای مادی و حقیقی است که متأثر از شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر عنصر مادی بوده و قصد و انگیزه در آن فاقد اثر است. از لحاظ اثباتی این رابطه می‌بایست، به صورت علمی و مستدل احراز گردد. عرفی‌انگاری ماهیت رابطه استناد و بیان عباراتی از قبیل «سببی که بین او و ایجاد ضرر رابطه انتساب و استناد عرفی موجود است چندان که بین آن دو ملازمه عرفی وجود داشته باشد، مسؤول قلمداد می‌شود» یا «برای تشخیص این ارتباط و سنخیت، باید به داوری (عرف) رجوع نمود» صحیح به نظر نمی‌رسد (۴۸). همین موضوع، علاوه بر ایجاد صعوبت بیشتر در احراز رابطه استناد، باعث حدوث اختلاف در اثبات ضمان و تحمیل مسؤولیت وضعی می‌گردد (۴۹). دلیل ادعای این مطلب آن است که تحول‌پذیری مسائل عرفی در ظروف مکان و زمان که خود ناشی از برداشت‌های ذهنی متفاوت حاکم بر فهم عرف است، باعث خواهد شد در احراز رابطه استناد با مواضع متفاوت رو به رو باشیم. ضمناً از توجه به مفهوم مخالف احسان، یعنی «عدوان» بنابر آنچه که در سطور قبل ارائه گردید، به عنوان وصف مادی فعل و در معنای قابلیت اضرار و حضور آن در عنصر مادی فعل، ناگزیر به این نتیجه می‌رسیم که رابطه استناد دارای ماهیتی مادی و واقعی بوده نه اعتباری یا عرفی. در واقع رابطه استناد، رابطه‌ای است که مبین پیوند علی یا سببی بین دو پدیده مادی یعنی رفتار و نتیجه است (۲۶)، پس ناگزیر خود نیز باید ماهیتی مادی داشته باشد، پس در احراز ضمان که خود در عالم واقع بایستی محقق گردد، عناصری همچون استناد، احسان و

عدوان هر سه در مفهوم مادی در نظر بوده و قصد و انگیزه در آن مؤثر نیست و همین ماهیت مادی در رابطه با ضمان، به عنوان موضوعی غیر متأثر از انگیزه، به عنوان فصل مشترک آن‌ها شناخته می‌شود. اهمیت ذکر این مطلب در برقراری و تبیین مشترکات بین عدوان و رابطه استناد و در نتیجه بیان ارتباط رابطه استناد با فعل واقعی محسانانه است.

پیوند عدوان و در مفهوم مخالف احسان با رابطه استناد در این مطلب است که در واقع برای احسانی بودن هر عمل، لزوماً و حداقل به عنوان شرط لازم، آن عمل نبایستی دارای عدوان باشد و از آنجا که عدوان به عنوان شرط و لازمه ضمان شناخته می‌شود، لذا رابطه استناد، قادر به اسناد اضرار یا صدمه به عامل غیر عدوانی نمی‌باشد و این مطلب به این معنا است که عمل مثلاً پزشک محسن که حداقل بایستی متصف به وصف غیر عدوانی باشد، اصولاً نمی‌تواند در یک سوی رابطه استناد، مخاطب ضمان قرار گیرد، زیرا همان‌گونه که بیان شد در یک سوی رابطه استناد فعل عامل عدوانی قرار دارد که ممکن است سبب یا علت باشد و در سوی دیگر آن، نتیجه فعل زیان‌بار.

به عبارت دیگر رابطه استناد پیونددهنده رفتار عدوانی و نتیجه زیان‌بار است و در صورت احراز این رابطه، ضمان ثابت می‌شود. حال اگر در یک طرف این رابطه به جای عامل عدوانی، عامل غیر عدوانی و یا به تعبیر دیگر عامل احسانی قرار گیرد، مجالی برای جریان رابطه استناد وجود نداشته و ضمان نیز به دلیل فقدان همین اسناد، منتفی خواهد بود. بر این اساس باید گفت که قاعده احسان در مفهوم واقعی خود و در ارتباطی منطقی با مفهوم مخالف خود، یعنی عدوان و رابطه واقعی و مادی استناد است که به عنوان یکی از موانع ثبوت ضمان به شمار می‌آید.

در مورد پزشک نیز آنچه مورد توجه است، مسأله احراز استناد می‌باشد و احراز این رابطه است که در صورت عدوانی بودن اقدامات پزشک باعث توجه ضمان به پزشک می‌شود. به عبارت دیگر برای عدم ضمان پزشک، بایستی فعل او غیر عدوانی و به تعبیر دیگر احسانی باشد تا از این طریق مجالی برای جریان رابطه استناد پیش نیاید و ضمان پزشک نیز ساقط گردد، لذا در مواردی قاعده احسان نقش غیر مستقل دارد، زیرا در ارتباط با رابطه استناد است که دارای اثر می‌شود. به عبارت دیگر قاعده احسان در پیوند با رابطه استناد بر آن تأثیر گذاشته و تحقق آن را با اختلال مواجه می‌سازد و خود مستقلاً و بالاصاله فاقد اثر است.

۶- تطبیق فرضیه با مسؤولیت پزشک

در تطبیق قاعده احسان با مسؤولیت پزشک ابهاماتی مطرح می‌گردد که پس از مشخص شدن مبنای عدم ضمان در قاعده احسان که همانا عدم جریان رابطه استناد است به وضوح قابل رفع هستند. برخی از این ابهامات در قالب این سؤالات مطرح و پاسخ داده می‌شود که آیا همراه بودن جلب منفعت بیمار با جلب منفعت پزشک مؤثر در قاعده احسان است؟ یعنی اگر پزشک ضمن منفعت‌رسانی به بیمار خود نیز از لحاظ مالی منتفع گردد یا به عبارت دیگر ضمن معالجه از بیمار خود نیز اجرت دریافت نماید آیا این مسأله منافاتی با احسان پزشک را به وجود می‌آورد؟

یکی از فقیهان معاصر به نفی احسان و ثبوت ضمان در مورد کسی که برای کار خویش اجرتی دریافت نموده، تصریح کرده است (۵۰). محققین نیز پس از بیان احادیث و در جمع نظرات موجود، نصوص دال بر عدم ضمان محسن را مطلق دانسته و تقيید این نصوص و حکم عدم ضمان را در فرض اخذ اجرت و امین‌نبودن جاری می‌داند (۵۱). برای پاسخ به این مسأله لازم است مبنای عدم مسؤولیت محسن بررسی شود. در این باره باید اذعان داشت که اخذ یا عدم اخذ اجرت در مسأله ضمان موضوعیت نداشته و به نحو مطلق، تأثیری در نفی یا ثبوت ضمان به عنوان حکم وضعی قضیه ندارد، زیرا همان‌گونه که گفته شد مبنا و دائرمدرار ضمان احراز رابطه استناد است و تأثیر قاعده احسان بر سقوط یا ثبوت ضمان نیز به دلیل رفع عدوان و متأثرشدن از عدم جریان رابطه استناد است و باید پذیرفت که دریافت اجرت بر عمل محسنانه ارتباطی با نفی یا ثبوت رابطه استناد ندارد.

از سوی دیگر فقها، برخی از مشاغل مانند طبابت را، از جمله مکاسب و مشاغلی می‌دانند که واجب کفایی است و در صورت انحصار به شخص خاصی، تبدیل به واجب عینی می‌شود، لذا ایشان جواز اخذ اجرت را از آن حیث که اخذ اجرت بر واجب است محل تردید دانسته‌اند. چنانکه گروهی (۵۲-۵۳) اخذ اجرت بر مطلق واجبات را ممنوع دانسته‌اند. در این فرض عمل پزشک، در صورتی احسان قلمداد می‌گردد که تبرعی و مجانی انجام شود، زیرا علی‌القاعده رابطه اجیر و مستأجر فاسد خواهد بود، لذا طبق نظر فقهای که قائل به حرمت اخذ اجرت‌اند، صدق عنوان محسن با اشکال مواجه خواهد شد.

قصور یا تقصیر پزشک نیز تنها در صورتی که بتوانند عنصر اساسی احسان که همان واقعیت احسان یا به عبارت دیگر فقدان عدوان در فعل است را تحت الشعاع قرار داده و این تأثیر به حدی باشد که بتواند عمل محسنانه را به فعل عدوانی تبدیل نماید، منتفی کننده حکم احسان یعنی عدم ضمان خواهد بود. به بیان دیگر پزشک در صورت انجام فعل عدوانی، یعنی فعلی که قابلیت اضرار دارد مسؤول شناخته می‌شود، لذا در این بحث مسأله‌ای که موضوعیت دارد عدوانی نبودن فعل پزشک است نه اخذ برائت، ضمن این که اخذ برائت در تمام موارد ضروری نیست و چنانچه اخذ برائت، همراه با تقصیر پزشک در ایجاد ضرر باشد، تأثیری در رفع ضمان ندارد و این مسأله نیز به درستی مورد تأکید قانونگذار در مواد ۴۹۵ و ۴۹۷ قانون مجازات اسلامی قرار گرفته است، هر چند که تأکید مقنن بر لزوم مطابقت افعال پزشک با مقررات پزشکی و موازین فنی، از آن جهت که ممکن است هر عمل عدوانی، مطابق قانون باشد یا نباشد و قبلاً نیز توضیح داده شد، دارای اشکال است.

در تحلیل مسؤولیت پزشک و لزوم اثبات تقصیر پزشک باید گفت که «تعهد پزشک تعهدی قراردادی بوده و پزشک نمونه بارز و سنتی تعهد به وسیله است و در نتیجه بیمار زیان دیده یا وارث او باید تقصیر پزشک را اثبات کنند. بنابراین زیان دیده، تنها باید وقوع حادثه و انتساب آن را به پزشک اثبات کند و هیچ نیازی به اثبات خطای او ندارد و همین که رابطه میان اقدام پزشک و ورود خسارت اثبات شود، برای مسؤول شناختن او کافی است، مگر این که پزشک دلایلی بیاورد که نشان دهد علت ورود ضرر، امری خارج از توان و پیش‌بینی متعارف، از جمله نقص تجربه‌های پزشکی و طبع خاص و بی‌مبالاتی بیمار و ناخوشی پنهان داشته از پزشک بوده است» (۵۴).

البته باید توجه داشت که عامل عدوانی یا عامل فاقد احسان، تنها ضامن ضرری است که منتسب و ناشی از قصور یا تقصیرش است، ولیکن به هیچ وجه ضامن ضرری نیست که مقارن قصور یا تقصیر و مستقل از آن‌ها به وجود آمده به نحوی که اگر توجه کامل هم بود آن ضرر نوعاً به وجود می‌آمد، پس هرگاه در کنار احسان، پدیده‌ای به وجود آید که ربطی به عمل احسان نداشته باشد و فعل نیک را از حالت اولیه‌اش خارج نسازد، نباید در عدم ضمان تردید کرد.

سؤال دیگر که قابل بررسی می‌باشد، این است که اگر در جریان اقدام و احسان پزشک، به فرد محسن و یا شخص ثالث آسیبی وارد شود، مسؤول جبران کیست؟ آیا شخص آسیب‌دیده اعم از این‌که محسن یا شخص ثالثی باشد باید به محسن‌الیه رجوع کند یا خسارت از طرق دیگر مانند بیت‌المال جبران شود؟

بر اساس باور مشهور فقیهان در ارتباط با قاعده احسان باید گفت که هرچند انگاره ضمان بهره‌مند از احسان، انگاره قابل دفاعی است، ولی استناد آن به قاعده احسان ناصحیح است. نقشی که قاعده احسان در باور مشهور دارد، رفع ضمان است نه اثبات آن (۵۱). به سخن دیگر، قاعده احسان مسقط ضمان است نه موجب آن (۵۵)، اگرچه با تمسک به ادله دیگر عده‌ای گفته‌اند هر گاه از طریق اجرای احسان قتل یا اتلاف مالی از شخص دیگری واقع شود، ممکن است که ضمان بر محسن‌الیه واقع شود با وجود این برخی بر این باورند که اقوی عدم تحمیل ضمان بر محسن‌الیه است (۵۶).

در تعلیل و توجیه عدم ضمان، باید تأکید کرد که ضامن‌شمردن محسن‌الیه، مخالف قواعد عمومی ضمان است، زیرا اولاً ضرر مستند به محسن‌الیه نیست، بلکه مستند به محسن است؛ ثانیاً محسن تبرعاً اقدام کرده است و محسن‌الیه نیز در اقدام محسنانه فرد محسن تأثیری نداشته است؛ ثالثاً محسن‌الیه مرتکب فعل تقصیری در ایجاد ضرر نشده است؛ رابعاً همانطور که گفته شد، احسان از مسقطات ضمان است نه از موجبات آن. این‌که برخی قاعده احسان را مثبت ضمان محسن‌الیه یا بیت‌المال می‌دانند از لحاظ مبنایی ناشی از پذیرفتن اصالت تأثیر مستقل مجرای قاعده احسان است. در صورتی که اگر در تفسیری صحیح، مبنای مجرای قاعده احسان را در پیوند با رابطه استناد بدانیم، به دلیل عدم جریان رابطه استناد نسبت به محسن‌الیه، توجه ضمان به او نیز صحیح نمی‌باشد. جبران از طرق دیگر مانند بیت‌المال نیز نیازمند تصریح است که در این مورد نیز نصی وجود ندارد.

سؤال بعدی در اینجا این است که آیا برای عدم ضمان محسن لازم است نتیجه واقع شده واقعاً محسنانه و متضمن دفع ضرر یا جلب منفعت برای محسن‌الیه باشد؟

در پاسخ به این سؤال باید اذعان داشت که منظور از احسان واقعی توجه به عمل متعارف محسنانه است نه نتیجه واقعی حادث شده، یعنی ممکن است عملی فاقد عدوان و دارای احسان باشد، یعنی متعارف بوده و متعدیانه نباشد و اتفاقاً و مثلاً به دلایل مختلف و خارج از اراده

محسن مانند حوادث طبیعی، آنچه که در عمل حادث می‌شود دارای منفعت نبوده یا رافع ضرر محسوب نشود. در این حالت نیز عنوان احسان وجود داشته و محسن نیز ضامن محسوب نمی‌شود، یعنی عمل انجام شده و فارغ از نتیجه حاصل از آن، باید عدوانی نبوده، یعنی قابلیت نوعی اضرار را نداشته باشد و در واقع احسانی باشد.

فلذا شرط دفع ضرر یا ایصال منفعت، برابر آنچه که عده‌ای تأکید داشته‌اند، لازم نیست (۲۳)، لذا عبارت «هر گاه شخص نیکوکار در اثر اشتباه یا هر عامل دیگر، به هدف خود که خیرخواهی و رساندن نفع به دیگری یا دفع ضرر از او است، نرسد، قاعده احسان در مورد چنین شخصی جاری نیست» (۵۱)، به دلیل توجه به نتیجه و نه نفس عمل صحیح به نظر نمی‌رسد. عدم ضمان به دلیل عدم وجود عدوان، در معنی قابلیت بالقوه اضرار، در عمل فرد محسن و در واقع، محسنانه بودن واقعی فعل و عمل او است، هر چند که در نتیجه، آنچه واقع شده است محسنانه نمی‌باشد، پس در مفهوم واقعی احسان آنچه که موضوعیت دارد توجه به عمل است و نه توجه به نتیجه، هر چند نتیجه‌ای که ناشی از عمل فاقد عدوان است، معمولاً واقعاً محسنانه بوده و به همین دلیل فاقد ضمان است.

مسئله دیگر این است که آیا قاعده احسان در موردی که فعل واقعاً احسانی باشد، ولی در عمل متناسب با ضرر دفع شده یا نفع حاصله نباشد، جاری است؟

بایستی تناسب متعارفی میان عمل محسنانه و اضرار دفع شده و یا نفع تحصیل شده وجود داشته باشد. وجود این تناسب در مواضع مختلف قانون مجازات اسلامی مثل مواد ۱۲۸، ۱۳۰، ۱۵۲، ۱۵۸ و در خصوص موضوعات مشابه و مرتبط با احسان مورد تأکید قرار گرفته است. در واقع باید احتمال ضرر، در صورت عدم دخالت فرد محسن، بیشتر از ضرر عملی باشد که به عنوان احسان انجام می‌یابد، یعنی اگر ضرر عمل شخص بیشتر یا مساوی باشد، عقلاً به چنین شخصی محسن نمی‌گویند، چون در صورت بیشتر بودن ضرر، وصف عدوان و اسائه صدق می‌کند نه احسان و در نتیجه مجرای قاعده احسان نیست.

در موردی هم که ضرر عمل انجام شده، رافع زیانی است که در صورت عدم انجام فعل محسنانه وارد می‌شود و مساوی آن است که فعل سفهی بوده و به شخص عامل اطلاق محسن نمی‌شود، زیرا در واقع دفع ضرری صورت نگرفته و لذا طبق قاعده «و علی الید» می‌گوییم که ضامن است، زیرا تلف به دست او صورت گرفته و رابطه استناد نیز محرز است (۲۰).

لزوم وجود تناسب متعارف بین عمل محسن و نتیجه حادث شده و در فرضی که اقدام فاعل متعارف بوده، ولی به طور غیر منتظره باعث آسیب شده است، مورد تأکید فقهای امامی و غیر امامی قرار گرفته است (۵۸-۵۷). در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در مورد احسان عام، تناسب مکانی ثانویه نسبت به مکان اولیه در رفع خطر مورد تأکید بوده و مقنن در این مورد ملاک دفع ضمان از محسن را لزوم حفظ این تناسب دانسته است. این تناسب نیز به میزان صدق رابطه استناد، مسقط ضمان می باشد و نسبت به بقیه نیز مثبت ضمان می باشد. لذا پزشکی که مثلاً برای جلوگیری از عفونت انگشت بیمار، بایستی دست فردی را از میچ قطع کند، ولیکن دست را از آرنج قطع می کند، نسبت به قطع مازاد از میچ، عمل پزشک عدوانی محسوب و به دلیل احراز استناد، ضمان ثابت است، ولی نسبت به قطع تا میچ به دلیل عدوانی محسوب نشدن عمل پزشک، رابطه استناد جاری نبوده و ضمان ثابت نیست. با این اوصاف آنچه که مهم است و موضوعیت دارد، توجه به وصف فعل، یعنی عدوان یا احسان و ارتباط آن با رابطه استناد است و سودمند یا احسانی بودن نتیجه حادث شده موضوعیت ندارد، لذا در صورتی که افعال پزشک غیر عدوانی و به عبارت دیگر احسانی باشد و اتفاقاً به دلایل خارج از اراده پزشک به بیمار ضرری برسد، پزشک ضامن نخواهد بود.

نتیجه گیری

قاعده احسان معمولاً به عنوان یکی از مسقطات ضمان شناخته می شود. در مورد پزشک نیز این قاعده جریان دارد، زیرا با وجود شرایطی، پزشک نیز محسن محسوب می شود. این که عده ای اخذ اجرت توسط پزشک را در رفع وصف احسان به دلیل منتفع شدن پزشک مؤثر دانسته اند، صحیح به نظر نمی رسد، زیرا آنچه که مهم است دفع ضرر یا ایصال منفعت به بیمار است و ممکن است در این حین منفعتی به پزشک نیز برسد. پزشک با توجه به این که قصد بهبودی بیماران را دارد و سوگند پزشکی نیز مؤید این موضوع است، نسبت به نتیجه ناخواسته از لحاظ کیفری، فاقد مسؤولیت است و مجازات نمی شود، زیرا در این شرایط عنصر معنوی جرم وجود ندارد.

در مورد مسؤولیت وضعی پزشک که قصد و انگیزه در آن مؤثر نیست باید به وجود یا عدم وجود احسان در فعل توجه نمود و برای فهم واقعیت احسان نیز متوسل به مفهوم مخالف

احسان، یعنی عدوان شدیم. با توجه به این که بر اساس تأکیدات فقها و حقوقدانان دائرمدار ضمان احراز رابطه استناد است، قاعده احسان نه به صورت مستقل و بالاصاله، مسقط ضمان است، بلکه با تأثیرگذاری بر رابطه استناد و اختلال در آن موجب عدم ضمان می‌شود. این وابستگی به دلیل زوال وصف احسان با وجود عدوان و ماهیت احسان در ثبوت عدوان است. عدوان لازمه ضمان و وصف مادی افعال بوده و به معنای قابلیت اضرار افعال است. افعال عدوانی به عنوان شرط لازم جریان قاعده استناد و لازمه ضمان شناخته می‌شوند.

لذا برای عدم ضمان پزشک، اعمال او باید غیر عدوانی و به عبارت دیگر احسانی باشند. این مسأله به این معنا است که برای اسقاط مسؤولیت پزشک و به طور کلی شخص محسن، بایستی به افعال او نگریسته شود. چنانچه افعال او عدوانی بوده، یعنی قابلیت اضرار را داشته باشد، موجب مسؤولیت وی است و اگر غیر عدوانی و محسنانه باشد، پزشک فاقد مسؤولیت وضعی است. باید دقت داشت که مفهوم عدوان نیز مفهومی نسبی است و نسبت به افراد و در شرایط مختلف ممکن است متغیر باشد، مثلاً ممکن است عمل جراحی نسبت به فرد سالخورده و کودک یا در شرایط عدم وجود امکانات پزشکی نوعاً با توجه به وضعیت، مضر و عدوانی باشد، در حالی که برای اشخاص عادی این اعمال نه تنها مفید، بلکه ضروری محسوب شوند.

با پذیرش وابستگی قاعده احسان و رابطه استناد، بسیاری از ابهامات موجود در این رابطه قابل رفع است. از جمله این که اخذ اجرت در ماهیت احسان و استناد عمل پزشک تأثیری ندارد. قصور یا تقصیر پزشک نیز در صورتی که باعث عدوانی شدن عمل پزشک، یعنی قابلیت ایجاد اضرار را داشته باشند، باعث ثبوت مسؤولیت پزشک می‌باشد. وجود تناسب متعارف میان عمل احسانی و اضرار دفع شده و یا نفع تحصیل شده لازم و ضروری است و این تناسب نیز به میزان صدق رابطه استناد، مسقط ضمان است و نسبت به بقیه ضمان ثابت است.

References

1. Mostafavi E. Ehsan source responsibility. Journal of Law and Jurisprudence 2005; 2(6): 63-88. [Persian]
2. Ibn Asir M. Alnahayht. Qom: Institute of Esmaili Press; 1967. p.387. [Arabic]
3. Farahidi K. Al-Eyn book. 3th ed. Qom: Hejrat Press; 1989. p.143. [Arabic]
4. Johari I .Alsehah. Beirut: Dar Ol-Alam; 1989. p.209. [Arabic]
5. Al Murteza A. Alentesar. Qom: Islamic Publications Office; 1994. p.443. [Arabic]
6. FayoumI A. Almesbah Ol Monir. Qom: Dar Alrazi; 1970. p.265. [Arabic]
7. Bojnordi H. Alghavaed Ol Feqhyeh. Qom: Publication Hadi; 1998. Vol.4 p.10-14. [Arabic]
8. Nainy MH. Favaed Ol Osul. Tehran: Nasr Institute; 1990. Vol.4. p.131-140. [Arabic]
9. Khoei A. Mesbah Ol Osul. Qom: Institute of Ansarian; 2001. Vol.2 p.92. [Arabic]
10. Helli H. Tazkerat Ol Foghaha. Qom: Al Ol Bayt Institute; 1993. Vol. 2, p. 11.[Arabic]
11. Tusi M. Almabsut Fi Feqh Al Imamiya. Tehran: School Almortazavyh Press; 1967. p.279. [Arabic]
12. Tabatabai M. Typology commitment doctor in aesthetic surgery and reconstructive surgery. Medical of Figh Journal 2013; 5(13): 163-190. [Persian]
13. Amoly M. Madarek Ol Ahkam. Beirut: Al Ol Bayt Institute; 1990. Vol.4 p.45. [Arabic]
14. Jafary A. Medical liability law in jurisprudence verify compliance with the principle of good faith. Jurisprudence Medical Journal 2014; 6(21): 37-64. [Persian]
15. Khansari SA. Jame Olmdark. 2th ed. Qom: Qom Press; 1970. p.57. [Arabic]

16. Software treasure judicial Esteftaat. 2th ed. Qom: Educational and Research; 2011. [Persian]
17. Baryklu AR. Civil liability. Tehran: Mizan Press; 2008. p.2. [Persian]
18. Shahroodi M. Encyclopedia al-Feqh Ol Islami. Qom: Institute on Religion Ahl Ol-Bayt; 2002. Vol.7 p.245. [Arabic]
19. Mamghani MH. Ghayat Ol Amal. Qom: Majma Ol ZAkhaer Ol Eslamyah; 1937. p.152. [Arabic]
20. Bojnordi M. Alghavaed Ol Feqhyeh. Tehran: Majd Press; 2014. Vol.1 p.34-35. [Persian]
21. Hekmatnia M. Civil liability in Jurisprudence. Qom: Institute of Islamic Sciences and Culture; 2010. p.170. [Persian]
22. Mostafavi MK. Hundreds rule of law. Qom: institute Islam Press; 2000. p.28-29. [Persian]
23. Lotfi A. The Rule of Ehsan. Journal of law and political science at Tehran University 2000; 12(50): 41-60. [Persian]
24. Amid Zanjani A. The rules of law. Tehran: Samt Press; 2008. Vol.2 p.167. [Persian]
25. Rohani MS. Software Feqh al-Sadiq. 2th ed. Qom: Computer Research Center of Islamic Sciences; 2008. [Persian]
26. Sadeghi MH. Specific Criminal Law. 20th ed. Tehran: Mizan Press; 2015. p.90, 128. [Persian]
27. Alidoust A. The criterion of liability. Journal of Jurisprudence 2012; 18(71): 48-105. [Persian]
28. Ghyasi J. Causality in criminal law. Tehran: Jungle Publications; 2011. p.199. [Persian]
29. Katouzian N. Civil rights obligations out of the contract. Tehran: Tehran University Press; 2008. Vol.2 p.171. [Persian]
30. Tabatabai A. RiazOlmasael. 3th ed. Qom: Islamic Publishing Firm; 1999. p.539. [Arabic]
31. Khomeini R. Tahrir Ol Vassileh. Najaf: Aladab Press; 1980. p.560. [Arabic]

32. Madani Kashani R. Ketabe aldiat. Qom: Publication Teachers Association; 1988. p.71-76. [Arabic]
33. Ibn edris Helli M. AlsraerQom: Institute Eslami Publishing House; 1980. Vol.2 p.373. [Arabic]
34. Isfahani MH. Alejareh. Qom: Institute of Islamic Publications; 1988. p.35. [Arabic]
35. Helli A. Alfavaed fee sharhe Alghvaed. Tehran: Islamic Cultural Foundation; 1966. Vol.2 p.56. [Arabic]
36. Almaraghi M. Alanavyn. Qom: Islamic Publications Office; 1997. p.478. [Arabic]
37. Khomeini R. Almakaseb Ol moharrameh. Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works; 1994. Vol.2 p.396. [Arabic]
38. Khoei AQ. Mesbah ol Feghaheh. Qom: Institute of Ansarian; 1996. Vol.2 p.161. [Arabic]
39. Fazel Lankarani M. Alghavaed Ol feghyah. Qom: Maktabe Mehr; 1995. Vol.1 p.291. [Arabic]
40. Amoly Z. Masalek ol Afham. Qom: Institute of Almaaref ol Eslamyh; 1992. p.472. [Arabic]
41. Fazel Hendi M. Kashf ol lesam. Isfahan: Institute of Islamic Publications; 1994. Vol.2 p.307. [Arabic]
42. Najafi MH. Javaher OlKalam. 3th ed. Tehran: Daralkotob Al-Islam Press; 1947. p.321-322. [Arabic]
43. Marashi Najafi S. Alqesas Ala ZoueAlQuran. Qom: Marashi Library Press; 1995. p.92-94. [Arabic]
44. Khoei AQ. Principles of TakmelatAlmenhaj. 3th ed. Qom: Imam Alkhoei Press; 1998. p.321-322. [Arabic]
45. Baraghani MT. Diyat. Shahidi Research. Qom: Publications Hadith of Today; 2002. p.148. [Arabic]
46. Sabzevari A. Mohazzabolahkam. 4th ed. Beirut: Publishing Firm Al-Manar; 1993. p.220. [Arabic]

47. Bahrani Y. Alhdaegh ol Nazereh. Najaf: Drolkotob eslamy; 1997. p.619. [Arabic]
48. Taghizadeh I, Hashemi A. Educational Pamphlet Liability. Tehran: Payam Noor University Press; 2014. p.114. [Persian]
49. Mahdavi Rad V. Role in Determining the Customs Territory of Causality Examples of Jurisprudence. Journal of Knowledge 2011; 20(165): 73-86. [Persian]
50. Makarem N. Alghavaed Ol Feqhyeh. 4th ed. Qom: School of Imam Ali; 1995. p.251. [Arabic]
51. Alidoust A. Qoran and Ehsan Rule. Journal of Law and Jurisprudence 2008; 5(17): 7-37. [Persian]
52. Karaki A. Jameol mqasd. Qom: Institute of Ahlolbayt; 1993. p.280.
53. Ardabil A. The Majma ol Faydeh. Qom: Islamic Publications Office; 1982. p.89. [Arabic]
54. Katoozian N. General rules of contracts. Tehran: Behshar; 1989. Vol.4 p.187-190. [Persian]
55. Mohaghegh M. The rules of jurisprudence. 12th ed. Tehran: the publishing center of Islamic Sciences; 1985. Vol.2 p.302. [Persian]
56. Najafi K. Alghavaed Alsetah alashar. Qom: Institute of kashef; 1982. p.8. [Arabic]
57. Bahrani Y. Alhdaegh Ol Nazerah. Najaf: Dar Ol Kotob aleslame; 1955. Vol.25 p.619. [Arabic]