

به شرط نتیجه بودن اعمال جراحی زیبایی غیر ضروری^۱

علیرضا مشهدی زاده^۲

دانش‌آموخته‌ی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، رشته‌ی حقوق خصوصی، تهران، ایران.

منصور امینی^۳

دانشیار دانشگاه شهید بهشتی، گروه حقوق خصوصی، تهران، ایران.

چکیده

مباحث مسئولیت پزشک و طبیب دارای سابقه دیرینه‌ای به عمر علم حقوق است. این مقاله با توجه به انجام تحقیقات بسیار در خصوص اصل مسئولیت و ضمان پزشک با پیش فرض‌هایی مانند ضمان پزشک، لزوم اثبات تقصیر پزشک در صورت اخذ براءت و ... که به صورت قول مشهور و رویه‌ی قضایی در آمده، نگاشته شده است. در این مقاله به دنبال اثبات قراردادی بودن رابطه‌ی پزشک و بیمار در اغلب موارد می‌باشد. در اعمال جراحی زیبایی غیر ضروری (فانتزی) نیز پزشک، متعهد به نتیجه می‌باشد و در صورت عدم حصول نتیجه، پزشک ناقض قرارداد به شمار می‌آید و ضامن نقض تعهد قراردادی می‌باشد و هیچ یک از اسباب معاف‌کننده‌ی ضمانت پزشک، مانند قاعده‌ی احسان در این رابطه‌ی تجاری ورود ندارد.

واژگان کلیدی: مسئولیت، قرارداد، تعهد به وسیله، تعهد به نتیجه، جراحی زیبایی، ضمان، تقصیر.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۱۱/۱۵؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۵/۱۵.

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): alireza.mashhadizade@gmail.com

۳. پست الکترونیک: aminimansour@yahoo.fr

مقدمه

مسئولیت پزشکی یکی از مباحث پیچیده و دشوار مسئولیت مدنی می‌باشد. دلایلی بر این ادعا بیان شده است:

اول - نظام حقوقی فعلی در باب خسارات بدنی از قواعد گذشته اقتباس شده است که این قواعد به روزگاری باز می‌گردد که میان مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری تفکیکی قائل نبودند. مؤید این موضوع، تبصره‌ی ماده‌ی ۵۵ قانون مجازات اسلامی که دیه و ضمان مالی را مترادف، مورد استفاده قرار داده است و از حکم کلی ماده استثنا نموده است و به نوعی دیه را خسارت به شمار آورده است. از طرفی دیه در قانون مجازات به عنوان نوعی مجازات بیان شده است، لذا تطبیق اقتضائات جدید با این مبانی، محققین و محاکم را دچار مشکل کرده است؛ به‌طور مثال: پس از مدت‌ها از اجرای قانون دیات، تکلیف خسارت مازاد بر دیه و خسارت معنوی علی‌رغم لزوم تدارک هر دو خسارت، بدون پاسخی صریح باقی مانده است.

دوم - علم پزشکی از قرن نوزدهم به بعد پیشرفت بسیار قابل توجهی کرده است و در زمینه‌های مختلف تخصصی و از یکدیگر تفکیک شده‌اند. ولی متأسفانه حقوق موضوعه‌ی ایران به دلایل متفاوت هم‌پای دیگر علوم به خصوص پزشکی رشد نکرده است و قابلیت پاسخ مطلوب و منطبق با عدالت به معضلات روز را در اکثر موارد ندارد.

سوم - متأسفانه در ایران به دلیل عدم نظارت کافی، طبابت از ماهیت انسان‌دوستانه خارج شده است و به یک تجارت تبدیل شده است. برخی از پزشکان جهت کسب منفعت مالی، اعمالی را بدون رعایت موازین علمی و خارج از حدود تخصصی خود مرتکب می‌شوند که باعث بروز خسارات جانی به بیماران می‌شوند. مصداق بارز این معضل، اعمال جراحی زیبایی غیر ضروری یا فانتزی است که ایران دارای رتبه‌ی بالایی در سطح جهان در این گونه اعمال جراحی می‌باشد. در این نوع اعمال، پزشک صرفاً به دنبال کسب منفعت مالی است و در قامت یک بازرگان از علم و دانش خود استفاده می‌کند. این تحقیق در مقام اثبات مسئولیت مطلق این نوع پزشکان با اثبات رابطه‌ی قراردادی به شرط نتیجه، میان پزشک و بیمار است.

۱- قلمروی مسئولیت مدنی پزشک

یکی از خصیصه‌های مسئولیت‌های حرفه‌ای، دو بعدی بودن آن است. به عبارت دیگر یک فرد حرفه‌ای علاوه بر مسئولیت‌هایی که افراد عادی و غیر حرفه‌ای، مبنی بر آسیب نرساندن به حقوق دیگران در حین کار دارند به اقتضای موقعیت شغلی و اعتمادی که بیماران به مهارت کافی وی دارند، انجام کار یا خدمت را به او ارجاع می‌دهند. بنابراین وی مسئولیت مضاعفی را در قالب قرارداد خدمت، برای رعایت حداکثر مهارت فنی خود در انجام آن می‌پذیرد (قهرمانی، ۱۳۷۷ه.ش، ص ۴۸). وقتی پزشک در معالجه‌ی بیمار خود موازین فنی و علمی را رعایت نکند و موجب وارد آمدن ضرر به بیمار می‌شود، از یک طرف پزشک به تعهدات قراردادی خود عمل ننموده است و مسئولیت قراردادی دارد و از طرف دیگر عمل پزشک، نقض مقررات آمره مانند: مواد ۳۱۹ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی و ماده‌ی ۳ آیین نامه‌ی انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی^۱ و مسئولیت قهری و در شرایطی مسؤولیت کیفری به دنبال دارد. تداخل مسئولیت‌های قانونی پزشک در جریان انجام معالجه با مسئولیتی که او طبق قرارداد معالجه در مقابل بیمار خود پیدا می‌کند، این سؤال را مطرح می‌نماید که مسئولیت پزشک قراردادی یا قهری است.

۱-۱- نظریه‌ی مسئولیت خارج از قرارداد

برخی معتقدند که در صورت بروز خسارت به بیمار، پزشک مسئولیت قهری دارد و برای اثبات این ادعا به دلایلی استناد نموده‌اند:

۱-۱-۱- ماهیت اعمال پزشک

تعهد پزشک در مقابل بیماری که با اراده نزد او رفته و قرارداد منعقد نموده است یا شخص ناشناسی، بیمار را به بیمارستان رسانده باشد و قراردادی در میان نباشد، یکسان است. پزشک در هر حال ملزم به رعایت اخلاق پزشکی و اصول و موازین فنی و علمی و نظامات

۱. ماده‌ی ۳ آیین نامه‌ی انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی: «شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته باید مطابق موازین علمی، شرعی و قانونی و نظامات دولتی صنفی و حرفه‌ای انجام وظیفه کرده و از هر گونه سهل‌انگاری در انجام وظایف قانونی بپرهیزند.»

دولتی است. اموری که مربوط به اخلاق پزشکی است و نیز مسایل مرتبط با نظامات و قواعد علمی پزشکی که خارج از حوزه‌ی قراردادی می‌باشند. (محکمه لیون فرانسه، ۱۹۳۵م؛ گزیت دوپاله ۱۹۳۵م، ج ۱، ص ۹۱۵) مسئولیت پزشک ناشی از طبیعت فعال وی است، فارغ از این که رابطه‌ی قراردادی وجود داشته یا نداشته باشد (بشات الساعدی، ۲۰۰۴م، ص ۱۹۰). به همین دلیل نمی‌توان فرض کرد که این تعهدات به‌طور صریح یا ضمنی در محدوده‌ی قرارداد منعقد شده بین پزشک و بیمار، مورد توافق قرار گرفته است. دلیل بر این ادعا این است که وقتی دعوی بر علیه پزشک اقامه می‌شود، محکمه بحثی از التزامات و تعهدات ناشی از قرارداد پزشکی که بر پزشک الزامی شده است و نیز تفسیر قصد مشترک طرفین نمی‌نماید، بلکه قضیه را به کارشناسان ارجاع می‌دهد تا معلوم گردد که آیا پزشک مطابق قواعد علمی و اصول ثابت حرفه‌ای عمل نموده است یا خیر (شجاع پوریان، ۱۳۷۳هـ.ش، ص ۳۹). مواردی که پزشک اقدام به معالجه‌ی بیماری که فاقد هوشیاری می‌کند یا از نماینده‌ی قانونی وی اجازه نمی‌گیرد، قراردادی در میان نمی‌باشد. در نتیجه پزشکی که در معالجه‌ی این بیمار سهل‌انگاری می‌کند، تعهد قانونی خود را نقض کرده است؛ زیرا قراردادی وجود ندارد و پزشک صرفاً به موجب قانون مکلف به درمان و کمک به بیمار می‌باشد. نکته‌ی مهم این است که تعهدات اصلی پزشک در صورت وجود یا عدم قرارداد یکسان است و مسئولیت یکسانی در قبال بیمار دارد.

برخی به‌نحو دیگری استدلال کرده‌اند؛ مسئولیت پزشک ناشی از تخلف از قرارداد نیست، زیرا قرارداد موجود میان پزشک و بیمار عقدی جایز است و الزام‌آور نیست، الزام پزشک به جبران خسارت و تعهد او به درمان، ناشی از حکم قانون است (Markesinis, B. S.&S. F, 1999, P.260).

۲-۱-۱- نظم عمومی

حیات بشری و سلامت بدنی انسان مورد حمایت قانون و از قواعد آمره و بخشی از نظم عمومی است. حتی با وجود قرارداد میان پزشک و بیمار، نمی‌توان در جایی که فعل پزشک باعث بروز زیان به زندگی اشخاص یا سلامتی جسمی آن‌ها می‌شود، قواعد حاکم بر مسئولیت قراردادی را اجرا کرد. مسئولیت قهری نتیجه‌ی شکستن تکالیفی است که قانون بر اشخاص تحمیل کرده است و این تکالیف بدون تردید امری هستند و چنان با نظم

عمومی مرتبط است که با قرارداد نمی‌توان آن‌ها را طرد نمود. تعهدات قراردادی، تعهدات قانونی را محو نمی‌سازد و اخلاص در این تعهدات موجب مسئولیت قهری است (شجایوریان، ۱۳۷۳ ه.ش، ص ۳۵).

برخی از حقوق دانان فرانسوی بیان داشته‌اند که قرارداد پزشک و بیمار از اراده‌ی طرفین پیروی نمی‌کند، طرفین راهی برای ایجاد یا تغییر در آن را ندارند؛ زیرا متعلق به نظم عمومی است. قرارداد پزشکی شبیه به عقد ازدواج است و هر دو عقد، متعاقبین را در سیستم قانونی منظمی قرار می‌دهد که از قبل تعهدات طرفین در آن معین شده است و طرفین توانایی تغییر آن را ندارند و از همین جهت با سایر عقود که طرفین آزادی زیادی در تعیین شروط و محتویات آن دارند، تفاوت دارد (الابراشی، ۱۹۵۱ م، ص ۶۱). از طرفی با جرم‌انگاری که در حقوق ایران در خصوص افعال اطبا شده است می‌توان گفت در خصوص پزشکان اگر منجر به خسارت بدنی گردد، موجب وقوع جرم می‌گردد و هر جرم کیفری که موجب ضرر غیر گردد باعث مسئولیت قهری می‌شود.

۳-۱-۱- نظریات فقهی

فقها در کتب خود مسئولیت‌ها را از یک دیگر تفکیک نموده‌اند و تقسیم مسئولیت به قراردادی و قهری در کتب فقهی سابقه ندارد. آن چه در فقه در باب مسئولیت اهمیت دارد، جبران خسارت زیان دیده است و در این امر فرقی میان مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی نیست. قاعده‌ی لاضرر، متضمن ضرورت تدارک جبران زیان است، چه این زیان ناشی از عدم اجرای قرارداد و چه ناشی از ضمان قهری باشد (جعفری تبار، ۱۳۷۷ ه.ش، ص ۵۹).

فقها مسئولیت پزشک را در کتاب دیات مورد بحث قرار داده‌اند. فارغ از تفکیکی که فقها در باب ضمان پزشک، میان پزشک جاهل و حاذق قائل شده‌اند می‌توان بیان داشت، دیدگاه مشهور بر آن است که پزشک متخصص و ماهر چنان چه مرتکب هیچ تقصیری نشود و اصول علمی، فنی و حرفه‌ای خود را هم رعایت کند ولی بر اثر معالجه، بیمار متحمل خسارتی شود، پزشک مسئول است؛ این نوع استدلال در مقام اثبات مسئولیت قهری است. دلایل اقامه شده در اثبات این ادعا عبارت است از:

اول - روایاتی وجود دارد که پزشک را مسئول رفتار متعارف خود دانسته است و امام صادق (ع) از امیرالمومنین (ع) روایت کرده‌اند: «هر کس که به پزشکی یا دام‌پزشکی می‌پردازد،

باید پیش از درمان از ولی بیمار یا صاحب حیوان برائت جوید و گرنه ضامن است» (الحر العاملی، ۱۴۱۶هـ.ق، ج ۱۹، صص ۲۶ و ۲۶۱). بنابراین مسئولیت پزشک مطلق است و مشمول ضمان قهری است، اگر اخذ برائت ننماید.

دوم - قواعد فقهی دلالت بر مسئولیت پزشک دارد؛ زیرا مطابق قاعده‌ی اتلاف، هر کس مال و جان دیگری را تلف کند، مسئول جبران آن به شمار می‌آید و در صورتی که بیمار بر اثر درمان متحمل زبانی گردد، تلف مستند به فعل پزشک خواهد بود و چون او مباشر تلف است، خودش هم باید زیان وارد به بیمار را جبران کند. از سوی دیگر قاعده‌ی «لایبطل دم امرء مسلم» یعنی «خون هیچ مسلمانی نباید هدر رود»، نیز مستلزم مسئول دانستن پزشک است؛ زیرا عدم مسئولیت پزشک هدر رفتن خون مسلمان را که در شرع ناروا دانسته شده است به دنبال دارد. قاعده‌ی لاضرر نیز حکم می‌کند که زیان وارد به بیمار جبران نشده باقی نماند و پزشک باید این زیان را جبران کند (نجفی، ۱۳۹۴هـ.ق، ج ۴۲، ص ۳۲۴).

سوم - برخی از فقها نیز به اجماع تمسک جسته‌اند و معتقدند در این مسأله اجماع فقها بر آن است که پزشک مسئول تلقی می‌شود، ابن زهره در غنیة و محقق حلی در نکت النهایة به این مطلب اذعان داشته‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا، ص ۲۶۵). مسئولیت پزشک ناشی از حکم صریح شرع و قانون است و مواد ۳۱۹ و ۳۲۱ قانون مجازات اسلامی منشا مستقیم مسئولیت پزشک است. به همین جهت منظور از عنوان «موجبات ضمان» در باب پنجم قانون مجازات اسلامی، موجبات ضمان غیر قراردادی است (شهیدی، ۱۳۸۳هـ.ش، ص ۲۰۷).

۲-۱- نظریه‌ی مسئولیت قراردادی

معتقدین به نظریه‌ی مسئولیت قراردادی پزشک به دلایل طرفداران نظریه‌ی مسئولیت قهری ایراداتی مطرح نموده‌اند:

۱-۲-۱- وجود قرارداد

وجود یا وقوع خارجی یک چیز عالی‌ترین دلیل برای اثبات آن است و بر اساس این استدلال عقلی، اصولیون امارات را بر اصول عملیه برتری داده‌اند. در اکثر موارد پزشک برای درمان بیمار، قراردادی منعقد می‌نماید. پزشک در زمان توافق اولیه‌ی - کتبی یا شفاهی - تعهد به درمان بیمار می‌نماید و این امر اساسی موضوع توافق قرار می‌گیرد. برقراری رابطه‌ی مالی

بین پزشک یا مؤسسات درمانی و بیمار می‌طلبند که نوعی قرارداد که از آن به قرارداد درمانی یاد می‌شود، میان آن‌ها تنظیم شود (محقق داماد، ۱۳۸۹ ه.ش، ص ۱۲۷). در بسیاری از موارد تعهد پزشک را قرارداد به‌وجود می‌آورد، هر چند بیمار از چگونگی و روش درمان آگاهی نداشته باشد، ولی این به آن معنا نیست که فرد در آن چیزی که با پزشک توافق کرده است نیز جاهل است. زیرا بیمار می‌داند پزشک با قبول درمان وی، تعهد به مواظبت و سعی و تلاش متناسب با اصول و قواعد شغلی نموده است و قواعد فنی و تخصصی شغلی نیز میزان این سعی و تلاش را معین می‌نماید (نجیده، ۱۹۹۲ م، ص ۳۳۵).

منظور از قرارداد درمان، قراردادی است شفاهی یا کتبی که بر اساس آن، پزشک یا مرکز 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 ورزد (محقق داماد، ۱۳۸۹ ه.ش، ص ۱۲۸). دیوان عالی فرانسه در رأی ۲۰ مه، سال ۱۹۳۶ میلادی اعلام داشت، توافق‌های انجام شده بین بیمار و پزشکی که برای مداوای وی تلاش می‌کند، قرارداد از نوع خاص بوده و قابل تطبیق با قرارداد پیمان‌کاری نیست و دیوان تمیز مصر در رأی شماره‌ی ۱۹۶۹/۷/۳ با تبعیت از نظام حقوقی فرانسه، مسئولیت پزشک را قراردادی اعلام کرد (عباسی، ۱۳۸۱ ه.ش، ص ۱۳۱). قراردادهای درمانی به دو دسته مستقیم و غیرمستقیم قابل تقسیم می‌باشند.

منظور از قرارداد درمانی مستقیم، قراردادی است که بیمار با یکی از گروه‌های پزشکی جهت تشخیص یا درمان بیماری منعقد می‌کند. در قرارداد غیرمستقیم بیمار با کادر درمانی، رابطه‌ی مالی برقرار نمی‌کند، بلکه این قرارداد بین بیمار و یک مؤسسه‌ی درمانی منعقد می‌شود. در این حالت بیمارستان یا مرکز درمانی، انجام تمامی اقدامات لازم را برای بیمار تعهد می‌کند. می‌توان لازم بودن، معاوضی بودن و رضایی بودن را سه ویژگی مهم قراردادهای پزشکی بر شمرد (محقق داماد، ۱۳۸۹ ه.ش، ص ۱۲۹). این ایراد که قواعد آمره و الزامات شغلی از توافق ناشی نشده است، مانع از قراردادی شناختن آن نیست. زیرا امروزه قانون‌گذار در بسیاری از عقود مداخله نموده و اصل آزادی اراده را محدود کرده است و تعهداتی مضاعف و ناخواسته بر متعاملین تحمیل کرده است؛ مانند قرارداد وکالت در دادگستری و قراردادهای کار یا مقاطعه‌کاری‌های دولتی.

در عقود معین سنتی نیز این مداخلات شارع دیده می‌شود و طرفین دارای الزاماتی هستند که هیچ توافقی بر آن نکرده‌اند. برای مثال ضمان معاوضی یا تعهد ایمنی در

قراردادهای بیع و اجاره در کمتر پیمانی مورد توجه قرار می‌گیرد؛ در حالی که همه آن را در زمره‌ی آثار عقد می‌آورند (کاتوزیان، ۱۳۸۳ هـ. ش، ص ۱۱۲). ماده‌ی ۲۲۰ قانون مدنی، تعهداتی را که به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود در زمره‌ی تعهدات قراردادی آورده است. بنابراین مهم توافق طرفین و وجود عناصر لازم متذکر در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی در انعقاد قرارداد می‌باشد و افزودن تکالیف بر متعاملین از سوی قانون‌گذار تأثیری در ماهیت ابتدای عقد ندارد. آثار و تعهدات ناشی از یک قرارداد، لازم نیست به تفصیل بین طرفین معلوم گردد، بلکه معلوم بودن تعهدات مذکور به موجب قانون یا آیین‌نامه‌های دولتی یا عرف و عادات شغلی کفایت می‌کند، هر چند که طرفین بدان جهل داشته باشند. چنان‌که ماده‌ی ۳۵۶ قانون مدنی درباره‌ی حکومت عرف نسبت به تعیین اجزای توابع مبیع قید می‌کند: «... اگرچه متعاملین جاهل به عرف باشند». تعهدات شغلی و اوامر قانون‌گذار بر احدی از متعاملین موجب خروج توافق از دایره عقود نمی‌گردد؛ بلکه بدون آن که متعاملین شروطی را در قرارداد درج نمایند به حکم قانون، این تعهدات در قرارداد مفروض انگاشته می‌شوند که در بسیاری از موارد شرط خلاف آن تکالیف، امری بلا اثر و باطل است. این ادعا که قرارداد چیزی بر حکم قانون اضافه نکرده است را نیز نباید پذیرفت؛ زیرا پیش از قرارداد در اکثر موارد، پزشک موظف به درمان بیمار نبوده است و پس از عقد این تکلیف را پیدا کرده است و در نتیجه با تخلف از همین تعهد، تازه مسئولیت پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶ هـ. ش، ص ۸۲).

این ایراد که قرارداد میان پزشک و بیمار فی نفسه الزام آور نیست و جز عقود جایز است و نقض آن موجب مسئولیت قراردادی نمی‌گردد در نظام حقوقی ایران محل ایراد است زیرا: اول - موضوع این قرارداد حفظ جان انسان و رهایی او از بیماری است و حمایت از زندگی و سلامت از چنان اهمیتی برخوردار است که هیچ کس نمی‌تواند تا پیش از رسیدن مطلوب و آن‌جا که ادامه‌ی قرارداد موجب زیان آن‌ها است، از ادامه‌ی درمان سرباز زده و قرارداد را یک طرفه فسخ کند.

دوم - در جایز بودن این عقد، تردید اساسی وجود دارد و این قرارداد را چه بر اساس نظر فقها، اجاره‌ی خدمت نامیده شود یا در ذیل ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی تفسیر شود، از شمول عقود جایز خارج می‌گردد و لازم‌الوفای می‌باشد و اصالت‌الزوم نیز مؤید این مطلب است.

سوم - چنانچه قرارداد درمان، قرارداد جایزی باشد با بروز حالت جنون یا سفه قابل فسخ است، این درحالی است که انحلال قرارداد در این‌گونه حالات منافی با حقوق انسانی وی و مخالف با اخلاق حسنه و نظم عمومی است، زیرا ترک درمان سبب تشدید بیماری می‌شود.

چهارم - در عقود جایزه هر چند که هر یک از طرفین هر وقت بخواهند، می‌توانند عقد را فسخ کنند، ولی تا زمانی که پیمان گسسته نشده است متعهد به اجرای آن و مسئول پیامدهای تخلف خویش می‌باشند؛ چنانچه در عقد وکالت در ماده‌ی ۶۶۶ قانون مدنی مقرر شده است: «هرگاه از تقصیر وکیل، خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می‌گردد، مسئول خواهد بود».

در جایی که پزشک یا مؤسسه‌ی پزشکی طرف قرارداد با بیمار، واجد امکانات و مهارت لازم برای درمان بیمار نیستند، اگر بیمار پس از قرارداد متوجه آن شود، می‌تواند قرارداد خود را به علت فقدان صلاحیت مرکز درمانی فسخ کند (محقق داماد، ۱۳۸۹هـ.ش، ص ۱۳۰). مفاد ماده‌ی ۱۸ آیین‌نامه‌ی انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان پزشکی، حکایت از آن دارد که قرارداد درمانی از طرف پزشک لازم و از سوی بیمار جایز می‌باشد، این ماده بیان می‌دارد: «پزشک مسئول ادامه‌ی درمان بیمار خود در حد توانایی و تخصص خود به استثنای موارد ضروری است؛ مگر این‌که بیمار یا بستگان او مایل نباشند».

در نظام حقوقی کامن‌لا نیز گرایش به مسئولیت قراردادی پزشک ایجاد شده است و این نظام حقوقی نتوانسته است نقش قرارداد را به کلی نادیده گیرد و در صورتی که بیمار به طور خصوصی با پزشک توافق کند و معالجاتی را پزشک انجام دهد، رابطه‌ی قراردادی میان پزشک و بیمار شکل گرفته که نقض آن مسئولیت پزشک را به دنبال دارد (Kennedy, Tlan & Andrew grubb, 1999, p 288).

۲-۲-۱- عدم مخالفت با نظم عمومی

استناد به تئوری «نظم عمومی» نیز به دلایلی، دلیلی کافی و متقنی برای قهری دانستن مسئولیت پزشک نیست:

اول - دلیلی بر آمره بودن نظام مسئولیت قهری وجود ندارد و قواعد حاکم بر مسئولیت قهری در واقع ضرورت پرداختن خسارت در مقابل ضررها را بیان می‌کنند. طرفین پس از بروز زیان می‌توانند به وسیله‌ی صلح یا ابرا آن را کاهش دهند یا از بین ببرند (بند ۲، ماده-

ی ۶ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده‌ی ۷۵۲ قانون مدنی). بنابراین با توجه به قابلیت توافق طرفین، استناد به امره بودن نظام مسئولیت قهری فاقد ارزش می‌باشد. دوم - تعهد به حفظ و مراقبت از حیات افراد و سلامتی جسم آن‌ها، تکلیف قانونی و امری می‌باشد. ولی دلیلی وجود ندارد که مسئولیت ناشی از نقض این تکالیف قانونی نیز امری باشد. آن‌چه مهم است، این است که تکلیف کلی احتیاط و مراقبت در روابط اشخاص حذف نشود؛ به این معنا که شخص در روابط خود با دیگران به دل‌خواه خویش، بی‌دغدغه‌ی وجود یک مسئولیت رفتار کند، البته این امر خلاف نظم عمومی است (ایزانلو، ۱۳۸۲ هـ.ش، ص ۲۴۳).

امکان وصول به این نتیجه در مسئولیت قراردادی نیز وجود دارد. به این مفهوم که در قرارداد، امکان این که بتوان پزشک را از رعایت اصول و موازین شغلی معاف نمود، وجود ندارد؛ بنابراین زندگی افراد و سلامتی جسمی آن‌ها با نظم عمومی ارتباط دارد. ولی الزاماً فقط قواعد مسئولیت قهری، متضمن حمایت از مصالح جامعه و نظم عمومی نیست. آن چیزی که مصلحت جامعه می‌طلبد این است که برای آزادی اراده‌ی افراد، محدوده و دامنه‌ی مشخصی وجود داشته باشد که امکان تنزل از آن حتی با توافق طرفین وجود نداشته باشد. علاوه بر این مسئولیت قراردادی ناشی از نقض قرارداد است و ضمانت اجرایی است که از طرف قانون‌گذار برای حمایت از اجرای درست قراردادها تأسیس شده است. منبع مستقیم و بی‌واسطه‌ی مسئولیت قراردادی، قانون است که بی‌ارتباط با نظم عمومی نیست. بنابراین ارتباط الزامات و تعهدات پزشک با نظم عمومی مانع از اعتبار قرارداد میان او و بیمار نیست؛ زیرا هر تعهدی که به مناسبت اجرای قرارداد به وجود آید، قراردادی می‌باشد. البته تأکید می‌شود در زمانی که بیمار بی‌هوش یا بدون اراده، تحت مداوا قرار می‌گیرد از شمول قاعده‌ی مسئولیت قراردادی خارج است. البته اکثریت موارد شروع به درمان با انعقاد قرارداد و پرداخت حق‌العلاج از طرف بیمار یا ولی یا نماینده‌ی وی به پزشک آغاز می‌گردد.

۳-۲-۱- سابقه‌ی فقهی

فقه‌های شیعه برخلاف اهل تسنن، چندان به نوع مسئولیت پزشک نپرداخته‌اند و عدم تفکیک مسئولیت قراردادی و قهری از سوی فقه‌های شیعه نیز نمی‌تواند گواهی بر مدعای قهری بودن مسئولیت پزشک باشد؛ زیرا در سایر موارد هم فقها مسئولیت‌های مذکور را از یکدیگر جدا

نموده‌اند. آنچه در فقه شیعه در باب مسئولیت اهمیت دارد، تدارک خسارت زیان‌دیده است و در این امر تفاوتی میان مسئولیت قهری و قراردادی وجود ندارد. درخواست دریافت دست‌مزد در درمانی که واجب عینی یا واجب کفایی باشد، حق پزشک در برابر اقدامات درمانی خواهد بود؛ زیرا انجام درمان امری واجب است و بدون عوض بودن آن واجب نیست (اسدآبادی، ۱۴۲۳هـ.ق، ص ۱۰۹). به‌طور کلی هر جا سخن از اجرت طیب است، فقها حکم به نوعی از عقود معین مانند؛ اجاره یا جعاله داده‌اند. صاحب‌جواهر به ظاهر از قراردادی بودن مسئولیت پزشک سخن گفته است و نوع قرارداد پزشک و بیمار را قرارداد اجاره می‌نامند (نجفی، ۱۳۹۴هـ.ق، ج ۳۵، ص ۲۵۷). در مبحث اجاره، یکی از مصادیق اجاره‌ی اشخاص، اجاره‌ی طیب و بیطار برای معالجه‌ی انسان و حیوان ذکر شده است و بسیاری از فقها قرار گرفتن قرارداد درمان را در قالب قرارداد اجاره پذیرفته‌اند^۱ (اسدآبادی، ۱۴۲۳هـ.ق، صص ۶۳۴ و ۶۳۵؛ حکیم، ۱۳۶۷هـ.ش، ص ۲۲۳؛ گیلانی قمی، ۱۳۷۱هـ.ش، ص ۴۴۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵هـ.ش، مسأله ۲۲۰۲). در گذشته برخی از اقدامات پزشکی مانند: چشم پزشکی، ختنه کردن و دندان کشیدن از جمله نمونه‌های قرارداد اجاره به حساب می‌آمده است (اسدآبادی، ۱۴۲۳هـ.ق، ج ۵، ص ۶۶)؛ اما امروزه با توجه به توسعه‌ی دانش پزشکی و گسترش روابط میان بیمار و پزشک، دیگر نمی‌توان تمام امور مربوط به بیماری‌ها و درمان آن را در چارچوب عقود معین بررسی کرد و می‌توان پذیرفت، قرارداد درمان عقدی خاص و قائم به ذات است و صفات و ویژگی‌های خاص خود را دارد که آن را از سایر قراردادهای متمایز می‌کند و در قلمروی ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی منعقد شده است (محقق داماد، ۱۳۸۹هـ.ش، ص ۱۳۷).

۱. اجاره‌ی طیب از برای معالجه جایز است و اجرت آن حلال است. و این از جمله صناعاتی است که نظام عالم مبتنی بر آن است. و هر چند از واجبات کفائیه است و لکن وجوب آن منافات با جواز اخذ اجرت ندارد، مثل خیاطی و نجاری و حدادی در کیفیت آن باید مدت عمل را معین کرد که چند روز متوجه‌ی معالجه باشد و روزی چند مرتبه یا در چند روز یک مرتبه بیاید و مریض را ببیند و معالجه کند. و هرگاه در بین، نیاز باشد به زیادتر از آن چه شرط کرده در آن، نیز به خصوص علی حده اجیر شود. و ظاهر این است که جایز است که شرط کند که دوا با طیب باشد، لکن باید معلوم باشد که دوا چه چیز است و قیمت آن چند است. و هرگاه در بین مدت اطبا بگویند که معالجه او ضرر دارد، در این جا نیز منفسخ می‌شود. چنان‌که در صورتی که در بین مدت چاق شود و حکم کحال هم حکم طیب (قمی، ۱۳۷۱هـ.ش، ج ۳، ص ۴۵۵).

از روش طرح مباحث فقها در خصوص جبران خسارت، نمی‌توان نتیجه گرفت که از نظر آنان مسئولیت پزشک قراردادی یا غیر قراردادی است. گروهی از فقهای اهل سنت معتقدند که مسئولیت پزشک قراردادی است و این به ذهن مأنوس‌تر می‌نماید. زیرا زیان‌دیده باید اثبات کند که میان او و پزشک رابطه‌ی قراردادی وجود داشته است و پزشک هم این رابطه را نادیده انگاشته و خلاف آن عمل کرده است. داستانی در مجمع‌الضمائن این دیدگاه را تأیید می‌کند: فردی، حجامی را اجیر کرد تا دندان او را بکشد او هم دندان دیگری را کند، ولی صاحب دندان گفت: من نمی‌خواستم که این دندان را بکنی. در این صورت، قول صاحب دندان مسموع است و حجام ضامن است. این داستان بیان می‌کند که حجام مطابق قرارداد و در چارچوب آن اقدام نکرده و به علت نقض آن قرارداد، مسئول شناخته شده است؛ زیرا به جای دندان فاسد و پوسیده که موضوع قرارداد بوده، دندان سالم را کنده است (اسماعیل-آبادی، ۱۳۸۳ هـ.ش، ص ۲۴). بر فرض پذیرش مسئولیت قهری پزشک، توجیه شرط برائت به عنوان نمونه‌ی شرط عدم مسئولیت به سختی امکان‌پذیر است (ماده‌ی ۳۲۲ و بند ۲، ماده-۵۹ قانون مجازات اسلامی). در قراردادها از لحظه‌ای که طرفین قراردادی را منعقد می‌سازند، طبیعی است که می‌توانند به تنظیم مسئولیتی که از آن نتیجه به دست می‌آید، بیندیشند و یکی از طرفین وارد آوردن ضرر به طرف مقابل را پیش‌بینی کند و دور از انتظار نیست که مدیون در برابر طلب‌کار خود شرط عدم مسئولیت کند.

۳-۱- جمع بندی

نهاد حقوقی «دیه» که ضمانت اجرای خطای پزشک در خسارات وارده بر جسم بیمار است، ماهیتی دوگانه‌ای دارد که ریشه‌ی این اختلاف نظرات می‌باشد و در آن هم حقوق عمومی لحاظ شده است تا مانع از ارتکاب جرم بی‌احتیاطی و قتل و جرح و اتلاف جان شود و حقوق خصوصی زیان‌دیده به منظور جبران ضرر نیز در آن دیده شده است. با مطالعه در نظام‌های حقوقی سنتی آشکار می‌گردد که مرز قاطعی میان مسئولیت مدنی و کیفری وجود نداشته و تقسیم مسئولیت مدنی به مسئولیت قهری و قراردادی جایگاهی ندارد. آنچه در فقه نیز در باب مسئولیت اهمیت دارد، جبران خسارت زیان‌دیده است و فرقی میان مسئولیت قراردادی و قهری نیست و آثار مسئولیت، خواه ناشی از نقض قرارداد باشد یا ضمان قهری، یک‌نواخت و قواعد حاکم بر هر دو همانند است و تلاش در جهت اثبات و الحاق مسئولیت پزشک به

یکی از نظام‌های دوگانه‌ی مسئولیت قراردادی یا قهری ضروری نیست. دوگانگی میان مسئولیت قراردادی و قهری نیز یک واقعیت و ضرورت است و در قانون مدنی این دوگانگی مسئولیت قراردادی و قهری نیز دیده می‌شود و مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ تا ۲۳۰ قانون مدنی به مسئولیت قراردادی اختصاص یافته است و در مواد ۳۰۸ به بعد قانون مدنی، ضمان قهری مطرح شده است. وجود قرارداد قبل از ورود خسارت میان عامل زیان (پزشک) و زیان‌دیده (بیمار)، ویژگی‌هایی را به مسئولیت اعطا می‌کند که آن را از ضمان قهری به گونه‌ای ماهوی جدا می‌سازد. برخی از حقوق‌دانان به‌طور قاطع بیان کرده‌اند که این رابطه - پزشک و بیمار - در شکل مرسوم خود قراردادی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳ ه.ش، ص ۳۸۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۹ ه.ش، ص ۱۲۷). در مواردی که رابطه‌ی پزشک و بیمار قراردادی است، قانون‌گذار بیمار را از بار اثبات دلیل تقصیر پزشک معاف نموده و صرف ورود خسارت به بیمار را اماره-ی تقصیر پزشک قرار داده است و موجب مسئولیت پزشک می‌داند (ماده‌ی ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی). این قاعده در مواردی که به صورت اضطراری و فوری، پزشک اقدام به درمان بیمار می‌کند به دلیل عدم وجود رابطه‌ی قراردادی جاری نمی‌باشد. در چارچوب یک رابطه‌ی قراردادی است که طرفین می‌توانند شرایطی را مقرر دارند که پزشک را از مسئولیت معاف نمایند. پیش‌بینی شرط براءت موضوع ماده‌ی ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی فقط در یک رابطه‌ی قراردادی صحیح می‌باشد. نحوی اثبات دلیل و امکان پیش‌بینی شرط براءت در رابطه‌ی پزشک و بیمار نکات مهمی هستند که پذیرش نظریه‌ی مسئولیت قراردادی پزشک را منطقی‌تر می‌نماید. وجود تکالیف شغلی، حرفه‌ای و الزامات قانونی برای پزشک در حین اجرای تعهدات، مانعی در قراردادی شناختن مسئولیت پزشک ایجاد نمی‌نماید. اگر قراردادی منعقد نمی‌شد، هیچ تعهد و مسئولیتی نیز وجود نداشت و پایه‌ی همه‌ی تکالیف الزامی پزشک، توافق اراده‌ی او با بیمار برای شروع به درمان است؛ هرچند که بیمار در ادامه و جهت پیگیری خسارات وارده از دو طریق مسئولیت قهری و خارج از قرارداد، بتواند اعمال حق نماید. به نظر می‌رسد، وجه قراردادی رابطه‌ی پزشک و بیمار غالب است و انکار مسئولیت قراردادی پزشک بیهوده است و این همان نظری است که غالب نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته‌اند.

پذیرش نظریه‌ی مسئولیت قراردادی پزشک، به این معنا نیست که در همه‌ی مواردی که پزشک مبادرت به درمان بیمار می‌نماید، در صورتی که مرتکب تقصیر شود و به بیمار

خسارتی وارد آید، مسئولیت او قراردادی است. هنگامی که بین پزشک و بیمار قرارداد صحیح و الزام‌آوری وجود داشته باشد و در نتیجه نقض تعهدات قراردادی که بیش‌تر منشعب از عرف و عادات شغلی و قوانین آمره می‌باشد، خسارتی به بیمار وارد شود، مسئولیت او قراردادی است و در مواردی که پزشک بدون وجود قرارداد، مانند موارد اورژانسی مبادرت به درمان بیمار می‌نماید و در نتیجه نقض تعهدات شغلی یا قانونی خسارتی به بیمار وارد شود، مسئولیت او قهری است.

۲- بررسی ماهیت قرارداد پزشک

اگر از موارد اورژانسی صرف نظر شود، به راحتی می‌توان رابطه‌ی پزشک و بیمار را در چارچوب مسئولیت قراردادی مورد بررسی قرار داد. البته تمام تعهدات پزشک براساس مفاد قرارداد انعقادی می‌باشد. تعیین ماهیت تعهدات متعهد در قرارداد در تفسیر مفاد آن و بررسی نقض قرارداد و تشخیص مسئول بسیار حائز اهمیت است. ژان دوموگ نخستین کسی بود که در سال ۱۹۲۸م تقسیم تعهدات را به دو دسته «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» براساس موضوع آن‌ها پیشنهاد کرد^۱ (ژوردن، ۱۹۸۵م، ص ۸۳). حال با توجه به مفاد قرارداد پزشک و بیمار و الزامات قانونی و حرفه‌ای عارض بر این قرارداد تعیین ماهیت تعهدات پزشک دارای اهمیت ویژه‌ای است. نکته‌ی قابل توجه در مورد الزامات ناشی از مقررات قانونی و مقررات حرفه‌ای این است که بخش عمده‌ی آن‌ها عنوان تعهد مستقل نداشته است؛ بلکه صرفاً در جهت تضمین حسن اجرای تعهد اصلی، معنا پیدا می‌کند؛ با این تفاوت که شرایط مزبور به دلیل ارتباط آن‌ها با نظم عمومی، وصف آمره داشته و تخلف ناپذیر است (قهرمانی، ۱۳۷۷ه‌ش، ص ۱۲۹). تفاوتی ندارد شروط در قرارداد ذکر شود یا مورد غفلت قرار گیرد. فرض قانونی بر این است پزشک از این الزامات قانونی، آگاهی کافی دارد.

۱. در حقوق فرانسه تعهد به نتیجه را (obligation de resultat) و تعهد به وسیله را (obligation de moyen) یا generale de prudence et diligence می‌نامند.

با اثبات قراردادی بودن رابطه‌ی پزشک و بیمار به دنبال پاسخ به این پرسش خواهیم بود که قاعده‌ی کلی در خصوص تعهدات پزشک چه می‌باشد (تعهد به نتیجه یا تعهد به فعل) و در اعمال جراحی زیبایی آیا این قاعده قابل تسری است یا خیر؟

۱-۲- تعهد به وسیله

ماهیت تعهد قراردادی پزشک در پاسخ به پرسش اصلی مقاله حائز اهمیت می‌باشد. براساس تقسیم‌بندی پیش گفته، به‌طور کلی قراردادها از یک منظر به «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» تقسیم شده‌اند.

در «تعهد به نتیجه» متعهد ملزم به قراردادن نتیجه در اختیار متعهدله می‌باشد؛ مانند تعهد راه آهن به رساندن مسافر به مقصد که در صورتی تعهد مزبور ایفا می‌شود که مسافر به مقصد خویش رسانده شود و صرف قراردادن وسیله در اختیار مسافر موجب ایفای تعهدات نمی‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۳هـ.ش، ص ۲۰۹). گاهی تعهد، تعهد به واقع ساختن نتیجه‌ی موضوع قرارداد است. اجرای تعهد در این موارد محقق ساختن آن نتیجه است و در صورت عدم تحقق آن به هر سببی، تعهد هم‌چنان اجرا نشده باقی می‌ماند (السنه‌وری، ۱۳۸۲هـ.ش، ص ۴۷۹). براساس این تقسیم‌بندی باید دید چه چیزی توسط متعهد وعده داده شده بود و متعهدله چه انتظار معقولی می‌توانست از قرارداد داشته باشد. گاهی متعهد تعهد می‌کند که نتیجه‌ی مشخصی را برای متعهد فراهم سازد؛ مانند انجام حمل و نقل که به آن تعهد به نتیجه گویند. اما گاهی تعهد می‌کند که فقط وسایل مناسب برای دست‌یابی به نتیجه مورد نظر را به کار ببرد؛ مانند تعهد وکیل به موکل مبنی بر دفاع از وی، اما قول نمی‌دهد که به نفع وی حکم صادر شود؛ به این تعهد، تعهد به وسیله گویند (ژوردن، ۱۹۸۵م، ص ۸۳). در تعریف تعهد به وسیله، تعهد دیگری وجود دارد که هدف آن واقع ساختن نتیجه‌ای خاص نیست، بلکه تعهد به تلاش برای نیل به مقصود است و تحقق و عدم‌تحقق مقصود تفاوتی ندارد. این تعهد نیز تعهد به انجام کار است، ولی کاری که نتیجه‌ی آن تضمین نمی‌شود (السنه‌وری، ۱۳۸۲هـ.ش، ص ۴۷۹). تعهد به وسیله، این‌گونه هم بیان شده است: تعهد به وسیله، تعهد به انجام عملی است که در ارتباط امور ممکن است وسیله‌ی چیزی دیگری باشد، ولی نسبت به حصول آن تعهدی صورت نمی‌گیرد. در این‌گونه تعهدات هرگاه متعهد وظایف خود را در فراهم کردن وسیله و اعمال دقت و به‌کارگیری اطلاعات علمی خویش

انجام دهد، تعهد خود را ایفا کرده است (شهیدی، ۱۳۸۳ هـ.ش، ص ۲۰۸). آن‌چه در تعهد به وسیله مهم است، اعمال میزان معینی تلاش از سوی مدیون برای اجرای تعهد است. مقدار این تلاش، علی‌القاعده متناسب با یک فرد متعارف است و بیش‌تر از آن نیازمند قانون یا توافق خاص است. این نوع تعهد با اعمال تلاش مورد نظر توسط مدیون اجرا شده تلقی می‌شود^۱ (السنهوری، ۱۳۸۲ هـ.ش، ص ۴۷۹).

تفکیک تعهدات به نتیجه و به وسیله، باید پیش از هرچیز بر مبنای تحلیل اراده‌ی طرفین قرارداد صورت گیرد. زیرا این تحلیل، محتوای تعهداتشان را تعیین می‌کند. مشکل این جاست که این اراده، همیشه ابراز نمی‌شود یا با روشنی لازم ابراز نمی‌گردد. به‌علاوه اگر تعهدات، ریشه در قانون یا رویه‌ی قضایی داشته باشد، جستجوی قصد طرفین قرارداد کمکی نمی‌کند، لذا دو معیار کم و بیش عینی پیشنهاد شده است:

اول - معیار مبتنی بر تحلیل موضوع تعهد: براساس این معیار، تعهد به نتیجه آن است که اجرایش قابلیت بیش یا کم بودن را ندارد و نمی‌تواند تصور کرد که متعهد، تنها ملزم شده باشد که آن‌چه را در توان دارد انجام دهد.

دوم - معیار مبتنی بر بررسی شرایط اجرای قرارداد: (ژوردن، ۱۳۸۵ هـ.ش، ص ۸۷) این دو معیار یکدیگر را تکمیل و تا حدود زیادی با هم‌دیگر تداخل پیدا می‌کنند و این امکان را فراهم می‌سازند که هم اراده‌ی احتمالی طرف قرارداد شناخته شود و هم ملاحظات بر معیار عینی قرارگیرد.

معیار اول مبتنی بر احتمالی بودن اجرای تعهد است. فرض بر این است که اگر اجرا احتمالی باشد، متعهد نخواسته است که به یک نتیجه تعهد دهد بلکه تنها متعهد شده است که با به‌کارگیری وسایل مناسب به آن دست یابد و متعهدله نیز به نوبه‌ی خود برخی احتمالات را پذیرفته است. اما اگر نتیجه‌ی مورد نظر متعهد له، بدون دشواری‌های ویژه قابل

۱. ماده‌ی ۲۱۱ قانون مدنی مصر بیان می‌دارد: در تعهد به انجام عمل، آن‌جا که انتظار می‌رود مدیون از چیزی مراقبت کند یا آن را اداره نماید یا احتیاط لازم را در اجرای تعهد خود معمول بدارد، مدیون زمانی تعهد خود را اجرا کرده است که در اجرای تعهدش، تلاشی را که فرد متعارف می‌بذول می‌دارد اعمال نماید، به شرط آن‌که خلاف این ترتیب به موجب قانون یا توافق تصریح نشده باشد.

دستیابی باشد، فرض می‌شود که همین نتیجه است که موضوع تعهد است و متعهدله، هیچ‌گونه احتمالی را نپذیرفته است.

تمیز مفاد تعهد به نتیجه یا وسیله علاوه بر این‌که بر چگونگی وفای به عهد مؤثر است، بلکه از نظر اثباتی و جابه‌جایی مدعی و مدعی‌علیه نیز حائز اهمیت است. در مورد تعهد به نتیجه، اثبات به دست آمدن آن با مدیون است و تحقق نیافتن نتیجه‌ی مطلوب خود دلیل کافی بر این است که وفای به عهد نشده است. ولی در تعهد به وسیله، چون موضوع آن انجام کاری مشخص نیست و با التزام به رعایت احتیاط و به‌کار بردن صلاحیت، نتیجه تضمین نشده است، دلیل بر عدم وفای به عهد نیست و طلب‌کار باید وجود تقصیر و بی‌مبالاتی را ثابت کند. زیرا بنای دو طرف بر این است که احتمال دارد کوشش متعهد بی‌ثمر بماند و نتیجه به دست نیاید (کاتوزیان، ۱۳۸۳ هـ.ش، ص ۴۵). بنابراین وقتی بنا شد خطای قرارداد، همان عدم اجرای تعهد قرارداد از سوی مدیون باشد لازم است این دو تعهد را از هم جدا سازیم، به این معنا که خطای قرارداد در مورد تعهد به نتیجه، محقق نساختن آن نتیجه است و در مورد تعهد به وسیله، تلاش مورد انتظار را انجام ندادن است (السنهوری، ۱۳۸۲ هـ.ش، ص ۴۸).

به نظر می‌رسد که تعهدات درمانی براساس معیار نخست تحلیل موضوع تعهد، تعهد به وسیله می‌باشد. زیرا اگرچه پزشک و هم بیمار خواهان درمان هستند، اما پزشک وعده نمی‌دهد که حتماً بیمار بهبودی حاصل نماید و بیمار نیز پزشک را ملزم نمی‌کند که حتماً او را بهبود بخشد. در عرف تعهد پزشک، تعهد به درمان و مواظبت و اجرای فنون متداول و کوشش در راه درمان است و کمتر اتفاق می‌افتد که پزشکی شفای بیمار را تضمین کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲ هـ.ش، ص ۳۷۵). تعهد پزشک دایر بر معالجه‌ی بیمار، تعهد به نتیجه که خوب شدن مریض است، نمی‌باشد. بلکه تعهد به اعمال مراقبت لازم در معالجه‌ی بیمار بر اساس اصول پزشکی است (السنهوری، ۱۳۸۲ هـ.ش، ص ۴۸۲)؛ زیرا که در معالجه‌ی بیمار، عوامل متفاوت و مختلفی علاوه بر فعل و دانش پزشک مداخله دارند که این عوامل از سیطره‌ی وی خارج می‌باشد. یکی از عمل‌های ساده و متداول، جراحی آپاندیسیت است؛ ولی چنانچه بیماری دچار زمینه‌ی نارسایی قلب باشد، عارضه‌ی این جراحی در این بیمار خاص افزایش می‌یابد. در موارد اورژانسی عارضه‌ی قلبی بیمار تحت کنترل پزشک معالج نمی‌باشد؛ زیرا در صورت پریتونیت (پارگی آپاندیسیت و گسترش عفونت در شکم) ناشی از

آپاندیسیت، نیاز فوری به جراحی ضروری است و از طرفی جراحی باعث افزایش عارضه‌ی قلبی بیمار به دلیل بیماری زمینه‌ی را در پی خواهد داشت. عدم جراحی بیمار نیز موجب گسترش و پخش عفونت در بدن بیمار (SEPSIS) می‌شود. لذا پزشک مجبور به جراحی بیماری می‌باشد که به دلیل عارضه‌ی قلبی خطر جراحی در آن افزایش می‌یابد. به عنوان مثال، در برخی موارد بیمار به اطلاق عمل برده می‌شود که دچار آسیب چندگانه و به اصطلاح پزشکی (Multiple Trauma) شده است. بیمار در اثر تصادف دچار هماتوم جمجمه، پارگی قفسه‌ی صدری، شکستن لگن و مشکلات ادراری شده است که در این صورت حداقل چهار گروه جراحی اعم از جراح مغز و اعصاب، جراح قفسه صدری، جراح ارتوپدی و اورولوژی عهده‌دار نجات بیمارند که در این خصوص به وضوح مداخله‌ی عوامل مختلف در این بیمار دیده می‌شود و علاوه بر وجود پزشکان مختلف، عوارض گوناگون نیز در بیمار بروز کرده است، به نحوی که نمی‌توان به‌طور کلی عنوان نمود که آیا پزشک بهبود بیمار را تعهد کرده است یا صرفاً متعهد به رعایت نظامات پزشکی و اندوخته‌ی علمی خود شده است (عالم زاده، ۱۳۷۲ ه.ش، ص ۲۰۹). پس پزشک به دلیل این که تمام عوامل جهت درمان در تحت کنترل وی نمی‌باشد، تنها کارهایی که در قرارداد یا به موجب موازین قانونی و مقررات و تحت حدود صلاحیت علمی، لازمه‌ی تلاش و کوشش کردن است، باید انجام دهد؛ هر چند که نتیجه‌ی نهایی به‌دست نیاید. پزشک عادتاً نمی‌تواند به درمان بیمار متعهد شود و نتیجه‌ی درمان چندان ارتباطی به او ندارد. معالجه‌ی بیمار متوقف بر عوامل و عناصری است که همیشه از اراده‌ی پزشک پیروی نمی‌کنند. بنابراین نفس تلاش و استفاده از تمامی دانش علمی جهت درمان، موضوع تعهد است. پزشک متعهد به درمان بیمار و یا جلوگیری از پیشرفت بیماری نیست، بلکه متعهد به تلاش عالمانه و دقیق و منطبق با موازین علمی در حوزه‌ی صلاحیت او است. اما به هر حال وخیم شدن حال بیمار یا حتی مرگ وی، بیان‌کننده‌ی نقض قرارداد یا قصور پزشک نمی‌باشد و در محاکمات پیرامون قصور پزشکی، دادگاه موضوع را به کمیسیون‌های پزشکی قانونی جهت اظهار نظر تخصصی ارجاع می‌نماید تا موضوع از لحاظ علمی و عرف حاکم در رشته‌ی مربوطه بررسی گردد. در سوریه نیز اتفاق نظر وجود دارد که پزشک متعهد به وسیله می‌باشد و التزامی به نتیجه‌ی درمانی ندارد (حسام الدین، ۲۰۱۱م، ص ۳۳). به این تربیت تعهدات پزشکان، جراحان و دیگر اعضای مشاغل شبه پزشکی که تنها متعهد می‌شوند که مراقبت‌های مطابق دست‌آوردهای

علمی را به عمل آورند که به موجب رأی اصولی شعبه‌ی اول مدنی دیوان عالی کشور فرانسه به تاریخ ۲۰ مه ۱۹۳۶ م، صریحاً تعهد به وسیله محسوب گردید (زوردن، ۱۳۸۵ ه.ش، ص ۸۷). قرارداد پزشکی، پزشک را متعهد به شفای بیمار نمی‌نماید و پزشک موظف است تلاش صادقانه خود را که از وجدانی آگاه سرچشمه می‌گیرد و با اصول علمی ثابت هم‌آهنگ باشد، به کار بندد (شجاع پوریان، ۱۳۸۹ ه.ش، ص ۱۵۸).

در برخی کشورها مثل ایالت کبک در کانادا، پزشک ممنوع است که بیمار خود را به شفای از بیماری تضمین کند. در انگلستان اگر پزشکی متضمن نتایج معینی برای بیمار خود گردد، محاکم بدون توجه به تضمین صورت گرفته بررسی می‌کنند که آیا پزشک دانایی و تلاش مطلوب که هر پزشک در تخصص او می‌باشد را انجام داده است یا خیر (Margaret Btazier, 1992, p137). یعنی تعهد پزشک را تعهد به وسیله تعبیر می‌نمایند.

در مصر نیز تعهد پزشک در معالجه کردن بیمار تعهد به وسیله است، این بیمار است که ثابت می‌کند پزشک متعهد به معالجه او بوده است (عقد صریح یا ضمنی). از طرفی نیز ثابت می‌کند پزشک تعهد خود را اجرا ننموده است و تلاش لازم را معمول نداشته است. به این ترتیب که مثلاً ثابت می‌کند پزشک مرتکب غفلتی خاص شده است یا از اصول پزشکی منحرف شده است. در این جاست که خطای قرارداد پزشک ثابت گردیده است. پس از آن بیمار تنها باید ضرر وارده را جهت دریافت خسارت اثبات نماید، مگر آن‌که پزشک ثابت کند عدم اجرای تعهد و بازماندن او از اعمال تلاش مطلوب به سبب خارجی بوده است. در نتیجه رابطه‌ی علیت از بین رفته، مسئولیت قراردادی محقق نمی‌شود. در این جا نیز وقتی بیمار، عقد را ثابت می‌کند، پزشک می‌تواند به موضع سلبی بسنده نکند تا امکان اثبات خطای قراردادی او توسط بیمار فراهم آید، بلکه با اتخاذ یک موضع ایجابی و اثباتی اجرای مستقیم تعهد و بذل تلاشی که در راه معالجه‌ی بیمار از او انتظار می‌رفته است، مسأله را از مسئولیت قراردادی به اجرای مستقیم تعهد بکشاند (السنهوری، ۱۳۸۲ ه.ش، ص ۴۸۲). براساس مطالب ذکر شده رابطه‌ی پزشک و بیمار در اکثر موارد قراردادی است و قاعده‌ی کلی در این قرارداد تعهد به وسیله است. اثبات این موضوع محل بحث است. برخی از اعمال پزشکی بر اثر توافق میان طرفین و قصد معاملی آن‌ها و عرف حاکم بر روابط پزشک و بیمار، حالتی را به دست آورده که انتظار به دست آمدن نتیجه، علت غایی پرداخت حق‌العلاج می‌باشد و عدم تحقق نتیجه به این معنا است که عمل مزبور به نحو صحیح صورت نپذیرفته است و خودبه‌خود

دلیل بر قصور و نقض تعهد پزشک است. در این گونه موارد تعهد پزشک، تعهد به نتیجه است.

۲-۲- جراحی زیبایی

جراحی‌های زیبایی مانند دیگر اعمال پزشکی به قصد شفای بیمار نیست. بیمار در معرض خطر غیر قابل تحملی قرار ندارد. در فقه در خصوص مشروعیت این اعمال تردیدهای وجود دارد. ولی فقهای معاصر در صورت عدم وجود خطر و ضرر جسمی برای فرد، آن را جایز اعلام نموده‌اند.^۱

به‌طور کلی عیوب ظاهری بدن انسان به دو گروه تقسیم می‌شود:

اول - عیوب بدنی که به عیوبی گفته می‌شود که ناشی از بدن انسان و بدون دخالت عوامل خارجی می‌باشند که این عیوب خود بر دو قسم هستند: عیوب بدنی که از ابتدای تولد همراه انسان می‌باشند و به عیوب مادرزادی مشهور هستند؛ مانند داشتن انگشت اضافی

۱. پاسخ آیت الله مکارم شیرازی در خصوص جواز اعمال جراحی زیبایی:

- عمل‌های جراحی که برای زیبایی است مانند عمل بینی چه حکمی دارد؟

پاسخ: اشکالی ندارد ولی باید از طریق هم جنس بوده باشد، مگر این که لمس صورت نگیرد.

- نظر شما در مورد عمل جراحی زیباسازی که بعضی انجام می‌دهند، چیست؟ قابل توجه این که این عملیات گاهی برای از بین بردن زشتی مادرزادی است و گاهی برای از بین بردن زشتی است که مادرزادی نیست؛ مثل زخم‌ها و جراحاتی که بعداً عارض می‌شود و گاهی اصلاً برای از بین بردن زشتی نیست، بلکه برای زیباتر شدن است؟

پاسخ: در صورتی که آمیخته با حرام دیگری نباشد در هیچ صورت اشکال ندارد و در صورتی که مستلزم حرامی باشد (مانند نظر و لمس نامحرم) تنها در صورت ضرورت، جایز است.

- عمل لیزیک بر روی پوست: من می‌خواهم بر روی صورت عمل لیزیک انجام دهم برای زیبایی و نه درمان. اما تا دو یا سه هفته نباید آب به آن بزنم. آیا با علم به این موضوع که مانع وضو و غسل است، می‌توانم این عمل را انجام بدهم؟

پاسخ: در مورد عمل جراحی، در صورتی که آمیخته با حرام یا ضرر مهم دیگری نباشد، ذاتاً اشکالی ندارد، ولی چنانچه مستلزم حرامی باشد، مانند لمس و نظر حرام تنها در صورت ضرورت جایز است.

در دست یا پا، عیوبی بدنی که از بیماری دیگری در جسم انسان بروز می‌نمایند؛ مانند کج شدن دهان پس از سکنه یا عوارض پوستی پس از تب شدید.

دوم - عیوب عرضی که به عیوبی گفته می‌شود که ناشی از عوامل خارجی و امثال آن باشد؛ مانند سوختگی پوستی ناشی از آتش‌سوزی یا از بین رفتن قسمتی از صورت به سبب تصادف رانندگی.

درمان عوارض و عیوب فوق در پزشکی به دو صورت انجام می‌گیرد:

اول - جراحی تکمیلی به دنباله‌ی معالجه عیوب بدنی که ممکن است انسان در زمان تولد آن‌ها را داشته باشد؛ مثل اتصال اعضای بدن به هم‌دیگر یا لب شکری یا به دنبال معالجه‌ی عیوب عارضی که به سبب حوادث بروز می‌کنند، می‌باشد؛ مانند از بین رفتن ظاهر صورت در اثر تصادف رانندگی یا برخورد با جسم سخت یا برنده. البته به این نوع جراحی زیبایی، جراحی ترمیمی نیز گفته می‌شود و این نوع جراحی زیبایی به عنوان معالجه مورد استفاده قرار می‌گیرد و جراحی زیبایی به جراحی درمانی ارتقا می‌یابد و پزشک در حد توان در جهت اصلاح و بهتر شدن وضعیت بیمار تلاش می‌کند و مراقبت خود را به کار می‌گیرد و تعهد پزشک در این حالت تعهد به وسیله است (العوجی، ۲۰۰۴م، ص ۵۰).

دوم - جراحی زیبایی عملی است که نیازی به آن نیست و غرض از آن زیبا کردن ظاهر و از بین بردن بعضی از عیوب ظاهری است؛ مانند کوچک کردن بینی، از بین بردن گودی زیر چشم، بزرگ یا کوچک کردن سینه‌ها در بانوان، کشیدن پوست صورت (حسام الدین، ۲۰۱۱م، ص ۹۶). در این نوع جراحی هدف، بهبودی و درمان بیماری نیست و از آن به اعمال جراحی فانتری نیز تعبیر شده است.

هر دو نوع، آثار قانونی خاص خود را دارند. نوع اول تابع قواعد کلی مسئولیت پزشک می‌باشد و تعهد پزشک تعهد به وسیله می‌باشد؛ زیرا پزشک ملتزم به تلاش و کوشش، جهت بهبودی مریض است. اما در نوع دوم هدف درمان بیمار نیست و بیمار در معرض خطر حیاتی به سر نمی‌برد. به عبارت دیگر این اعمال صرفاً برای زیبایی چهره یا بدن انجام می‌شوند و شاید بتوان گفت که نسبت به اعمال جراحی نوع اول، غیر ضروری به شمار می‌آیند. بر طبق معیارهای بیان شده در خصوص تفکیک ماهیت قرارداد و احراز تعهد به نتیجه بودن یا وسیله بودن، می‌توان اظهار داشت: براساس معیار تحلیل موضوع تعهد، بیمار در اعمال جراحی زیبایی فانتری یا غیرضروری به نزد پزشک می‌رود و با پزشک در خصوص عمل

جراحی زیبایی قراردادی - اعم از شفاهی یا کتبی - منعقد می‌سازد. ارکان کامل متذکر در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی در این توافق وجود دارد. قصد طرفین مبنی بر توافق در خصوص عمل (بند ۱)، اهلیت کامل (بند ۲) و موضوع معین که جراحی زیبایی در عوض پرداخت حق الزحمه (بند ۳) می‌باشد. در این عقد موضوع قرارداد، عمل جراحی زیبایی به‌طور مثال کوچک کردن بینی می‌باشد و در مقابل بیمار حق الزحمه جراح را می‌پردازد. به‌طور معمول و براساس عرف حاکم بر این اعمال جراحی، قبل از عمل در مثال مطروحه، جراح با نشان دادن اشکال مختلف بینی و تطبیق آن با حالت صورت بیمار با تصاویر کامپیوتری، تصویر بیمار را پس از عمل با بینی جدید و جراحی شده به وی نشان می‌دهد و پس از عمل، بیمار تنها انتظار نتیجه مورد توافق شده را دارد. بیمار به این دلیل حق الزحمه‌ی سنگین این‌گونه اعمال را به پزشک پرداخت می‌نماید تا بینی وی به شکل وعده داده شده درآید و هر نتیجه‌ای جز نتیجه‌ی مورد توافق، نقض تعهد پزشک می‌شود. بیمار به این امید با پزشک قرارداد منعقد می‌نماید که نتیجه‌ی مورد درخواست را به‌دست آورد و در غیر این‌صورت لزومی به پرداخت میزان قابل توجهی هزینه برای این‌گونه اعمال جراحی نیست. نکته‌ی حائز اهمیت در عقود و معاملات، تلقیاتی عرفی حاکم بر این‌گونه معاملات می‌باشد. در این‌گونه عمل‌های جراحی آن‌چه عرف از پزشک می‌خواهد، نتیجه است و آن‌چه غیر از نتیجه‌ی توافق شده حاصل گردد، نقض تعهد بوده و موجبات مسئولیت پزشک را فراهم می‌کند (اسماعیل آبادی، ۱۳۸۳ ه.ش، ص ۳۷؛ جعفری تبار، ۱۳۷۷ ه.ش، ص ۶۱). براساس معیار دوم که مبتنی بر بررسی اجرای قرارداد است، بیمار به علت حرفه‌ای بودن متعهد (پزشک) که کنترل اجرای قرارداد را در اختیار دارد به وی اعتماد می‌کند و هیچ احتمال خطایی را نپذیرفته است؛ زیرا در این صورت براساس اراده‌ی ضمنی طرفین و ملاحظات مبتنی بر انصاف و عرف، می‌توان علی‌رغم وجود احتمال عینی، متعهد را موظف به نتیجه دانست (ژوردن، ۱۳۸۵ ه.ش، ص ۸۶).

بیان چند نکته در این‌جا حایز اهمیت است:

۱- اعمال جراحی و به‌طور کلی اعمال پزشک به دو دسته‌ی ضروری و غیرضروری و یا درمانی و غیردرمانی قابل تقسیم است. آن‌چه در تمامی کتب فقهی در خصوص مسئولیت یا عدم‌مسئولیت پزشک بیان شده است در خصوص افعال ضروری و درمانی پزشک و طبیب می‌باشد.

۲- در فقه اسلامی پزشک امین جامعه است و فعلی که برای مریض انجام می‌دهد، جنبه‌ی احسانی دارد و عمومات «ما علی المحسنین من السبیل» و «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» بر افعال وی حاکم است؛ بنابراین در قبال خسارت ناشی از درمان تا حدی ضامن نیست (میرهاشمی، ۱۳۸۴ ه.ش، ص ۵؛ لطفی، ۱۳۷۹ ه.ش، ص ۱۴۳). این قواعد بر جراحی زیبای و غیرضروری حاکم نیست. پزشک در این اعمال صرفاً به دنبال منفعت مالی می‌باشد و یک فعل تجاری به مفهوم اخص حقوقی و اقتصادی انجام می‌دهد. لذا تسری این‌گونه قواعد به جراحی‌های زیبای فانتزی با تردید جدی مواجه می‌باشد. عدالت قضایی اقتضا دارد میان پزشکی که جهت درمان یک بیماری صعب‌العلاج، سخت، ضروری و فوری دست به ریسک می‌زند و در هنگامی که تمامی افراد در خواب می‌باشند، بیدار می‌شود و جهت نجات جان بیمار به اتاق عمل می‌رود با پزشکی که صرفاً به دنبال کسب منافع مالی است، تفاوت قائل گردد. با دقت در سابقه‌ی فقهی ضمان پزشک، تمامی ارفاقات یا اصولی که برای کاهش ریسک درمان پزشک از سوی فقها و واجب کفایی خواندن دانش پزشکی بیان شده است، برای درمان و نجات بیمار می‌باشد؛ نه پزشکی که در مقام تاجر به عمل جراحی می‌پردازد. براساس قاعده‌ی «من علیه الغنم فعلیه الغرم» به همان میزانی که پزشک از افعال خود سود کسب می‌کند به همان میزان باید مسئول افعال خود باشد.

۳- قلمروی پزشکی در نظام فعلی دادرسی نوین، خالی از تعهد به نتیجه نیست. اخیراً رویه‌ی قضایی، مراکز درمانی را در قبال عفونت بیمارستانی ناشی از انجام مراقبت‌ها، ملزم به تعهد ایمنی به نتیجه است و به همین ترتیب، این مراکز را در قبال خسارات ناشی از ابزارها یا فرآورده‌هایی که برای انجام یک اقدام درمانی به کار رفته است نیز ملزم به تعهد ایمنی به نتیجه کرده است. این رویه‌ی قضایی، توسط قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ م راجع به حقوق بیماران (ماده‌ی ۱-۱۱۴۲ قانون بهداشت همگانی) مورد تأیید قرار گرفته است (ژرودن، ۱۳۸۵ ه.ش، ص ۹۱). در برخی تخصص‌های دیگر پزشکی مانند آزمایشات پزشکی به شرط نتیجه بودن افعال پزشکان در فرانسه نیز مورد پذیرش واقع شده است. در پرونده‌های معروف لیونل (lionel) و پرونده‌ی وانسا (autisme) و نهایتاً در تاریخ ۱۷ نوامبر ۲۰۰۰ م تصمیم دیوان عالی کشور فرانسه در پرونده‌ی پرورش موجب دگرگونی در نظام مسئولیت مدنی پزشک گردید. در این رأی اصل جبران خسارت به اطفالی که معلول به دنیا می‌آیند و

مادرانشان که از امکان سقط جنین در اثر اشتباه آزمایشگاه و پزشک معالج محروم می‌شوند را تأیید کرد (عباسی، ۱۳۸۳ هـ.ش، ص ۴۵).

۴- ممکن است طرف قرارداد، که اصولاً متعهد به وسیله هستند برای بخشی از تعهدشان - که اجرایش احتمال خاصی را در بر ندارد - به نتیجه ملزم شوند. به عنوان مثال جراحان دندانپزشک - که تعهدشان درباره‌ی معالجات، تعهد به وسیله است - این تعهد مهم را دارند که سلامت و بی‌اشکال بودن پروتزیسهایی را که در دندان بیمارانشان کار می‌گذارند، تضمین کنند (شعبه‌ی اول مدنی دیوان عالی کشور مورخ ۲۷ فوریه ۱۹۹۴ م).

۵- در معالجات سنتی و معمولی، پزشک متعهد به آگاه نمودن بیمار از مخاطرات قابل پیش‌بینی و مهم معالجه است، ولی در مورد جراحی زیبایی، این تعهد به صورت شدیدتر وجود دارد ولو استثنایی یا امری غیرمهم و نادرالحدوث را به بیمار تذکر داده و وی را آگاه نماید و حتی آثاری را که در مرور زمان بر محل جراحی پلاستیک به وجود می‌آید، توضیح دهد (رای ۱۹۸۱/۱۱/۸ محکمه‌ی لیون فرانسه). در پرونده‌ی خانمی که قصد رهایی از ورم و چروک زیر چشمان خود داشت به جراح پلاستیک مراجعه کرد و بر اثر عمل جراحی چشم چپ او نابینا گردید. علی‌رغم این‌که پزشک همه‌ی اصول پزشکی را رعایت نموده بود، ولی دادگاه او را مسئول شناخت. زیرا بیمار را به احتمال مخاطرات ناشی از عمل جراحی هرچند که وقوع مخاطرات احتمالی و نادر باشد، آگاه ننموده است؛ به این دلیل که بیمار با علم و اطلاع و ارزیابی از مخاطرات، معالجه را بپذیرد. به ویژه توجه به این نکته نیز ضروری است که وجود ورم و چروک زیر چشمان زنی که ۶۶ سال از سنش گذشته بود، باعث مزاحمت و ناراحتی نمی‌گردید (رای دیوان عالی فرانسه ۱۷ / ۱۹۶۹/۱۱).

۶- در مصر رویه‌ی قضایی، میان اعمال جراحی زیبایی صرف و غیرزیبایی تفاوت قائل شده‌اند و هر دو را با یک مبنا بررسی نمی‌نمایند و در تصمیمات قضایی مشاهده می‌شود که سخت‌گیری‌های واضحی نسبت به جراحان زیبایی اعمال شده است و مقرر داشته‌اند: جراح زیبایی هرچند که مانند اطبا دیگر باشد، ضامن موفقیت کاری که انجام می‌دهد، می‌باشد. ولی توجه‌ای که از او انتظار می‌رود، بیش‌تر از جراح‌های دیگر است. زیرا جراحی‌های زیبایی به دنبال شفا و معالجه نیست و فقط به دنبال اصلاح عیوبی است که حیات بیمار را با هیچ خطری مواجه نمی‌نماید (حسام الدین، ۲۰۱۱ م، ص ۹۶).

لذا به نظر می‌رسد، تعهد جراحی زیبایی براساس مطالب مذکور، تعهد به نتیجه است. با توجه به اوضاع و احوال خاص حاکم بر جراحی زیبایی و اجرت بسیار سنگینی که جهت اجرای این عمل پرداخت می‌شود و آن‌چه در عرف در خصوص این‌گونه اعمال متعارف شده است و انتظارات عرفیه از نتیجه‌ی این‌گونه اعمال، تعهد جراح زیبایی فراتر از اطبا دیگر است. به این‌صورت «تعهد به مواظبت و اجرای صلاحیت» تبدیل به «تعهد به درمان و کسب نتیجه» شده است.

منابع

۱. اسدآبادی، سیدجمال الدین، *العروة الوثقی*، با مقدمه سیدهادی خسروشاهی، بی‌جا، قاهره، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۲۳ه.ق.
۲. اسماعیل آبادی، علی‌رضا، *مقاله شرط برائت در قرارداد پزشک یا بیمار*، چ ۱، قم، نشریه مطالعات اسلامی ویژه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶۴، ۱۳۸۳ه.ش.
۳. اصفهانی، محمد حسین، *کتاب الاجارة*، بی‌جا، بی‌جا، اسلامی، بی‌تا، ۱۴۱۸ه.ق.
۴. العوجی، مصطفی، *المسئولیه المدنیه*، چ ۱، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۴ م، ج ۲.
۵. السنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسط فی شرح القانون المدنی الجدید*، چ ۱، قم، انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲ه.ش.
۶. الابراشی، حسن زکی، *المسئولیه الاطباء و الجراحین المدینة فی التشريع المصری و المقارن*، القاهرة، بی‌جا، قاهره، مطبعة دارالنشر للجامعات المصریة، ۱۹۵۱ م.
۷. ایزانلو، محسن، *شروط محدود کننده و ساقط کننده‌ی مسئولیت در قراردادها*، چ ۱، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۸۲ه.ش.
۸. بشات الساعدی، جلیل حسن، *مسئولیه المعلم المدنیه*، عمان، چ ۱، مکتبه دارالثقافة للنشر و التوزیع، ۲۰۰۴ م.
۹. داراب‌پور، مهرباب، *مقاله اخذ برائت برای خسارت ناشی از درمان یا عمل جراحی*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱، ۱۳۸۶ه.ش.
۱۰. جعفری‌تبار، حسن، *از آستین طبیبان قولی در مسئولیت مدنی پزشکان*، چ ۱، تهران، دانشگاه تهران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ۱۳۷۷ه.ش.

۱۱. حسام‌الدین، احمد، *المسؤولية الطبية في الجراحية التجميلية*، ج ۱، بیروت، انتشارات منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۱۱ م.
۱۲. حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، بی‌جا، بی‌جا، انتشارات المكتبة الاسلامية، ۱۳۶۷ ه.ش.
۱۳. الحر العاملي، محمد بن الحسن، *وسایل الشیعة*، بی‌جا، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۱۹.
۱۴. حسینی عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بی‌جا، قم، مؤسسه آل‌البیت، بی‌تا.
۱۵. ژوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه مجید ادیب، ج ۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۵ ه.ش.
۱۶. شجاپوریان، سیاوش، *مسئولیت قراردادی پزشک در برابر بیمار*، ج ۱، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۹ ه.ش.
۱۷. _____، *مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک*، ج ۱، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۳ ه.ش.
۱۸. شهیدی، مهدی، *آثار قراردادهای و تعهدات*، ج ۲، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳ ه.ش.
۱۹. عالم‌زاده، ضیاء، *قصور و تقصیر در درمان بیمار*، ج ۱، تهران، انتشارات وزارت بهداشت و درمان، ۱۳۷۲ ه.ش.
۲۰. عباسی، محمود، *مجموعه مقالات حقوق پزشکی*، ج ۱، تهران، انتشارات حقوقی، ۱۳۸۳ ه.ش.
۲۱. _____، *مطالعه تطبیقی حقوق بیماران*، ج ۱، تهران، انتشارات حقوقی، ۱۳۸۱ ه.ش.
۲۲. قهرمانی، نصرالله، *مسئولیت مدنی وکلای دادگستری*، ج ۱، تهران، انتشارات نشر گندم، ۱۳۷۷ ه.ش.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، *مسئولیت مدنی*، ج ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ه.ش، ج ۱.
۲۴. _____، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برن، ۱۳۸۳ ه.ش، ج ۴.
۲۵. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، تصحیح مرتضی رضوی، ج ۱، تهران، انتشارات مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱ ه.ش.
۲۶. مازو وشاباس، *دروس حقوق مدنی*، ج ۲ (تعهدات)، خطای پزشکی قرائت درس ۴۸۳ به نقل از کاتوزیان، ناصر، *مسئولیت مدنی*، بی‌جا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ه.ش، ج ۱.

۲۷. محقق داماد، سیدمصطفی، فقه پزشکی، چ ۱، تهران، انتشارات حقوقی با همکاری موسسه‌ی حقوق پزشکی سینا، ۱۳۸۹ ه.ش.
۲۸. میرهاشمی، سرور، مقاله‌ی ضمان پزشکی در فقه و حقوق اسلامی، چ ۱، قم، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۳، ۱۳۸۴ ه.ش.
۲۹. نجیده، علی حسین، التزامات الطبيب فی العمل الطبی، چ ۱، القاهرة، دارالنهضة العربية، ۱۹۹۲ م.
۳۰. نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تصحیح و تعلیق علی الآخوندی، بی‌جا، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۹۴ ه.ق، ج ۴۲ و ۴۵.
۳۱. لطفی، اسدالله، ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی، چ ۱، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۹ ه.ش.

لاتین:

1. Margaret Btazier.1992. Medicine, Patiene and the Low. Pengouin book..
2. Markesinis. B. S. & S. F. Deakin. 1999. Tort. New York. Oxford university Press
3. Kennedy Ian & Andrew grubb.1998 .Principles of medical law. New York Oxford University Press