

## تحلیل مبانی حقوقی قرارداد پزشک و بیمار

سیدمحسن سادات اخوی<sup>۱</sup>

### چکیده

بررسی توافقی که بین بیمار و پزشک جهت برخورداری بیمار از خدمات فنی پزشک به عمل می‌آید، آغاز تحلیل‌های حقوقی رابطه پزشک و بیمار است؛ هرچند قرارداد تنها سبب ایجاد رابطه حقوقی نیست، اما قراردادی که متضمن اذن بیمار است، هم تقدم رتبی و ارزشی و هم شیاع بیشتری نسبت به اذن قانونی دارد. تعیین نوع قرارداد نه تنها خود اصالت و ارزش ذاتی در مباحث نظری حقوقی دارد، بلکه از حیث تبیین اوصاف (احکام)، شرایط انعقاد و تشخیص آثار اهمیت فراوان دارد. اگر اراده انسان مهمترین سبب ایجاد ماهیت‌ها و آثار حقوقی است، این اراده باید در قالبی قرار گیرد که مورد شناسایی قانون قرار گرفته باشد. هر تلاشی برای تبیین نوع قرارداد، تلاشی است برای شناسایی قالب حقوقی که تحلیل شرایط و آثار را نظم می‌بخشد. حال این قالب می‌تواند معین یا نامعین باشد، ولی به هر حال اوصاف قرارداد و شرایط صحت آن با تحلیلی که از ماهیت عقد می‌شود، متفاوت خواهد بود.

### واژگان کلیدی

ماهیت عقد، ماهیت حقوقی ناشی از عقد، عهدی، اذنی، نیابت، وکالت

### تحلیل مبانی حقوقی قرارداد پزشک و بیمار

اگر انسان در روابط اجتماعی خود از دیگران استقلال دارد و هیچ کس را سلطه‌ای بر دیگری نیست، اراده او مهمترین سبب ایجاد رابطه با دیگری و التزام حاصل از آن است. شناسایی این اصل و موقعیت و به تعبیری شأن برای انسان در روابط اجتماعی نه با محور بودن قانون و نه فراتر از آن با جایگاه خدا و احکام شرع منافات ندارد. چه قانون را نیز متکی بر انسان و اراده او (قرارداد اجتماعی) بدانیم یا نه، نمی‌توانیم منکر ارزش اراده انسان در روابط حقوقی باشیم. در هر صورت سببیت اراده انسان در ایجاد ماهیت‌ها و آثار حقوقی از مسلمات است؛ هرچند در نقش قانون در سبب بخشی به آن اختلاف باشد: آیا قانون به اراده سببیت می‌بخشد بدون این که پیش از آن فاقد آن باشد یا نقش قانون شناسایی سببیت آن در سایه ضرورت‌هاست...!

یکی از این روابط، رابطه پزشک و بیمار است؛ هرچند به طور استثنایی اذن قانون (شرع) تصرف در تن و روان دیگری را تجویز می‌کند که به حکم ضرورت و در حدود آن است، ولی اذن خود بیمار که در قالب اراده انشایی قرار دارد (ایجاب) به اراده پزشک (قبول) می‌پیوندد که مهمترین سبب ایجاد رابطه پزشک و بیمار است؛ هرچند در این امر بدیهی اختلاف نظر وجود ندارد، نه در بین نظام‌های حقوقی و نه بین هیچ یک از نویسندگان در درون نظام حقوقی، اما همین که سخن از نحوه شکل‌گیری این قرارداد - یعنی انعقاد: ماهیت اراده، عناصر تشکیل و نحوه ابراز آن می‌شود - اختلاف‌ها نیز آغاز می‌شود. این اختلاف در اجرای قرارداد و تا انتها یعنی مسؤولیت‌های ناشی از نقض ادامه می‌یابد...!

در این مقال، پس از نقل و نقد تعریفی که از قرارداد درمان شده است، به تبیین نوع یا ماهیت قرارداد درمان می‌پردازیم (بخش اول). آنگاه اوصاف و

احکامی را که در سایه انتخاب ماهیت قرارداد باید بدان پایبند بود بیان می‌کنیم (بخش دوم). اگر نتوانیم مبنای خود را در بیان ماهیت عقد و اوصاف و احکام آن منقح کنیم، نمی‌توانیم در تحلیل شرایط و آثار عقد از مبنای واحد پیروی کنیم. نشان خواهیم داد کسانی که مبنای نظر خود را مدلل نکرده‌اند، ناگزیر از پیروی از مبانی متعدد در مواجهه با فروع شده‌اند. آن چیزی که به نظر استاد بزرگ مرحوم دکتر امامی بر قانونگذار و حقوقدان قبیح است.

### بخش اول - نوع (ماهیت حقوقی) قرارداد پزشک و بیمار

#### الف - لزوم تبیین نوع عقد در پرتو ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد

نویسندگان در تحلیل قرارداد پزشک و بیمار و تعریف آن، به آثار حقوقی این قرارداد یعنی تعهدات پزشک (به انجام اقدامات لازم جهت درمان) و تعهدات بیمار (به پرداخت هزینه درمان) پرداخته و قرارداد را با توجه به این آثار تعریف کرده‌اند.

به تعریف ذیل از قرارداد درمان توجه کنیم:

«منظور از قرارداد درمان، 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، ۱۳۸۹ ش، ص ۱۲۸)<sup>۱</sup>

این تعریف، تعریف قرارداد و تبیین نوع آن با توجه به آثار فرعی است. در حالی که در تبیین نوع قرارداد، باید ماهیت حقوقی، یعنی مجموعه اثر یا آثاری که اراده برای ایجاد آن به حرکت در آمده، شناسایی و آثار مترتب بر آن بررسی شود. حقوقدانان ما به صراحت گفته‌اند که وجود حقوق و تعهداتی که از قرارداد

ناشی می‌شود، مبین نوع قرارداد نیست؛ زیرا هر قرارداد کم و بیش تعهداتی را فی‌مابین طرفین آن ایجاد می‌کند، بلکه باید دید آیا این تعهدات اثر اصلی یا ماهیت حقوقی ناشی از قراردادند یا خیر؟ در صورت اول، قرارداد در یک تقسیم اساسی - که با توجه به ماهیت ناشی از آن انجام می‌گیرد - در زمره قراردادهای عهدی قرار می‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۶ش، ص ۸۳) و در غیر این صورت باید پیش از این تعهدات، ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد را شناخت.

به نظر ما هرچند پیش از قرارداد پزشک و بیمار، تعهدی برای طرفین وجود ندارد، اما در وهله اول آنچه طرفین را به تمهید قرارداد، به عنوان یک سبب حقوقی، تشحیذ کرده، نه این تعهدات بلکه ماهیتی به نام استنابه است که پزشک را مجاز به تصرف در روح و جسم بیمار به نفع و مصلحت او می‌کند. این است که به نظر ما قرارداد پزشک و بیمار نه عهدی بلکه ماهیتی اذنی دارد. می‌دانیم که از عقد اذنی نیز تعهداتی برای طرفین ناشی می‌شود (مانند تعهدات مستودع، وکیل و موکل)، ولی این تعهدات ماهیت حقوقی قرارداد نیستند. به تعبیر دقیق‌تر ماهیت حقوقی مورد نیازی که سبب ایجاد آن فراهم شده، این تعهدات نیستند، بلکه مفهومی سابق بر آن یعنی استنابه است تا در پرتو نیابت حاصله و یافتن شأنی جهت تصرف از جانب بیمار، پزشک مجاز و سپس متعهد به انجام مورد نیابت شود. (سادات اخوی، ۱۳۹۱ش).

قرار گرفتن عقد، حسب تعریف با لحاظ ماهیت حقوقی ناشی از آن در یکی از تقسیمات عهدی یا اذنی، کافی برای تبیین نوع عقد نیست. در یک تقسیم دیگر، عقود در یکی از دسته‌های معین و نامعین قرار می‌گیرند. عقد معین قالبی شناخته شده در قانون است که شرایط و احکام آن نیز از پیش بیان شده است. طرفین کافی است، ماهیت اصلی را با رعایت شرایط عمومی و خاص آن قرارداد انشا

کنند و آثار را قانون مرتب خواهد ساخت؛ هرچند طرفین نیز می‌توانند برخلاف این آثار، مادام که مقتضای ذات عقد نباشد، توافق کنند.

اما عقد نامعین، قالب شناخته‌شده‌ای در قانون نیست؛ زیرا ماهیت حقوقی ناشی از آن، ماهیت مورد نیازی که عرف، آن را تأسیس و شرع آن را امضا کرده باشد، نیست. اخیراً ماهیت‌های حقوقی مورد نیاز گسترش یافته و قراردادهای منشأ ایجاد این ماهیت‌ها هم مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. قانونگذار با حکم کلی ماده ۱۰ ق.م. امکان چنین قالب‌هایی را شناسایی کرده است، ولی باید توجه داشت که در تحلیل یک رابطه حقوقی ابتدا باید ماهیت حقوقی این رابطه را تشخیص داد؛ چنانچه آن ماهیت، از ماهیت‌های حقوقی شناخته شده باشد که سبب ایجاد آن هم امضا شده است، طبیعی است که قرارداد ایجاد آن رابطه، با عنوان همان عقد معین نامیده می‌شود و احکام و شرایط آن نیز مطابق قواعد خاص آن عقد تبیین می‌شود، ولی چنانچه ماهیت حقوقی (و نه آثار فرعی) قابل تطبیق با ماهیت‌های شناخته‌شده پیشین نبود، چاره‌ای جز تبیین دقیق آن ماهیت و شناسایی قرارداد نامعین منشأ آن نیست. از خصوصیات عقود نامعین این است که باید همانگونه که ماهیت حقوقی ناشی از آن را طرفین به دقت و کامل بیان و ترسیم می‌کنند، آثار حقوقی مورد نظرشان را نیز در قرارداد ذکر کنند، ولی علی‌الاصول جز رعایت شرایط اساسی قرارداد ملزم به رعایت شرط خاصی نیستند (برخلاف عقود معین که هر کدام شروط خاصی را دارند، مانند عین‌بودن مورد معامله در بیع، منفعت و موقت‌بودن در اجاره، مثل‌بودن مورد تعهد در قرض و...).

با توجه به تعریفی که از قرارداد درمان در نوشته‌های حقوقی به عمل آمده است اولاً؛ این قرارداد در رسته قراردادهای عهدی قرار می‌گیرد؛ زیرا اثر اصلی و به تعبیر دیگر ماهیت حقوقی ناشی از آن، یک رابطه عهدی است. ثانیاً؛ از آنجا

که قرارداد با ماهیت حقوقی بیان شده برای آن با هیچ یک از عقود معین که عهدی هستند، قابلیت انطباق ندارد، آن را در زمره قراردادهای نامعین آورده‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۹ ش.، ص ۱۳۵) برخلاف نظر مشهور به نظر ما قرارداد پزشکی، اذنی است نه عهدی و به‌طور کامل قابلیت انطباق با ماهیت حقوقی ناشی از یکی از عقود معین را دارد.

در زیر ابتدا ماهیت قرارداد درمان را حسب نظر مشهور تحلیل، آنگاه نظرخویش را در این مورد بیان می‌کنیم.

#### ب - نوع (ماهیت) قرارداد درمان حسب نظر مشهور

نویسندگانی که از نوع قرارداد پزشک و بیمار صحبت کرده‌اند، بدون این که اشاره‌ای به ماهیت عهدی بودن قرارداد مورد نظرشان کنند، ابتدا آن را با قراردادهای عهدی معین مقایسه کرده‌اند و پس از تشخیص عدم انطباق ماهیت قرارداد درمان با قراردادهای معین، مآلاً آن را در زمره عقود نامعین آورده‌اند.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد ایراداتی که بر قابلیت انطباق قرارداد درمان با هر یک از عقود معین عهدی شده، بدون توجه به مقایسه ماهیت‌های حقوقی بلکه نظر به تفاوت‌هایی که در آثار فرعی وجود دارد، به عمل آمده است.

به نظر ما نیز قرارداد درمان با هیچ یک از قراردادهای معین عهدی منطبق نیست، ولی نه به جهت تفاوت در آثار فرعی که در این گونه نوشته‌ها مشاهده می‌شود، بلکه به جهت عدم انطباق عناصر ذاتی ماهیت حقوقی قرارداد درمان با قراردادهای معین مورد اشاره. در ذیل همگام با مشهور قرارداد درمان را با قراردادهای عهدی معین مقایسه می‌کنیم تا ببینیم آیا می‌توان با فرض عهدی دانستن عقد، آن را با یکی از عقود معین منطبق دانست؟

## ۱. عقد اجاره

به طور طبیعی منظور از اجاره، اجاره اشخاص است و نه اجاره اشیا. در اجاره اشخاص هم، نظر به اجاره عام است. اجیر عام، موظف به انجام کاری معین در برابر عوض می‌شود بدون این که منفعت (کار) خود را در زمان معین به مستأجر واگذار (تملیک) کرده باشد. (کاتوزیان، ۱۳۶۴ ش، ص ۴۴۷) بنابراین اولاً: اجاره عام برخلاف اجاره خاص و اجاره اشیا، تملیکی نیست، بلکه عهدی است. ثانیاً: اجیر آزادی کار خود را دارد و در عین حال می‌تواند وظیفه‌دار انجام کار دیگر بشود.

معیار تفکیک اجاره خاص از اجاره عام (قرارداد کار و مقاطعه کاری) در استقلال و تابعیت است. اجیر خاص (کارگر) در مدت زمان معین در تابعیت مستأجر (کارفرما) است و نمی‌تواند منافع کار خود را به امر دیگری اختصاص یا به شخص دیگری واگذار کند، در حالی که اجیر عام یا مقاطعه کار استقلال دارد و کار (منافع) خود را برای مدت معینی به دیگری واگذار نکرده است، بلکه انجام کاری را بر عهده گرفته است و به مسؤولیت و رهبری خود عمل می‌کند. (عراقی، ۱۳۸۴ ش، ص ۱۰۴)

برخی از فقها استفاده از خدمات پزشک را در چهارچوب اجاره عام بررسی کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ص ۶۳۴) و برخی از حقوقدانان نیز برای ذکر نمونه‌های از اجاره عام که از درجه استقلال بیشتری برخوردار است، به قرارداد پزشک و وکیل دادگستری با بیمار و موکل اشاره کرده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۶۴ ش، ص ۴۵۳)<sup>۳</sup>

برخی از نویسندگان ایراد کرده‌اند که این تطبیق با مشکلاتی مواجه است از جمله این که «... 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، ۱۳۸۱ ش، ص ۱۳۳)<sup>۴</sup>

به نظر ما، 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 مقاطعه کار ساختمان را با موضوع تعهد پزشک یا وکیل مقایسه کنید. تعهد آن دو که از مصادیق بارز اجیر عامند، ناظر به تحصیل نتیجه، یعنی دوخت لباس معین و احداث ساختمان به ترتیب منظور در قرارداد مقاطعه کاری است. نامعلوم بودن کاری که اجیر عام باید انجام دهد، موجب بطلان اجاره است، در حالی که نتیجه‌ای که پزشک با 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. پس چاره‌ای جز تعهد به تلاش به امور نامعینی که می‌تواند به تحصیل نتیجه بینجامد نیست، بدون این که به امر معینی تعهد، یا نتیجه را تضمین کنند. از آنجا که معلوم کردن مورد تعهد پزشک یا وکیل امکان‌پذیر نیست، تعهد آنان نمی‌تواند با تعهد اجیر در اجاره عام تطبیق داده شود. در واقع اگر قرارداد درمان، عقد اجاره تلقی شود، به دلیل مبهم بودن ذاتی مورد تعهد، این قرارداد همیشه باطل خواهد بود.<sup>۵</sup>

## ۲. عقد جعاله

در تحریرالوسیله در تعریف عقد جعاله آمده است: «و هی الالتزام بعوض معلوم علی عمل محلل مقصود». (خمینی، ۱۳۶۱ ش، ص ۵۸۶)<sup>۶</sup>

قانون مدنی جعاله را چنین تعریف کرده است:

«التزام شخص به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از آنکه طرف آن، معین باشد یا غیرمعین» (ماده ۵۶۱ ق.م.)



هرچند در عقد یا ایقاع بودن جعاله تردید وجود دارد، ولی به ویژه این تردید از آنجا ناشی می‌شود که عقد جعاله، عامل را متعهد به هیچ امری نمی‌کند، بلکه فقط جاعل متعهد می‌شود در صورت انجام کار و تحصیل نتیجه معین، عوض مورد توافق را بپردازد. به نظر ما، جعاله بی‌تردید عقد است و برای انعقاد آن دو اراده لازم است، ولی حقیقت این است که عقد جعاله، عقدی یک‌تعهده است؛<sup>۷</sup> هرچند به صراحت تعرضی به این نکته نشده، ولی پس از انعقاد جعاله، عامل متعهد به امری نمی‌شود، بلکه جاعل متعهد می‌شود پس از تحصیل نتیجه مورد نظرش (مانند یافتن مال گمشده‌اش)، عوضی را به او بپردازد.

در واقع جاعل، تعهدی یک‌طرفه می‌کند که یا تعهد معلق است (زیرا تعهد او به پرداخت جعل فقط پس از انجام مورد تعهد و تحصیل نتیجه ایجاد می‌شود) یا تعهد منجز، ولی ناظر به امر مشروط است.<sup>۸</sup> یعنی تعهد به دادن عوض بلافاصله پس از عقد حاصل می‌شود، ولی در درون خود این تعهد، ناظر به پرداخت عوض در صورت انجام کار و مشروط به آن است.<sup>۹</sup> برخی قرارداد درمان را قابل انطباق با عقد جعاله دانسته‌اند، (طباطبایی یزدی، ص ۶۳۴) ولی به نظر می‌رسد قرارداد جعاله قابل انطباق با قرارداد پزشکی نیست؛ زیرا اولاً؛ در جعاله، عامل هیچ تعهدی نمی‌کند، در حالی که تعهد اصلی در قرارداد درمان، متوجه پزشک است، ثانیاً؛ تعهد جاعل به پرداخت عوض (جعل)، معلق و منوط به تحصیل نتیجه است و انجام کار و تلاش به منظور تحصیل نتیجه، عامل را مستحق عوض نمی‌کند؛<sup>۱۰</sup> در حالی که استحقاق پزشک به دریافت هزینه درمان، منجز است و منوط به تحصیل نتیجه نیست. عدم تحصیل نتیجه هیچ حکایتی از عدم انجام تعهد و عدم استحقاق هزینه درمان ندارد.

البته برخی از نویسندگان - که به عدم قابلیت تطبیق قرارداد درمان با قرارداد اجاره و جعاله نظر داده‌اند - به موارد دیگری نیز اشاره کرده‌اند که به نظر می‌رسد یا چنان فرعی است که نمی‌توان در تطبیق ماهیت حقوقی دو عقد آن موارد را دخالت داد یا در زمره احکام است که ما در بخش اوصاف عقد به آن اشاره می‌کنیم. (محقق داماد، ۱۳۸۹ ش، ص ۱۳۵)

آنان که قرارداد درمان را منطبق با عقود معین عهدی ندیده‌اند، به ناچار این قرارداد را نامعین و مشمول ماده ۱۰ ق.م. قرار داده‌اند. در حقوق فرانسه نیز دیوان عالی کشور قرارداد درمان را با قرارداد پیمانکاری (اجاره عام) قابل تطبیق ندانسته و آن را از نوع خاص برشمرده است. (عباسی، ۱۳۷۷ ش، ص ۱۳۱)

### ج - نوع قرارداد درمان حسب ماهیت حقوقی برگزیده ما

گفتیم که به نظر ما نوع عقد با توجه به ماهیت حقوقی ناشی از آن تبیین می‌شود و نه آثار فرعی آن. ماهیت حقوقی هم، اثر یا مجموعه آثاری است که ضرورت و نیاز اولی متوجه آن می‌باشد. از هر عقدی مانند بیع و نکاح هم، تعهداتی برای طرفین عقد ایجاد می‌شود، ولی ماهیت حقوقی این دو عقد، تعهد فروشنده و خریدار به تسلیم مبیع و تأدیه ثمن یا تعهدات زوجین در مقابل هم نیست. ماهیت حقوقی که این دو عقد برای ایجاد آن انشا می‌شود، سابق بر این تعهدات و از مقومات و مقدمات آن است. تملیک عین در مقابل عوض و علقه زوجیت، ماهیت‌های اصلی هستند که عقد برای ایجاد آن انشا می‌شود تا تعهدات فروشنده و خریدار ذیل مفهوم تملیک، و تعهدات زوجین در سایه این علقه و پیوستگی معنا پیدا کند. (سادات اخوی، ۱۳۹۰ ش.)

سؤال اصلی در قرارداد پزشک و بیمار، ماهیت حقوقی منظور است نه تعهدات و حقوقی که از این ماهیت استخراج می‌شود. گفتیم به نظر ما اگر تصرف در مال

دیگری بدون این که حق یا تعهدی جواز آن را توجیه کند منوط به یافتن موقعیتی به نام نیابت است، در پزشکی - که مستلزم جواز تصرف پزشک در تن و روان بیمار است - لزوم یافتن این موقعیت، اولی به نظر می‌رسد. پس پزشک باید شأنی جهت تصرف به نام نیابت بیابد و این مفهوم به موجب اذن بیمار حاصل می‌شود که برخلاف اباحه، نمی‌تواند یک‌جانبه و ایقاع باشد، بلکه باید دو جانبه و در قالب قرارداد واقع شود.

به نظر ما نیابت، ماهیت حقوقی است که قرارداد پزشکی در صدد تمهید آن است و عقد هم نه در تقسیم شایع عهده و تملیکی، بلکه به جهت گستره ماهیت‌های حقوقی و به تبع آن عقد، در زمره عقود اذنی قرار می‌گیرد. عقد اذنی اوصاف و احکامی دارد که در بخش بعد به آن اشاره می‌کنیم.

ولی مسأله دیگر این است که با قبول اذنی بودن قرارداد درمان، این قرارداد در کدام یک از دو دسته عقود معین یا نا معین قرار می‌گیرد؟؛ زیرا هر یک از عقود عهده، تملیکی و اذنی می‌تواند معین یا نامعین باشد.

برخلاف نظر مشهور، به نظر ما قرارداد درمان در ماهیت، قرارداد معین و کالت است! 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 (ماده ۶۵۶ ق.م) این «امر» مطلق بیان شده، ولی نویسندگان حقوقی آن را به تصرف حقوقی انصراف داده و ماده ۶۶۲ قانون مدنی را نیز فقط در سایه این تعبیر از تصرف قابل توجیه دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۶۴ ش.، ص ۱۰۹)

در فقه نیز و کالت را نیابت در تصرف دانسته‌اند تا آن را از یک سو مقابل وصایت که مستلزم سلطه و ولایت است، قرار دهند (الحسینی العاملی، ص ۵۲۲) و از

سوی دیگر مقابل ودیعه و عاریه که مستلزم نیابت در نگهداری و انتفاع است قرار گیرد. (شهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق.، ص ۳۶۷)

سایر نویسندگان در بیان عدم قابلیت انطباق قرارداد پزشکی با عقد وکالت به همین تحلیل از وکالت متوسل شده‌اند. (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹ ش.، ص ۱۲۷)

به نظر ما تطبیق قرارداد پزشکی با عقد وکالت مستلزم دو مقدمه است:

۱. مقدمه اول مربوط به نیابت است: قرارداد پزشکی همانند وکالت مبتنی بر نیابت است. پس سؤال اصلی این است آیا تصرفاتی که پزشک انجام می‌دهد، از امور مربوط به شأن بیمار هست که قابل نیابت باشد؟ به عبارت دیگر اولین شرط اعطای نیابت این است که «منوب‌عنه» توان مباشرت در امری را داشته باشد تا برای انجام آن به نیابت، به دیگری وکالت دهد. برخی گفته‌اند بیمار چنین توانی ندارد. ظاهر برخی نوشته‌ها این است که چون بیمار از فن طبابت اطلاعی ندارد، توان معالجه خود را ندارد تا برای انجام آن به دیگری وکالت دهد. (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹ ش.، ص ۱۲۷)

به نظر ما شرط اعطای نیابت، توان مادی یا فنی یا داشتن تخصص در امری که نیابت می‌دهد، نیست. اصولاً فلسفه عملی نیابت، گاه همین است که اصیل، امکان عملی مباشرت در انجام کاری را ندارد؛<sup>۱۱</sup> خواه این عدم امکان یا ناتوان بودن در مباشرت، به واسطه بودن در حبس باشد یا این که چون حضور در دادگاه و دفاع از حقوق خود نیاز به اطلاعات عملی و فنی در طرح دعوی، ابراز دلیل و... دارد، اصیل قادر به انجام آن نیست؛ پس فقدان اطلاعات یا نداشتن مهارت‌های فنی مانع از نیابت نیست، آنچه می‌ماند صلاحیت حقوقی است. یعنی سؤال این‌گونه مطرح می‌شود که آیا بیمار، صلاحیت حقوقی برای انجام اقداماتی که مستلزم تصرف در تن و روان است را دارد تا برای انجام آن نیابت بدهد؟

به نظر می‌رسد، اگر حق تصرف در مال و امور حقوقی از آن شخص است که به شرط داشتن مهارت‌های فنی، شخص خود بدان مباشرت می‌کند و در غیر این صورت در خصوص آن به دیگری نیابت در اقدام می‌دهد، تصرف در تن و روان به طریق اولی حق منحصر شخص است که در صورت داشتن اطلاعات و مهارت‌های فنی خود به آن اقدام می‌کند و گرنه به دیگری که توانایی علمی و فنی لازم دارد نیابت در اقدام می‌دهد.

نمی‌توان گفت شخص هیچ تسلطی بر نفس ندارد و دایره «الناس مسلطون علی اموالهم» بر تن و روان شمولی ندارد. تن برخلاف مال، تحت مالکیت انسان نیست و نظایر آن! در این معنا که دایره شمول تسلط انسان بر مال بیش از نفس است و حدود و شروطی که برای تصرف در تن وجود دارد، برای تصرف در مال وجود ندارد، تردیدی نیست، ولی در اصل وجود و شناسایی حق تسلط انسان بر نفس خویش (در حدود مصلحت) هم نمی‌توان تردید روا داشت. سؤال مربوط به نحوه تسلط انسان بر نفس خویش را می‌توان به دو گونه مطرح ساخت:

الف - آیا انسان حق هرگونه تصرفی در نفس خویش را دارد؟ بی‌تردید پاسخ به این سؤال به نحو مطلق، مثبت نیست.

ولی سؤال دیگر این است:

ب - آیا شخص دیگری حق تصرف در نفس او را دارد؟ بی‌تردید پاسخ به این سؤال به طور مطلق، منفی است. پس اگر شخص دیگری حق تصرف ندارد، در صورت نیاز و ضرورت به تصرف در جسم و جان دیگری چه باید کرد؟! جواز این تصرف چگونه توجیه می‌شود؟

ممکن است، پاسخ داده شود این توجیه فقط با مفهومی به نام «اباحه» انجام می‌گیرد و به شناسایی مفهومی به نام نیابت که غلظت بیشتر و یافتن موقعیتی دیگر است، نیازی نیست.

به نظر ما اباحه کفایت نمی‌کند و با مقایسه شأن تن و روان با مال سازگار نیست؛ پس اگر تصرف در مال دیگری مستلزم نیابت و یافتن شأنی این چنین است، تصرف در جان دیگری به طریق اولی مستلزم یافتن چنین موقعیت و شأنی است. نیابت یعنی یافتن شأن انسانی دیگر جهت تصرف در امور او، خواه متعلق این تصرف مال، نفس یا روان دیگری باشد.

توجیه قرارداد درمان با وکالت، هم رعایت شأن بیمار است و هم شأن پزشک. ملاحظه شأن بیمار در سایه تقریب قرارداد او با پزشک به وکالت، روشن است و به ترتیبی است که گفته شد،<sup>۱۲</sup> ولی رعایت شأن پزشک، دغدغه کسانی است که از تطبیق قرارداد درمان با اجاره اشخاص (اجیر عام - پیمانکاری) و جعله احتراز کرده و آن را با عقد نامعین تطبیق کرده‌اند. حتی تلاش پزشک برای انجام اقدامات درمانی به منظور دریافت اجرت را منافی با شأن پزشک دانسته‌اند. در فقه نیز واجب کفایی بودن خدماتی که پزشک ارائه می‌دهد، مانع از تصور آن در قالب اجاره و معوض بودن آن شده است. (خمینی، ۱۳۶۱ ش، ص ۵۸۷)

به نظر می‌رسد، اساساً معوض و عهدی دانستن قرارداد درمان، منافات با شأن این حرفه دارد، ولی نیابتی دانستن ماهیت حقوقی ناشی از این قرارداد و فرعی قلمداد کردن آثار دیگر را می‌توان با این شأن سازگار دانست. تلاش «پوتیه» حقوقدان فرانسوی برای منطبق کردن قرارداد پزشکی با وکالت به همین منظور صورت گرفته است، ولی توجه او به آثار فرعی مانند توجیه نحوه پرداخت اجرت

(در قالب هبه) به جای ماهیت حقوقی عقد، او را موفق در تحلیل مبنای خود نساخته است.

۲. دومین مقدمه نه به نیابت که مربوط به خود وکالت و مورد آن است، مسأله این گونه مطرح می‌شود: آیا تصرف در امری که به موجب وکالت، نیابت در آن اعطا می‌شود انصراف به امور حقوقی ندارد؟ آیا شامل امور و تصرفات مادی هم می‌شود؟ یا می‌توان نظر دیگری در خصوص دایره اموری که می‌توان برای انجام آن وکالت داد ابراز کرد؟

فقها به ذکر اموری که می‌توان برای انجام آن به دیگری وکالت داد، بسنده کرده‌اند. این امور از بیع و حواله تا استیفای قصاص و قبض دیات را در برمی‌گیرد و جنبه حصری ندارد. (الحسینی‌العاملی، ص ۵۵۵)

برخی از حقوقدانان با قاطعیت، امور منظور در ماده ۶۶۲ ق.م را منصرف به امور حقوقی و موارد ارادی دانسته‌اند. به تعبیر دیگر، برای انجام اعمال حقوقی که مستلزم اعمال اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی است، می‌توان وکالت داد و در امور مادی که منوط به اراده نیست و ترتب آثار حقوقی مستلزم وجود اراده برای ایجاد آن نیست، لزومی به نیابت و وکالت نیست. به نظر آنان «نیابت در اموری قابل استفاده و تصور است که به اراده انجام می‌شود و آثاری به بار آورد که وضع حقوقی موکل را تغییر دهد. به اضافه پاره‌ای از مواد مربوط به وکالت در صورتی مفهوم درست پیدا می‌کند که نمایندگی مربوط به انجام عمل حقوقی باشد. برای مثال در ماده ۶۶۲ ق.م آمده است» وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد... مفاد این 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 و کیل برای انجام آن مطرح می‌شود...» (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش، ص ۴۰۹)<sup>۱۳</sup>

به نظر ما این انصراف دلیلی ندارد. در فقه جواز مباشرت موکل در انجام اقدامی که نیابت می‌دهد، شرط شده است.<sup>۱۴</sup> وکالت به منظور اعطای نیابت در اموری است که موکل خود صلاحیت حقوقی انجام آن را دارد و برای انجام آن، بدون این که برای دیگری ایجاد حق کند، نیابت می‌دهد. بدیهی است در اموری مانند ساختن ساختمان یا حمل بار نیابت لازم نیست؛ زیرا در این گونه موارد حقی که برای طرف مقابل به دریافت اجرت در مقابل انجام کار معین ایجاد می‌شود، اقتضا دارد تا برای انجام این کار، مال در تصرف او قرار گیرد و او به اصالت در مقام انجام تعهد خود اقدام کند؛ پس توجیه تصرف نیاز به نیابت ندارد. همچنانکه مستأجر حقی بر عین مال دیگری ندارد، اما چون اعمال حق مالکیت بر منفعت (انتفاع) مستلزم قرارگرفتن عین مال در اختیار اوست، نیازی به توسل به نیابت برای تجویز تصرف ندارد. فراهم آوردن امکان انتفاع مستأجر، تکلیف موجر است و در اختیارگزاردن عین مستاجر مقدمه این تکلیف است و مقدمه واجب، واجب! در این گونه موارد، مساله اصلی حق متصرف است که به اصالت اعمال می‌شود؛ پس اساساً نیازی به اذن و نیابت نیست تا عدم نیاز به آن توجیهی برای عدم اعطای نیابت در امور مادی باشد.

در برخی از امور مادی هم نیابت تحقق می‌یابد مانند نیابت برای نگهداری (ودیعه) یا نیابت برای انتفاع (عاریه)، وکالت در معنای عام شامل اعطای این گونه نیابت‌ها هم می‌شود، ولی چون این نیابت، نام خاص و سبب خاصی یافته آن را از شمول وکالت به معنای عام جدا کرده‌اند. در فقه ودیعه را وکالت مخصوص نامیده‌اند.<sup>۱۵</sup>



به نظر ما در هر موردی که شخصی، حقی و به تعبیری، سلطه‌ای دارد که اعمال آن مستلزم تصرفی است، چنانچه دیگری، اصالتی برای اعمال این سلطه نیابد، چاره‌ای جز اخذ نیابت و اقدام از جانب «منوب‌عنه» ندارد؛ به عبارتی دیگر، چنانچه صاحب حق و سلطه، مباشرت در اعمال آن نکند، باید آن را توسط نایب خود اعمال کند. اقدام نایب در اعمال سلطه ضرورتاً مستلزم اعمال اراده او برای تحقق آثار حق نیست، ولی بدون نیابت هم اثری بر اقدام بار نمی‌شود و در این صورت اقدام او همانند اقدام بیگانه‌ای است که تصرف در امور دیگری کرده و (با وجود سایر شرایط) موجب ضمان می‌گردد.

این ادعا که صلاحیت موکل به معنی اهلیت لازم برای انجام عمل حقوقی است و این که تصرف مورد وکالت، فقط تصرفات ارادی (اعمال حقوقی) است که تحقق آن منوط به توجه اراده به آثار منظور است (و بدون این توجه، آثاری بر اراده و تصرف مترتب نمی‌شود)، موارد نقض هم دارد. به عنوان نمونه آیا تسلیم مبیع معین یک عمل حقوقی است یا واقعه حقوقی؟ اگر مشتری در مبیع معین، اراده قبض مبیع نکند، آثار حقوقی مانند سقوط ضمان معارضی بار نمی‌شود یا این تسلیم، ایفای تعهد به تسلیم محسوب نمی‌شود؟!

قبض مبیع معین، عمل حقوقی نیست، (کاتوزیان، ۱۳۶۳ ش.، ص ۱۳۷) ولی مشتری می‌تواند برای انجام آن به دیگری وکالت دهد. اعمال حقی مانند حق قصاص را در نظر بگیریم، می‌توان برای اعمال آن وکالت داد، ولی بی‌تردید اعمال حق قصاص، یک عمل حقوقی نیست. در این گونه موارد، صحبت از حقی است که مستلزم سلطه است و اعمال آن، تصرف محسوب می‌شود، ولی ضرورتاً نه یک عمل حقوقی است و نه یک تصرف حقوقی، ولی بی‌تردید حقی است از آن شخص، که دخالت و مباشرت او در اعمال این حق لازم است، اما نه مباشرت

مستقیم در مقابل نیابت بلکه منسوب بودن اعمال این حق به شخصی که آن حق، متعلق به اوست. او می‌تواند مباشرتاً آن را اعمال کند یا برای انجام آن به دیگری وکالت دهد. وکالت عام همه این موارد را دربر می‌گیرد.<sup>۱۶</sup>

### بخش دوم - اوصاف عقد

در کتبی که راجع به قرارداد به طور کلی یا قواعد عمومی قراردادها نوشته شده، مبحثی آشنا به چشم می‌خورد، به عنوان تقسیم عقد (شهیدی، ۱۳۸۶ ش.، ص ۶۰) یا اقسام عقد، این تقسیم که برای تسهیل بیان اوصاف و ویژگی‌های عقد انجام می‌گیرد، به اعتبار امری به عمل می‌آید. مانند این که عقد از حیث دوام و میزان پای بندی طرفین به استمرار آن ذیل یکی از دو قسم لازم یا جایز قرار می‌گیرد یا به اعتبار اثر ذاتی و ماهیت حقوقی آن ذیل یکی از دو قسم تملیکی و عهدی قرار داده می‌شود و نظایر آن.

از آنجا که در نوشته‌های حقوقی با توجه به تحلیلی که از ماهیت عقد شده - یا بدون توجه به آن - قرارداد پزشکی ذیل یکی از این تقسیم‌ها قرار گرفته و قرارداد درمان، عهدی، جایز (یا لازم) و... خوانده شده است در اینجا بنا به ماهیت متفاوتی که برای عقد برشمردیم به بیان اوصاف قرارداد درمان می‌پردازیم. در واقع نشان می‌دهیم که چگونه به لوازم نظر برگزیده خود پای‌بندیم و توضیح می‌دهیم که چگونه بعضی از نویسندگان به برخی از لوازم نظر منتخب خود پای‌بند و به برخی دیگر پای‌بند نشده‌اند.

## الف - قرارداد درمان، عقدی اذنی است نه عهدی

یک تقسیم اساسی، تقسیم عقد است به عهدی و تکمیلی، پیشینه عقد در برخی از نظامها، اثر ذاتی عقد را تعهدی می‌دانسته که ناظر به انجام کار، خودداری از انجام کار یا انتقال مال است. عقد به توافقی (انشای دوجانبه) که موجب ایجاد تعهد است، اطلاق می‌گردید،<sup>۱۷</sup> اما نویسندگان در مقابل عقد عهدی، عقد تملیکی را قرار داده‌اند که مستقیماً موجب انتقال حق عینی مالکیت می‌شود. این تقسیم تا اینجا مکرراً مشاهده می‌شود، اما سؤال این است که اثر ذاتی عقد فقط محدود به ایجاد تعهد یا انتقال حق عینی است؟

«حقیقت این است که، در حقوق ما عقد تنها به عنوان منبع تعهد به کار نمی‌آید و اصالت بیشتری دارد. گاه باعث ایجاد انتقال حق عینی می‌شود، گاه مبنای ایجاد شخصیت حقوقی قرار می‌گیرد، تعهد را منتقل و ساقط می‌کند (حواله) و گاه نیز باعث اعطای نیابت می‌شود و اذن در تصرف می‌دهد...» (دکتر کاتوزیان، ص ۲۲)

این است که نباید تقسیم عقد به تملیکی و عهدی را تقسیمی حصری دانست. گسترش عقد از منبع ایجاد تعهد به منشا انتقال حق عینی یک تحول تاریخی است، ولی از ابتدا در حقوق اسلام، عقد سبب انتقال حق عینی و ایجاد سایر ماهیت‌ها بوده است، اما اصطلاح عقد اذنی که اولین بار توسط نایینی به کار گرفته شده، نشان‌دهنده 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، فقط یک بحث نظری نیست، بلکه خواهیم دید خیلی از اوصاف و احکام عقد که منشأ نیابت است با عقد عهدی یا تملیکی قابل جمع نمی‌باشد.

**ب - قرارداد درمان، عقدی معین است**

از آنچه در مورد ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد درمان یعنی «استنابه» گفتیم و نیابت در تصرف پزشک را با نیابت در تصرف وکیل منطبق دانستیم، معلوم می‌شود که به طور طبیعی قرارداد درمان از نظر ماه، عقد معین و کالت است، ولی چنانچه کسی شمول عقد وکالت را بر قرارداد پزشکی نپذیرد و اصرار کند که وکالت اعطای نیابت جهت تصرف در امور حقوقی موکل است، اگر نیابت پزشک را به جای اباحه قبول داشته باشد، می‌توانیم حداقل بر این نکته توافق کنیم که قرارداد درمان، عقد نامعین اذنی است، نه عقد نامعین عهدی، چنانکه نظر مشهور است؛ زیرا چنانچه عقد را عهدی بدانیم، نمی‌توانیم به لوازم زیر پای‌بند باشیم.

**ج - قرارداد درمان عقدی جایز است**

در یک تقسیم که از حیث دوام عقد به عمل آمده است، عقد به دو دسته عقد لازم و جایز تقسیم شده است.

آیا پس از انعقاد قرارداد، یکی از طرفین می‌تواند از ادامه عقد و التزام به مفاد آن رهایی یابد و یک‌جانبه عقد را برهم زند؟ چنانچه هریک از طرفین هر وقت بخواهد بتواند بی‌نیاز از ذکر دلیل یا مجوز خاص، قرارداد را منحل کند، آن عقد جایز است، وگرنه عقد لازم خواهد بود.

عقد لازم به اراده دو طرفی که آن را آفریده‌اند، قابل انحلال است (تفاسخ)، اما اراده یک‌جانبه در موارد خاصی قانونی می‌تواند قرارداد را برهم زند که «خیار» نامیده می‌شود.

آنچه مسلم است، اصل در قراردادهای لزوم است و عقد، منحصرأ در موارد خاص قانونی، جایز محسوب می‌شود و بی‌دلیل نمی‌توان ادعای جایز بودن عقدی را نمود. یکی از راه‌های اثبات جواز عقد، قرارداد آن در قالب یکی از عقود معین است که جایز بودن آن مورد تصریح قانونگذار است. راه دیگر آن، یافتن معیار جواز عقد است.

همچنان‌که اساتید بزرگ حقوق مدنی تصریح کرده‌اند، (شهیدی، ۱۳۸۶ ش، ص ۹۸) عقد لازم با اراده دو طرف حادث می‌شود و ماهیت حقوقی ناشی از آن - که مرکب از حق و تعهد است - 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. علیهذا نه عدول یکی از طرفین از اراده خود (فسخ) و نه از بین رفتن منبع اراده (موت - حجر) موجب انحلال عقد نیست، ولی عقد جایز خالق ماهیتی است که نه تنها برای پدید آمدن، بلکه برای استمرار و بقا، نیاز به منبع زاینده خود یعنی اراده طرفین دارد. پس هر آینه اراده یا منبع آن زایل شود، ماهیت حقوقی پدیدآمده نیز محو می‌شود.

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 (در اینجا اراده) هستند، ولی در بقا و استمرار به آن نیازی ندارند. از این رو، عقود عهدی و تکمیلی خواه معین باشند، خواه نامعین مشمول اصل لزومند، ولی نیابت به عنوان ماهیت ناشی از اذن نه تنها در حدوث که در بقا نیز به اراده‌های ایجادکننده آن وابسته است؛ پس عاریه و وکالت و هر عقد اذنی نامعین، جایزند.

حال اگر به نوشته‌های آن دسته از حقوقدانان که قرارداد درمان را قراردادی عهدی و نامعین تعریف کرده‌اند، مراجعه کنیم، با دو پاسخ مواجه می‌شویم: برخی از اساتید به لوازم نظر خود توجه داشته‌اند و قرارداد درمان را نظر به اصالة اللزوم، لازم دانسته‌اند؛ هرچند توجیه نظر خود را نه بر مبنای دلیل فقهی و حقوقی که بر علت و فلسفه‌ای مبتنی کرده‌اند که موجه به نظر نمی‌رسد،<sup>۱۸</sup> اما جای تعجب است که این بزرگان، به رغم این که به اقتضای حکم صریح قانون و مبنای روشن فقهی و حقوقی به لزوم عقد حکم داده‌اند، به استناد بندی از یک آیین‌نامه از لزوم عقد دست شسته و به جواز یک‌طرفه عقد نظر داده‌اند!

آنان نظر خود را در خصوص جواز عقد از سوی بیمار و لزوم آن از سوی پزشک به «ماده ۱۸ آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی»، مستند کرده‌اند.

به موجب این ماده: «پزشک مسؤول ادامه درمان بیمار خود در حد توانایی و تخصص خود به استثنای موارد ضروری است، مگر این که بیمار یا بستگان او مایل نباشند».

به نظر ما استنباط جواز یک‌جانبه قرارداد درمان از این ماده آیین‌نامه، از دو جهت مخدوش است:

اولاً: از بدیهیات و مسلمات حقوقی است که آیین‌نامه هیأت وزیران ناسخ یا مخصص قانون نیست. اگر جز در موارد خاص قانونی که به جواز، تصریح شده عقد، لازم محسوب می‌شود، چگونه می‌توان به استناد ذیل ماده ۱۸ آیین‌نامه، قرارداد درمان را نسبت به بیمار، جایز دانست و مخصص حکم کلی اصالة اللزوم قرار دارد؟!!

ثانیاً: به نظر ما ماده ۱۸ آیین‌نامه، نه تنها مستند قابل اتکایی برای جواز عقد نسبت به بیمار نیست، بلکه هیچ دلالتی بر لزوم قرارداد درمان نسبت به پزشک نیز ندارد. آیین‌نامه‌ای که به ماده ۱۸ آن استناد شده، همچنان که از نام آن پیداست، مربوط به تخلف انتظامی است. به نظر ما، به دلیلی که خواهیم گفت، قرار درمان نسبت به پزشک نیز جایز است و صدر ماده ۱۸ از پزشک می‌خواهد که به تعهد حرفه‌ای خود پای‌بند باشد و گرنه با مجازات انتظامی مواجه می‌شود.

اما گروه دیگر از ابتدا به لوازم نظر خود پشت کرده‌اند! آنان در عین حال که عقد را نامعین و عهدی قلمداد کرده‌اند، بی‌توجه به این که فقط عقد معینی که به جواز آن در قانون تصریح شده جایز است، به موجب همان ماده آیین‌نامه به جواز یک‌جانبه عقد و مشابه‌سازی بی‌دلیل آن با عقد رهن نظر داده‌اند. (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹ش، ص ۱۴۴)

بدیهی است، نمی‌توان بدون تحلیل مبانی قرارداد و اصول حاکم بر آنکه قانون نیز بدان تصریح دارد مستقیماً به آیین‌نامه اجرایی استناد کرد.

اما ما به لوازم نظر خویش در انتخاب ماهیت حقوقی و نوع قرارداد درمان پای‌بندیم:

همچنان که گفتیم ماهیت حقوقی مورد نظر ما نیابت است. نیابت ذاتاً متکی به اذن و اراده است؛ لذا با معیاری که در تشخیص لزوم و جواز ارائه گردید، به طور قاطع می‌توان گفت که قرارداد درمان، نیابتی، متکی به اذن و جایز است. به علاوه، هنگامی که قرارداد درمان را نمونه‌ای از قرارداد وکالت دانستیم، در جایز بودن این نوع معین عقد، تردید روا نیست.

این است که بر پای‌بندی به لوازم نظر خود و عدم امکان التزام به مبانی نظر کسانی که عقد را عهدی دانسته‌اند، پافشاری می‌کنیم. استاد بزرگ دکتر کاتوزیان

در قابل جمع بودن نیابتی بودن و کالت و جواز آن و رد نظر کسانی که وکالت را عهدی و در عین حال جایز دانسته‌اند، گفته‌اند:

«با این تحلیل می‌توان مفهوم "تعهد" موکل و وکیل در برابر یکدیگر را با "جایز بودن عقد" جمع کرد، وگرنه آنان که وکالت را عقد عهدی می‌دانند و مفهوم عقد اذنی را نمی‌پذیرند، در برابر این پرسش که چگونه طرفین عقد می‌توانند به دلخواه عهد خویش را برهم زنند، پاسخ قانع‌کننده‌ای ندارند؛ زیرا تعهد و تکلیف با اختیار و جواز با هم جمع نمی‌شوند؛ پس ناچار باید اثر مستقیم عقد را "اذن"، و تعهد را از آثار و لوازم "اذن" برشمرد». (ص ۱۱۲)

#### د - قرارداد درمان، قراردادی ذاتاً غیر معوض و مبتنی بر مسامحه است.

نویسندگانی که قرارداد را عهدی و نامعین دانسته‌اند، معوض بودن عقد را ضرورتی مسلم دانسته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۹ ش، ص ۱۳) هنگامی که ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد درمان، تعهد پزشک به درمان و تعهد بیمار به پرداخت هزینه درمان است، چگونه می‌توان در تقابل این دو تعهد و تشکیل دو عوض قرارداد، تردید روا داشت؟<sup>۱۹</sup> اما به نظر ما ماهیت قرارداد پزشکی همانند سایر موارد وکالت یک جز دارد و آن اعطای نیابت به پزشک است، بدون این که در مقابل این نیابت و مأذون بودن، عوضی قرار گیرد. تعهد پزشک که از این نیابت ناشی می‌شود، تعهد اصلی یا جزیی از ماهیت قرارداد نیست، بلکه اثری است که بر ماهیت بار می‌شود، بدون این که ماهیت قرارداد با آن مورد شناسایی قرار گیرد. هزینه‌ای که بیمار بابت آن می‌پردازد نیز عوض قرارداد نیست، بلکه در نتیجه اجرای مورد نیابت، بیمار (موکل) به پرداخت آن ملتزم می‌شود؛ زیرا علی‌الاصول پزشک قصد تبرع ندارد و استیفا از عمل غیر هم مجاز نیست؛ پس اگر طرفین در خصوص اجرت یا



هزینه درمان توافق کردند، به همان عمل می‌شود. در غیر این صورت به اجرت‌المثل (تعرفه) مراجعه می‌شود. (ملاک ماده ۶۷۷ ق.م.)

تعبیر تعهد پزشک و بیمار به عوضین قرارداد (در مقابل نیابتی بودن ماهیت قرارداد که بابت آن عوضی قرار نمی‌گیرد) آثاری دارد، کسانی که قرارداد درمان را عقدی عهدی و معوض دانسته‌اند، باید به نتایجی پای‌بند باشند که بی‌تردید در قرارداد درمان غیر قابل قبول و مخل رابطه است. در ذیل به دو مورد آن اشاره می‌کنیم:

یک - یکی از نتایج معوض دانستن قرارداد درمان این است که در عقود معوض، علم تفصیلی به نوع و میزان عوضین در لحظه انعقاد عقد ضروری است. وگرنه غرر پیش می‌آید و با نهبی که از آن شده، جهل به عوضین موجب بطلان قرارداد معوض می‌شود. کسانی که قرارداد درمان را عهدی و معوض دانسته‌اند، به این نتیجه پای‌بند نبوده و علم اجمالی را کافی دانسته‌اند. کافی بودن علم اجمالی، بی‌دلیل قابل پذیرش نیست. (ماده ۲۱۶ ق.م.)

به نظر می‌رسد ماهیت تعهد پزشک که تعهد به وسیله یعنی انجام اقدامات لازم (ولی نامعلوم به هنگام عقد) جهت درمان است اقتضا دارد که علم اجمالی کفایت کند، در غیر این صورت باید حکم به بطلان غالب قراردادهای فی‌مابین پزشک و بیمار داد. می‌دانیم که در عمل معلوم و معین کردن میزان تعهد پزشک و بیمار نه امکان‌پذیر است و نه اهتمامی جهت تعیین آن وجود دارد. طرفین پروسه ای را جهت درمان آغاز می‌کنند که پزشک نیز گام به گام به تشخیص بیماری و انجام اقدامات درمانی می‌پردازد. اقداماتی که شاید تصور ضرورت انجام آن در لحظه انعقاد عقد هم نمی‌رفته است.<sup>۲۰</sup> معوض دانستن عقد، و تعهد بیمار و پزشک را عوضین اصلی قرارداد انگاشتن، بی‌تردید به غرری بودن و بطلان غالب این

قراردادها می‌انجامد. در حقوق فرانسه تکرار عقد را برای تأمین این شرط مطرح کرده‌اند.

اما بنا به نظری که برگزیدیم در عقد اذنی و نیابتی که ذاتاً مجانی است، علم اجمالی به مورد نیابت کفایت می‌کند. تعهد پزشک و بیمار هم که عوضین اصلی قرارداد نیستند تا علم تفصیلی بدان لازم باشد؛ هرچند نمی‌توان آن را کاملاً مبهم یا مردد گذارد، ولی بی‌تردید تعیین جزییات آن نیز لازم نیست. (الحسینی‌العاملی، ص ۵۶۲)

دو - نتیجه دیگر معوض دانستن قرارداد درمان، این است که بین تعهدات طرفین رابطه همبستگی به وجود می‌آید. در عقد معوض، اثر این همبستگی در سه مرحله خلق تعهد، بقای تعهد و اجرای آن ظاهر می‌شود.

در مرحله ایجاد تعهد، بطلان یک تعهد به عدم ایجاد تعهد مقابل و بطلان عقل می‌انجامد. در صورت وجود همه شرایط صحت، پس از انعقاد عقد، سقوط تعهد یکی از طرفین به سقوط تعهد مقابل و انفساخ عقد منتهی می‌شود، اما در مرحله اجرا، اثر اصلی همبستگی تعهدات، در قالب حق حبس نمایان می‌شود. 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.

حال سؤال این است: آیا این نتایج گریزناپذیر عقد معوض در قرارداد درمان قابل اجراست؟ آیا می‌توان گفت پزشک حق دارد اجرای تعهد خود به درمان را منوط 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 این گونه نتایج در قرارداد درمان به گونه‌ای مشمئزکننده به نظر نمی‌رسد؟

به نظر ما نمی‌توان عقد را معوض تعریف کرد، ولی از حق حبس ناشی از آن طرفه رفت. در حالی که حسب تعریفی که از ماهیت عقد و اوصاف آن به عمل آوردیم، می‌توانیم بگوییم در مقابل اعطای نیابت از سوی بیمار هیچ عوضی قرار نمی‌گیرد.<sup>۲۱</sup> از سوی دیگر تعهد پزشک نیز از آثار قرارداد درمان است (ماهیت را اراده خلق می‌کند و اثر را قانون بر ماهیت بار می‌کند) و بیمار هم متعهد به پرداخت اجرت است، حال یا به موجب قرارداد (اگر هزینه درمان در قرارداد ذکر شده باشد) یا به موجب قانون (اگر طرفین سکوت کردند، چون نمی‌توان از کار دیگری مجاناً استفاده کرد، مگر به موجب قصد تبرع عامل یا تصریح به مجانی بودن عقد).

#### هـ- قرارداد درمان، عقد مستمر است.

نویسندگان حقوقی، قرارداد درمان را قراردادی مستمر دانسته‌اند؛ هرچند ما از طرح این اصطلاح مفهوم و آثار دیگری را دنبال می‌کنیم؛ در تعریف از عقد مستمر در مقابل عقد آنی، تعابیر مختلفی به کار گرفته شده است، ولی آنچه مشترک به نظر می‌رسد، این است که این تعاریف نظر به حدوث آنی اثر عقد یا تحقق آن در طول زمان دارند. عقد بیع از جهت حدوث تملیک آنی است، در حالی که اجاره به جهت تحقق لحظه به لحظه منافع که مورد تملیک است، مستمر محسوب می‌شود. این تقسیم آثاری دارد که نویسندگان حقوقی به آن اشاره کرده‌اند، (شهیدی، ۱۳۸۶ ش، ص ۹۵) اما وصف مستمر بودن از نظر ما در این بند، مستمر بودن نتیجه عقد یا آثار آن نیست، بلکه آنی یا مستمر بودن خود عقد است! عقد، ایجاب و قبول خالق ماهیت حقوقی است. اراده طرفین یعنی ایجاب و قبول در عقود که منشأ حق و تعهدند، در یک لحظه به هم می‌پیوندند و

ماهیت را ایجاد می‌کنند. ماهیت باقی می‌ماند، ولی چون تداوم آن نیازی به ارده 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 نه 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 زایل کند، به نحو ماهیت نیابت می‌انجامد.

آنچه در خصوص تکرار قرارداد پزشکی در حقوق فرانسه نقل شد، 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. این نتیجه فقط در عقد مستمر، به ترتیبی که بیان کردیم حاصل می‌شود. عقدی که در تحقق نتیجه مستمر است و نه در ذات خود، تحلیل فوق را در تجدید نسبت به تغییرات موضوع اقتضا نمی‌کند.

#### و - در قرارداد درمان شخصیت پزشک، قید موضوع است.

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 اعطا شده، فاقد اوصاف یا صلاحیت و توانایی‌هاست، عقد باطل و نیابت منتفی است. برخی از نویسندگان که قرارداد پزشکی را عهدی و معوض تعریف کرده‌اند، این معنا را با نهاد اشتباه در شخصیت طرف معامله خلط کرده‌اند. (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۶ ش، ص ۱۴۳) در عقد معوض هیچ‌گاه شخصیت طرف علت عمده عقد نیست، بلکه دستیابی به عوض مقابل، علت عقد است.

اساتید بزرگ حقوق مدنی متذکر شده‌اند که 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 محرک و برانگیزاننده او به انجام معامله بوده است. (شهیدی، ۱۳۸۶ ش، ص ۲۲۴) تعبیر فقهی آن، این است: جایی شخصیت طرف، علت عمده عقد است که اگر طرف مقابل، واقعیت را در خصوص شخصیت یا برخی از اوصاف او می‌دانست، نه تنها فرد معامله، بلکه نوع معامله را نیز منعقد نمی‌کرد. به عنوان نمونه در عقد اجاره که قراردادی معوض است اگر موجر، مستأجر را واجد وصفی (نفیاً یا اثباتاً) تلقی می‌کرده که بدون آن خانه خویش را به او اجاره نمی‌داد، چنانچه بعداً معلوم شود که مستأجر فاقد آن وصف است، نمی‌توان اجاره را به دلیل اشتباه در شخصیت یا پاره‌ای از اوصاف آن باطل دانست. به تعبیر دیگر، اگر موجر از اوصاف مستأجر اطلاع می‌داشت خانه خود را به او اجاره نمی‌داد، اما نوع اجاره را منتفی نمی‌ساخت؛ زیرا هدف او به دست آوردن اجاره بهاست و اجاره را با شخص دیگری منعقد می‌ساخت، اما در هبه که یک عقد غیرمعوض است، این‌گونه نیست. شخصی که فردی را برادرخوانده خود می‌پنداشته و اتومبیلی را به او هبه کرده است، اگر خلاف آن احراز شود، هبه باطل است؛ زیرا آنچه او را به انعقاد عقد هبه، تشحید کرده دارا کردن فرد خاص با وصف مورد نظر اوست و اگر می‌دانست که فرد مزبور برادرزاده او نیست نه تنها فرد معامله، بلکه نوع معامله نیز منتفی می‌شد و هیچ هبه‌ای واقع نمی‌شد.

به نظر می‌رسد با معوض دانستن قرارداد پزشکی، شخصیت پزشک علت عمده عقد نیست؛ زیرا اگر بیمار می‌دانست که طرف مقابل، پزشک نیست یا فاقد تخصص لازم در مورد این بیماری است؛ هرچند با او قرارداد منعقد نمی‌کرد، اما با

پزشک دیگر وارد قرارداد می‌شد؛ زیرا هدف او معالجه بیماری خود است، نه دارا کردن پزشک خاص!

اما با نیابتی دانستن قرارداد درمان، اشتباه در شخصیت یا پاره‌ای از 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 عبارتی دیگر، شخصیت پزشک در اینجا قید موضوع است و نه فقط وصف طرف. به علاوه، به رغم این که در صورت فوت پزشک تعهد او به ورثه‌اش منتقل نمی‌شود، ولی این امر مانع از آن نیست که در صورت استنکاف پزشک از اجرای تعهد، بتوان با هزینه او حکم به اجرای تعهد داد. (ماده ق.م) بدیهی است این امر در صورتی است که مشروطه از قید منظور خود صرف نظر کند. در تعهدات قائم به شخص، همیشه این چنین است که اگر مشروطه از وصفی که در متعهد شرط شده، صرف نظر کند، می‌تواند اجرای تعهد را به هزینه متعهد خواستار شود، اما نکته اساسی تشخیص مشروطه است!

باید از اختلاط سه مفهوم خودداری کرد، این سه مفهوم عبارتند از: ۱. علت عمده بودن شخصیت طرف عقد؛ ۲. قائم به شخص بودن تعهد؛ ۳. امکان اجرای تعهد توسط دیگران و به هزینه متعهد.

## نتیجه

پس از شناسایی ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار، می‌توان به تحلیل سبب حقوقی ایجاد آن پرداخت. چنانچه ماهیت حقوقی این رابطه، عهدی و متضمن تعهدات متقابل پزشک و بیمار تلقی شود، به طور طبیعی باید به دنبال سبب ایجاد این رابطه عهدی بود. مهمترین سبب ایجاد این تعهدات، اراده طرفین در قالب قرارداد است؛ پس سبب حقوقی ایجاد رابطه، قرارداد محسوب می‌شود. مسأله بعدی تشخیص ماهیت حقوقی یا نوع این قرارداد است. نویسندگان بدون تحلیل ماهیت حقوقی که قرارداد برای ایجاد آن تشکیل می‌شود به تبیین نوع قرارداد پرداخته‌اند و چون قرارداد درمان را به ظاهر منطبق با هیچ‌یک از عقود معینی که منشأ ایجاد یک رابطه عهدی باشد، نیافته‌اند، قرارداد درمان را یک عقد نامعین دانسته‌اند، ولی به لوازیم و نتایج حقوقی نظر خود پای‌بند نبوده‌اند. از لوازیم 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. نشان دادیم نویسندگانی که مبنای خویش را در انتخاب ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد تحکیم نکرده‌اند، چگونه در تبیین نوع عقد و احکام و اوصاف آن به تعدد مبنا محکوم شده‌اند.

گفتیم با انتخاب نیابت و نه عهد به عنوان ماهیت حقوقی که قرارداد برای ایجاد آن تشکیل می‌شود، نوع عقد را نه عهدی که اذنی می‌دانیم و با این انتخاب، در اساسی‌ترین مفاهیم قراردادی، به اوصاف و احکامی برای عقد ملتزمیم که هم نظم حقوقی و اتکا بر مبنای واحد دارد و هم پاسخگوی ضرورت‌های عملی این رابطه است. کسانی که قرارداد درمان را نامعین و عهدی دانسته‌اند، با توجه به

ضرورت‌های عملی، بی‌دلیل از اصالة اللزوم دست شسته و به موادی از آیین‌نامه اجرایی که ربطی به موضوع ندارد، متوسل شده‌اند.

اما با اذنی و معین دانستن قرارداد درمان، هم جواز طرفینی قرارداد را توجیه کردیم و هم با غیرمعوض دانستن این عقد، که ماهیت حقوقی ناشی از آن صرفاً ایجاد نیابت برای پزشک است، به دغدغه‌های مربوط به شأن بیمار و پزشک پاسخ دادیم. این که قرارداد درمان، موجب می‌گردد که پزشک، شأنی همانند بیمار در جواز تصرف بیابد و این که در مقابل این استنابه به‌طور طبیعی هیچ عوضی قرار نمی‌گیرد، ماهیت قرارداد درمان را از عقد معوض مالی خارج می‌کند و به آن تعالی می‌بخشد. از سوی دیگر، به رغم غیرمعوض دانستن قرارداد گفتیم که این، بدان معنا نیست که پزشک مستحق هیچ اجرتی نمی‌باشد، بلکه با تحلیل مبنای حقوقی و نشان دادن نمونه‌ها و نظایر آن اثبات گردید که انجام اقدامات درمانی از سوی پزشک، چون به قصد تبرع نیست، مستوجب پرداخت عوض از سوی بیمار است. اگر طرفین نسبت به آن توافق کردند، به همان عمل می‌شود، والا به اجرت‌المثل، یعنی تعرفه مراجعه می‌گردد.

این لزوم پرداخت عوض، قرارداد را معوض نمی‌کند، همچنان که معلوم نبودن یا عدم ذکر آن در قرارداد نیز موجب بطلان عقد نمی‌شود. بدین صورت است که هم عدم لزوم معلوم بودن هزینه درمان (مورد تعهد بیمار) و اقدامات لازم پزشک را توجیه کردیم و هم حق حبس را در این قرارداد منتفی دانستیم. از آثار سو عهده‌ی و معوض دانستن قرارداد، تن‌دادن به حق حبس برای پزشک است. اثری که دامن‌گیر گویندگان آن می‌شود و آنان به سکوت از کنار آن عبور کرده‌اند.



پی‌نوشت‌ها

- ۱- برای ملاحظه تعاریف مشابه از قرارداد درمان، از جمله (بنگرید به: عباسی، ۱۳۸۹ ش، ص ۶۱؛ شجاع‌پوریان، ۱۳۸۶ ش، ص ۷۴)
- ۲- برخی از نویسندگان، هنگام بررسی نوع عقد، نشان داده‌اند که هیچ تحلیلی از ماهیت حقوقی ناشی از قرارداد ندارند و حتی آن را برخلاف برخی از اساتید، عهدی نیز فرض نکرده‌اند؛ زیرا مقایسه قرارداد درمان با اجاره و جعاله که دارای ماهیت عهدی است از یک‌سو و وکالت که دارای ماهیت اذنی است از سوی دیگر نشان می‌دهد که ماهیت حقوقی خاصی را برای عقد درمان تصور نکرده به تصویر نوع سبب ایجاد آن پرداخته‌اند. (بنگرید به: شجاع‌پوریان، ۱۳۸۶ ش، ص ۱۲۴)
- ۳- البته استاد در توضیح عقد وکالت، از این نظر عدول کرده و عقد را اذنی دانسته‌اند. (بنگرید به: کاتوزیان، ۱۳۶۴ ش، ص ۱۰۸)
- ۴- برای ملاحظه سایر ایراداتی که با توجه به آثار فرعی و نه ماهیت حقوقی مطرح شده است، به همین منبع و صفحه مراجعه شود. ایرادی مانند امکان درج شرط عدم ضمان بر اجیر که در پزشکی عواقبی به دنبال دارد.
- ۵- «اجاره عقدی معاوضی و مغایبی است و غرر موجب بطلان آن می‌شود». (الحسینی‌العاملی، ص ۲۸۶)
- ۶- برای ملاحظه تعاریف دیگر، از جمله (بنگرید به: نجفی، ص ۱۸۷) و برای ملاحظه نظری که عقد جعاله را معوض تعریف می‌کند (بنگرید به: شهید ثانی، ص ۴۳۹)
- ۷- برای ملاحظه نظر مخالف (بنگرید به: شهیدی، ۱۳۸۶ ش، ص ۵۲) «جعاله یک عمل حقوقی معوض است، یعنی هریک از عمل عامل و جعل جاعل به عنوان دو مورد عوض و معوض یکدیگر می‌باشند...» و برای ملاحظه تأیید نظر متن (بنگرید به: خمینی، ۱۳۶۱ ش، ص ۵۸۶)
- ۸- به نظر می‌رسد که فقها، تعهد جاعل را تعهدی معلق دانسته‌اند. مباحث مربوط به ضمانت از دین جاعل قبل از انجام کار توسط عامل، نشان می‌دهد که به محض عقد، تعهد جاعل ایجاد نمی‌شود. آنان گفته‌اند نمی‌توان از دین (تعهد) جاعل پس از عقد و قبل از تحصیل نتیجه توسط عامل ضمانت کرد؛ زیرا از مصادیق دین غیر موجود است. به همین دلیل برخی پاسخ داده‌اند که هرچند دین موجود نیست، ولی سبب آن موجود است. این بیان نشان می‌دهد که تحقق دین جاعل به موجب عقد جعاله، معلق بر انجام کار توسط عامل است.
- ۹- مشابه این استدلال را دکتر جعفری لنگرودی در توضیح عقد معلق کرده‌اند. ایشان می‌گویند تعلیق نه در انشا است و نه در منشا، حق مالکیت برای مشتری گاه تام است و گاه تمامیت آن مشروط به امری

- است: حق ملک ان یملک. ولی حق با یکی از این دو کیفیت منجزا پدید می‌آید. (بنگرید به: جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳ ش، ص ۶۷)
- ۱۰- تعریف برخی از فقها از جعاله حکایت از نامعلوم بودن کار و جعل دارد و تفاوت آن را با اجاره در همین دانسته‌اند. (بنگرید به: شهید ثانی، ص ۴۸۹)
- ۱۱- «ان شده الحاجة الی التوکیل ظاهره، اذ کل احد لایمکنه مباشره جمیع ما یحتاج الیه من الافعال» (بنگرید به: الحسینی‌العاملی، ص ۵۲۳)
- ۱۲- از صاحب مفتاح الکرامه نقل شد که او شأن نایب را از اصیل می‌داند؛ یعنی باید نایب شأنی همانند اصیل بیابد و جواز تصرف پزشک هم بر همین معنا مبتنی است. (بنگرید به: الحسینی‌العاملی، ص ۵۲۳)
- ۱۳- برای ملاحظه نظر مشابه در حقوق مصر بنگرید به: (سنهوری، ۱۳۵۳ ق، ص ۲۱۰)
- ۱۴- «الموکل و یشرط فیه ان یملک مباشره ذلک التصرف بملک او ولایه» ایشان از مبسوط نقل می‌کند که «کل من یصح تصرفه فی شیء، تدخله النیابه» در جای دیگر می‌گوید «الضابط کل مالا غرض للشارع فیه التخصیص بالمباشره من فاعل معین، اما مالا تدخله النیابه فلا یصح التوکیل فیه» (الحسینی‌العاملی، ص ۵۳۰ و ۵۵۸)
- ۱۵- مقدس اردبیلی، شرح ارشاد، کتاب ودیعه، نقل از کاتوزیان، ۱۳۶۴ ش، ص ۱۹
- ۱۶- تعبیری که از ادبیات فقهی استفاده می‌شود، این است که آنچه شرط و کالت و اعطای نیابت محسوب می‌گردد، سلطه موکل است. اگر موکل سلطه بر امری نداشته باشد، امکان اعطای نیابت وجود ندارد. از سوی دیگر، اگر اعمال این سلطه از شخصیت موکل انفکاک پذیر نباشد، برای انجام آن نمی‌توان وکالت داد. (پی‌نوشت شماره ۱۴ ملاحظه شود)
- ۱۷- برخی از نظام‌های حقوقی هنوز به این معنی پای‌بندند. برخی از نویسندگان ما نیز بر همین نظرند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳ ش، ص ۵) قانون مدنی ما نیز عقد را به عنوان منبع ایجاد تعهد تعریف کرده است (ماده ۱۸۳ ق.م) که مورد انتقاد حقوقدانان قرار گرفته است.
- ۱۸- (بنگرید به: محقق داماد، ۱۳۸۹ ش، ص ۱۲۹) «زیرا موضوع این قرارداد حفظ جان و زندگی انسان و رهایی او از بیماری است و حمایت از زندگی و سلامت انسان از چنان اهمیتی برخوردار است که هیچ‌یک از بیمار و پزشک (مؤسسه درمانی) نمی‌توانند تا پیش از رسیدن به نتیجه مطلوب و آنجا که ادامه قرارداد موجب زیان آنهاست، از ادامه درمان سرباز زده قرارداد را یک‌سویه فسخ کنند».

۱۹- هرچند معاوضی بودن را اصطلاح مناسبی برای بیان منظور نمی دانم. معاوضی بودن، وصف عقود مالی است که برای مبادله دو مال به کار می رود. عقد دو تعهدی یا معوض تعبیر مناسب تری در تقابل دو تعهد، اعم از مالی و غیر مالی است.

۲۰- برخی از اساتید در عین حال که عقد را معوض و لازم دانسته اند، پذیرفته اند که نوع تعهد پزشک که به وسیله است، این اجازه را نمی دهد که پزشک و بیمار از مراحل انجام قرارداد آگاه باشند. (بنگرید به: محقق داماد، ۱۳۸۶ ش.، ص ۱۳۴)

۲۱- به همین دلیل تقسیم اذن به معوض و غیرمعوض، فاقد مبنا به نظر می رسد. پزشک در مقابل اذنی که می گیرد، در هیچ موردی عوضی نمی پردازد! (برای ملاحظه این تقسیم بنگرید به: محقق داماد، ۱۳۸۶ ش.، ص ۱۵۴)

#### فهرست منابع

- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۶۳ ش.)، حقوق مدنی عقودمعین، (سه جلدی)، ج ۱، چاپ سوم، تهران، انتشارات بهنشر
- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۶۴ ش.)، حقوق مدنی عقودمعین، (سه جلدی)، ج ۳، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر
- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۶۴ ش.)، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، (چهار جلدی)، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر
- شهیدی، مهدی - (۱۳۸۶ ش.)، حقوق مدنی، (چهار جلدی)، ج ۱، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر - (۱۳۶۳ ش.)، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر - (۱۳۶۳ ش.)، وصیت - ارث، چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- عراقی، عزت‌ا... - (۱۳۸۴ ش.)، حقوق کار، چاپ چهارم، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی
- محقق داماد، سیدمصطفی - (۱۳۸۹ ش.)، فقه پزشکی، چاپ اول، تهران، انتشارات حقوقی
- عباسی، محمود - (۱۳۸۹ ش.)، مسؤولیت پزشکی، چاپ دوم، تهران، انتشارات حقوقی
- عباسی، محمود - (۱۳۷۷ ش.)، مجموعه مقالات پزشکی، (هفت جلدی)، جلد ۳، تهران، انتشارات حقوقی
- شجاع پوریان، سیاوش - (۱۳۸۹ ش.)، مسؤولیت قراردادی پزشک در برابر بیمار، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی
- الحسینی‌المراغی، عبدالفتاح - (۱۴۱۸ ق.)، العناوین، (دو جلدی)، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی

- الحسینی‌العاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، (یازدهم جلدی)، ج ۷، دار احیاء التراث العربی
- طباطبایی، سیدعلی - (۱۴۰۴ ق.)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، (دو جلدی)، ج ۱، قم، مؤسسه آل بیت
- نجفی، شیخ محمدحسن - (۱۳۹۴ ق.)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، (چهل و سه جلدی)، ج ۲۷، تهران، دار الکتب الاسلامیه
- نجفی خوانساری، شیخ موسی - (۱۳۷۳ ق.)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب تقریرات شیخ محمدحسین غروی نائینی، (دو جلدی)، ج ۱، تهران، انتشارات حیدریه
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم - (۱۳۴۹ ق.)، العروه الوثقی، (دو جلدی)، ج ۲، تهران، انتشارات اسلامیة الجبعی‌العاملی، زین‌العابدین - (۱۳۹۸ ق.)، الروضه البهیة فی شرح اللعنه دمشقیه، (ده جلدی)، ج ۴، جامعه النجف‌الدینیة
- الجبعی‌العاملی، زین‌الدین، مسالک الافهام، (دو جلدی)، ج ۲، قم، دارالهدی
- السنهوری، عبدالرزاق احمد - (۱۳۵۳ ق.)، نظریه العقد، (چهار جلدی)، ج ۱، بیروت، انتشارات دارالفکر
- بجنوردی، میرزاحسن - (۱۳۸۹ ق.)، القواعد الفقهیة، (هفت جلدی)، ج ۳، نجف، مطبعه الاداب خوبی، سیدابوالقاسم - (۱۴۱۲ ق.)، مصباح الفقاهه، (هفت جلدی)، ج ۵، بیروت، دارالهدی
- خمینی، روح‌ا... - (۱۳۶۲ ش.)، تحریرالوسیله، (دو جلدی)، ج ۱، چاپ دوم، قم، انتشارات موسسه مطبوعات دارالعلم

#### یادداشت شناسه مؤلف

سید محسن سادات اخوی: استادیار دانشگاه شاهد (نویسنده‌ی مسؤول)

نشانی الکترونیکی: m\_sadat\_s@yahoo.com

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۷/۲۴

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۰/۹/۱۵