



## Original Research

**A Jurisprudential Approach To The Nature Of The Medical Contract**Keyvan Rezayi<sup>1\*</sup>, Seyed Mohmmad Asadi nejad<sup>2</sup>

1 Master of Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Rasht Branch, Islamic Azad University, Rasht, Iran.

2 Associate Prof., department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran.

Article ID: 1402042343240

<p><b>Received:</b> April 25, 2022</p> <p><b>Accepted:</b> January 2, 2023</p> <p><b>Available online:</b> March 20, 2023</p> <p><b>Keywords:</b> Medical contract, legal nature of the contract, legal cause of the contract, indirect and secondary effect of the contract, proxy.</p> <p><b>Main Subjects:</b> Medical law</p>	<p><b>Abstract</b></p> <p>The medical contract expresses the mutual cooperation of the patient's will with the doctor or treatment group. And due to the integration of the two fields of law and medicine, it is of special importance. Of course, this agreement is not the only reason for creating a legal relationship. In medical emergencies, due to the lack of a healthy will on the part of the patient, it may not be possible to realize an effective agreement. In this case, the permission of the law replaces the permission of the patient, and exceptionally, the law creates this relationship. It is very likely that there will be a difference between the doctor and the patient, Therefore, knowing the "legal nature" of the contract and using the general and specific rules of the chosen contract, Not only does it have intrinsic value in theoretical discussions, but it also makes it scientifically come from the stage of theorizing into the field of practice. And finally, this method is a way to solve the disputes of the parties. In the review and analysis of a contract, it is particularly important to know the "legal nature" in comparison with the secondary rights and obligations arising from that contract. In the analysis of this contract, there are two theories of "definite contract" and "indefinite contract". It seems that in this contract, by which the doctor finds the very dangerous position of the authority to seize the body and life of the patient, The obligations of the doctor and the patient towards each other are an "indirect and secondary" effect and precede the existence of another legal entity called "proxy". And knowing this concept due to the necessity, including: compliance with jurisprudential and legal principles and principles, preserving the patient's dignity, as well as compliance with the ethical principles of medicine, is the beauty of this contract.</p>
---	--

\*Corresponding Author: Keyvan Rezayi

**Address:** Master of Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Rasht Branch, Islamic Azad University, Rasht, Iran.

**Email:** [Keyvanrezaei49@yahoo.com](mailto:Keyvanrezaei49@yahoo.com)

## نگرشی فقهی حقوقی پیرامون ماهیت قرارداد پزشکی

کیوان رضایی<sup>\*۱</sup>، سید محمد اسدی نژاد<sup>۲</sup>

۱ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد رشت، دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران.

۲ دانشیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

کد مقاله: ۱۴۰۲۰۴۲۳۴۳۲۴۰	
<b>چکیده</b>	<b>تاریخ دریافت:</b> ۲ اردیبهشت ۱۴۰۱
قرارداد پزشکی بیانگر همکاری متقابل اراده بیمار با پزشک و یا گروه درمان می‌باشد و به واسطه تلفیق دو حوزه حقوق و پزشکی، اهمیت ویژه‌ای دارد. البته این توافق تنها سبب ایجاد رابطه حقوقی نیست. در فوریت‌های پزشکی ممکن است به علت فقدان اراده‌ای سالم از جانب بیمار، تحقق توافقی نافذ متصور نباشد. در این حالات اذن قانون جایگزین اذن بیمار می‌گردد و استثنائاً قانون سبب ایجاد این رابطه می‌شود. حدود اختلاف میان پزشک و بیمار بسیار محتمل است لذا شناخت «ماهیت حقوقی» قرارداد و استفاده از قواعد عمومی و اختصاصی عقد برگزیده نه تنها در مباحث نظری ارزش ذاتی دارد بلکه باعث می‌گردد که بطور علمی از مرحله نظریه پردازی وارد حوزه عمل شده و در نهایت این روش در حل و فصل مناقشات طرفین راه‌گشاست. در بررسی و تحلیل یک قرارداد شناخت «ماهیت حقوقی» در مقایسه با حقوق و تعهدات فرعی ناشی از آن قرارداد اهمیت ویژه‌ای دارد. در تحلیل این قرارداد دو نظریه «عقد معین» و «عقد غیرمعین» مطرح است. به نظر می‌رسد، در این قرارداد که به موجب آن پزشک موقعیت بسیار خطیر مآذونیت در تصرف بر روی جسم و جان بیمار را می‌یابد، تعهدات پزشک و بیمار در برابر یکدیگر، اثر «غیرمستقیم و فرعی» و مسبوق به وجود ماهیت حقوقی دیگر به نام «نیابت» است و شناخت این مفهوم بدلیل ضروریاتی از جمله: رعایت مبانی و اصول فقهی و حقوقی، حفظ شأن بیمار و همچنین رعایت اصول اخلاقی پزشکی، زمینه‌دهنده این قرارداد می‌باشد.	<b>تاریخ پذیرش:</b> ۱۳ دی ۱۴۰۱
	<b>تاریخ انتشار:</b> ۲۹ اسفند ۱۴۰۱
	<b>کلیدواژه‌ها:</b> قرارداد پزشکی، ماهیت حقوقی قرارداد، سبب حقوقی قرارداد، اثر قرارداد، غیرمستقیم و فرعی قرارداد، نیابت.
	<b>موضوع‌های موضوعی:</b> حقوق پزشکی

\*نویسنده مسئول: کیوان رضایی

آدرس: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد رشت، دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران.

ایمیل: [Keyvanrezaei49@yahoo.com](mailto:Keyvanrezaei49@yahoo.com)

## ۱- مقدمه

بعده از گذشت حدود ۱۰۰ سال که در فرانسه قضات مسئولیت پزشک را قهری می‌دانستند، عاقبت در ۲۰ می ۱۹۳۶ دیوان عالی کشور فرانسه مسئولیت قراردادی پزشک را پذیرفت و این رأی از لحاظ نظری تحولی عظیم در دکتترین حقوق فرانسه ایجاد نمود. (مازو و مارتی‌ورینو به نقل از جعفری‌تبار، ۱۳۷۷، ۵۸). نظام‌های حقوقی اکثر کشورها نیز، در حال حاضر مسئولیت مدنی پزشک را قراردادی می‌دانند (از جمله یونان ۱، بلژیک ۲، مصر ۳، اردن ۴، ...). در حقوق کشور ما نیز پیش‌بینی شرط براءت در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ۵/۲/۱ صرفاً در قالب یک رابطه قراردادی قابل تصور است. قوام و پایداری این ارتباط به حفظ تمامیت قرارداد مزبور بین پزشک و بیمار بستگی دارد. مادام که چنین باشد بروز اختلاف میان بیمار و پزشک (همانند سایر توافقات دوجانبه) محتمل است. روزانه شاهد آن هستیم که روابط پزشک و بیمار ارتباطی پر مناقشه می‌باشد و آمار قابل توجهی از شکایات و پرونده‌های مطروحه در دادگستری به این روابط تعلق دارد. لذا شناخت ماهیت حقوقی و ویژگی‌های این قرارداد از اهمیت زیادی برخوردار است. از یک طرف در مباحث نظری حقوقی تعیین نوع قرارداد، اصالت و ارزش ذاتی دارد و از طرف دیگر در موارد سکوت و یا ابهام مفاد قرارداد، می‌توان از ویژگی‌های خاص قرارداد تعیین شده برای تبیین اوصاف و احکام قرارداد، تشخیص آثار و تعهدات طرفین و متعاقباً حل و فصل خصومت استفاده نمود. تمامی سخن در یافتن یک مبنای علمی و منصفانه برای این قرارداد است. ماهیتی که با مبنای فقهی و حقوقی ما سازگاری داشته باشد. حقوق بدون مبنای علمی، دوام و بدون سازگاری با عرف و مذهب و اخلاق مقبولیت عمومی نمی‌یابد. سؤالات اساسی این تحقیق عبارتند از: ماهیت حقوقی قرارداد پزشکی چیست؟ در تحلیل ماهیت حقوقی این قرارداد (همانند هر قراردادی) آیا صرفاً بررسی و شناخت تعهدات طرفین قرارداد کافی است؟ یا شناسایی مفهومی دیگر پیش از عقد لازم است؟ به عبارتی دیگر در شناخت ماهیت قرارداد پزشکی، آیا می‌بایست بین دو مفهوم: اثر اصلی و مستقیم قرارداد و آثار فرعی و غیرمستقیم آن فرق قائل شد؟ پس از تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پزشکی و تشخیص سبب ایجاد آن (نوع عقد مناسب) صفات و ویژگی‌های آن کدام است؟ با توجه به اینکه در آثار و تألیفات کنونی حقوقدانان، برای تحلیل و بررسی این قرارداد، صرفاً به بررسی مفهوم «مسئولیت پزشک» پرداخته شده است لذا به‌ناچار توجه به خود تعهد و موضوع آن معطوف گردیده است.

فرضی که این مقاله به دنبال اثبات آن است این است که، در مسیر شناخت ماهیت حقوقی قرارداد پزشکی می‌بایست به دنبال اثر اصلی و مستقیم این قرارداد بود و تعهدات طرفین (پزشک و بیمار) اثر فرعی قرارداد است. علت گره خوردن اراده دو طرف عقد، همواره خلق یک ماهیت حقوقی است، نه خلق تعهدات. می‌دانیم هر قراردادی کماکان تعهداتی نیز برای طرفین به همراه دارد، در نتیجه آنچه طرفین قرارداد

پزشکی را به تمهید قرارداد به عنوان یک سبب حقوقی تشحید می‌کند نه این تعهدات بلکه ماهیتی به نام «استنابه» است. در پرتو «نیابت» است که پزشک شأنی قانونی و مناسب جهت تصرف از جانب بیمار بر روی جسم و جان وی را دارا می‌شود. به عبارت دیگر در گرو «نیابت» است که پزشک چنین جایگاه والائی (همانند خود بیمار) پیدا می‌کند. پس از بیان مقدمه فوق، مطالب این مقاله را در بخش‌های ذیل بررسی می‌شود:

## ۲- کلیاتی در مورد قرارداد پزشکی

### ۱-۲- تعریف قرارداد پزشکی

اکثر نویسندگانی که در این خصوص دارای آثاری هستند<sup>۶</sup> در تعریف این قرارداد دنباله‌رو نظر یکی از صاحب‌نظران و اساتید برجسته حقوق می‌باشند. ایشان در تعریف قرارداد پزشکی که از آن به قرارداد درمان یاد می‌کند معتقد است: درمان بیمار از جمله مشاغلی است که انجام آن بسته به شرایط مختلف می‌تواند واجب عینی یا کفایی باشد، اما وجوب آن منافاتی با گرفتن دستمزد از سوی پزشک ندارد، و با استناد به این مقدمه ایشان بیان می‌دارند: برقراری رابطه مالی بین پزشک و بیمار می‌طلبد که نوعی قرارداد میان آن‌ها تنظیم شود تا براساس قاعده «منع غرر» فاقد هرگونه ابهام در تعهدات هریک از دو طرف آن باشد. در تألیفات ایشان قرارداد درمان عبارت است از: «قراردادی است شفاهی یا نوشتاری که براساس آن پزشک یا مراکز درمانی با بیمار توافق می‌کنند که در مدت معین (مدت زمان لازم) و در ازای دریافت مبلغ معین به تشخیص بیماری یا درمان وی مبادرت ورزند.» (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۲۸).

### ۲-۲- انواع قرارداد پزشکی

در انتهای این بحث به طوری که باعث اطاله کلام نگردد، به اختصار باید گفته شود: خدماتی که به موجب قراردادهای پزشکی در مطب‌های پزشکان، بیمارستان‌ها، زایشگاه‌ها، پلی‌کلینیک‌ها، آسایشگاه‌ها، داروخانه‌ها، و سایر مراکز پزشکی ارائه می‌گردد غیرقابل شمارش هستند. صرف‌نظر از قراردادهای مختلف علمی و پژوهشی در حوزه‌های مختلف علوم پزشکی به طور کلی این قراردادها عبارتند از:

### ۱-۲-۲- قرارداد درمان مستقیم و غیرمستقیم

قرارداد درمان مستقیم؛ منظور از قرارداد درمانی مستقیم قراردادی است که بین بیمار و یکی از گروه‌های پزشکی جهت تشخیص یا درمان بیمار منعقد می‌شود. قرارداد درمان غیرمستقیم؛ در این نوع قرارداد بیمار به‌طور مستقیم با کادر درمانی رابطه مالی برقرار نمی‌کند، بلکه این قرارداد بین بیمار و یک مؤسسه درمانی منعقد می‌شود. در این حالت بیمارستان یا مرکز درمانی انجام تمامی اقدامات لازم پزشکی را برای بیمار منعقد می‌کند (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۲۹-۱۲۸).

## ۲-۲-۲- قرارداد های پزشکی غیر درمانی

همه قرارداد های پزشکی الزاماً برای معالجه و مداوا به معنای خاص نمی‌باشند. شخصی که قراردادی با جراحی پلاستیک برای جراحی زیبایی بینی خود منعقد می‌کند، ممکن است هیچ‌گونه بیماری جسمی نداشته باشد و عمل جراحی صرفاً برای زیبایی باشد. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ مشروع بودن عمل طبی کفایت می‌کند و بدین ترتیب اعمالی مثل جراحی پلاستیک که دلیلی بر حرمت شرعی آن وجود ندارد، هر چند ضروری نیستند، می‌توانند موضوع قرارداد پزشکی قرار گیرند.

## ۳-۲-۲- قرارداد های پزشکی باطل

برای اعتبار هر قرارداد، دو مبنا شناخته شده است. اراده و قانون. وصف ارادی بیانگر خاستگاه اصلی قرارداد یعنی اراده انسان است. از اصل حاکمیت اراده در قراردادها، آزادی شخص در انشای قرارداد، انتخاب نوع و طرف قرارداد و تعیین حدود و آثار آن به دست می‌آید که به عنوان اصل آزادی قراردادها شناخته می‌شود. اصل آزادی قراردادها به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده است و در هر جایی که نمی‌توان از این وسیله استفاده مطلوب را برد، قانون آن را محدود می‌سازد. چنانکه در ماده ۱۰ قانون مدنی نفوذ قراردادهای خصوصی منوط بر این شده است که مخالف صریح قانون نباشد. همچنین در ماده ۹۷۵ همان قانون آمده است که محکمه نمی‌تواند قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی بوده اجرا نماید.

در واقع سه عامل خارج از قرارداد یعنی قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه آزادی اراده را محدود می‌سازد. جهت مصادیق مختلف قراردادهای پزشکی که مخالفت صریح با قانون داشته باشد برای مثال می‌توان: «سقط جنین غیر درمانی» را نام برد که به موجب ماده ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ ممنوع و جرم شناخته شده است. همچنین مقررات مربوط به قراردادهای پزشکی با نظام عمومی ارتباط زیادی دارد و هیچ‌کس نمی‌تواند به وسیله قرارداد خصوصی بر آن تجاوز نماید. مثلاً قراردادی که به منظور بهره‌برداری نامشروع از حرفه پزشکی

منعقد شود و آن را به صورت تجارت و جلب منافع در آورد باطل است (پلینول و ریپرواسمن به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱۲۳). به هر روی چنانچه نوع معینی از قرارداد پزشکی با حرمت شرعی مواجه شده باشد، برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است و باطل است.

### ۳- ماهیت حقوقی قراردادها (بطور کلی)

#### ۳-۱- مقتضای ذات عقد و ضابطه شناسائی نوع عقد

مقتضای ذات عقد در اصطلاح حقوقی، اثری است که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهد مانند: انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۶۷۷). از دید نویسندگان حقوق، مقتضای ذات عقد، امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌گردد و می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست (امامی، ۱۳۷۱، ۲۷۸: ۱). هر نوع از عقود مقتضای مخصوصی دارد که مستقیم بسبب آن حاصل می‌گردد. چنانچه مقتضای عقد بیع، مالکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع می‌باشد و مقتضای وکالت اعطای نیابت و اذن در تصرف می‌باشد بدین معنی که اثر مستقیم عقد وکالت است. در معاملات معوض دو مقتضای و در معاملات غیرمعوض، یک مقتضای موجود است: زیرا، هر تعهد و یا تملیک دارای مقتضای خاصی می‌باشد. هنگامی که طرف‌های قراردادی می‌خواهد به رابطه حقوقی موردنظر خود تحقق بخشند، عقدی را که با لحاظ آثار و احکام حقوقی خاص آن (در عقود معین) می‌تواند چنین رابطه‌ای را ایجاد کند، شناخته و انتخاب می‌کنند و آن را مورد انشاء قرار می‌دهند. پس شناسائی عقد معین برای انشاء، براساس آثار و احکام و نیز شرایط مقرر قانونی آن، انجام می‌شود. اما هرگاه بخواهیم نوع عقدی را که به وسیله طرف‌های آن منعقد شده است بشناسیم و مورد بررسی قرار دهیم، از چه ضابطه‌ای باید بهره بگیریم؟ در پاسخ به این سؤال و به عنوان یک قاعده کلی (چه در عقود معین و چه در عقود نامعین) باید گفت: نوع عقد را باید از اثر اصلی که طرفین از تشکیل عقد در نظر داشته‌اند شناخت.

برخی از صاحب‌نظران و اساتید حقوق بر این باورند که: روشن است که نوع عقد منعقد شده را نمی‌توان از شرایط و احکام آن تشخیص داد زیرا لزوم اجتماع شرایط خاص و ثبوت احکام خاص قانونی برای عقد، منوط به تشخیص نوع عقد در مرحله نخست می‌باشد، نه اینکه تشخیص نوع عقد، متفرع بر شناسائی شرایط و احکام عقد باشد (شهیدی، ۱۳۸۸، ۱۰۸). منظور از تشخیص ماهیت قرارداد، شناسائی ذات آن است و شناسائی ماهیت یک قرارداد، پیش از تشخیص آثار آن قرارداد ضرورت دارد (شهیدی، ۱۳۸۸، ۲۹۲) برای مثال چنانچه برای تبیین ماهیت حقوقی قرارداد بیع توجه به بررسی تعهدات طرفین قرارداد یعنی: تعهد بایع به تحویل مبیع و تعهد مشتری به تحویل ثمن، معطوف گردد،

آن‌گاه به راحتی در شناخت ماهیت حقوقی این قرارداد دچار اشتباه شده، و عقد را عهدی تشخیص می‌دهیم حال آنکه اثر اصلی و مستقیم یا مقتضای ذات عقد بیع تملیک است.

### ۲-۲- عناصر ماهیت قرارداد

شناخت ماهیت عمل حقوقی عقد به منظور درک صحیح از عقود و شرایط آنها بسیار حائز اهمیت است. ماهیت عقد از سه دسته عناصر تشکیل می‌شود: دسته اول مربوط به تملیکی یا عهدی یا اذنی بودن عقد است. دسته دوم مربوط به معاوضی یا غیرمعاوضی بودن عقد است و دسته سوم مربوط به ضمانی یا امانی بودن عقد است، که حاصل این عناصر ماهیت عقد را می‌سازد و هر عقدی به حسب هریک از موارد گفته شده قالبی می‌یابد. محور اصلی این عناصر سه‌گانه، عنصر دسته اول یعنی: تملیکی یا عهدی یا اذنی است که شرط بر خلاف آن نفی ماهیت عقد می‌کند و چنین شرطی باطل و مبطل عقد است (اسماعیل تبار، ۱۳۸۸، ۴۸).

### ۳-۲- آثار ماهیت شناسی در عقود

اثرهای عقد از جمله: تملیکی و معاوضی بودن یا امانی بودن متوقف بر شناخت ذات عقد است. عقود چه معین و یا نامعین باشند از این سه عنصر اصلی خارج نیستند و بر همین اساس ماهیت عقود در فقه امامیه و حقوق مدنی مورد بررسی و تطبیق قرار می‌گیرد (اسماعیل تبار، ۱۳۸۸، ۵۱). خلاصه اینکه: مطابق تعریف تحلیلی که حقوقدانان از عقد بیان می‌دارند، عقد عبارت از: همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد یک «ماهیت حقوقی» (شهیدی، ۱۳۸۸، ۴۸). وجود حقوق و تعهداتی که از یک قرارداد ناشی می‌شود نمی‌تواند مبین نوع قرارداد و تعریف آن باشد زیرا هر قراردادی کم و بیش تعهداتی را فی‌مابین طرفین آن ایجاد می‌کنند. باید دید آیا این تعهدات اثر اصلی و مستقیم یا ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد است یا خیر؟ حقیقت این است که در حقوق ما، عقد تنها به عنوان منبع تعهد بکار نمی‌آید و اصالت بیشتری دارد. گاه باعث ایجاد و انتقال حق عینی می‌شود، گاه مبنای ایجاد شخصیت حقوقی قرار می‌گیرد، در زمانی تعهد را منتقل و ساقط می‌کند (حواله)، و گاه نیز باعث اعطای نیابت می‌شود و اذن در تصرف به دیگران می‌دهد. برای مثال درست است که در عقد نیابتی عاریه یا ودیعه، گیرنده مال مکلف است که در حفظ مالی که به او داده شده است بکوشد و آن را در موعد مقرر یا به محض مطالبه مالک در اختیار او گذارد، ولی این تعهد نتیجه اجرای نیابتی است که به او داده شده و با قبض مال ایجاد می‌شود. اثر اساسی و اصلی عقد و آنچه موضوع انشاء قرار

می‌گیرد، اعطای نیابت در انتفاع یا نگهداری به مستعیر و امین است. در چنین عقودی به دشواری می‌توان ادعا کرد که مالک تعهدی در برابر دیگران کرده و مورد قبول آنان قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۰: ۱).

در تعریف یک قرارداد می‌بایست از اختلاط عقد با تعهد خودداری کرد، تعهد اثر عقد است نه خود آن. به نظر می‌رسد این برداشت ناصحیح مشابه، اقتباس نامناسبی است که با به باور عموم حقوقدانان، در زمان تصویب ماده ۱۸۳ (تعریف عقد) توسط نویسندگان قانون مدنی از روی ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه صورت گرفته است (شهیدی، ۱۳۸۸، ۳۸). ولی نویسندگان ماده ۱۸۳ قانون مدنی بدین گمان که در مفهوم تعهد نیز نوعی تراضی پنهان است اثر و مؤثر را در هم آمیخته‌اند.

در فقه نیز از این اختلاطها پرهیز شده است. چنانکه نائینی بر تعریف نویسندگانی که بیع را «انتقال عین از شخص به دیگری در برابر عوض معین و از راه تراضی» گفته‌اند، ایراد کرده است که «انتقال اثر خرید و فروش است نه خود بیع» (نائینی به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۶: ۱). زمانی که هنوز «ماهیت حقوقی» یک رابطه را تحلیل نکرده باشیم، شناسائی سبب ایجاد آن بوسیله بیان تعهدات طرفین ما را دچار اشتباه می‌سازد. با تبیین ماهیت حقوقی یک رابطه و تشخیص سبب ایجاد آن می‌توان مبنایی فراهم ساخت که هم به مقدمات و هم به آثار و لوازم نظر خود پایبند بود.

## ۴- تحلیل مبانی حقوقی قرارداد پزشکی

### ۴-۱- نقد و بررسی نظرات مشهور

مسئله قراردادی بودن مسئولیت پزشک در مواقعی که بیمار با رضایت خود به وی مراجعه می‌کند، علاوه بر اینکه در حقوق ایران پذیرفته شده است و می‌تواند زمینه بسیاری از ناهنجاری‌های موجود را از میان برد، در هر حال مسئله‌ای اجماعی میان حقوقدانان نیز می‌باشد ۱۰.

ولیکن در این‌که قرارداد پزشکی (درمان) جزء کدامیک از قراردادهای متعارف هستند، اتفاق نظر نمی‌باشد ولی در ذیل به مقایسه این قرارداد با برخی از عقود که کم و بیش با ماهیت این نهاد شباهت دارد پرداخته می‌شود تا بتوان از این رهگذر جایگاه مناسب و شایسته آن را در حقوق ایران باز شناخت. پس از شناخت «ماهیت حقوقی» این قرارداد می‌توان به روشی اصولی و حقوقی، اوصاف و خصوصیات این قرارداد را بر پایه «ماهیت حقوقی» شناخته شده، بنا ساخت.



## ۴-۱-۱- عقد اجاره اشخاص

به موجب ماده ۴۶۷ قانون مدنی، مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد. ماده ۵۱۳ همان قانون اجاره اشخاص را شامل: ۱- اجاره خدمه و کارگران از هر قبیل ۲- اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص یا مال التجاره دانسته است. اما از نظر فقهی اجاره اشخاص بر دو قسم است. اجیر خاص و اجیر عام. اجیر خاص: به کسی گفته می شود که خود را برای مدت معین به اجاره می دهد، به نحوی که تمام منافع یا منفعت خاصی از او، در مدت قرارداد متعلق به مستأجر باشد. در این قرارداد منفعت شخص اجیر واگذار (تملیک) می شود<sup>۱</sup>. بدین معنا که نتیجه مورد نظر طرفین تنها انجام دادن کار معین نیست بلکه انجام دادن آن کار به وسیله اجیر است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ۵۵۹). اما اجیر عام یا مشترک کسی است که انجام کاری را در مقابل فرد به عهده می گیرد، بدون آن که منفعت کار خود را در زمان معین به طرف قرارداد واگذار نموده باشد. اجیر عام می تواند عمل مورد تعهد را خود انجام دهد و یا به شخص ثالث واگذار کند که از طرف او انجام دهد. به عبارتی خصوصیت اجیر مورد نظر نیست. برخلاف اجیر خاص آزادی کار خود را در هیچ زمانی از دست نمی دهد و می تواند انجام چندین کار را در زمان واحد به عهده بگیرد مانند: خیاط و صنعت گر و ... لذا اجاره عام برخلاف اجاره خاص و اجاره اشیاء تملیکی نیست، بلکه عهده ای است.

برخی از فقها خدماتی را که پزشک در چهارچوب قرارداد معالجه به بیمار ارائه می دهد را با موضوع خدماتی که اجیر عام انجام می دهد قابل مقایسه دانسته اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۹، ق، ۶۳۴؛ عبدالناصر، ۱۴۱۱، ق، ۳۰۷: ۲) و برخی از حقوقدانان نیز برای ذکر نمونه هایی از اجاره عام که از درجه استقلال بیشتری برخوردار است، به قرارداد پزشک و وکیل دادگستری با بیمار و موکل اشاره کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴۵۲: ۱). وقتی که اجیر برای عملی که شخصاً انجام دهد (اجیر خاص) بمیرد، همین طور وقتی که بیمار که موضوع عمل یا خدمت است بمیرد، عقد اجاره باطل می شود، زیرا موضوعی برای عقد وجود ندارد. اگر پزشکی برای معالجه بیماری اجاره شود (مثلاً کندن دندان) بعد از عقد، از درد از بین بروید عقد اجاره منفسخ می شود (یزدی، ۱۹۹۰، م، ۴۱۳). مشابهت های دیگری هم بین عقد اجاره اشخاص و قرارداد پزشکی دیده می شود که در کتب فقهی مورد بحث قرار گرفته است. در ازمنه قدیم، مبادرت به امور پزشکی به عنوان یکی از ضروری ترین نیازهای هر جامعه، مقررات خاصی نداشت. و افراد برحسب ذوق و علاقه خود به معلم پزشکی و حرفه طبابت روی می آوردند (نجم آبادی، ۱۳۴۱، ۳۹).

پای بندی فقها به قالب های سنتی شرعی عقود (عقود معین)، باعث شد، عقد اجاره اشخاص را که نهادی برای تمامی خدمات یدی و فکری انسان ها به همدیگر بود و نزدیک ترین مشابهت را داشته است، برگزینند و احکام روابط پزشک و بیمار را در آن مورد بحث قرار دادند. مهم ترین ایراداتی که بر نظریه اجاره اشخاص وارد است بدین شرح است:

اول اینکه: بنظر می‌رسد آنچه تفاوت «ماهیت حقوقی» قرارداد پزشکی و اجاره عام را نشان می‌دهد، نوع تعهد است. در اجاره عام مورد تعهد یعنی کاری که اجیر باید انجام دهد، معین و در واقع تحصیل نتیجه است. کار خیاط یا مقاطعه‌کار ساختمان را با موضوع تعهد پزشک یا وکیل مقایسه کنید. تعهد خیاط یا مقاطعه‌کار ساختمان که از مصادیق بارز اجیر عام هستند، ناظر به تحصیل نتیجه، یعنی دوخت لباس معین و یا احداث ساختمان به ترتیب منظور در قرارداد مقاطعه‌کاری است، در واقع نامعلوم بودن کاری که اجیر عام باید انجام دهد، موجب بطلان اجاره است، در حالی که نتیجه‌ای که پزشک یا وکیل برای تحصیل آن تلاش می‌کنند (شفاء - اخذ حکم به نفع موکل) از آنجا که در سیطره و تحت اقتدار آنان نیست، موضوع تعهد نمی‌تواند باشد. به عبارت دیگر تعهد اجیر، تعهد به نتیجه است و باید نتیجه مورد توافق را به‌دست آورد تا مستحق گرفتن اجرت باشد. ولی تعهد پزشک علی‌الاصول تعهد به وسیله است و بهبودی بیمار شرط اجرای تعهد نیست.

دوم اینکه: اجیر مشترک که خدمات او با خدمات پزشک به بیمار قابل تطبیق دانسته شد، می‌تواند عمل مورد تعهد خود را به شخص ثالث واگذار کند که از طرف او انجام دهد و خصوصیت اجیر موردنظر نیست. ولی در قرارداد پزشکی شخصیت پزشک (شهرت، تبحر، تجربه، مرتبه علمی و ...) نقش عمده و اساسی دارد و نمی‌توان انجام عمل جراحی تعهد شده را به دیگری واگذار نماید.

به عنوان سومین ایراد باید گفت: در قرارداد اجاره، اجیر تحت نظارت و به فرمان کارفرما است و رابطه تبعیت موجود است. ولی این رابطه بین پزشک و بیمار وجود ندارد. پزشک آزادی کامل در تطبیق و اجرای اصول فنی و حرفه‌ای دارد. برخی از فقها ایراد کرده‌اند که تطبیق اجاره اشخاص با قرارداد پزشکی با مشکلاتی مواجه است از جمله اینکه در قرارداد درمانی، پزشک (اجیر) تابع بیمار (مستأجر) نبوده و به علت برخورداری از دانش و مهارت در انجام اقدامات پزشکی از بیمار خود تبعیت نمی‌کند (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۳۳).

#### ۴-۱-۲- عقد جعاله

تعیین چگونگی و مقدار کاری که باید انجام شود همیشه امکان‌پذیر نیست و از پیش به درستی نمی‌توان پیش‌بینی کرد که برای رسیدن به نتیجه مطلوب چه باید کرد. افراد جامعه به چنین توافقی نیاز دارند و همیشه نمی‌توان انتظار داشت که دستمزد در برابر کار معین پرداخته شود. جعاله نیز به همین منظور و با این فایده در زمره عقود معین آمده است. ماده ۵۶۱ قانون مدنی در تعریف جعاله می‌گوید: «جعاله عبارت است از التزام شخص به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین» و ماده ۵۶۴ قانون مدنی در بیان مزیت آن مقرر می‌دارد: «در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.» به کار بردن عبارت «التزام» به جای «عقد» در تعریف جعاله، همچنین بکار بردن عبارت «... جعاله تعهدی است جایز...» در ماده ۵۶۵ قانون مدنی باعث شده، در

بین نویسندگان حقوق مدنی بین عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف شده است: البته لازم به ذکر است که این اختلاف در بین فقهای امامیه نیز به چشم می‌خورد<sup>۱۲</sup>.

در عقد بودن جعاله خاص کمتر تردید شده است. زیرا اگر کسی به دیگران پیشنهاد انجام کاری را در برابر گرفتن مبلغ معین بکند و او پیشنهاد را بپذیرد و کار موردنظر را انجام دهد، منشاء تعهدها توافق آن دو است. اشکال عمده در جایی است که جعاله به طرف عموم انشاء می‌شود و کسی پیش از آگاه شدن به التزام جاعل، کار موردنظر او را انجام می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۲۴۵: ۲). برخی از فقها و حقوقدانان بر این باورند که قرارداد پزشکی را می‌توان در چارچوب عقد جعاله تعریف کرد<sup>۱۳</sup>. به اعتقاد یکی از فقها منظور کردن قرارداد پزشکی در قالب «جعاله» دو مزیت به دنبال دارد: یکی عدم نیاز به معلوم بودن دو طرف عقد و موضوع آن دیگری جایز بودن عقد و امکان انصراف هریک از پزشک و بیمار از ادامه قرارداد، بدون اینکه هریک از آن‌ها از فسخ قرارداد متضرر شوند (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۳۵). ولی به نظر می‌رسد قرارداد جعاله نیز قابل انطباق با قرارداد پزشکی نیست زیرا:

اولاً: در عقد جعاله، عامل هیچ تعهدی نمی‌کند و مطابق ماده ۵۶۱ و ۵۶۲ قانون مدنی تعهد و التزام از برای جاعل است. در حالی که تعهد اصلی در قرارداد پزشکی، متوجه پزشک است.

ثانیاً: تعهد جاعل به پرداخت عوض (جعل) معلق و منوط به تحصیل نتیجه است. به عبارت دیگر انجام کار و تلاش به منظور تحصیل نتیجه، عامل را مستحق عوض نمی‌کند. در حالی که استحقاق پزشک به دریافت هزینه درمان، منوط به تحصیل نتیجه نیست عدم تحصیل نتیجه هیچ حکایتی از عدم انجام تعهد و عدم استحقاق به دریافت هزینه درمان ندارد.

#### ۴-۱-۳- عقد نامعین (قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی)

در حال حاضر گروهی از حقوقدانان چون قرارداد درمانی را با توجه به آثار، شرایط انعقاد، موضوع و هدف، قابل تطبیق با هیچ‌یک از عقود متعارف ندانسته‌اند، لذا توافق بین بیمار و پزشک یا مؤسسه درمانی، را از انواع قراردادی خصوصی به حساب آورده و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و تابع قواعد عمومی قراردادها دانسته‌اند. با این وجود ایشان به برخی از مزایای قابل انطباق دانستن قرارداد پزشکی با عقد اجاره اشخاص و جعاله اذعان نموده‌اند<sup>۱۴</sup>، اما در نهایت معتقد هستند: برخی از چالش‌ها باعث گردیده است این گونه قراردادها را بیرون از قالب عقود معین بررسی نمائیم (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۳۱ و ۱۳۶). به پیروی از این نظر، یکی دیگر از نویسندگان معتقد است: از بررسی نظرات قبلی بدست آمد که هیچ‌یک از آنان (عقد اجاره اشخاص و عقد جعاله)، به‌طور کامل در برگیرنده اوصاف و خصوصیات قرارداد پزشکی نیست. همچنین

وضع قوانین عدیده (از سال ۱۲۹۰ شمسی که قانون طبابت تصویب شد)، در رابطه با پزشکی حکایت از این دارد که این قرارداد در هیچ یک از قالب‌های از پیش تعیین شده عقود معین نمی‌گنجد. و منطبق دانستن این قرارداد با یکی از عقود معین اجاره اشخاص یا جعاله یا ...، مسئولیت زیادی که متناسب با این تنوع قانونگذاری باشد را متوجه پزشک نمی‌کند. لذا مطابق نظری که هم‌اکنون شهرت نیز یافته است: چون رابطه حقوقی پزشک با بیماران خود با هیچ یک از عقود معین به طور کامل منطبق نیست و پزشک علاوه بر الزامات قراردادی خود ناگذیر از پذیرفتن الزامات قانونی حرفه‌ای خود می‌باشد، لذا چاره‌ای جز این باقی نمی‌ماند که آن را از جمله عقود نامعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی بدانیم و در قالب قراردادهای خصوصی بررسی شود (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹، ۱۴۲). این عده از نویسندگان در زمینه اوصاف و ویژگی‌ها این قرارداد، به آراء و نظرات متفاوتی رسیده‌اند، گروهی به این دلیل که موضوع این قرارداد حفظ جان و زندگی انسان‌هاست، این قرارداد را از طرف پزشک، لازم دانسته‌اند و همچنین با این توضیح که وجوب (عینی یا کفائی) درمان منافاتی با گرفتن دستمزد از سوی پزشک ندارد، آن را معاوضی دانسته است (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۳۰-۱۲۹) و گروهی دیگر صرفاً براساس یک آئین‌نامه صنفی ۱۵ آن را نسبت به پزشک لازم دانسته‌اند و نسبت به بیمار جایز به نظر می‌رسد بر عقیده این حقوقدانان مسائل و ایرادات ذیل قابل طرح باشد:

اولاً: جهت تحلیل قرارداد درمان و مقایسه این قرارداد با قالب‌های متعارف در فقه اسلامی و حقوق مدنی، مقایسه آثار و شرایط انعقاد و احکام آن با این قالب‌های شناخته شده مفید فایده نیست، به نظر می‌رسد آنچه می‌بایست اساس تطبیق با قالب‌های مذکور را بگیرد، «ماهیت حقوقی» یک رابطه باشد نه آثار فرعی، شرایط انعقاد احکام یا عواملی دیگر. حقوقدانان ما به صراحت بیان داشته‌اند: روشن است که نوع عقد منعقد شده را نمی‌توان از شرایط و احکام آن تشخیص داد زیرا لزوم اجتماع شرایط خاص و ثبوت احکام خاص قانونی برای عقود، منوط به تشخیص نوع عقد در مرحله نخست می‌باشد، نه این که تشخیص نوع عقد، متفرع بر شناسائی شرایط و احکام عقد باشد (شهیدی، ۱۳۸۸، ۱۰۸). و همچنین می‌دانیم که منظور از تشخیص ماهیت قرارداد، شناسائی ذات آن است. و شناسائی ماهیت یک قرارداد بیش از تشخیص آثار آن قرار دارد ضرورت دارد (شهیدی، ۱۳۸۸، ۲۹۲).

ثانیاً: این نویسندگان، بدون تحلیل «ماهیت حقوقی» که قرارداد برای خلق آن تشکیل می‌شود، به تبیین نوع قرارداد پرداخته‌اند و چون قرارداد درمان را عهدی دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۲۷) این قرارداد را به ظاهر منطبق با هیچ یک از عقود معین که منشاء ایجاد یک رابطه عهدی باشد نیافته‌اند، ناچار قرارداد پزشکی را یک عقد نامعین دانسته‌اند، متأسفانه این نویسندگان به نتایج حقوقی نظر خود پای‌بند نبوده‌اند. چرا که از لوازم نامعین دانستن یک عقد و عهدی محسوب کردن آن التزام به نتایجی مانند: لزوم عقد، معوض دانستن عقد، معلوم و معین بودن مورد معامله در لحظه انعقاد قرارداد، و حق حبس برای طرفین است.

ثالثاً: کسانی که قرارداد پزشک و بیمار را «نامعین» در نظر گرفته‌اند، آثار آن را تعهدات پزشک و بیمار دانسته‌اند و این تعهدات را عوضین قرارداد شناخته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۳۰؛ شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹، ۱۴۶-۱۴۵). اما جای این پرسش اساسی باقی است که، اگر تعهدات پزشک (به درمان) و بیمار (به پرداخت هزینه درمان) عوضین قرارداد باشد، چگونه ممکن است حدود تعهدات پزشک «نامعلوم» و «هزینه درمان» هم «نامعین» باشد؟ به کرات دیده شده که دقت و اصرار زیادی بر تعیین حدود اقداماتی که پزشک باید به آن بپردازد، و مبلغی که بیمار می‌بایست پرداخت نماید، نمی‌شود بلکه به تدریج و در مسیر درمان این‌گونه موارد معلوم می‌گردد، اگر جزئیات تعهد معلوم بود، علم تفصیلی وجود داشت ولی در نوع تعهدات پزشک (تعهد به وسیله) اجزاء تعهد معلوم نیست، پس تحصیل علم تفصیلی ممکن نیست. حال اگر تعهد پزشک و بیمار عوضین یک قرارداد عهدی باشد، می‌بایست میزان این تعهدات به علم تفصیلی نزد طرفین و در لحظه انشای عقد معلوم باشد، افرادی که قرارداد پزشک را با ماهیت عهدی منطبق دانسته‌اند قادر به تحلیل عدم لزوم علم تفصیلی نیستند.

رابعاً: چنانچه قرارداد پزشکی را در قالب قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ قانون مدنی) بدانیم در نتیجه طرفین باید نتایجی را که از عقد انتظار دارند در حدود قانون ذکر کنند و در صورت عدم ذکر آن، نتایج مزبور منتفی خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۸، ۸۰). و در عمل شاهد آن هستیم که روزانه هزاران مورد از این توافقات بین پزشکان با بیماران خود منعقد می‌گردد ولی به علت تألمات ناشی از بیماری و ناخوشی احوال و همچنین عجله بیمار به شروع شدن هرچه سریع‌تر فرایند درمان، عمده انتظارات طرفین مسکوت می‌ماند. حال با توجه به اینکه موضوع قرارداد درمان «جسم و جان» و «سلامتی» انسان‌هاست که همچون هدایای الهی در انسان به امانت گذارده شده است. به نظر می‌رسد در این رابطه اکتفا به قواعد عمومی قراردادها و مسئولیت مدنی پزشک جهت کنترل روابط نابرابر پزشک و بیمار، شیوه‌ایی شایسته برای برخورد با این ودیعه الهی نباشد.

#### ۴-۲- ضرورت شناسائی مفهوم «ماهیت حقوقی» در تحلیل مبانی این قرارداد

در تألیفات و آثار نویسندگانی که در زمینه حقوق پزشکی قلم‌فرسائی نموده‌اند، همه‌جا صحبت از نوع «مسئولیت پزشک» است. و در نهایت این که تعهد پزشک از کدام یک از انواع تعهد (تعهد به وسیله یا تعهد به نتیجه) می‌باشد و بحثی پیرامون «ماهیت حقوقی» رابطه پزشک و بیمار مطرح نگردیده است (عباسی، ۱۳۸۹، ۶۲-۶۷؛ جعفری‌تبار، ۱۳۷۷، ۵۸). در آثاری هم که از تعهدات دو جانبه پزشک به درمان و بیمار به پرداخت هزینه درمان، سخن به میان آمده است گویی خلق این حقوق و تعهدات هدف اصلی و نیازاولی همکاری اراده‌های طرفین قرارداد بوده است! لذا برابر استدلال این گروه می‌بایست به دنبال سبب ایجاد آن بود. بنابراین اگر قراردادی در میان باشد، همان قرارداد را سبب ایجاد تعهدات شناخته و تنها بحثی که در این بین باقی می‌ماند، نوع یا ماهیت این قرارداد است (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۳۱).

ولیکن طرفین آثار را اراده و خلق نمی‌کنند، بلکه «ماهیت حقوقی» موردنظرشان را با تمهید سبب آن ایجاد می‌کنند. اما آنچه در آثار این نویسندگان مشاهده می‌شود، توجه به آثار فرعی قرارداد به جای «ماهیت حقوقی» و گاه پرداختن به سبب به جای ماهیت ناشی از آن است. به نظر می‌رسد در واکاوی و تحلیل این قرارداد، شناسائی این ماهیت ضرورت دارد، همچنان که در سایر قراردادها شناسائی این مفهوم «الزامی» است. پیش‌تر نیز اشاره شد، ماهیت‌شناسی در عقود چه در عقود معین و چه در عقود غیرمعین در فقه امامیه و حقوق مدنی جایگاه ویژه‌ای دارد (اسماعیل‌تبار، ۱۳۸۸، ۵۱). در واقع سؤال اساسی این است، آیا در رابطه پزشک و بیمار ایجاد چنین تعهداتی نیاز به فراهم ساختن سببی می‌باشد، که طرفین برای ایجاد آن اقدام کرده‌اند؟ یا اینکه می‌توان گفت وجود تعهد پزشک به درمان و متقابلاً تعهد بیمار به پرداخت اجرت پزشک، می‌بایست مسبوق به مفهوم دیگری باشد که اساس جواز تصرف پزشک را توجیه کند؟

چنانچه در تحلیل «ماهیت حقوقی» عقد وکالت تعهد وکیل به انجام تصرفاتی در اموال و حقوق مالی (احیاناً غیرمالی) موکل، نیازمند به فراهم ساختن موقعیتی برای وکیل باشد تا جواز تصرف را توجیه کند، آیا شایسته نیست تا بنا به ضرورت قیاس اولویت برای تصرفات پزشک بر روی جسم و جان بیمار، اخذ چنین مجوزی و دارا شدن چنین موقعیتی را الزامی بدانیم؟ به نظر می‌رسد، خلق «ماهیت حقوقی» در رابطه پزشک و بیمار پاسخگوی این نیاز فلسفی حقوقی و حتی اخلاقی برای توجیه این تصرفات باشد.

#### ۴-۳- ماهیت حقوقی و نوع قرارداد برگزیده جهت قرارداد پزشکی و فوائد آن

به نظر می‌رسد، در وهله اول آنچه طرفین را به تمهید قرارداد به عنوان یک سبب حقوقی تشحیذ می‌کند، نه این تعهدات بلکه خلق ماهیتی به نام «استنابه» می‌باشد. همچنان که اثر مستقیم و بی‌واسطه تمامی عقود نیابتی «اذن» است نه تعهد، و التزام در نتیجه اجرای اذن به وجود می‌آید. «استنابه» عمل حقوقی است که به موجب آن یک شخص (اعم از شخص طبیعی یا شخص حقوقی) دیگری یا دیگران را در امری یا امور خاصی (نگهداری از اموال، استفاده از اموال، انجام تصرفات مادی یا حقوقی) نائب خود قرار می‌دهد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۲، ۴۱). با توجه به اینکه «امانت» وصف مشترک عقود نیابتی است، ماهیتی به نام «استنابه» پزشک را مجاز به تصرف در جسم و جان بیمار آن هم به نفع و مصلحت او می‌کند. به نظر می‌رسد، همان‌طوری که اصل استقلال و عدم سلطه بر دیگری اقتضاء می‌کند تا تصرف در مال (جهت نگهداری و یا جهت انتفاع) یا تصرفات مادی و حقوقی در مال یا حقوق دیگری مستلزم یافتن موقعیت و جایگاهی به نام نیابت باشد تا نائب در مقام منوب‌عنه قرار گیرد و با وصف امانت‌داری و مصلحت‌اندیشی به تعهدات خود عمل نماید، لذا بنا به ضرورت قیام اولویت تصرف در جسم و جان یک انسان (به‌عنوان بزرگ‌ترین دارایی) هم مستلزم یافتن چنین موقعیتی است. به عبارت دیگر اگر انسان، مستقل و آزاد است و تحت سلطه و اقتدار هیچ انسان دیگری قرار ندارد، با چه ترتیبی می‌توان موارد اقدام دیگری را به جای او توجیه کرد؟ و یا از آنجا که ضرورت‌های زندگی

اجتماعی گاه اقدام و تصرف دیگری را می‌طلبد، چگونه باید جواز تصرف دیگری را با اصل استقلال و اصل عدم سلطه جمع کرد؟ طرح نظریه «نیابت» به عنوان «ماهیت حقوقی» در رابطه بین پزشک و بیمار، دارای فوائد نیز می‌باشد:

اولاً: نظریه «نیابت» به عنوان ماهیت حقوقی قرارداد پزشکی، بیانگر حرمت و کرامت انسان می‌باشد. چنانچه حقوق جدید با نگاه‌های اجتماعی و اخلاقی مبتنی بر اصول فلسفی با اصالت دادن به بیمار در این رابطه اصل خودمختاری (اتونومی) ۱۶ را مطرح می‌کند، حقوق اسلام نیز با ارائه ماهیت «نیابت» نشان می‌دهد که، انسان برابر قاعده فقهی تسلیط، مسلط به امور، و اموال خویش است و به طریق اولی این سلطه و فرمانروائی بر بدن و جان وی نیز حاکم است. به عبارت دیگر هیچ کسی امکان تصرف در جسم و جان او را ندارد، مگر این که به نیابت از او، در جایگاه و موضع او قرار گیرد و به مصلحت وی اقدام نماید.

ثانیاً: همان طوری که در انتقاد مطرح بر نظریه «عقد غیرمعین» بودن این قرارداد بیان شد، نویسندگانی که قرارداد پزشکی را نامعین در نظر گرفته‌اند آثار آن را تعهدات پزشک و بیمار دانسته‌اند، و این تعهدات را عوضین قرارداد شناخته‌اند. و مطرح شد که جای این پرسش اساسی باقی است که اگر تعهدات پزشک (به درمان) و بیمار (به پرداخت هزینه درمان) عوضین قرارداد باشد. چگونه امکان دارد حدود تعهدات پزشک نامعلوم و هزینه درمان هم، نامعین باشد؟ حال اگر تعهد پزشک و بیمار عوضین یک قرارداد عهدی باشند، می‌بایست میزان این تعهدات به علم تفصیلی فرد طرفین و در لحظه انشای عقد معلوم باشد، و اشاره شد که افرادی که قرارداد پزشکی را با «ماهیت عهدی» منطبق دانسته‌اند قادر به تحلیل «عدم لزوم علم تفصیلی» نیستند. اما بنظر می‌رسد: با مبنایی که در «نیابت» به عنوان ماهیت حقوقی و قرارداد اذنی به عنوان سبب ایجاد آن پیشنهاد گردید، می‌توان پاسخی تقریباً قانع کننده داشته باشیم که تعهدات طرفین عوضین قرارداد نیستند، تا علم تفصیلی به آن لازم باشد.

حال با پذیرش و قبول اذنی بودن قرارداد پزشکی، این قرارداد در قالب کدام یک از دودسته، عقود «معین» و یا «نامعین» قرار می‌گیرد؟ زیرا هر یک از عقود عهدی، تملیکی و اذنی می‌تواند «معین» یا «نامعین» باشد. برخلاف نظر مشهور، به نظر می‌رسد قرارداد پزشکی، منطبق بر ماهیت قرارداد معین و کالت می‌باشد. قرارداد و کالت در فقه و قانون مدنی به قراردادی اطلاق می‌شود که به موجب آن موکل به وکیل «نیابت» برای تصرف در امری می‌دهد. این «امر» مطلق بیان شده ولی برخی نویسندگان آن را به تصرف حقوقی انصراف داده و ماده ۶۶۲ قانون مدنی ۱۸ را نیز صرفاً در سایه این تعبیر از تصرف قابل توجیه دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۰۹).

#### ۴-۴- پیشینه تاریخی

انطباق قرارداد پزشکی با عقد وکالت، از لحاظ تاریخی هم طرفدارانی داشته است. سابقه این نظریه به حقوق رم برمی‌گردد (قهرمانی، ۱۳۷۷، ۹۸). حقوق فرانسه هم، از این نظریه غالب در حقوق رم متأثر شده است «پوتیه» حقوقدان فرانسوی، قرارداد مابین پزشک و بیمار را عقد وکالت می‌دانست. ولیکن برای توجیه حق پزشک در مطالبه دستمزد، به روشی متشبهت گردید که هیچ‌گونه مبنای حقوقی نداشت و در نهایت در بین حقوقدانان موجب ضعف این نظریه گردید. وی جهت توجیه حق پزشک در مطالبه دستمزد (بدون درکی از ماهیت قرارداد وکالت) استدلال نمود: بیمار لازم است که هدیه‌ای به پزشک تقدیم کند تا از باری که بر عهده دارد بکاهد. در واقع ایشان اجرتی که بیمار به پزشک می‌پردازد را از باب هبه معوض می‌دانست (پوتیه به نقل از شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹، ۱۲۵). اما این روش ضعیف استدلال در توجیه حق مطالبه دستمزد توسط پزشک را نباید به پای اصل نظریه وکالت گذاشت. حقوقدانان ما با تمسک به منبع غنی فقه و حقوق اسلامی پاسخ شایسته‌ای به آن داده‌اند. اثر مستقیم عقد وکالت و مقصود اصلی آن صرفاً دادن نیابت است نه اجاره خدمات و از همین نکته ظریف تفاوت اصلی بین وکالت دادن برای انجام کاری با اجیر کردن معلوم می‌شود. در وکالت هدف نایب، گرفتن اختیار است و بس. اعطای این هدف با چیزی مبادله نمی‌شود و تعهد موکل در پرداخت حق‌الوکاله نتیجه اجرای مفاد نمایندگی است. و جنبه فرعی و تبعی دارد. به اعتقاد یکی از صاحب‌نظران اگر گفته شود که وکالت عقد مجانی است و با وجود این موکل می‌بایست دستمزد وکیل را بپردازد، نباید باعث شگفتی شود و یا توهم تعارض برود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۱۳-۱۱۲).

با این استدلال، به راحتی و بر پایه‌ای محکم و استوار پرداخت حق‌الوکاله توسط موکل (یا دستمزد توسط بیمار) توجیه می‌شود. علاوه بر این فقهای ما معتقد هستند که درمان بیمار از جمله مشاغلی است که انجام آن بسته به شرایط مختلف می‌تواند واجب عینی یا کفایی باشد. اما وجوب آن منافاتی با گرفتن دستمزد از سوی پزشک یا کادر درمانی ندارد (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۲۷). به نظر می‌رسد، اجرای تعهد بیمار به پرداخت هزینه درمان، همچنین به استناد قاعده فقهی (احترام مال و عمل انسان) ۱۹ و ماده ۳۳۷ قانون مدنی ۲۰ نیز به خوبی قابل توجیه است.

#### ۴-۵- نقد و بررسی ایرادات مطرح بر این نظریه

پیرامون «ماهیت حقوقی» پیشنهادی (نیابت) و سبب آن (عقد وکالت) ایراداتی عنوان شده است.

اساسی‌ترین این ایرادات در خصوص «موضوع» قرارداد وکالت است. نویسندگانی که این ایراد را مطرح نموده‌اند بر این باورند که موضوع وکالت صرفاً ناظر به انجام «اعمال حقوقی» است و چون «درمان» در شمار «اعمال مادی» می‌باشد، لذا قرارداد پزشکی قابل انطباق با این عقد



نمی‌باشد (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹، ۱۲۷). این گروه در خصوص اختصاص «موضوع» وکالت به «اعمال حقوقی» دنبال‌رو این دکترین می‌باشند که: هرچند در ابتدا از ظاهر ماده ۶۵۶ قانون مدنی چنین برمی‌آید که «موضوع» وکالت ممکن است انجام یک «عمل حقوقی» مانند فروش خانه، یا یک «عمل مادی» مانند: تهیه نقشه ساختمان، یا انجام عمل جراحی یا نقاشی باشد ولیکن به دلیل اینکه پاره‌ای از مواد مربوط به وکالت در صورتی مفهوم درست پیدا می‌کند که نمایندگی مربوط به انجام عمل حقوقی باشد. برای مثال در ماده ۶۷۲ قانون مدنی آمده است که: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد و وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر «اهلیت» داشته باشد.» نتیجه اینکه مفاد ماده در صورتی معنی پیدا می‌کند که وکالت ناظر به انجام «عمل حقوقی» باشد، زیرا تنها در این امور است که «اهلیت» موکل برای تصرف در اموال خود و «اهلیت» وکیل برای انجام آن مطرح می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۰۹).

ولیکن بنظر می‌رسد، این نظر مصون از ایراد نباشد و «اعمال مادی» هم «موضوع» وکالت قرار گیرند. ماده ۶۵۶ قانون مدنی نه فقط در ظاهر، بلکه در باطن نیز برای بیان کلیت امر وکالت قابل اعتناء است. اولاً: برخی از صاحب‌نظران ماده فوق را وسیله شناسائی و معرفی کامل این عقد می‌دانند. ایشان معتقد هستند: انجام امری که به نمایندگی از طرف دیگری محقق می‌شود، گاه «عمل دماغی» و روحی است (مانند اجرای صیغه عقد) و گاه دیگر «عمل جوارحی» است، بدون آنکه احتیاج به قصد انشاء (که عمل دماغی و روحی است) داشته باشد (مانند گرفتن مال از کسی) و گاهی نیز آن عمل ترکیبی از این دو عمل می‌باشد. ایشان در باب «مورد وکالت» به روشنی و «بطور مطلق» بیان می‌دارد: هر آنچه موکل بتواند قانوناً انجام دهد یا اموری که موکل خود «حق» انجام آن را داشته باشد، قابل توکیل است (امامی، ۱۳۷۱، ۲۱۸: ۲) ملاحظه می‌شود که با این تعبیر «اعمال مادی» نیز می‌تواند موضوع وکالت قرار گیرد. نویسنده‌ای دیگر با تأثیرپذیری از نظر ایشان در تعریف عقد وکالت بیان می‌دارد: «... نتیجه آن، استنباط در تصرف است در چیزهایی که موکل «حق» تصرف دارد.» و در ادامه معتقد است توکیل در حیازت مباحات جایز است. مانند آنکه وکالت دهد از رودخانه عمومی نهری بکشد یا از جنگل هیزم جمع کند یا علف بکند (حائری‌شاه‌باغ، ۱۳۸۷، ۵۹۲: ۲). با استفاده از عبارت «تصرف در چیزهایی که موکل حق تصرف در آنها را دارد» (نه اهلیت انجام آن) به خوبی «اعمال مادی» نیز در زمره موضوعات وکالت قرار می‌گیرد. به ویژه اینکه حق سلامتی و تندرستی از برترین حقوقی است که هر شخص از آن برخوردار است. نویسنده دیگر وکالت را هم در مورد «اعمال مادی» و هم در موضوعات و «اعمال حقوقی» جایز می‌داند (رودیجانی، ۱۳۹۰، ۲۷). یکی دیگر از صاحب‌نظران در توضیح ماده ۶۶۲ قانون مدنی به قید اطلاق بیان می‌دارد: هر آنچه قابل «استنباط» باشد می‌تواند «مورد وکالت» قرار گیرد. و در جایی دیگر به صراحت بیان می‌دارد: در موارد مشکوک، اصل حریت اراده، مقتضی جواز وکالت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ۳۵۶ و ۹۱۹).

ثانیاً: در این راستا فقها نیز در خصوص «موضوع وکالت» در تألیفات خود اذعان نموده‌اند که: در آثار فقهای امامیه نیز درباره اختصاص موضوع وکالت به «اعمال حقوقی» تصریحی به چشم نمی‌خورد (طاهری، ۱۳۹۲، ۳۹۶: ۴). با توجه به جمیع استدلال‌ات فوق به نظر می‌رسد، انصراف موضوع وکالت به «امور حقوقی» دارای مجوزی نباشد.

یکی دیگر از ایراداتی که بر انطباق قرارداد پزشکی با عقد وکالت مطرح گردیده است بدین توضیح است که به علت جایز بودن عقد وکالت، وکیل هر وقت بخواهد می‌تواند از وکالت استعفاء دهد و حق فسخ خویش را اعمال کند و این اقدام اصولاً هیچ مسئولیتی برای او ایجاد نمی‌کند. لکن صاحبان حرف پزشکی، مسئول ادامه درمان و مراقبت در حد توانائی و تخصص خود می‌باشند. مگر اینکه بیمار یا بستگان او مایل نباشند. در خصوص جایز بودن قرارداد پزشکی نسبت به بیمار به ماده ۱۹ آیین‌نامه طرز رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی ۲۱ استناد نموده‌اند. خلاصه اینکه این گروه از حقوقدانان معتقدند: براساس ماده ۱۹ آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی، قرارداد پزشکی تنها از طرف پزشک لازم بوده و از سوی بیمار جایز است (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۳۴؛ شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹، ۱۲۸). در پاسخ به این ایراد باید گفت:

اولاً: یک آیین‌نامه انتظامی و صنفی نمی‌تواند ظرفیت تبیین صفات و خصوصیات یک عقد را داشته باشد. صفات و ویژگی‌های اصلی عقود عقود مانند: تملیکی، عهدی، اذنی بودن و یا معاوضی یا غیرمعاوضی بودن و یا ضمانتی و امانی بودن از عناصر ماهیت عقود هستند به روشنی پیداست که کارکرد آیین‌نامه‌های صنفی و انتظامی جهت رعایت نظم و انضباط در بین اعضاء یک صنف می‌باشد. این آیین‌نامه‌ها با اعمال مجازات‌ها و تنبیهات متنوع صنفی برای اعضاء، در نهایت نقش بازدارنده در بروز تخلفات صنفی دارد، نه سازنده ماهیت عقود و قراردادهای.

ثانیاً: از ظاهر ماده ۱۸۶ قانون مدنی ۲۲ و داشتن حق فسخ چنین برداشت می‌گردد، در عقود جایز طرفین «در هر زمان و هر موقعیتی» و «بدون هیچ علتی» مجاز به فسخ آنند و برهم زدن عقود جایز به هیچ سبب خاصی نیاز ندارد. به بیانی دیگر حق فسخ عقد، اختیاری «مطلق» می‌نماید. ولیکن بنا بر رعایت اصل امانت‌داری (که صفت بارز عقود نیابتی همچون وکالت است) و همچنین ضرورت حفظ نظم عمومی می‌توان گفت که این اعمال حق فسخ مطلق نیست و به شیوه‌ایی نامتعارف و لجام گسیخته این حق توان ظهور و بروز ندارد. ماده ۶۶۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و ...» به روشنی پیداست که توقف درمان و یا احیاناً دست کشیدن از عمل جراحی (آن هم پس از قبول به اقدام) نه تنها از مصادیق بارز عدم مصلحت اندیشی درباره بیمار است بلکه خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه و صریح ماده ۹۷۵ قانون مدنی ۲۳ است. اذن موکل، مقید بر این است که وکیل به سود او گام بردارد و چون امینی دلسوز مصلحت او را در نظر داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۸۱). افزون بر اینکه حق فسخ پزشک ابداً به مصلحت بیمار نیست و پزشک در

صورت اعمال این حق به مقتضای امانت رفتار نکرده است. همچنین بر اساس اصل ۴۰ قانون اساسی: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» به نظر می‌رسد که اجرای «نظریه سوءاستفاده از حق» ۲۴ در برابر استعفای وکیل یا حق فسخ پزشک قوی‌تر باشد. زیرا مفاد اصل ۴۰ قانون اساسی گامی به سوی اجتماعی کردن حقوق فردی است.

## ۵- اوصاف پیشنهادی جهت قرارداد پزشکی

### ۵-۱- قرارداد پزشکی عقدی اذنی است

در یک تقسیم‌بندی اساسی، عقد به عهدی و تملیکی تقسیم می‌گردد. پیشینه عقد در برخی نظام‌ها چنان بوده است که، اثر ذاتی عقد را تعهدی می‌دانسته‌اند که ناظر به انجام کار، خودداری از انجام کار یا انتقال مال است. عقد به توافقی که موجب ایجاد تعهد است اطلاق می‌گردد. اما نویسندگان در مقابل عقد عهدی، عقد تملیکی را قرار دادند که مستقیماً موجب انتقال حق عینی مالکیت می‌شود. تقسیم عقد به تملیکی و عهدی را نباید تقسیم حصری دانست، گسترش عقد از منبع ایجاد تعهد به منشاء انتقال حق عینی یک تحول تاریخی است. ولی از ابتدا در حقوق اسلام، عقد سبب انتقال حق عینی و ایجاد سایر ماهیت‌ها بوده است. بی‌تردید عقد اذنی و بحث‌های مربوط به آن در بسیاری از متون فقهی امامیه مطرح شده و بخشی از ابواب معاملات را به خود اختصاص داده است (محقق داماد، ۱۳۹۲، ۱۵۹: ۱). عقد اذنی نشان دهنده ماهیت عقد در مواردی است که اثر اصلی آن ایجاد حق یا تعهد نیست بلکه منبع اذن و نیابت است. هرچند ممکن است تعهداتی هم از آن ناشی شود. این تفاوت صرفاً یک بحث نظری نیست بلکه ملاحظه می‌شود که بسیاری از اوصاف و احکام عقد که منشاء نیابت است با عقد عهدی یا تملیکی قابل جمع نمی‌باشد. درست است که قبل از انعقاد قرارداد بین پزشک و بیمار تعهدی برای طرفین وجود ندارد اما به نظر می‌رسد در وهله اول آنچه طرفین را به تمهید این قرارداد به عنوان یک سبب حقوقی، مشتاق می‌گرداند، نه تعهدات حاصل از قرارداد، بلکه ماهیتی به نام «استنابه» است که پزشک را مجاز به تصرف در جسم و جان بیمار (ضمن رعایت کامل مصلحت‌اندیشی و امانت‌داری) و به نفع و مصلحت او می‌کند.

به همین خاطر به نظر می‌رسد این قرارداد نه عهدی بلکه ماهیتی اذنی دارد. درست است که از عقد اذنی هم، تعهداتی برای طرفین ناشی می‌شود (مانند تعهدات مودع و مستودع یا وکیل و موکل) ولی این تعهدات ماهیت حقوقی قرارداد پزشکی نیستند. به بیانی دیگر ماهیت حقوقی مورد نیازی که سبب ایجاد آن فراهم شده، این تعهدات نیستند، بلکه مفهومی سابق بر آن یعنی «نیابت» است. این مفهوم به موجب اذن بیمار حاصل می‌شود که برخلاف اباحه نمی‌تواند یک جانبه و ایقاع باشد بلکه دو جانبه و در قالب قرارداد واقع می‌شود.

## ۵-۲- قرارداد پزشکی عقدی جایز است

از حیث دوام، عقد به دو دسته عقد لازم و عقد جایز تقسیم می‌گردد. چنانچه هریک از طرفین هر وقت بخواهد بتواند بی‌نیاز از ذکر دلیل یا مجوز خاص، قرارداد را منحل کند، عقد جایز است در غیر این صورت عقد لازم خواهد بود. عقد لازم به اراده دو طرفی که آن را آفریده‌اند قابل انحلال است (تفاسخ). اما اراده یک جانبه در موارد خاص قانونی می‌تواند قرارداد را بر هم زند که خیار نامیده می‌شود. آنچه مسلم است، اصل در قراردادها لزوم است ۲۵ و عقد، منحصراً در موارد خاص قانونی جایز محسوب می‌شود و بی‌دلیل نمی‌توان ادعای جایز بودن عقدی را نمود. یکی از راه‌های اثبات جواز عقد، قراردادن آن در قالب یکی از عقود معین است که جایز بودن آن مورد تصریح قانونگذار است. راه دیگر آن، یافتن معیار جواز عقد است. عقد لازم با اراده دو طرف، حادث می‌شود و ماهیت حقوقی ناشی از آن پس از حدوث، ارتباط خود را با اراده‌های منبع آن از دست می‌دهد. به عبارت دیگر، ماهیت حقوقی ناشی از عقد لازم حدوثاً به اراده طرفین نیازمند است ولی بقائاً نیازی به آن ندارد (شهیدی، ۱۳۸۸، ۹۸) لذا نه عدول یکی از طرفین از اراده خود و نه از بین رفتن منبع اراده (موت و یا حجر) موجب انحلال عقد نیست. ولی عقد جایز خالق ماهیتی است که نه تنها برای پدید آمدن، بلکه برای استمرار و بقاء نیاز به منبع زاینده خود یعنی اراده طرفین دارد. پس هر وقت اراده یا منبع آن زایل شد، ماهیت حقوقی پدیده آمده نیز از بین می‌رود. اما در پاسخ به این سؤال که چه ماهیتی در بقای خود نیاز به اراده طرفین ندارد، گفته شده، حق و تعهد در حدوث خود نیازمند به سبب (اراده) می‌باشند ولی در بقاء و استمرار به آن نیازی ندارند. از این‌رو، عقود عهدی و تملیکی خواه معین باشند، خواه نامعین مشمول اصل لزومند.

ولی نیابت به عنوان ماهیت ناشی از اذن، نه تنها در حدوث که در بقاء نیز به اراده‌های ایجاد کننده آن وابسته است. بنابراین عاریه و وکالت و یا هر عقد اذنی (هر چند نامعین) جایزند. همچنان که در بررسی ماهیت حقوقی قرارداد پزشکی بیان شد، به نظر می‌رسد ماهیت حقوقی این قرارداد «نیابت» است. نیابت ذاتاً متکی به اذن و اراده است، لذا با معیاری که در تشخیص لزوم و جواز ارائه گردید، می‌توان گفت که قرارداد پزشکی اذنی و جایز است.

## ۵-۳- قرارداد پزشکی قراردادی ذاتاً غیر معوض است

در قراردادهای معوض، مقصود اصلی هر دو طرف، به دست آوردن سود مالی و مبادله دو مال است و به طور معمول شخصیت طرف معامل هیچ اثری در تصمیم او ندارد. نمونه بارز قراردادهای معوض، عقد بیع است. در این قراردادها، ملاحظاتی اقتصادی ذات این گونه از قراردادها را تشکیل می‌دهد و مؤلفه اخلاق در عقد معوض راهی ندارد. قصد مشترک طرفین در عقود معوض مبادله دو مورد عقد است. لذا اگر در

قراردادی تعهد یا تملیک دو طرف در برابر هم و پیوسته با هم به وجود نیاید، نباید عقد را معوض دانست. عقودی که بطور مستقیم تنها یکی از دو طرف را مدیون می‌کند مجانی است، هر چند که «اجرای مفاد عقد» نیز باعث تعهد طرف دیگر بشود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۱۶-۱۱۵: ۱). در مقابل، قراردادهای غیرمعوض و مجانی از شائبه سودخواهی و تجارت مبرا هستند. در این قبیل قراردادها، گاه شخص به قصد احسان با دیگری پیمان می‌بندد. با توجه به اینکه قرارداد پزشکی مربوط به صحت و سلامتی افراد یک جامعه است، امکان الحاقی آن به سودجویی، و ملاحظات اقتصادی و معاملات وجود ندارد. همچنین به منظور حفظ قداست علم پزشکی و جلوگیری از تبدیل شدن آن به ابزاری در خدمت مال اندوزی و تجارت، ضرورت دارد تا قرارداد پزشکی را معوض ندانیم. اما این بدین معنا نیست که عمل پزشک بدون دستمزد بماند. همانطوری که قبلاً اشاره شد، پزشکی و عمل درمان هر چند در شرایطی واجب عینی و یا کفایی باشد، اما وجوب آن منافاتی با گرفتن دستمزد از سوی پزشک و مراکز درمانی ندارد (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۲۷). در مباحث قبلی یادآوری شد که اجرای تعهد بیمار (به پرداخت هزینه درمان)، براساس قاعده فقهی حرمت مال و اعمال انسان‌ها همچنین ماده ۳۳۷ قانون مدنی قابل توجیه باشد. همچنین در حوزه علوم پزشکی، اخلاق پزشکی به عنوان یک سرمایه ذاتی و مؤلفه‌ای بیانگر پیوند بین علم پزشکی و وجدان می‌باشد و از جمله نکات محوری مورد مطالعه در علم پزشکی بوده است. تا جایی که «اخلاق پزشکی» به عنوان واحدی درسی برای دانشجویان رشته‌های پزشکی تدریس می‌شده است. در اخلاق پزشکی ما با واژگانی چون، بشریت، شأن و کرامت انسانی، احترام به حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی و ارزش واقعی انسان سروکار داریم (عباسی، ضیایی و جوادی، ۱۳۸۶، ۱۵).

برخی از اندیشمندان حوزه فلسفه اخلاق اعتقاد دارند که هم اکنون علم پزشکی به دلیل از بین رفتن اخلاق در جامعه به دوره‌ای از بی‌ثباتی و پارادایمی وارد شده است. در این دوره، پزشکان باید تمام اوقات پیشین خود را بازبینی کنند و نقش نمایندگی و مسئولیت خود را در قبال جامعه و بیمارانشان مورد بررسی قرار دهند (توماس کوهن، به نقل از منبع پیشین، ۱۶). پیشینه تاریخی علم پزشکی نشان می‌دهد، «رعایت تقوی و پرهیزگاری» و اصول اخلاقی برای پزشکان بیش از دیگران سفارش شده است ۲۶. تا جایی که این مهم در سوگندنامه بقراط به روشنی ذکر شده و همچنین در فرازی از پیمان ژنو (۱۹۴۷) نیز جهت دوری از تجارت و مال‌اندوزی به صراحت قید شده است: «... هنگامی که به عنوان عضوی از صنف پزشکان پذیرفته می‌شوم رسماً متعهد می‌گردم تا زندگیم را در خدمت بشریت وقف کنم...» (عباسی، ضیایی و جوادی، ۱۳۸۶، ۴۵). علاوه بر این به نظر می‌رسد تعبیر تعهد پزشک و بیمار به عوضین قرارداد آثار ناگواری را به همراه داشته باشد.

نتیجه معوض دانستن قرارداد پزشکی، این است که بین تعهدات طرفین، همبستگی به وجود آید. هریک از طرفین در عقد معوض می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل کند. به عبارت دیگر عدم اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین، عذر قانونی برای طرف

مقابل در استنکاف از اجرای تعهد خویش است. آیا این نتایج گریزناپذیر عقد معوض، در قرارداد پزشکی هم قابل اجراست؟ در قراردادهای پزشکی که موضوع آن حفظ جان و کسب سلامتی افراد یک جامعه است، آیا می‌توان گفت پزشک حق دارد اجرای تعهد خود به درمان را منوط به به پرداخت اجرت کند؟ یا عدم اجرای تعهد خود به درمان را با عذر عدم پرداخت هزینه درمان از سوی بیمار توجیه کند؟ آیا ملتزم شدن به این‌گونه نتایج در قرارداد پزشکی، عواقب مضمّن کننده و غیراخلاقی را به همراه ندارد؟ نمی‌توان این قرارداد را معوض دانست ولی از «حق حبس» ناشی از آن طفره رفت. به نظر می‌رسد حسب تحلیلی که از ماهیت این قرارداد شد، می‌توان استدلال کرد: در مقابل اعطای نیابت، از سوی بیمار هیچ عوضی قرار نمی‌گیرد. از سوی دیگر چون تعهد پزشک از آثار قرارداد پزشکی است در مقابل بیمار هم متعهد به پرداخت اجرت می‌شود. مگر به موجب قصد تبرّع یا تصریح به مجانی بودن قرارداد.

## ۴-۵- در قرارداد پزشکی، شخصیت پزشک قید موضوع است

شخصیت پزشک در قرارداد پزشکی اعتبار زیادی دارد. بیمار به سبب اعتمادی که به پزشک دارد او را انتخاب می‌کند. اشتباه در شخصیت پزشک به اعتبار عقد صدمه می‌زند. برای مثال شخص بدین گمان که با پزشکی جراح روبرو است، درباره عمل جراحی خود. با او قراردادی منعقد می‌سازد ولی پس از آن متوجه می‌شود که فرد یک پزشک عمومی است. یا اینکه به نیت توافق با یک پزشک حاذق و صاحب نام، اشتباهاً به علت تشابه اسمی، با یک پزشک عادی، قراردادی منعقد می‌سازد. به دلیل اینکه اعتبار و مهارت و تخصص و شهرت پزشک در انعقاد عقد نقش اساسی دارد. به حکم ماده ۲۰۱ قانون مدنی اشتباه در شخص طرف معامله که شخصیت او علت عمده عقد است به صحت معامله خلل وارد می‌کند. در قرارداد پزشکی، شخص پزشک متعهد است و تعهد او جنبه شخصی دارد و شخص ثالث نمی‌تواند تعهد او را اجرا کند. علاوه بر آن قراردادی که متضمن «نیابت» می‌باشد، ممکن است با توجه به شخصیت یا اوصافی از شخصیت نایب منعقد شده باشد. چنانچه معلوم شود شخصی که به وی نیابت اعطاء شده است فاقد اوصاف یا صلاحیت و توانایی‌های مورد نظر است، عقد باطل و نیابت منتفی است.

برخی از نویسندگان که قرارداد پزشکی را عهدی و معوض تعریف کرده‌اند چون در این قرارداد شخصیت پزشک را علت عمده عقد تشخیص داده‌اند، بدون هیچ توجیهی، این دسته از عقود را با نهاد اشتباه در شخصیت طرف خلط کرده‌اند (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹، ۱۴۳). می‌دانیم در عقد معوض هیچ‌گاه شخصیت طرف علت عمده عقد نیست بلکه دستیابی به عوض، علت عقد است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۱۶-۱۱۵: ۱) فرق است بین موردی که شخص اگر می‌دانست طرف مقابل فاقد شخصیت یا اوصاف خاصی است، با او معامله نمی‌کرد با موردی که وجود آن وصف صرفاً محرک و برانگیزنده او به انجام معامله بوده است (شهیدی، ۱۳۸۸، ۳۲۴) جایی شخصیت طرف علت عمده عقد است که اگر طرف مقابل واقعیت را در خصوص شخصیت یا برخی از اوصاف او می‌دانست نه تنها با آن فرد معامله نمی‌کرد بلکه نوع معامله را نیز منعقد نمی‌کرد.

اما با نیابتی دانستن قرارداد پزشکی اشتباه در شخصیت یا اوصاف پزشک، موجب عدم تحقق نیابت و بطلان عقد می‌شود زیرا در عقود اذنی نیابتی، نیابت برای شخص با آن اوصاف پدید می‌آید نه برای هر شخصی. به عبارت دیگر شخصیت پزشک در اینجا قید موضوع است نه فقط وصف طرف.

## ۵-۵- قرارداد پزشکی، عقدی مستمر است

در تعریف از عقد «مستمر» در مقابل عقد «آنی» تعبیر مختلفی بکار رفته است. اما آنچه مشترک به نظر می‌رسد این است که این تعاریف نظر به حدوث آنی اثر عقد یا تحقق آن در طول زمان دارد. برای مثال عقد بیع از حیث حدوث اثر آن (تملیک) آنی است در حالی که قرارداد اجاره به جهت تحقق لحظه به لحظه منافع (که مورد تملیک قرار می‌گیرد) مستمر محسوب می‌شود. این تقسیم واجد آثاری است که نویسندگان به آن اشاره کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۸، ۹۵). برخی قرارداد پزشکی را مستمر دانسته‌اند زیرا: معاینات و معالجات نیاز به زمان دارد و در غالب اوقات معالجه بیمار با اولین معاینه پزشکی حاصل نمی‌گردد و بستگی به نوع بیماری، حالت و وضعیت جسمانی بیمار دارد (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹، ۱۳۵).

اما به نظر می‌رسد، اصطلاح مستمر بودن این قرارداد مفهوم و آثار دیگری به دنبال دارد. وصف مستمر بودن نتیجه عقد یا آثار آن نیست بلکه آنی یا مستمر بودن «خود عقد» است. عقد خالق ماهیت حقوقی است اراده طرفین (ایجاب و قبول) در عقودی که منشاء حق و تعهدند در یک لحظه به هم می‌پیوندند و ماهیت حقوقی را ایجاد می‌کنند. ولی چون تداوم آن نیازی به اراده طرفین ندارد، قرارداد «آنی» است. به عبارت دیگر ایجاب و قبول استمرار ندارد. اما در عقود اذنی که بقای ماهیت نیز منوط به اذن و اراده طرفین و متکی بر آن است این اراده‌ها فقط در لحظه انعقاد عقد و خلق ماهیت، بلکه در تمام لحظات بقای ماهیت تداوم دارند. هر عاملی که این اراده را به عنوان منبع زاینده عقد و ماهیت ناشی از آن زائل کند، به از بین رفتن ماهیت نیابت می‌انجامد.

آنچه در خصوص تکرار قرارداد پزشکی در حقوق فرانسه نقل شده است، در حقوق ما با مستمر بودن خود عقد (و نه فقط آثار آن) قابل تحلیل است. عقد اذنی، عقدی ذاتاً مستمر است و اراده طرفین در طول زمان تجدید می‌شود و اراده طرفین حسب گذشت زمان و آگاهی آنان از اقدامات درمانی لازم، با نیابت نسبت به موضوعات جدیدی که به تدریج معلوم گردیده، تداوم می‌یابد. عقدی که در تحقق نتیجه مستمر است و نه در ذات خود، تحلیل فوق را در تجدید نسبت به تغییرات موضوع اقتضاء نمی‌کند.

## ۶- نتیجه

مطابق با نظر مشهور، قرارداد درمان عبارت است از: قراردادی است شفاهی یا نوشتاری که بر اساس آن پزشک یا مرکز درمانی با بیمار توافق می‌کنند در مدت معین (مدت زمان لازم) و در ازای دریافت مبلغ معین به تشخیص بیماری یا درمان وی مبادرت ورزند (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۱۲۸). ایشان تعهدات طرفین را اساس بیان تعریف این عقد فرض نموده و مطابق این تعریف به تبیین نوع قرارداد درمان پرداخته‌اند لذا آن را عهده پنداشته‌اند. اولاً: به نظر می‌رسد تعریف بیان شده از قرارداد پزشک و بیمار در شناخت مفهوم «ماهیت حقوقی» این قرارداد راه‌گشا نمی‌باشد، زیرا مطابق تعریف تحلیلی که از عقود بیان شده است، عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد «ماهیت حقوقی» (شهیدی، ۱۳۸۸، ۴۸). وجود حقوق و تعهداتی که از یک قرارداد ناشی می‌شود، مبین نوع قرارداد نیست، زیرا هر قراردادی کم‌وبیش تعهداتی را فی‌مابین طرفین آن ایجاد می‌کنند. همچنین در تعریف یک قرارداد می‌بایست از اختلاط عقد با تعهد خودداری کرد، تعهد اثر عقد است نه خود آن. در فقه نیز از این اختلاط‌ها پرهیز شده است. چنان‌که نائینی بر تعریف نویسندگانی که بیع را «انتقال عین از شخص به دیگری در برابر عوض معین و از راه تراضی» گفته‌اند ایراد کرده است که «انتقال اثر خرید و فروش است نه خود بیع» (نائینی به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱:۱۶) ثانیاً: در تبیین این قرارداد چون قراردادی پزشکی (درمان) را به ظاهر منطبق با هیچ یک از عقود معینی که منشاء ایجاد یک رابطه عهده باشد نیافته‌اند، قرارداد درمان را یک عقد نامعین دانسته‌اند و لیکن به نتایج و آثار حقوقی این نظر پایبند نبوده‌اند. از نتایج نامعین دانستن یک عقد و عهده دانستن آن، التزام به نتایجی مانند: لزوم عقد، معوض دانستن عقد، معلوم و معین بودن مورد معامله در لحظه انعقاد قرارداد و حق حبس برای طرفین است. ملاحظه شد که این گروه در تبیین نوع عقد و احکام و اوصاف آن به اصول نظر خود پایبند نبودند و برای مثال بر اساس صرفاً یک آیین‌نامه اجرایی و بدون هرگونه استدلالی از اصالة‌الزوم دست شسته‌اند.

به نظر می‌رسد، «ماهیت حقوقی» این قرارداد «استنباه» و نوع عقد «اذنی» باشد نه عهده و نیابت در تصرف پزشک را می‌بایست با نیابت در تصرف وکیل منطبق دانست. این ماهیت بیشتر پاسخگوی نیازهای عملی این ارتباط است. آثار و نتایج «اذنی» و «معین» دانستن قرارداد درمان عبارتند از:

۱- مسئله جایز بودن قرارداد، نسبت به طرفین توجیه می‌شود. البته به شکلی متعارف که جنبه سوءاستفاده از حق نیابت و همچنین رعایت مصلحت بیمار گردد.



۲- ماهیت حقوقی ناشی از آن صرفاً ایجاد نیابت برای پزشک است، قرارداد پزشکی موجب می‌گردد، که پزشک، شأنی برابر جایگاه بیمار در جواز تصرف بیابد.

۳- چون در مقابل این «استنباه» به طور طبیعی هیچ عوضی قرار نمی‌گیرد، ماهیت قرارداد درمان از عقود معوض (مالی) خارج شده و بدین وسیله به این قرارداد تعالی داده می‌شود. از طرف دیگر با «غیرمعوض» دانستن این عقد، شائبه‌های تجارت و مال‌اندوزی پزشکان خاتمه می‌یابد.

۴- ملاحظه شد که علی‌رغم «غیرمعوض» دانستن این قرارداد، بنا به قاعده فقهی «احترام مال و عمل انسان‌ها» همچنین به استناد ماده ۳۳۷ قانون مدنی پزشک مستحق اجرت است. مگر این که انجام اقدامات درمانی از سوی پزشک به قصد تبرع باشد. این التزام به پرداخت عوض، قرارداد را معوض نمی‌کند، و نیز معلوم نبودن یا عدم ذکر آن در قرارداد موجب بطلان عقد نمی‌شود.

۵- از آثار ناشایست عهدی و معوض دانستن قرارداد، «حق حبس» برای پزشک است. اما با قبول «اذنی» و «غیرمعوض» دانستن قرارداد پزشکی عدم اجرای این آثار غیر اخلاقی توجیه می‌شود.

۶- چنانچه این قرارداد را در قالب عقود غیرمعین (قراردادهای خصوصی یا بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی) بدانیم در نتیجه طرفین باید نتایجی را که از عقد انتظار دارند، در حدود قانون ذکر کنند و در صورت عدم ذکر آن، نتایج مزبور منتفی خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۸، ۸۰). روزانه شاهد آن هستیم که در عمل هزاران مورد از این توافقات بین پزشکان با بیماران خود منعقد می‌گردد و به خاطر تألمات بیمار و خانواده وی، عمده انتظارات مسکوت می‌ماند. موضوع قرارداد پزشکی «جان و سلامتی» افراد جامعه است. اهمیت موضوع این قرارداد به حدی است که شایسته نیست آثار و نتایج آن مطابق میل و اراده طرف‌های عقد تعیین شود. لازم است در مورد این قراردادها صرفاً به بیان شرایط اساسی بسنده نشود.

انشای عقد معین به معنی پذیرفتن آثار و نتایجی است که قانون برای آن مقرر کرده است، هرچند که این آثار و نتایج هنگام تشکیل عقد بیان نشود. موضوع این قراردادها لزوم نظارت قانون را می‌طلبد. از آنچه در مورد ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد درمان یعنی «استنباه» بیان شده به نظر می‌رسد نیابت در تصرف پزشک، با نیابت در تصرف وکیل قابل انطباق باشد. ولی چنانچه نظری انطباق عقد وکالت را بر قرارداد پزشکی نپذیرد و اصرار داشته باشد که وکالت اعطای نیابت جهت تصرف در امور حقوقی موکل است، می‌توان حداقل بر این نکته به توافق

رسید که قرارداد درمان، عقد نامعین اذنی است. نه عقد نامعین عهده. زیرا چنانچه عقد را عهده فرض نماییم، نمی‌توان به لوازم غیراخلاقی آن پای‌بند بود.

نتایج مطالعات این پژوهش نشان می‌دهد که اصلی‌ترین عامل سازنده حقوق یعنی منبع غنی فقه اسلامی با پیش‌بینی ماهیت حقوقی «استنابه» این ماهیت را به روشنی در اختیار ما قرار داده است. حال که ماهیت حقوقی و اوصاف و ویژگی‌های این قرارداد تبیین شد می‌توان منطقاً و اصولی این قرارداد را تعریف کرد در تعریف این قرارداد باید گفت: همان طوری که عقد ودیعه، سبب حقوقی خلق ماهیتی به نام نیابت در حفظ و نگهداری مال امانی است و عقد عاریه سبب حقوقی خلق ماهیتی به نام نیابت در انتفاع، به نظر می‌رسد قرارداد پزشکی یا درمان نیز سبب حقوقی خلق ماهیتی بنام «نیابت در تصرف بر روی جسم جهت درمان» باشد.

لذا قرارداد پزشکی عبارتست از: «عقدی است که به موجب آن پزشک به منظور انجام درمان و معالجه برای تصرف بر روی جسم بیمار، نایب وی می‌گردد».



## References

- Ismail Tabar, Ahmed, (2009), Applied Jurisprudence and Law, Cap Dom, Sazman, reading and writing books on human sciences.
- Emami, Seyyed Hassan, (1992), , Civil Rights, Chapter Nehm, Islamic Fruchi Book, Volume 1.
- Jafari Langroudi, Muhammad Jaafar, (1992), law terminology, Chap Shashem, Ganj Danesh.
- Jafari Lengroudi, Muhammad Jaafar, (2008), Civil Law Mahshi Collection, Chapter 1, Gang Danish Publications.
- Jafri Tabar, Hasan, Bayez (2007), from Astin Tabiban, Quli in the responsibility of the civil authority, Daneshgah Journal of Law and Political Sciences, Tehran, p. 41.
- Khani Muhammad and Mokhtari Muhammad, Bahar (2013), chapter of the jurisprudence of Peschaki, a jurist analysis of the meaning of Qardad Darman, Sal Bin Najm, notes 13 and 14.
- Rudijani, Muhammad Mojtabi, (2012), Moin Azni Contracts and Documents, Publications of Javadana Jangal, Chap.
- Shujapurian, Siyavush, (2010), Responsibility for Gardadi Pzishk, Ferdowsi Publications, first chapter.
- Shahidi, Mahdi, (2009), the origins of its decisions and pledges, publications of glory, cover.
- Shahidi, Mahdi, (2009), Formation of Decisions and Commitments, Publications of Majd, Jab Haftam.
- Abbasi, Mahmud and Javadi, Muhammad Ali and Dhiaei, Hussein, (2007), Ethics of Psychology and Waiting for Behavior of Psychology, Farhangi Sina Institute, first chapter.
- Abbasi, Mahmoud, (2010), Responsibility for Bezchaki, legal publications, double chapter.
- Abdel Nasser, Jamal, Al-Mawsoo'ah,(1990), Cairo, The Supreme Council for Islamic Affairs, Volume 2.

Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (1990 ), Urwa Al-Wuthqi, Beirut, Dar Al-Islamiyyah Publications, Volume 2, Chapter 1.

Tabatabaei Yazdi, Seyyed Muhammad Kazem, (1970), Al-Urwa Al-Wuthqi, Part 2, Tehran, Islamic Publications.

Ghahramani, Nasra, (1998), Civil Responsibility of the Dadagestari Agent, Tehran, published by Gundam, first chapter.

Katouzian, Nasir, (1996), General Rules of Decisions, Cap Share Share Shares, Volume 1.

Katouzian, Nasir, Tabestan (2000), Qaradada City or Qaradad Administration, Danish Journal of Law and Political Science, Tehran, Shamara 52.

Katouzian Nasir, (1994), Moeen Contracts 1, Bahman Brna Intashhar Company, Cap Najm.

Katouzian, Nasir, (1997), Public Rules of Decisions, Sahami Intashhar Ba Hammakari Bahman Brna Company, Volume 1. Cap charam.

Katouzian, Nasser, (1998), Mu'in contracts (participation and conciliation), Insharat Ganj Danesh, Jald Dum, Chap Binjem.

Katouzian, Nasir, (1998), promissory notes - a debt document, Sahami Intashhar Pa Hammakari Bahman Brna Company, Chap Som.

Katouzian, Nasir, (2008), Civil Responsibility, Chap Hashtam, Institute of Insharat and Chap Daneshgah, Tehran, Volume 1.

Damad investigator, Seyyed Mustafa, (2012), pazchaki jurisprudence, legal publications, double chapter.



Damad investigator, Seyyed Mustafa, (2013), the rights of its decisions in Imami jurisprudence, chapter by star, the publications of the summit, first volume.

Najmabadi, Mahmoud, (1962), History of Iranian Medicine, Tehran Daneshgah Publications, Volume 1.

Najmabadi, Mahmoud, (1962), History of Iranian Medicine, Tehran Daneshgah Publications, Volume 1.