

## ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار و سبب ایجاد آن

سید محسن سادات اخوی<sup>۱</sup>

### چکیده

نگاهی اجمالی به نوشته‌هایی که از دیدگاه حقوقی به رابطه پزشک و بیمار پرداخته‌اند، نشان می‌دهد که چگونه مسئولیت پزشک، عمده مباحث را به خود اختصاص داده است. هر گاه نیز که به مرحله پیش از آن یعنی تعهدات پزشک نسبت به بیمار توجه شده، نگاه‌ها به خود تعهد و موضوع آن که مآلاً به مسئولیت منتهی می‌شود، متوجه بوده است.

در این مقاله سعی می‌شود تا با تکیه بر مبانی حقوقی و فقهی در حقوق قراردادهای نشان داده شود که ناگزیریم پیش از طرح مباحث تعهدات پزشک و نقض آن - که حیثاً به مسئولیت می‌انجامد- به ماهیت حقوقی این رابطه بپردازیم. در تحلیل ماهیت حقوقی یک رابطه، باید آن را از حقوق و تعهدات فرعی آن رابطه بازشناخت. طبیعی است اگر ماهیت حقوقی یا اثر اصلی در یک رابطه که به سببی از اسباب حقوقی ایجاد شده تعهد باشد، می‌توان در تحلیل این رابطه به بررسی تعهدات و حقوق طرفین پرداخت. ولی اعتقاد ما این است که حقوق و تعهدات پزشک و بیمار امری فرعی و مسبوق به وجود ماهیت حقوقی دیگر به نام نیابت است که باید حقیقت این ماهیت و سبب حقوقی ایجاد آن را باز شناخت.

### واژگان کلیدی

ماهیت حقوقی، سبب حقوقی ایجاد ماهیت، استنباط، اباحه، اذن شخص، اذن قانون

## ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار و سبب ایجاد آن

مرسوم است در تحلیل حقوقی یک رابطه یا یک نهاد، از مجموعه حقوق و تعهدات طرفین این رابطه صحبت می‌شود و حتی در شناخت سبب حقوقی ایجاد آن، این حقوق و تعهدات با حقوق و تعهدات ناشی از سبب مشابه مقایسه می‌شود و سبب ایجاد آن تشخیص داده می‌شود.

این اتفاق در تحلیل حقوقی رابطه پزشک و بیمار نیز افتاده است. آنچه از نوشته‌های حقوقی استفاده می‌شود این است که رابطه پزشک و بیمار یک رابطه دو سویه مبتنی بر حقوق و تعهداتی است که تعهد اصلی پزشک، ارائه خدمات و انجام اقدامات لازم جهت درمان بیمار است که بیش از اینکه از محتوای این تعهد کلی و اجزای آن صحبت شود، از نوع آن و نحوه گنجاندن آن در یکی از اصلی‌ترین تقسیمات تعهد، یعنی تعهد به وسیله و نتیجه سخن رفته است. از سوی دیگر تعهد اصلی بیمار پرداخت اجرت درمان یعنی عوض است.<sup>۱</sup> از تعهدات دیگری نیز می‌توان سخن گفت مانند تعهد به دادن اطلاعات یا ...

ولی آنچه از مطالعه این نوشته‌ها مسلم به نظر می‌رسد، این است که رابطه پزشک و بیمار یک رابطه عهدی است و سبب ایجاد این تعهدات نیز اگر قراردادی در میان باشد، قراردادی والا قانونی خواهد بود. بدیهی است اگر بیمار مجبور بوده و به نماینده قانونی او دسترسی نباشد، یا بیمار در حالت اورژانس بدون اینکه اراده‌ای در تن دادن به درمان داشته، تحت معالجه قرار گرفته باشد، تعهدات پزشک قانونی است و در صورت مراجعه خود بیمار و با رعایت شرایط اساسی قرارداد، تعهدات پزشک، قراردادی خواهد بود.

مطالعه نوشته‌ها نشان می‌دهد که پس از بررسی نوع تعهد (وسیله یا نتیجه) آنچه توجه برخی را به خود جلب نموده، نوع قرارداد منشأ این تعهدات است. آیا این

قرارداد از نوع عقود معین است؟ وکالت است یا جعاله، اجاره اشخاص است یا... و یا اساساً از نوع قراردادهای نامعین است؟! (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۱۳۱) مسأله دیگری که در این میان باقی می‌ماند، مسأله رضایت و رابطه آن با قرارداد است. برخی به صراحت گفته‌اند که رضایت، مرحله پیش از قرارداد است و پس از رضایت بیمار به درمان، طرفین با انعقاد قرارداد شفاهی یا کتبی، صریح یا ضمنی، رابطه حقوقی را - که متضمن تعهداتی به شرح فوق است - ایجاد می‌کنند. برخی نیز اعلام رضایت را پس از انعقاد قرارداد درمان دانسته‌اند! (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹ش، ص ۸۲)

مطالعه مبانی حقوقی و فقهی ما نشان می‌دهد که در تحلیل یک رابطه حقوقی باید اثر اصلی یا ماهیت حقوقی این رابطه را از آثار فرعی، که حقوق و تعهدات ناشی از آن ماهیت هستند، باز شناخت. از آنجا که ادبیات حقوقی ما ترکیبی از ادبیات حقوقی فرانسه (که تعهد را محور مطالعه قرار می‌دهد) و ادبیات فقهی (که عمده‌ترین سبب ایجاد آن یعنی عقد را کانون مطالعه قرار می‌دهد) می‌باشد، مباحث حقوقی از تعهد به قرارداد دوران دارد! به همین جهت همین که از یک رابطه صحبت می‌شود، بلافاصله از سبب ایجاد آن سخن به میان می‌آید. در حالی که باید ماهیت یک رابطه را از سبب ایجاد آن تفکیک کرد. هم باید سبب حقوقی یک رابطه را از ماهیت حقوقی ناشی از آن جدا کرد و هم در تحلیل ماهیت حقوقی ناشی از یک سبب حقوقی - مانند قرارداد - باید ماهیت حقوقی را از آثار حقوقی ناشی از آن باز شناخت. به تعبیر دیگر آثار اصلی یک سبب حقوقی را از آثار فرعی سوا کرد و شناخت نوع سبب حقوقی را بر تشخیص آثار اصلی آن (ماهیت حقوقی) مبتنی کرد نه آثار فرعی آن. (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش، ص ۱۷)

به طور طبیعی این سؤال پیش می‌آید که آیا تعهد پزشک (به درمان) و بیمار (به پرداخت هزینه درمان) اثر اصلی یا ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار است و تعهدات و حقوق دیگر آثار فرعی این رابطه‌اند؟ در این صورت طبق تقسیم رایج، این رابطه یک رابطه عهدی و اگر سبب ایجاد آن قرارداد باشد، قراردادی عهدی است. ظاهر نوشته‌های حقوقی بر قطعیت این امر و مفروغ<sup>۱</sup> عنه دانستن آن است. (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۱۲۸)

به نظر می‌رسد این امر مفروغ، نیاز به واکاوی جدی دارد. ماهیت حقوقی یک رابطه چگونه و چرا تصور می‌شود و چرا از آثار فرعی آن تفکیک می‌شود؟ فلسفه این تفکیک چیست؟

در مقدمه لازم به ذکر است که هر چند تلاش می‌کنم از خلط ماهیت حقوقی رابطه و سبب حقوقی ایجاد آن احتراز کنم، ولی به جهت عدم اتخاذ رویه واحد در تشخیص محور مطالعه و دوران آن از سبب به مسبب، اینجانب نیز به رغم این که بخش دوم را به ماهیت حقوقی و بخش سوم را به سبب حقوقی ایجاد آن اختصاص داده‌ام، ناگزیر از تحلیل ماهیت حقوقی در سایه قرارداد در بخش اول هستم که ممکن است شائبه پیش داوری به ذهن آید. لکن از آنجا که تحلیل ماهیت حقوقی یا اثر اصلی در نوشته‌های گرانسنگ ما در سایه سبب اصلی ایجاد آن یعنی قرارداد، به عمل آمده، اینجانب نیز در تبیین ماهیت حقوقی رابطه بیشتر به این مفهوم، ذیل قرارداد اشاره می‌کنم؛ هر چند به تفکیک آن از سبب توجه دارم. اینجانب ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار را به رغم نظر مشهور عهدی نمی‌دانم. به پیروی از نظر بزرگان بر این باورم که ماهیت حقوقی موسع‌تر از یک رابطه عهدی است. اگر تعهد، اثر اصلی باشد، رابطه عهدی است؛ اما اگر تعهدات

طرفین مسبوق به مفهوم دیگری و نیازمند به آن باشد، ماهیت حقوقی رابطه، امر دیگری است.

در این مقاله در سه بخش ابتدا مفهوم ماهیت حقوقی و تفکیک آن از سبب به طور کلی بیان می‌شود. در بخش دوم از نوع ماهیت حقوقی مورد نظر در رابطه پزشکی و بیمار دفاع می‌شود. در بخش سوم از نوع سبب حقوقی ایجاد این ماهیت سخن به میان می‌آید و مآلاً آثار حقوقی این تحلیل به عنوان نتیجه طرح مباحث نظری فوق، تبیین می‌شود.

**بخش اول: تبیین ماهیت حقوقی و تفکیک آن از سبب ایجاد ماهیت به طور کلی**

#### الف - ماهیت حقوقی و ضرورت تشخیص آن از آثار حقوقی

در ادبیات حقوق قرارداد، مفهومی که بر آن تأکید بسیار شده، تشخیص ماهیت حقوقی است که برای ایجاد آن، سبب حقوقی فراهم می‌شود. هنگامی که در یک نظام حقوقی اثر حقوقی، محصور به تعهد باشد، به طور طبیعی می‌بایست از تعهد یا تعهدات طرفین به عنوان اثر یا آثار حقوقی قرارداد، صحبت کرد. اما هنگامی که اثر حقوقی از تعهد (ایجاد، انتقال یا اسقاط آن) فراتر رفت، از وضعیت‌هایی صحبت شد که سبب حقوقی در وهله اول برای ایجاد آن تمهید می‌شود؛ هر چند ممکن است به دنبال خود تعهدات و حقوق دیگری نیز فراهم آورد.

استاد بزرگ دکتر کاتوزیان هرچند از آثار اصلی (مستقیم) و آثار فرعی قرارداد سخن گفته‌اند (۱۳۶۴ش، ص ۲۰) اما در تبیین عقود معین به ماهیت حقوقی قرارداد اشاره کرده و در تبویب مباحث نیز، عقد را با توجه به ماهیت حقوقی تعریف و هنگامی که از آثار قراردادها صحبت کرده‌اند، از حقوق و تعهدات طرفین رابطه سخن گفته‌اند. به عبارت دیگر آثار قرارداد را چیزی غیر از ماهیت حقوقی ناشی از

عقد محسوب کرده‌اند. مثلاً در ودیعه عقد را با توجه به مفهوم «استنابه فی الحفظ» تعریف (۱۳۶۴ش، ص ۱۴) و در فصل سوم به عنوان آثار به تعهدات مودع و مستودع اشاره کرده‌اند. (ص ۴۷)

اما کسی که در بیان اعمال حقوقی، به صراحت از ابتدا ماهیت حقوقی را از آثار تفکیک کرده، مرحوم استاد دکتر شهیدی است. ایشان به صراحت عقد را «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی» می‌دانند.<sup>۲</sup> به نظر ایشان، طرفین آثار را اراده و خلق نمی‌کنند، بلکه ماهیت حقوقی مورد نظرشان را با تمهید سبب آن ایجاد می‌کنند. پس تملیک عین به عوض معلوم، ماهیتی از ماهیت‌هاست که سبب ایجاد آن، یعنی عقد بیع را انشا می‌کند. آن ماهیت خلق و سایر آثار (مانند تعهد به تسلیم مبیع و تأدیه ثمن) بر آن بار می‌شود. (۱۳۸۶ش، ص ۴۴ و ۱۹۳)

با تفاوتی که در مبانی و مبادی نظر این دو استاد وجود دارد، آنچه مشترک به نظر می‌رسد این است که باید اراده‌ها معطوف به ماهیت حقوقی ناشی از عقد باشد نه آثار آن، و عقد را با توجه به ماهیت حقوقی (اثر اصلی) آن باید شناخت و نه آثار فرعی که بر آن مترتب می‌شود.

با تکیه بر همین مبانی می‌توان گفت: «اثر یا مجموعه آثاری که اراده به منظور ایجاد آن به حرکت در می‌آید و نوع عقد با توجه به آن شناخته می‌شود ماهیت حقوقی ناشی از عقد نامیده می‌شود.»

آنچه در این میان مهم به نظر می‌رسد این است که نیاز و ضرورت اولی در روابط اجتماعی، به این ماهیت است که حقوق سبب ایجاد آن را شناسایی و آثار را نیز بر آن بار می‌کند، بدون اینکه این‌گونه آثار نیز متعلق اراده واقع شوند. به عنوان نمونه در اجاره آنچه مورد نیاز است، برقراری رابطه‌ای بین شخص و منافع

(نه عین) مال دیگری به طور موقت است که اختیار کامل را به او بدهد (یعنی چیزی بیش از حق انتفاع)؛ در مقابل عوضی که حاضر به پرداخت آن است. تملیک منفعت به عوض معلوم ماهیت حقوقی ناشی از سببی می‌شود که آن را عقد اجاره می‌نامیم. آثار دیگر بر این ماهیت بار می‌شود که آن را حقوق و تعهدات مستأجر می‌دانیم. اما این آثار ضرورتاً متعلق اراده نیستند. تغییر هر یک از اجزای این ماهیت، ماهیت دیگری تعریف می‌شود و سبب دیگری می‌طلبد.

#### ب - تنوع ماهیت‌های حقوقی و تشخیص سبب ایجاد آن

هنگامی که بحث از تعهد به عنوان مورد عقد باشد، از ماهیت‌های حقوقی که ایجاد، اسقاط، انتقال، یا ایجاد و اسقاط توأمان تعهد (تبدیل تعهد) را دربر می‌گیرد، سخن به میان می‌آید. به تدریج از ماهیت‌های حقوقی دیگر صحبت شد. انتقال حق عینی می‌توانست بدون اینکه مسبوق به تعهد شود، اثر حقوقی باشد که به صورت یک‌جانبه و یا دوجانبه ماهیت حقوقی را تشکیل می‌دهد. این است که از ماهیت حقوقی عهدی و تملیکی سخن به میان آمد. ماهیت حقوقی از این نیز فراتر رفت و شمول آن ایجاد علقه زوجیت و انحلال آن، ایجاد شخص حقوقی و انحلال آن و مانند آنها را دربر گرفت.

برخی ایجاد همه این ماهیت‌ها را مسبوق به تعهد می‌دانند و از این رو اثر اصلی هر عقد را نیز عهد می‌خوانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵ش، ص ۵) ولی نظر غالب حقوقدانان بر تنوع ماهیت‌های حقوقی و تشخیص آن از آثار فرعی است (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش، ص ۲۲)؛ امری که هنوز چنانکه شایسته است مورد توجه نویسندگان به ویژه در تحلیل نهادهای حقوقی جدید مانند: پیمانکاری، ضمان تجاری و حتی رابطه پزشک و بیمار قرار نگرفته است. هنوز تحلیل حقوقی این

نهادها و تبیین نوع سبب آن با توجه به آثار فرعی یعنی مجموعه‌ای از حقوق و تعهدات جانبی به عمل می‌آید، نه مجموعه‌ای از آثار که ماهیت حقوقی رابطه را تشکیل می‌دهد. اینکه فی مابین طرفین یک رابطه چه حقوق و تعهداتی ایجاد می‌شود، نشان‌دهنده ماهیت حقوقی که به منظور ایجاد آن سبب حقوقی تمهید می‌شود، نیست؛ همچنانکه مبین نوع یا ماهیت حقوقی سبب نیز نمی‌باشد.

به رغم تنوع ماهیت حقوقی و به دنبال آن تنوع سبب، در اینجا سه نوع ماهیت حقوقی را - که به دنبال خود سه نوع عقد (سبب) را اقتضاء کرده‌اند - بیان می‌کنیم تا نشان دهیم، اولاً؛ چگونه نوع عقد با توجه به ماهیت حقوقی که از آن ناشی می‌شود تشخیص داده می‌شود نه با توجه به آثار فرعی آن. به علاوه اینکه نوع عقد با توجه به ماهیت حقوقی تشخیص داده می‌شود و نه بالعکس. یعنی ماهیت حقوقی با توجه به نوع عقد منشأ آن شناسایی نمی‌شود!

و اما سه نوع ماهیت حقوقی و تفکیک آن از آثار دیگر و تشخیص نوع عقد منشأ ایجاد آن:

۱. فروشنده و خریدار در وهله اول برای ایجاد تعهد به تسلیم بیع و تأدیه ثمن اقدام نمی‌کنند، بلکه مفهومی را خلق می‌کنند که به آن نیاز دارند و برای ایجاد این تعهدات ضرورت دارد. آن مفهوم عبارتست از تملیک یا انتقال حق عینی که تاکنون برای خریدار وجود نداشته است. ضروری است که این حق به مشتری منتقل شود و چون این انتقال مجانی نیست در مقابل آن عوض قرار می‌گیرد. قبل از تعهد به تسلیم عوضین، مفهوم انتقال مالکیت در مقابل انتقال یا تعهد به دادن عوض ایجاد می‌شود. این مفهوم که سابق بر تعهدات دیگر است و ماهیت حقوقی منظور طرفین است. اراده طرفین این ماهیت مرکب را ایجاد می‌کند و آثار حقوقی دیگر بر آن بار می‌شود.

۲. در نکاح این ضرورت و نیاز صورت دیگر می‌یابد: حقوق و تعهدات بین دو غیرهمجنس هنگامی که بیگانه از یکدیگرند، به وجود نمی‌آید، ابتدا باید بین زوجین ارتباط و پیوستگی به وجود آورد تا حقوق و تعهدات فی مابین آن دو پدید آید. این پیوستگی و یگانگی که از آن به علقه زوجیت تعبیر می‌شود، ماهیت حقوقی ناشی از عقد نکاح معرفی می‌شود. ضروری است که این ماهیت مورد انشا قرار گیرد تا حقوق و تعهدات زوجین به عنوان آثار بر این ماهیت بار شود، والا این تعهدات مستقیماً نمی‌تواند بر دو شخصی که هیچ عامل حقوقی آنها را به هم مرتبط نکرده، بار شود. علقه زوجیت ماهیت حقوقی ضروری جهت ترتب این آثار است.

۳. در وکالت، وکیل تعهد به انجام یک تصرف که مباشرت در آن فقط در صلاحیت موکل است، می‌نماید<sup>۳</sup> و احياناً موکل تعهد به پرداخت عوض، که اگر چنین تعهدی نکند یا میزان آن معلوم نباشد، عقد باطل نیست. این امر نشان می‌دهد تعهد موکل و وکیل، عوضین عقد وکالت نیستند، هر چند از آثار عقد می‌باشند. بدون تردید نمی‌توان این تعهدات را ماهیت حقوقی (یا اثر اصلی) عقد وکالت دانست. تصرف وکیل در امور موکل و مترتب شدن آثاری بر آن، نیازمند به تحقق مفهوم دیگری است. از بدیهیات حقوقی است که به حکایت اصل استقلال حقوقی یا به تعبیر رسای فقهی اصل عدم سلطه و ولایت، هیچ کس حق تصرف مادی یا حقوقی در امور دیگری را ندارد. پس تعهد وکیل به تصرف باید مسبوق به مفهومی باشد که این منع را تبدیل به جواز کند. در وکالت و سایر عقود که شخص در امور دیگری تصرف می‌کند بدون این که دارای حق مستقلی باشد؛<sup>۴</sup> چاره‌ای نیست که به جای او و به تعبیر فقهی و حقوقی به نیابت از او عمل کند. از قرار گرفتن در موقعیت حقوقی دیگری به

نیابت و از درخواست نیابت به استنابه تعبیر می‌شود. استنابه ماهیت حقوقی ناشی از وکالت است و برای تمیز آن از انواع دیگر عقودی که منشا نیابت است، استنابه در تصرف خوانده می‌شود. (شهیدثانی، ۱۳۹۸ه.ق، ص ۳۶۷)

### ج - فایده‌ی تحلیل ماهیت حقوقی و تبیین سبب بر مبنای آن

به مسأله اصلی بازگردیم، چرا باید در تحلیل یک رابطه به ماهیت حقوقی آن پرداخت و آن را تشخیص داد؟ چرا تبیین حقوق و تعهدات طرفین یک رابطه کفایت نمی‌کند؟ مگر نه این است که مآلاً منظور شناسایی حقوق و تعهداتی است که طرفین از هم انتظار دارند؟ مگر نهایتاً انتظار طرفین تضمین حقوق و جلوگیری از نقض عهد با وضع ضمانت اجراهای مناسب از جمله مسؤولیت نیست؟

به نظرم، مباحث مربوط به مسؤولیت و سایر ضمانت اجراهای نقض عهد مانند مسائل مربوط به اجرای اختیاری و اجباری از جمله ضمان معاوضی همگی تابعی از مفهوم ماهیت حقوقی و سبب ایجاد آنند. نمی‌توان از حقوق و تعهدات طرفین بدون تشخیص ماهیت حقوقی و سبب ایجاد آن صحبت کرد. حقوق و تعهدات بایع و مشتری و ضمانت اجرای آن (از جمله انفساخ عقد به واسطه تلف مبیع قبل از قبض) را فقط در سایه تملیک (ماهیت حقوقی) ناشی از عقد بیع می‌توان تحلیل کرد. حقوق و تعهدات زوجین فقط در سایه علقه زوجیت (ماهیت حقوقی) ناشی از نکاح قابل تحلیل است. همچنانکه تعهدات و کیل و موکل را فقط در سایه نیابت به درستی می‌توان تبیین کرد. به علاوه شاید اساساً نتوان از آثار فرعی بدون تحلیل ماهیت حقوقی سخن گفت. تبیین حقوق و تعهدات بایع در سایه تملیک انجام می‌گیرد. اگر عقد بیع، مبیع را به مشتری تملیک نکند، برای چه بایع را به تسلیم مبیع ملزم کند؟ اگر عقد نکاح بین دو غیرهمجنس ابتدا علقه و ارتباطی ایجاد

نکند، برای چه چنین تعهداتی را برای دو بیگانه تصور کند؟ و اگر وکیل از اساس نیابتی در تصرف نداشته باشد، چگونه متعهد به انجام آن تصرف گردد؟ تعهد به انجام امری که از ابتدا ماهیت حقوقی جواز آن را توجیه نکند، بی معنی نیست؟! این است که به نظر می‌رسد برای تشخیص حدود رابطه طرفین اعم از شناسایی تعهد، موضوع و حدود آن، ضمانت اجراها و از جمله مسئولیت‌های ناشی از نقض آن باید ابتدا ماهیتی که سابق بر آن است را شناخت و سبب ایجاد آن را شناسایی کرد. برای کسانی که هنوز ماهیت حقوقی یک رابطه را تحلیل نکرده به معرفی سبب ایجاد آن می‌پردازند، سرانجامی جز تمسک به قراردادهای نامعین و ماده ۱۰ ق.م انتظار نمی‌رود. هرچند به لوازم آن پایبند نباشند.

به نظرم هنگامی که ماهیت حقوقی یک رابطه به درستی تبیین و سبب ایجاد آن به درستی تشخیص داده شود، می‌توان مبنایی فراهم ساخت که هم به مقدمات و هم به آثار و لوازم نظر پای بند بود و حتی مباحث مسئولیت را در سایه آن نظم بخشید. امری که تلاش نگارنده این است که به عنوان نمونه در رابطه پزشک و بیمار آن را بیازماید.

**بخش دوم: ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار**

**الف - مسکوت ماندن ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار**

همچنانکه گفته شد، در نوشته‌های مربوط به حقوق پزشکی، صحبتی از ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار به میان نیامده است. همه جا صحبت از مسئولیت پزشک است و اینکه تعهد پزشک از کدام یک از انواع تعهد به وسیله و نتیجه است. (جعفری تبار، ۱۳۷۷ش، ص ۵۸)

در برخی از نوشته‌ها نیز که از تعهدات دوجانبه پزشک به درمان و بیمار به پرداخت هزینه درمان سخن رفته است، گویی این حقوق و تعهدات، آثار مسلمی فرض شده‌اند که باید به دنبال سبب ایجاد آن بود. پس اگر قراردادی در میان باشد، باید همان قرارداد را سبب ایجاد تعهدات دانست و تنها بحثی که باقی می‌ماند بیان نوع یا ماهیت حقوقی این قرارداد است. (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۱۳۱)

بنابراین آنچه در این نوشته‌ها مشاهده می‌شود، توجه به آثار فرعی به جای ماهیت حقوقی و گاه پرداختن به سبب به جای ماهیت ناشی از آن است. اما سؤال این است: آیا واقعاً ضرورتی وجود دارد تا بین سبب و حقوق و تعهدات پزشک و بیمار مفهومی به نام ماهیت حقوقی تصور شود؟

به نظر می‌رسد شناسایی این ماهیت ضرورت دارد همچنان که در سایر موارد ضروری است. در واقع طرح این سؤال، اساسی است که آیا در رابطه پزشک و بیمار ایجاد چنین تعهداتی نیاز به فراهم ساختن سببی داشته که طرفین برای ایجاد آن اقدام کرده‌اند؟ یا می‌توان گفت وجود تعهد پزشک به درمان و بیمار به پرداخت اجرت، مسبوق به مفهوم دیگری است که اساس جواز تصرف پزشک را توجیه کند؟ آیا اگر تعهد وکیل به انجام تصرفاتی در اموال و حقوق مالی یا غیرمالی موکل نیازمند به فراهم ساختن موقعیتی برای وکیل است تا جواز تصرف را توجیه کند، نمی‌توان گفت برای پزشک در مقدمه اخذ چنین مجوزی و دارا شدن چنین موقعیتی ضروری است؟ بلکه نیاز به آن در مواردی که مستلزم تصرف در تن و روان انسان است، اولی بر ضرورت آن در سایر تصرفات است؟

ماهیت حقوقی که به نظر ما باید در رابطه پزشک و بیمار خلق شود، پاسخگوی این نیاز فلسفی، اخلاقی و حقوقی است.

## ب - نیابت؛ ماهیت حقوقی مورد نظر ما

به نظر ما، اگر اصل استقلال و عدم سلطه اقتضاء دارد تا تصرف در مال (مانند نگهداری و انتفاع - ودیعه و عاریه) یا امور حقوقی دیگران (مانند وکالت) منوط به یافتن موقعیت و وضعیتی به نام نیابت باشد تا نایب در مقام منوب عنه قرار گیرد و در موضع او اقدام کند، تصرف در تن و روان یک انسان بیش از ودیعه و وکالت مستلزم یافتن چنین موقعیتی است.

طرح مفهوم نیابت، یک پاسخ دقیق حقوقی به یک سؤال فلسفی و اخلاقی است. اگر انسان، مستقل و آزاد است و تحت سلطه هیچ انسان دیگری قرار ندارد، چگونه می‌توان موارد اقدام دیگری را به جای او توجیه کرد؛ به عبارت دیگر: از آنجا که ضرورت‌های زندگی اجتماعی گاه اقدام و تصرف دیگری - که مستلزم سلطه اوست - 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 پزشک و بیمار، نشان‌دهنده حرمت و کرامت انسان نیز هست. اگر حقوق جدید با نگاه‌های اجتماعی و اخلاقی مبتنی بر اصول فلسفی با اصالت دادن به بیمار در این رابطه، اصل خودمختاری (اتونومی) را مطرح می‌کند، حقوق اسلام و ایران با نظریه نیابت نشان می‌دهد که انسان مسلط بر امور، اموال و به طریق اولی بدن و روح خویش است و هیچ کس امکان تصرف در روح و جسم او را ندارد، مگر اینکه به نیابت از او، از موضع او و با قرار گرفتن در موقعیت او اقدام کند!

نیابت شأنی به مراتب بیش از رضایت محض (اباحه) دارد و نشان‌دهنده جایگاه انسانی است که اقدام در خصوص او جز با قرار گرفتن در مقام او امکان پذیر نیست! به همین جهت اصطلاح «استنابه» بر «نمایندگی» وجه رجحانی دارد.

حقوقدانان در توضیح نمایندگی می‌گویند در نمایندگی اراده نماینده جایگزین اراده اصیل می‌شود و او را پایبند می‌کند. (السنهوری، ۱۳۵۳ه.ق، ص ۲۸) اما این تعبیر را مقایسه کنید با این تعبیر فقیه شیعی که می‌گوید: «اگر وکالت برای غیر قائم به وکیل است نیابت قائم به موکل است». (الحسینی العاملی، ص ۵۲۳) اصالت دادن به منوب عنه از این کلام کوتاه و رسا آشکار است.<sup>۵</sup>

### ج - ایرادات احتمالی بر ماهیت حقوقی انتخابی

انتخاب نیابت به عنوان ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار، وارد شدن دو ایراد را محتمل می‌نماید:

۱. اگر رابطه پزشک و بیمار یک رابطه عهدی محض باشد، همچنانکه نظر مشهور است، آنچه باقی می‌ماند جواز انجام تصرفاتی است که موضوع تعهدات پزشک است که این مجوز نیز با رضایت بیمار حاصل می‌شود. ظاهر نظر مشهور که رابطه را عهدی می‌داند، بر همین معناست. به تصریح برخی، رضایت بیمار تصرف پزشک را مباح و قرارداد بین آن دو، تعهد به انجام این تصرف مجاز را ایجاد می‌کند؛ چیزی که بدون قرارداد وجود ندارد. پس نیازی نیست که قبل از تعهد به درمان، جواز تصرفاتی که در پروسه درمان انجام می‌گیرد با ماهیت حقوقی به نام نیابت توجیه شود. به تعبیر دیگر برای جواز تصرف پزشک، اباحه کفایت می‌کند که با رضایت بیمار تأمین می‌شود، پس نیازی به مفهوم نیابت نیست؛ قرارداد هم ماهیت عهدی دارد. هر چند نمی‌توان گفت استفاده از مفهوم اباحه به معنی حاصل و نتیجه رضایت بیمار در نوشته‌های مربوط به حقوق پزشکی به طور عمدی و به معنی رخصت محض در مقابل مفهوم نیابت

به کار گرفته شده است، ولی نمی‌توان چیزی بیش از این را نیز از اصطلاح به کار گرفته شده استخراج کرد. (عباسی، ۱۳۸۹ش، ص ۲۲۷)

تفاوت مفهوم اباحه و نیابت را می‌توان در ذیل عقود معین، مانند: ودیعه و وکالت ملاحظه کرد. برخی از اباحه تصرف سخن گفته‌اند و برخی از نیابت امین و وکیل سخن رانده‌اند. از نویسندگان حقوق مدنی مرحوم استاد دکتر شهیدی اثر وکالت و عاریه را اباحه ذکر کرده‌اند.<sup>۶</sup> ولی در میان نویسندگان هیچ کس به اندازه استاد دکتر کاتوزیان اصرار بر تفکیک این دو مفهوم ندارد. به نظر ایشان اباحه صرف رفع مانع تصرف است، ولی نیابت اعطای سلطه و موقعیتی برای تصرف و به معنی دقیق ایجاد مقتضی تصرف در امور دیگری است، نه صرف رفع مانع. به همین جهت اگر نتوان ذیل عاریه در مواردی نیابت در انتفاع داد (مانند عاریه خوراکی برای خوردن)، می‌توان اباحه منفعت کرد؛ در این صورت بدون اینکه شخص موقعیتی برای انتفاع بیابد، انتفاع او مباح است و اگر منتفع شود، مسؤولیتی متوجه او نیست. (۱۳۶۴ش، ص ۸۰)

به نظر ما اگر مستعیر و وکیل برای تصرف در اموال دیگران به چیزی بیش از اباحه نیاز دارند، پزشک برای تصرف در ابدان دیگران به طریق اولی به بیش از اباحه نیاز دارد. اگر فقها به صراحت وکالت را که مستلزم تصرف در اموال و حقوق دیگران است، مستلزم نیابت و یافتن موقعیتی برای تصرف به جای دیگری دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۹۴ه.ق، ص ۳۴۷)، رابطه پزشک و بیمار اولی به نیاز به چنین موقعیتی است. این است که به نظرم رضایت بیمار در امور پزشکی را باید حمل بر مفهوم اذن به معنی منشأ نیابت کرد نه اباحه و رخصت محض.

پس برخلاف نظر مشهور (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۱۵۰)، رضایت در متون قانونی،<sup>۷</sup> منشأ اباحه نیست؛ بلکه همان اذن است که به طریقی که در بخش سوم

خواهد آمد، منشأ نیابت است. نیابت پزشک از جانب بیمار، شأنی به مراتب بیش از اباحه تصرف پزشک دارد.

هرگونه ادامه بحث در این زمینه، مناقشه در مفهوم اباحه به معنی رخصت و نیابت به معنی قرارداد موقعت منوب عنه برای نایب است.

۲. ایراد دومی که ممکن است بر ماهیت حقوقی منتخب وارد شود، ایرادی است که در اکثر نوشته‌های حقوقی ذیل مقایسه قرارداد پزشک و بیمار با قرارداد وکالت مطرح می‌شود. در واقع این نوشته‌ها بیش از این که تشکیک در مفهوم نیابت کنند، تردید در مفهوم وکالت کرده‌اند (شجاع‌پوریان، ۱۳۸۹ش.، ص ۱۲۷)؛ ولی - همچنانکه گفته شد - چون تفکیکی بین ماهیت حقوقی و سبب ایجاد آن نشده است، ایراداتی که بر عدم انطباق عقد وکالت بر قرارداد پزشکی کرده‌اند، متوجه عدم انطباق مفهوم نیابت بر موقعت پزشک است.

به موجب این نوشته‌ها قرارداد پزشکی، وکالت نیست؛ زیرا: موکل باید قادر به انجام تصرفی باشد که در آن وکالت می‌دهد، در حالی که بیمار قادر به انجام اقدامات لازم - که پروسه درمان را تشکیل می‌دهد - نمی‌باشد. با تصحیح این عبارت، متکی بر کلام بزرگان می‌توان گفت: صرف نظر از این که سبب ایجاد رابطه پزشک و بیمار را صرفاً عقد بدانیم و این که آن را چه نوع عقدی بنامیم، اشکال متوجه این معنی است که اگر ماهیت حقوقی این رابطه را نیابت بنامیم، چگونه می‌توان از نیابت و اقدام به منزله اصیل صحبت کرد، در حالی که خود او توان علمی و فنی انجام این تصرف را ندارد... در واقع تحقق نیابت و جواز اقدام از جانب دیگری منوط به امکان مباشرت در اقدام است.

پاسخ به این تشکیک، چندان دشوار نیست. در ادبیات پایه حقوق قراردادها گفته شده است، ماده ۶۶۲ ق.م.ا<sup>۱</sup> - که نمونه‌ای از لزوم قدرت منوب<sup>۲</sup> عنه در انجام

اقدام و تصرفاتی است که نسبت به آن نیابت می‌دهد - ناظر به توانایی مادی نیست. ممکن است کسی خود توانایی عملی برای نگهداری از مال خود را نداشته باشد و به همین جهت، برای حفظ آن به دیگری نیابت دهد (ودیعه - استنباه فی‌الحفظ) یا شخصی که خود به جهت کهولت سن یا بودن در حبس، توان حضور در دفترخانه و اخذ استعلام‌های لازم را ندارد، جهت انجام تصرف به دیگری نیابت دهد (وکالت - استنباه فی التصرف).

پرواضح است که منظور از این قادر بودن به تصرف، توانایی و به عبارت دیگر صلاحیت حقوقی است. منوباً عنه باید صلاحیت اعتباری و حقوقی (شرعی) برای انجام تصرفی را داشته باشد (هر چند امکان و توان مادی اجرای آن را نداشته باشد) تا بتواند نسبت به آن امر به دیگری نیابت دهد. عدم توانایی مادی گاه به واسطه فقدان اطلاعات لازم یا نداشتن امکانات لازم است، ولی این قادر نبودن به هر دلیل که باشد، مانع استنباه نیست. (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش، ص ۱۵۱)

پس باید دید بیمار که به واسطه فقدان معلومات یا عدم توانایی فنی، امکان درمان خود را ندارد صلاحیت شرعی و حقوقی برای این تصرف را دارد تا برای انجام آن به دیگری نیابت دهد؟

اصل استقلال شخص و عدم سلطه اقتضا دارد که از لحاظ حقوقی و شرعی هیچ کس جز خود بیمار صلاحیت چنین تصرفی را نداشته باشد و چون از لحاظ فنی توانایی عملی انجام آن را ندارد، می‌تواند برای انجام آن به دیگری نیابت دهد. پس هر چند عدم امکان عملی، امکان مباشرت فعلی در درمان را از بیمار سلب می‌کند، ولی امکان نیابت را ساقط نمی‌کند؛ زیرا: آنچه مانع نیابت است عدم امکان مباشرت عملی نیست (مانند اینکه موکل توانایی علمی و فنی حضور در دادگاه و دفاع از حقوق خویش را ندارد)، بلکه عدم صلاحیت اعتباری است در حالی که

بیمار بی‌تردید از آن برخوردار است. از این هم باید پیشتر رفت و گفت: فقط و فقط اوست که صلاحیت اولیه برای آن را دارد و در سایه همین صلاحیت است که می‌تواند به پزشک نیابت در اقدام دهد.

### بخش سوم: سبب حقوقی ایجاد نیابت پزشک

#### الف - تبیین سبب ایجاد ماهیت حقوقی و اقسام آن به طور کلی

تاکنون به اجمال به مفهوم سبب ایجاد ماهیت‌های حقوقی اشاره کرده‌ایم، در اینجا به بیان تقسیم اساسی این اسباب می‌پردازیم.

به یک معنی قانون سبب ایجاد همه آثار و ماهیت‌های حقوقی است. ولی چون قانون جز در موارد نادر، اثر حقوقی را مستقیماً ایجاد نمی‌کند، حسب اینکه قانون در ایجاد آثار و ماهیت‌های حقوقی چگونه عمل می‌کند، سبب را به دو دسته اعمال و وقایع حقوقی تقسیم کرده‌اند.

در وقایع حقوقی، قانون اثر را بزرگ و واقعه یا رویداد مادی (خواه ارادی یا غیر ارادی) بار می‌کند، ولی در اعمال حقوقی قانون به دو گونه عمل می‌کند: اولاً - به اراده، اقتضای ایجاد آثار را می‌دهد و در واقع ماهیت‌ها محصول و مخلوق اراده‌اند، ثانیاً - آثار دیگر قانونی بر اراده بار می‌شوند. از این روست که در وقایع حقوقی، آثار حقوقی به قانون به عنوان سبب، منسوب می‌شوند و رویدادهای مادی شرط تحقق آثارند، ولی در اعمال حقوقی، ماهیت‌های حقوقی به اراده به عنوان سبب نسبت داده می‌شوند. پس سبب یا قانون است یا اراده.

در بخش اعمال حقوقی، گاه یک اراده برای ایجاد ماهیت حقوقی کفایت می‌کند و گاه برای ایجاد آن دو اراده لازم است. سبب ایجاد ماهیت در قسم اول، ایقاع و در قسم دوم، عقد است.

حال در رابطه پزشک و بیمار سؤال مربوط به سبب اینگونه مطرح می‌شود که ماهیت حقوقی نیابت، ناشی از حکم مستقیم قانون است یا مخلوق اراده؟ در صورت اخیر اراده اذن‌دهنده (بیمار) برای ایجاد نیابت کفایت می‌کند یا اراده پزشک هم برای ایجاد آن لازم است؟

پیش از پرداختن به سبب ایجاد نیابت به طریق فوق، ناگزیر از اشاره به مفهوم دیگری به عنوان منشأ نیابت هستیم.

#### ب - تفکیک منشأ ایجاد نیابت از سبب آن

در سابقه فقهی و حقوقی هر کجا صحبت از نیابت شده از مفهوم دیگری به نام اذن، سخن به میان آمده است. نیابت اثر اذن است و اذن منشأ نیابت.

البته به یک تعبیر، اذن را منشأ دو امر دانسته‌اند: اباحه و نیابت. ولی همچنان که گفته شد اباحه، رخصت محض است ولی نیابت ایجاد موقعیتی متمایز است برای اذن گیرنده که معمولاً برخلاف اباحه محض متضمن تعهداتی هم برای اذن گیرنده می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش، ص ۱۱۱)

اذنی که منشأ اباحه قرار می‌گیرد، حداکثر در قالب ایقاع ابراز می‌شود.<sup>۹</sup> به تعبیر دیگر، رخصت محض که لازمه آن رفع مسؤولیت است، با اراده یک جانبه حاصل می‌شود. آنان که رضایت بیمار را اباحه می‌دانند، علی‌الاصول اراده یک جانبه او را برای تحقق اباحه کافی دانسته‌اند و به همین جهت پس از تحقق اباحه ناشی از رضایت از لزوم قراردادی که منشأ تعهدات طرفین باشد، سخن گفته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۱۲۸)

اما اگر اذن، منشأ نیابت باشد و بتواند به اراده یک‌جانبه بیمار واقع شود، در این صورت سبب ایجاد نیابت ایقاع خواهد بود. در عقود اذنی، این نظر طرفدارانی

دارد. می‌گویند در تحقق نیابت برای مأذون، اذن منوب<sup>۱۰</sup> - عنه، مانند: مودع و موکل کفایت می‌کند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۹ه.ق، ص ۱۱۹) آثار ایقاع بودن سبب نیابت در قانون مدنی نیز ملاحظه می‌شود (ماده ۶۸۱ ق.م.)<sup>۱۱</sup> اما به نظر اکثریت فقها که قانون مدنی نیز از آن پیروی کرده است، نیابت ناشی از عقد است. (ماده ۶۵۷ ق.م.)<sup>۱۲</sup> پس اذن اذن‌دهنده باید در قالب ایجاب به قبول اذن گیرنده پیوندد، تا نیابت خلق شود.

این امر به پاس حرمت استقلال اشخاص و رعایت اصل عدم سلطه است: نه تنها نمی‌توان تعهدی برای دیگری ایجاد کرد، بلکه نمی‌توان حقی برای او ایجاد کرد، حتی نمی‌توان موقعیتی همانند نیابت (هرچند مستلزم هیچ تصرفی در دارایی دیگری نیست) برای او فراهم ساخت. تفاوت نیابت و اباحه از جمله همین است: نیابت خلق وضعیتی برای دیگری است که نیاز به اراده او نیز دارد به خلاف اباحه که موجد چنین موقعیتی هم نیست، پس نیازی به اراده او ندارد. (حسینی العاملی، ص ۵۲۴)

پس در پاسخ به این سؤال که سبب حقوقی نیابت چیست؟ آیا می‌توان گفت: سبب حقوقی آن قراردادی است که با ایجاب حاوی اذن (بیمار) و قبول اذن گیرنده (پزشک) شکل می‌گیرد؟

به نظر پاسخ، مثبت است؛ ولی کافی نیست! زیرا اگر قرارداد مهم‌ترین سبب ابراز اذن و ایجاد نیابت است، اما همیشه نمی‌توان به اذن بیمار یا نماینده او دسترسی داشت، مانند اینکه: بیمار محجور است و دسترسی به ولی یا قیم او نیست یا بیمار در حالت اغماء به سر می‌برد و باید به فوریت مورد درمان قرار گیرد. (اورژانس) آیا می‌توان به بهانه عدم دسترسی به اذن بیمار و نیابت حاصل از آن

امر سلامت و بهداشت را مهمل گذاشت؟ بی تردید پاسخ منفی است. در این گونه موارد اذن قانون جایگزین اذن شخص می‌شود.

این است که اذن به عنوان منشأ نیابت به دو دسته اذن شخصی و اذن قانونی (شرعی) تقسیم می‌شود و سبب ایجاد نیابت قرارداد و قانون خوانده می‌شود. در مواردی که تحصیل اذن شخص یا نماینده قراردادی (وکیل) یا قانونی او (ولی، قیم، وصی) امکان‌پذیر است اذن، شخصی و سبب ایجاد نیابت قرارداد است؛ ولی هرگاه به جهت فوریت و در فرض عدم امکان دستیابی به اذن بیمار یا نماینده او، اقدام به درمان ضرورت داشته باشد، اذن قانون جایگزین اذن شخص می‌شود و نیابت حاصل می‌گردد. حتی در این گونه موارد با توجه به حرفه‌ای بودن پزشک، تکلیف درمان بر پزشک تحمیل می‌شود و اذن و نیابت منوط به موافقت پزشک نیست. این هم تفاوت دیگر اذن شخص و اذن قانون است.

پس در نوشته‌های اخلاق پزشکی هر کجا از عدم ضرورت اخذ رضایت (اذن) صحبت شده، خلط آشکار است. زیرا به نظر می‌رسد، در حقوق اسلام و ایران هیچ گاه نمی‌توان بدون نیابت و اخذ اذن اقدام کرد. فقط گاه سبب این اذن و نیابت اراده شخص (یا نماینده او) و گاه قانون مستقیماً سبب اذن و نیابت است.

### ج - ضرورت تبیین محدوده نیابت با توجه به سبب ایجاد آن

آنچه بدیهی به نظر می‌رسد، این است که تعهدات پزشک در محدوده نیابت و آن چیزی است که نسبت به آن جواز اقدام دارد. بدون تردید پزشک متعهد به امری نیست که در مورد آن نیابت ندارد. پزشک با مشارکت در قرارداد پزشکی و پذیرش نیابت متعهد به انجام امور مربوط به نیابت می‌شود. همچنان که وکیل با

پذیرش نیابت، متعهد به انجام تصرفات در حدود نیابت می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش، ص ۱۶۲)

از سوی دیگر حدود نیابت را باید از مفاد سبب آن استخراج کرد. آنجا که سبب نیابت، اذن قانون (شرع) است، باید حدود نیابت و تعهدات ناشی از آن را با تحلیل اذن منشأ آن و سبب قانونی ایجاد آن شناخت. این، بحث مفصلی است. به اجمال در اینجا می‌توان گفت: چون اذن قانون استثناء است و در موارد ضرورت، فوریت، عدم امکان دسترسی به اذن شخص و به شرط رعایت غبطه و مصلحت اعطا می‌شود. (مستنبط از ملاک ماده ۳۰۶ ق.م.)<sup>۱۲</sup> نیابت پزشک تا زمان امکان اخذ اذن شخصی و در حد ضرورت و فوریت است؛ همان که موارد اورژانس خوانده می‌شود. پس پزشک بیش از ضرورت و اقتضای فوریت تعهد به درمان و حتی اختیار انجام ندارد.

به نظر می‌رسد برخلاف آنچه رایج است محل اجرای دقیق قاعده احسان همین جاست. یعنی در همه موارد پزشک مشمول قاعده احسان نیست بلکه جایی این قاعده جاری می‌شود که پزشک به اذن شرع و قانون اقدام می‌کند. به علاوه اذن قانونی برخلاف اذن شخصی ناظر به مسئولیت پزشک در خصوص ضرر وارده به بیمار هم هست.<sup>۱۳</sup> به عبارت دیگر اذن شخصی منشأ نیابت است ولی به خودی خود منشأ سقوط ضمان نیست ولی اذن قانون علاوه بر ایجاد نیابت نقشی همانند برائت بیمار دارد. این هم تفاوت دیگر اذن شخص و قانون.

اما آنجا که سبب نیابت قرارداد حاوی اذن شخص است حدود تعهدات را باید با توجه به قرارداد (سبب) و نه اذن بیمار تفسیر کرد. دلیل این که منشأ نیابت را از سبب ایجاد آن جدا کردیم همین است. اگر سبب نیابت، ایقاع بود هرگونه تفسیری از حدود نیابت و تعهدات ناشی از آن باید با توجه به اذن بیمار به عمل

می‌آمد اما با توجه به اینکه سبب نیابت را قرارداد دانستیم پس حدود نیابت با توجه به قرارداد یعنی قصد مشترک تفسیر می‌شود و تعهد پزشک نیز بر مبنای آن تعیین می‌گردد.

می‌دانیم هنگامی که صحبت از قرارداد می‌شود قرارداد نه فقط طرفین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید، بلکه طرفین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند. (ماده ۲۲۰ ق.م.)<sup>۱۴</sup>

اینها مبنایی است، برای تبیین حدود تعهدات حرفه‌ای پزشک. اما نکته قابل ذکر اینکه کسانی که قرارداد را نامعین و آثار آن را صرفاً تعهدات پزشک و بیمار دانسته‌اند، باید پاسخ دهند که اگر تعهدات پزشک (به درمان) و بیمار (به پرداخت هزینه) عوضین اصلی قرار دادند، چگونه ممکن است حدود تعهدات پزشک نامعلوم و هزینه درمان نامعین باشد.<sup>۱۵</sup> می‌دانیم که در عمل دقت و اصرار زیادی بر تعیین حدود اقداماتی که پزشک باید به آن پردازد و مبلغی که بیمار باید پرداخت نماید، نمی‌شود و به تدریج و در مسیر درمان این‌گونه موارد، معلوم می‌گردد. به همین جهت در برخی از نظام‌های حقوقی از تکرار قرارداد درمان صحبت شده است.

در حقوق اسلام و ایران در اینگونه موارد می‌گوییم: اگر جزییات تعهد معلوم باشد، علم تفصیلی وجود دارد؛ ولی در تعهدات به وسیله اجزاء تعهد معلوم نیست، پس تحصیل علم تفصیلی ممکن نیست. حال اگر تعهد پزشک و بیمار عوضین یک قرارداد عهدی باشد، باید میزان این تعهدات به علم تفصیلی نزد طرفین و در لحظه انشای عقد معلوم باشد. کسانی که قرارداد پزشک را عهدی دانسته‌اند، قادر به تحلیل عدم لزوم علم تفصیلی نیستند؛ اما با مبنایی که در نیابت به عنوان ماهیت

حقوقی و قرارداد اذنی به عنوان سبب ایجاد آن برگزیدیم، می‌توانیم پاسخ دهیم که تعهدات طرفین عوضین اصلی قرارداد و ترکیب آن ماهیت حقوقی قرارداد نیست، تا علم تفصیلی به آن لازم باشد؛ در قراردادهای اذنی هم علم اجمالی به آنچه در خصوص آن نیابت داده می‌شود، کفایت می‌کند؛<sup>۱۶</sup> به علاوه با مستمر بودن عقود اذنی (که نه فقط در لحظه ایجاد بلکه در بقا نیز متکی به اراده و استمرار آن است)، نیازی به تکرار عقد نیست. اراده طرفین و عقد ذاتاً مستمرند.

## نتیجه

الف - نقش آفرینی هرچه بیشتر بیمار در روند درمان، موفقیت تلاش‌های پزشک را در نیل به بهبودی تسریع می‌بخشد. پزشک نیز مایل است با توجه به مسؤلیت‌هایی که ممکن است متوجه او گردد، هرچه بیشتر بیمار را در مسائل مربوط به درمان درگیر و هرگونه اقدامی را به خواست و تمایل او منسوب کند، تا به امپریالیسم پزشکی متهم نشود.

اخلاق پزشکی با شناسایی ضرورت کسب رضایت آگاهانه بیمار به روابط پزشک و بیمار رنگ و بویی اخلاقی می‌دهد و حقوق پزشکی نیز تلاش دارد تا با شناسایی حقوق و تعهدات طرفین، همه چیز را به اراده طرفین منسوب کند و ضمانت‌اجراهای لازم را بدین منظور به کارگیرد.

ب - از نکات حقوقی مغفول در تحلیل‌های حقوقی متأخر، توجه به ماهیت حقوقی یک رابطه و تمیز آن از آثار فرعی از یکسو و سبب ایجاد آن از سوی دیگر است. اگر در رابطه پزشکی به تعهد پزشک به درمان و تعهد بیمار به دادن هزینه درمان توجه شود و محور مطالعه، این حقوق و تعهدات قرار گیرد و تعهدات دیگر مانند تعهد به دادن اطلاعات و...، تعهدات فرعی محسوب شوند، طبیعی است که باید رابطه عهدی محسوب شود و آن گاه سبب ارادی یا قانونی ایجاد این عهد شناسایی شود. تلاشی که در راه شناسایی قرارداد پزشک و بیمار شده، چون مبتنی بر تحلیل همین آثار است، به بیراهه رفته و به نتایجی تن داده شده که به هیچ عنوان مبنایی برای توجیه آن وجود ندارد.

ج - به نظرم، نکته مغفول، شأن حقوقی بیمار در پروسه درمان است. اگر حقوق غرب با تکیه بر مبانی اصالت فرد، خود مختاری را پایه لزوم مشارکت بیمار و رضایت آگاهانه او در اخذ تصمیم و تجویز اقدام پزشک قرارداده است،

حقوق اسلام با طرح اصل عدم سلطه، از استقلال اشخاص صیانت کرده و در عین حال با طرح مفهوم استنابه در اقداماتی که در خصوص مال یا نفس دیگری انجام می‌گیرد، نه فقط در تجویز اقدام پزشک به رخصت بسنده نکرده، بلکه چیزی بیشتر یعنی قرار گرفتن در موقعیت او و اقدام در مقام او را مبنای تجویز دانسته است. یعنی تصرف منوط به یافتن شأن اصیل است.

اینها مبنایی است برای امکان برقراری دیالوگ دو نظام حقوقی! اگر در یک نظام حقوقی، اصول فلسفی و اخلاقی نظام دیگر توسط نویسندگان یکسره انکار و حتی تکفیر شود (به بهانه اومانیسیم)، نمی‌توان در مطالعه تطبیقی، تحلیل‌های حقوقی، تجارب، مفاهیم و دستاوردهای حقوقی یک نظام دیگر را عیناً نقل و تبیین کرد!

د - اثر نظری و عملی انتخاب تعهد به عنوان ماهیت حقوقی (چنانکه نظر مشهور است) و نیابت به عنوان ماهیت حقوقی رابطه پزشک و بیمار (چنانکه نظر ماست)، به ویژه در موارد ذیل آشکار می‌شود:

۱. نوع عقد بنا بر نظر مشهور عقدی عهدی است، در حالی که حسب نظر ما عقدی اذنی است.<sup>۱۷</sup>

۲. قرارداد اذنی جایز است، اما نتیجه غیرقابل احتراز عهدی انگاشتن قرارداد، حکومت اصل لزوم است؛ زیرا فقط عقدی از شمول اصالة اللزوم خارج است که قانون به جواز آن تصریح کرده باشد. پس کسانی که در عین عهدی دانستن قرارداد (و شمول ماده ۱۰ ق.م) به جواز یک جانبه عقد حکم داده‌اند، به این نکته توجه نکرده‌اند که «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 آن شمرد» (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۱۱۲)

۳. کسانی که قرارداد را عهدی دانسته‌اند، آن را معوض توصیف کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۳۰)؛ در حالی که به نظر ما قرارداد پزشکی غیرمعوض و ذاتاً مجانی است. در ماهیت، در برابر نیابتی که برای پزشک ایجاد می‌شود، عوضی قرار نمی‌گیرد. تعهدات پزشک و بیمار عوضین قرارداد نیستند؛ بلکه آثار مترتب بر نیابتند و به همین جهت معلوم نبودن آن به علم تفصیلی خللی به قرارداد وارد نمی‌سازد.

۴. نیابت اذن در اقدام است، ولی ربطی به مباحث مسؤولیت ندارد. در عقود اذنی مباحث ضمان بر مدار مفهوم دیگری به نام امانت می‌چرخد. در سایر عقود اذنی چون متعلق نیابت مال است، در این خصوص نه ید ضمانی صدق می‌کند نه امانی. پس برای مسؤولیت باید به دنبال ملاک دیگری بود. به نظر ما در رابطه پزشک و بیمار، نیابت با مسؤولیت محض قابل جمع است!

## پی نوشت‌ها

- ۱- منظور از قرارداد درمانی، قراردادی است شفاهی یا نوشتاری که براساس آن، پزشک یا مرکز درمانی با بیمار توافق می‌کند که در مدت معین (مدت زمان لازم) و در ازای دریافت مبلغ معین به تشخیص بیماری یا درمان وی مبادرت ورزند. (بنگرید به: محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۱۲۸)
- ۲- ایشان عقد را به دو معنی مصدری و حاصل مصدری تعریف کرده‌اند: در تعریف مصدری، تعریف عقد همان است که سبب ایجاد ماهیت حقوقی است و در معنی حاصل مصدری، عقد عبارت است از: ماهیت حقوقی که با همکاری متقابل اراده‌ها به وجود می‌آید (بنگرید به: شهیدی - ۱۳۸۶ - ص ۳۹).
- ۳- تعمداً از به کارگیری عبارت تصرفات حقوقی اجتناب گردید، زیرا وکالت را فقط ناظر به اعمال حقوقی نمی‌دانم. مثلاً قبض مبیع معین یک عمل مادی از سوی مشتری است، ولی برای ایجاد آن نیابت داده می‌شود. ۴- هرگونه تصرف در مال دیگری که در پی داشتن حق مستقلی باشد، نیازی به نیابت ندارد. کسی که حقی نسبت به مال دیگری دارد یا متعهد به تصرف در مال دیگری است، به اصالت عمل می‌کند نه نیابت.
- ۵- سنهوری نیابت را معادل اصطلاح Representation می‌آورد و می‌گوید: «النیابه هی حلول اراده النائب محل اراده الاصلی، مع انصراف الاثر القانونی لهذه الاراده الی شخص الاصلی، کما لو کانت الاراده قد صدره منه هو.» (۱۳۵۳ - ص ۲۰۶) این تعبیر را مقایسه کنید با عبارت صاحب مفتاح الکرامه که می‌گوید: «الوکاله للغير قائمه بالوکیل والاستنابه قائمه بالموکل» (ص ۵۲۳).
- ۶- ایشان در ضمن عموماً قرارداد، به عقود تملیکی و عهده اشاره کرده و در دو مورد عقد وکالت و عاریه را موجب اباحه و در عین حال عهده دانسته‌اند (بنگرید به: شهیدی، ۱۳۸۶ش، ص ۸۳).
- ۷- بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی: «اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود... ۲- هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود...»
- ۸- ماده ۶۶۲ ق.م. «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد...»
- ۹- در مورد ماهیت اذن، آنجا که موجب رخصت است، دو نظر وجود دارد: برخی فقط آن را موجب جنبه اعلامی و به منظور ابراز رضایت دانسته‌اند، برخی نیز آن را انشایی و در گروه ایقاعات قرارداده‌اند. (بنگرید به: محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۱۵۰)
- ۱۰- ماده ۶۸۱ قانون مدنی: «بعد از این که وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند.»
- ۱۱- ماده ۶۵۷ قانون مدنی: «تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است.»
- ۱۲- ماده ۳۰۶ قانون مدنی: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد، اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد؛ در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است، حق مطالبه مخارج نخواهد داشت؛

- ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت، موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت کننده، مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است.»
- ۱۳- صاحب عناوین اظهار داشته است که نفی سبیل از کسی که در مقام احسان است، به معنی نفی ضمانی است که به موجب هر دلیل دیگری ثابت است (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸ ه.ق.، ص ۴۷۵).
- ۱۴- ماده ۲۲۰ قانون مدنی: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.»
- ۱۵- می‌دانیم که نوع تعهد پزشک، تعهد به وسیله است و به همین جهت حتی کسانی که عقد را عهدی و معوض دانسته‌اند، آن را مشمول اجاره عام نکرده‌اند (بنگرید به: محقق داماد - ۱۳۸۹ - ص ۱۳۲)؛ ولی در عین استناد به قاعده غرر و ماده ۲۱۶ ق.م اشاره‌ای به عدم امکان معلوم کردن میزان و حدود تعهدات پزشک در لحظه انعقاد عقد نکرده‌اند. در واقع در عین معوض دانستن قرارداد به لوازم آن - که لزوم علم تفصیلی است - پایبند نشده‌اند.
- ۱۶- صاحب مفتاح الکرامه می‌گوید: «لایشرط ان یکون معلوم من جميع الوجوه التي تفاوت باعتبارها الرغبات فان الوكالة عقد شرع للارتفاق و دفع الحاجة فيناسبه المصامحة ... لكن يجب ان يكون معلوماً من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر» (الحسینی العاملی، ص ۵۶)
- ۱۷- اصطلاح عقد اذنی از نایینی است (بنگرید به: نجفی خوانساری، ۱۳۷۳ ه.ق.، ص ۱۱۰).

#### فهرست منابع

- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۶۴ ش.)، حقوق مدنی عقود معین، (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
- محقق داماد، سید مصطفی - (۱۳۸۹ ش.)، فقه پزشکی، چاپ اول، تهران: انتشارات حقوقی عباسی، محمود - (۱۳۸۹ ش.)، مسؤلیت پزشکی، چاپ دوم، تهران: انتشارات حقوقی شجاع پوریان، سیاوش - (۱۳۸۹ ش.)، مسؤلیت قراردادی پزشک در برابر بیمار. چاپ اول. تهران: انتشارات فردوسی
- جعفری تبار، حسن - از آستین طبیبان قولی در مسؤلیت مدنی پزشکان، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ج ۴۱، ۵۵ تا ۸۶
- الحسینی المراغی، عبدالفتاح - (۱۴۱۸ ق.)، العناوین، (۲ جلدی)، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی

- الحسینی العاملی، سید محمد جواد - مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، (۱۱ جلدی)، ج ۷، دار احیاء التراث العربی
- طباطبایی، سیدعلی - (۱۴۰۴ق.)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام باللائل، (۲ جلدی)، ج ۱، قم: مؤسسه آل بیت
- نجفی، شیخ محمدحسن - (۱۳۹۴ق.)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، (۴۳ جلدی)، ج ۲۷، تهران: دار الکتب الاسلامیه
- نجفی خوانساری، شیخ موسی - (۱۳۷۳ق.)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریرات شیخ محمد حسین غروی نائینی، (۲ جلدی)، ج ۱، تهران: انتشارات حیدریه
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم - (۱۳۴۹ق.)، العروه الوثقی، (۲ جلدی)، ج ۲، تهران: انتشارات اسلامیة الجبعی العاملی، زین العابدین - (۱۳۹۸ق.)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، (۱۰ جلدی)، ج ۴، جامعه النجف الدینیة
- موسوی بجنوردی، سید محمد - (۱۳۷۲ش.)، القواعد الفقهیه، (۴ جلدی)، ج ۴، تهران: انتشارات میعاد
- السنهوری، عبدالرزاق احمد - (۱۳۵۳ق.)، نظریه العقد، (۴ جلدی)، ج ۱، بیروت: انتشارات دارالفکر

#### یادداشت شناسه مؤلف

سید محسن سادات اخوی؛ استادیار دانشگاه شاهد  
نشانی الکترونیکی: m\_sadat\_s@yahoo.com

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۳/۱۲

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۰/۵/۱۴