



# MLJ

## مجله حقوق پزشکی

دوره پانزدهم، شماره پنجاه و ششم، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مقاله پژوهشی

## پژوهشی در مبانی فقهی قانون مجازات اسلامی در خصوص ابراء کننده طبیب

مجتبی ملک افزلی اردکانی<sup>\*۱</sup> ID، فرزانه کرمی<sup>۲</sup>، سید حسن وحدتی شبیری<sup>۳</sup>

۱. استادیار، بخش حقوق، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه یزد، یزد، ایران.

۲. دانشجوی مقطع دکترا حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، خراسان رضوی، ایران.

۳. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ضمن پذیرش ضمان طبیب در معالجه‌هایی که حتی با اذن بیمار دارد یکی از راه‌های عدم ضمان را تحصیل براءت قبلی معرفی کرده است. این قانون ابراء طبیب را در فرضی که بیمار، مکلف و قادر به ابراء طبیب باشد، حق خود بیمار و در صورتی که غیرمکلف (صغیر یا مجنون) یا مکلف اما به عللی مثل بیهوشی غیرقادر به ابراء طبیب باشد، حق «ولی شرعی» او می‌داند. میزان مقبولیت این دیدگاه در بین فقها، سایر اقوال احتمالی و نقاط ضعف و قوت این قول نسبت به آن اقوال و در نهایت، بیان قول راجح مسأله این تحقیق است. فرضیه نویسندگان، مخالفت اکثر فقهایان با قول مندرج در قانون و در مقابل، قوت مبانی استدلالی قائلان به استحقاق «ولی دم» بیمار برای براءت از ضمان ناشی از مرگ بیمار است؛ چه مکلف باشد چه غیرمکلف.

**مواد و روش‌ها:** پژوهش پیش رو با روش تحلیلی و توصیفی و تتبع در اقوال فقهای امامیه از متقدمین تا متأخرین، در مقام اثبات این فرضیه بوده است.

**یافته‌ها:** وقتی حیات بیمار مطرح می‌شود، اکثریت فقها حق ابراء طبیب را متعلق به خود انسان و -وقتی که غیرمکلف است- ولی شرعی او ندانسته و آن را در صلاحیت انحصاری «ولی دم بیمار» می‌دانند. در مقابل این اکثریت، اقلیتی هم هستند که ابراء ذمه طبیب را حق خود مریض می‌دانند. فقهای که خود بیمار را واجد حق ابراء می‌دانند، اگر او مکلف نباشد، طبعاً اعمال این حق را برای «ولی شرعی» وی به رسمیت می‌شناسند. تعداد اندکی از فقها نیز با اذعان به حق هر دوی بیمار و ولی دم، احتیاط پیشه کرده و طبیب را به استبراء از هر دو توصیه می‌کنند.

**ملاحظات اخلاقی:** این پژوهش ضمن حفظ و دقت در اصالت متون، بر اصول اخلاقی، صداقت و امانت‌داری نگاشته شده است.

**نتیجه‌گیری:** اقدام قانون‌گذار در اعطاء حق ابراء طبیب به خود بیمار یا -وقتی غیرمکلف یا غیرقادر به ابراء است- به ولی شرعی او برای براءت از ضمان ناشی از مرگ وی بر خلاف نظر اکثریت فقهای امامیه است و دلایل قابل قبولی نیز بر ضعفش وجود دارد. لذا لازم است با اصلاح ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۲ آن حق ابراء طبیب در موارد پیش‌گفته به «ولی دم بیمار» یعنی همان مطالبه‌کننده دیه داده شود.

### اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۹/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۲۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۰۴/۲۰

### واژگان کلیدی:

ابراء طبیب

براءت

بیمار

ولی دم

ولی شرعی

### \* نویسنده مسؤؤل:

مجتبی ملک افزلی اردکانی

آدرس پستی: ایران، یزد، دانشگاه

یزد، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و

تاریخ، بخش حقوق.

کد پستی: ۸۹۱۵۸-۱۸۴۱۱

تلفن: ۳۵-۳۱۲۳۲۲۲۲

پست الکترونیک:

malekafzali@yazd.ac.ir

## ۱. مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی در کشورمان، اولین بار احکام قانونی راجع به دیات - با عنوان قانون دیات - در مورخ ۱۳۶۱/۴/۲۴ به صورت آزمایشی در کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس به تصویب رسید تا مبحث سوم از اولین «قانون مجازات اسلامی» را به خود اختصاص دهد. قانون‌گذار در این قانون با تأسی از فقه امامیه احکام مربوط به ضمان طبیب را ذیل عنوان «موجبات ضمان» آورد؛ امری که در قوانین بعدی نیز رعایت شد. ضمان طبیب در مقابل صدمه یا تلفی که در اثر معالجه بیمار موجب آن می‌شود، مورد تصریح قرار گرفت و اخذ برائت قبلی به عنوان راهی برای عدم ضمان در قانون ذکر شد. قانون‌گذار اما در این بین حکمی در مورد اینکه ابراء طبیب را چه کسی باید انجام دهد وضع نکرد.<sup>۱</sup> در دومین قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس و تأیید شده در مورخ ۱۳۷۰/۹/۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام) نیز وضع بدین منوال بود و قانون‌گذار ترجیح داد علی‌رغم اختصاص موادی به ضمان طبیب، در خصوص ابراء‌کننده سکوت کند.<sup>۲</sup> طبیعی است محصول این سکوت عجیب، چیزی جز اختلاف میان کاربران متون قانونی از جمله قضاوت نباشد. نظریه ۷/۱۸۳۰ - ۱۳۷۱/۳/۱۱ اداره کل حقوقی قوه قضائیه بر وجود همین اختلاف دلالت دارد: «همسر و فرزندان و بستگان بیمار در صورت نداشتن سمت نمایندگی قانونی حق دادن اذن اعمال جراحی و برائت پزشک معالج را ندارند» (۱). تا اینکه نوبت به سومین قانون مجازات اسلامی رسید. لایحه این قانون در شرایطی در مورخ ۱۳۸۶/۹/۲۰ به مجلس شورای اسلامی

تقدیم شد که برای نخستین بار به موضوع مورد نظر ما نیز پرداخته بود. ماده (۳-۴۱۶) لایحه چنین مقرر می‌داشت:

«هرگاه پزشک در معالجه‌هایی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه و خسارت است مگر آن‌که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی بوده و قبل از اقدام به معالجه از مریض برائت گرفته باشد و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودنش، معتبر نبوده و یا امکان تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نباشد، تحصیل برائت از ولی مریض به عمل خواهد آمد.

تبصره ۱. در مواردی که تحصیل برائت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض طبق مقررات ناچار به معالجه باشد، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.

تبصره ۲. مقصود از ولی، شخصی است که در صورت تلف مریض حق مطالبه دیه را دارد و در مواردی که حاکم شرع، ولی مریض باشد رئیس قوه قضائیه با استیذان از ولی امر و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه نسبت به ابراء طبیب اقدام می‌نماید» (۲).

در این لایحه اصل بر ابراء طبیب توسط خود مریض است؛ مگر اینکه او به علت صغر یا جنون اهلیت ابراء را نداشته باشد یا به عللی مثل بیهوشی قادر به ابراء نباشد؛ در این دو صورت ولی دم بیمار (شخصی که در صورت تلف مریض حق مطالبه دیه را دارد.) و اگر بیمار ولی نداشته باشد، حاکم شرع به ابراء طبیب اقدام می‌کند.

خروجی مجلس شورای اسلامی اما قدری با لایحه متفاوت است؛ ماده ۴۹۵ از کتاب دیات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ چنین مقرر می‌دارد:

«ماده ۴۹۵ - هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این‌که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود

<sup>۱</sup> ماده ۲۵: هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است مگر این‌که قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او برائت حاصل نماید (۱).

<sup>۲</sup> ماده ۶۰: چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او برائت حاصل نموده باشد ضامن خسارت جانی، یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد (۱).

<sup>۳</sup> شماره‌گذاری مواد در لایحه تهیه‌شده توسط ریاست قوه قضائیه از نظام کدیفیکاسیون فرانسوی‌ها اقتباس شده بود اما کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس بنا به مصالحی از جمله فراهم نبودن بسترهای لازم، نظام سنتی شماره‌گذاری مواد را مرجح دانسته و جایگزین نمود.

یابد. فرضیه نویسندگان، مخالفت اکثر فقهای امامیه با این نظر و ضعف آن نسبت به قول استحقاق ولی دم است. مسائل مربوط به ضمان طبیب تاکنون توجه تعدادی از پژوهشگران را به خود مشغول کرده و حاصل آن چندین مقاله و پایان نامه حوزوی و دانشگاهی در این باب بوده است اما هیچ یک از این تحقیقات به شخص ابراء کننده طبیب و گنجینه آراء و اقوال مختلف فقهای امامیه در این خصوص و مقایسه آن اقوال نپرداخته است. موضوع پژوهش‌های موجود یا اصل ضمان یا عدم ضمان طبیب در معالجات است یا امکان سنجی ابراء ذمه طبیب قبل از حصول جنایت یا صور عدم ضمان وی. در ادامه و قبل از بررسی بیشتر اقوال فقها، لازم است با مفهوم دو کلیدواژه بحث یعنی «ولی» و «برائت» بیشتر آشنا شد.

## ۲. ملاحظات اخلاقی

این پژوهش ضمن حفظ و دقت در اصالت متون، بر اصول اخلاقی، صداقت و امانت‌داری نگاشته شده است.

## ۳. مواد و روش‌ها

مقاله پیش رو با روش تحلیلی و توصیفی و تتبع در اقوال فقهای امامیه از متقدمین تا متأخرین، انجام شده است.

## ۴. یافته‌ها

وقتی حیات بیمار مطرح می‌شود، اکثریت فقها حق ابراء طبیب را متعلق به خود انسان و -وقتی که غیرمکلف است- ولی شرعی او ندانسته و آن را در صلاحیت انحصاری «ولی دم بیمار» می‌دانند. در مقابل این اکثریت، اقلیتی هم هستند که ابراء ذمه طبیب را حق خود مریض می‌دانند. فقهای که خود بیمار را واجد حق ابراء می‌دانند، اگر او مکلف نباشد، طبعاً اعمال این حق را برای «ولی شرعی» وی به رسمیت می‌شناسند. تعداد اندکی از فقها نیز با اذعان به حق هر دوی بیمار و ولی دم، احتیاط پیشه کرده و طبیب را به استبراء از هر دو توصیه می‌کنند.

و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود. تبصره ۱- در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هرچند برائت اخذ نکرده باشد.

تبصره ۲- ولی بیمار اعم از ولی خاص است مانند پدر و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رئیس قوه قضاییه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه به اعطاء برائت به طبیب اقدام می‌نماید» (۱).

پیدا است که قانون نیز بدون اینکه تفکیکی میان برائت از صدمه احتمالی بیمار و مرگ احتمالی او قائل شده باشد، از یک سو همانند لایحه حق خود بیمار مکلف (عاقل و بالغ) و قادر به ابراء را برای ابراء طبیب به رسمیت شناخته و در عرض او این حق را به شخص دیگری نداده است ولی از سوی دیگر حق ابراء را در سایر صور، یعنی وقتی بیمار، فاقد اهلیت یا قدرت برای ابراء است، به ولی خاص مریض (مانند پدر) داده و در نهایت همانند لایحه در صورت فقدان این ولی، ولی عام (مقام رهبری یا حاکم شرع) را صالح برای ابراء قلمداد نموده است. بنابراین قانون در یک موضوع با لایحه متفاوت است و آن اینکه حق ابراء طبیب، وقتی بیمار غیرمکلف یا مکلف اما غیرقادر به ابراء است در لایحه با کسی است که «در صورت تلف مریض حق مطالبه دیه را دارد» و در قانون با ولی خاص و سپس ولی عام اوست. (همچنان که بعداً خواهد آمد، از نگاه نویسندگان این پژوهش «کسی که در صورت تلف مریض حق مطالبه دیه را دارد»، همان «ولی دم بیمار» و ولی خاص و عام او همان «ولی شرعی» اوست).

اما سؤال این است که حکم قانون مجازات اسلامی در این موضوع تا چه میزان با فقه امامیه همخوانی دارد؟ فقهای امامیه در این خصوص چه نظراتی دارند و قول راجح کدام است؟ این پژوهش درصدد است با روش تحلیلی - توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به پاسخ سؤالات مذکور دست

## ۵. بحث

## ۵-۱. کلیدواژگان

## ۵-۱-۱. ولی

## ۵-۱-۱-۱. مفهوم

ولی صفت مشبیه است از ماده (و، ل، ی) و در لغت عرب در معانی متعددی استعمال شده است:

- دو یا چند چیز که به گونه‌ای در کنار هم قرار بگیرند که بین آن‌ها هیچ فاصله‌ای نباشد و چون به این معناست استعاره به قرب شده و معنای قرب بر آن بار شده است (۳، ۴).

- سرپرست و متکفل امر دیگری؛ یعنی اختیار کسی را داشته باشد و در واقع مالک آن باشد و کفالت آن را دارا باشد که والی در یک شهر و ولی یتیم از این گونه است (۴، ۵).

در اصطلاح فقه، ولایت سلطه‌ای است که شخصی بر نفس و مال دیگری پیدا می‌کند (۶). ولایت بر نفس دیگری مثل ولایت اولیاء دم بر حیات قاتل عمدی و ولایت بر مال دیگری مانند ولایت پدر و جد پدری بر اموال مولی‌علیه صغیر.

## ۵-۱-۱-۲. اقسام ولی

ولایت ممکن است شرعی باشد یا عرفی و ممکن است بالاصاله باشد یا بالعرض (۷).

منظور از «ولی شرعی» شخصی است که از طرف شارع مقدس برای تصدی امر ولایت تعیین می‌شود. اینکه عنوان «ولی شرعی» بر چه کسانی اطلاق می‌شود بین فقیهان اختلاف است؛ در برخی عبارات به مصادیق «ولی شرعی» اشاره شده به این بیان که اول پدر و جد پدری، سپس وراث، بعد از آن حاکم شرع و در نهایت عدول مؤمنان ولایت دارند (۸، ۹) چنانکه در برخی از روایات «الولاية لأبيها...» آمده است (۱۰). در صورتی که شخصی ولی شرعی نداشته باشد، حاکم شرع به مقتضای قاعده الحاکم ولی من لا ولی له - که از آن به عموم ولایت حاکم تعبیر می‌شود (۱۱) - ولی اوست (۱۲).

در متون فقهی مجاری مختلفی برای جریان قاعده «الحاکم ولی من لا ولی له» ذکر شده است: ولایت بر صغیر، مجنون و شخص غیررشید فاقد پدر و جد پدری و یا وصی منصوب از طرف ایشان (۱۳، ۱۴)، ولایت بر مقتولی که ولی‌دمی ندارد

(۱۵)، ولایت بر متوفی زمانی که وارثی برای او نیست (۱۶) - (۱۸)، ولایت بر مجنون و سفیهی که حجر او متصل به صغر نیست (۱۴، ۱۷، ۱۹)، ولایت بر غائب نسبت به حفظ اموال و تصرف در اموال وی (۱۵) و ولایت بر بیمار مکلف بی‌هوش و امثال آن (۲۰).

در مقابل ولی شرعی، «ولی عرفی» آن است که عرف او را ولی می‌داند و امور شخص را عهده‌دار است (۲۱) و منحصر در شخص یا اشخاص خاصی نیست؛ اگرچه بیشتر به خویشاوندان شخص اطلاق می‌شود (۱۳، ۲۲) در آثار فقهی به برادر، عمو، مادر، پسرعمو و... تعبیر شده است (۲۳-۲۶) برخی از فقها نیز بر ضرورت ارتباط نزدیک میان ولی عرفی و مولی‌علیه به عنوان یک ملاک برای تشخیص ولی عرفی تأکید کرده‌اند (۲۷).

در نظر عرف هرچه شخص سرپرست رابطه نزدیک‌تری با مولی‌علیه داشته باشد ولایت او نسبت به سایر افراد مقدم است.

ولی شرعی در مباحث گوناگون فقهی گاه متصف به وصف عام است و گاه خاص. معانی متنوعی از عام و خاص مستفاد است؛ از جمله:

- فقها گاهی ولایت را از آن جهت «خاص» می‌نامند که سبب ایجاد آن از یکی از اسباب پنج‌گانه ذیل باشد: پدر بودن، جد بودن، مالک بودن، سلطنت داشتن و وصیت باشد و در مقابل ولایتی را عام می‌گویند که سبب ایجاد آن مطلق قدرت بر تنفیذ تصرف در چیزی است مانند وکیل، کسی که مال مجهول‌المالک را از طرف مالک صدقه می‌دهد و... (۲۶).

- گاهی تقسیم به اعتبار جهت آن است اگر جهت عمومی باشد ولی عام است مثل ولایت ولی فقیه در همه امور مسلمین و اگر جهت خاصی از ولایت مدنظر باشد مثل ولایت عدول از مؤمنین ولایت خاص می‌گویند (۱۸).

- گاهی عام و خاص بودن ولایت به اعتبار مولی‌علیه است؛ بدین شرح که اگر مولی‌علیه عموم افراد باشد و اداره امور مربوط به آن‌ها را انجام دهد، سخن از ولایت و ولی عام است گرچه به یک جهت خاصی باشد مانند حاکم یا کسی است که از طرف او به این سمت برگزیده شده باشد (۱۸، ۲۶) و در

- اهلیت استیفاء داشته باشد؛ یعنی بالغ، عاقل، مختار و رشید باشد (۳۷).

- آزاد باشد نه مملوک؛ چنانکه از عبارات برخی از فقها (۳۸) این شرط استفاده می‌شود.

- قصد مضمون و انشاء ابراء را داشته باشد نه اینکه در مقام اخبار، پرسش، شوخی یا مانند آن باشد (۳۳).

- قصد ابراء قطعی و منجز داشته باشد نه قصد معلق و مشروط به یک امر دیگر.

- صاحب حق یا نایب شرعی وی باشد و مورد ابراء حق دیگری نباشد اگر چیزی متعلق حق فرد دیگری غیر از ابراکنده باشد، ابراء او صحیح نمی‌باشد بر اساس این شرط فقها به بطلان ابراء در مواردی حکم کرده‌اند از جمله اینکه مفلس نمی‌تواند فرد جنایتکار را از پرداخت دیه عفو کند چون حق طلبکاران به آن تعلق گرفته است (۳۹).

فقها در خصوص ابراء فضولی که به وسیله شخصی غیر از صاحب حق یا نایب مناب شرعی او انجام می‌شود دو دیدگاه متفاوت دارند: شیخ انصاری ایقاع فضولی را باطل دانسته است و بر این امر ادعای اجماع نموده است؛ چرا که اصل عدم وقوع قواعد فضولی در ایقاعات است و دلیلی بر وقوع فضولی در ایقاعات وجود ندارد و از نظر شرعی نیز آیه و روایتی در این خصوص وارد نشده است و ادله نقلی فضولی در عقود، نیز قابل تسری به ایقاعات نیست؛ چراکه علم به وحدت ملاک در هر دو وجود ندارد (۴۰) در مقابل برخی از فقها اجماع را منتفی دانسته و ایقاع فضولی را مانند عقد فضولی غیرنافذ دانسته‌اند که با تنفیذ شخص بیمار یا قائم‌مقام او می‌تواند نافذ و دارای آثار قانونی شود (۴۱).

پس از آشنایی با کلیدواژه‌های بحث، وقت آن فرارسیده که اقوال فقها در خصوص ابراء طبیب را به بررسی نشست.

## ۵-۲. اقوال فقها در خصوص ابراء‌کننده طبیب

بدو لازم است چند نکته را از نظر گذراند:

اول اینکه در متون فقهی چند دلیل عمده برای لزوم اقدام طبیب نسبت به اخذ برائت از بیمار و کافی نبودن رضایت وی به عمل طبی برای عدم ضمان طبیب ذکر شده است: اولاً

صورتی که مولی علیه فرد خاصی باشد و اداره مربوط به امور او را انجام دهد، ولایت ولی متصف به «خاص» است؛ مانند پدر و جد پدری نسبت به فرزند صغیرش هرچند که این جهات مشروعیت آن در همه امور مولی علیه عمومیت داشته باشد. (۱۸، ۲۶، ۲۸).

## ۵-۱-۲. برائت

### ۵-۱-۲-۱. مفهوم

برائت مصدر ثلاثی مجرد است از ماده (ب، ر، ا) این واژه در لغت به معنای وارheidگی و سلامتی از اموری مانند تکلیف، مرض، دیون، گناه یا بیزاری و دوری گزیدن از کسی یا شی ای یا امری است (۳-۵، ۲۹) از این واژه در فقه و اصول فقه اصطلاح «اصل برائت» بکار برده شده است. مفهوم اصطلاحی این اصل آن است که شخص به خودی خود هیچ تکلیفی ندارد و می‌تواند هر فعلی را آزادانه انجام دهد یا آن را ترک کند مگر آنکه دلیلی وجود داشته باشد و او را بر انجام یا ترک فعلی ملزم کند (۳۰). این اصطلاح در دو دانش فقه و حقوق علاوه بر معنای فوق به معنای برائت ذمه از تکلیف و دین نیز به کار رفته است (۳۱). از این واژه چندین مشتق مختلف در ادبیات فقهی به کار رفته است؛ از جمله بری، استبراء و ابراء. بری یا بری‌الذمه کسی است که ضمان و مسئولیتی متوجه او نیست. استبراء، طلب برائت ذمه است و ابراء، ساقط کردن حق و تعهدی که شخصی بر ذمه دیگری دارد (۳۲-۳۴) رها و آزاد کردن ذمه کسی از دین یا حقوق دیگر است. به تعبیر دیگر اسقاط حق ثابت بر ذمه دیگری است (۳۱، ۳۵).

بنا به نظر مشهور فقها بر ایقاع بودن ابراء (۱۳، ۱۷، ۳۶) متعلق آن باید حق باشد؛ که قابل اسقاط است و این حق باید بر عهده دیگری باشد نه بر عین خارجی به خاطر اینکه مثلاً اعراض از ملکیت عین؛ ابراء نمی‌باشد.

### ۵-۱-۲-۲. شرایط ابراء‌کننده

ابراء‌کننده همان صاحب حق یا ولی وی می‌باشد که ذمه شخص طبیب را ابراء می‌کند. مستفاد از عبارات فقها می‌توان شرایط ذیل را برای مبریء بیان نمود:

ولی دم- باشد؛ وگرنه ولایت شرعی یا ولایت دم او در اختیار ولی عام است.

نکته سوم اینکه گاهی مریض مکلف است اما به عللی همچون بیهوش بودن قادر به بهره‌برداری از قوای عقلی خویش نیست. چنین شخصی از جهت فقهی در حکم شخص غیرمکلف است. نکته آخر اینکه برخی از فقها در مورد مریض غیرمکلف از لفظ «قاصر» استفاده کرده‌اند (۴۸).

#### ۵-۲-۱. ابراءکننده طبیب وقتی مریض غیرمکلف است

در این حالت دو فرع مختلف قابل تصور است: برائت از ضمان در فرض نقصان مریض و برائت از ضمان در فرض تلف شدن وی.

#### ۵-۲-۱-۱. برائت برای فرض نقصان مریض غیرمکلف

در این خصوص اختلافی میان فقهای امامیه مشاهده نمی‌شود؛ همگی بر این عقیده‌اند که طبیب برای عدم ضمان خویش از نقصان احتمالی در بدن مریض غیرمکلف، باید از «ولی شرعی» او برائت اخذ کند (۴۹، ۵۰).

#### ۵-۲-۱-۲. برائت برای فرض تلف شدن مریض غیرمکلف

در این فرض دو قول متفاوت در میان فقها مشاهده می‌شود: قول به ابراء طبیب توسط «ولی دم» و قول به ابراء توسط «ولی شرعی».

#### ۵-۲-۱-۲-۱. قول اول: ابراء توسط «ولی دم»

قریب به اتفاق فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که طبیب برای عدم ضمان خویش در تلف احتمالی مریض غیرمکلف، لازم است از «ولی دم» وی برائت اخذ کند. (البته تعبیر فقها - ظاهراً به تأسی از متقدمینی از جمله مرحوم محقق حلی (ره) «المطالب علی تقدیر التلف» و عباراتی نزدیک به آن است که دلالت بر «ولی دم» دارد.) به عنوان مثال وی در «النهایه و نکتها» پس از ذکر موثقه سکونی چنین می‌گوید: «إِنَّمَا عدل إلی الولی، لآنه هو المطالب علی تقدیر التلف» (۵۱) یعنی «عدول کرده به ولی؛ چراکه اوست مطالبه‌کننده [ادیه] در

عمومیت قاعده اتلاف ضمان طبیب را اقتضا می‌کند؛ چرا که پزشک به هر حال در اتلاف بیمار یا نقصان او مباشرت داشته است. ثانیاً رفتار طبیب با جنایت شبه عمد منطبق است؛ چون نقصان یا تلف نتیجه رفتار او بوده، او قصد فعل را داشته و در عین حال قصد جنایت نداشته است و ثالثاً اینکه اذن در علاج، اذن در اتلاف نیست و اذن بیمار در درمانش منافاتی با ضمان طبیب ندارد (۱۳، ۳۴، ۴۲). دلیل اصلی و مشترک میان همه فقهای قائل به لزوم اخذ برائت، موثقه سکونی از امام صادق (ع) است که ایشان از جد مطهرشان امیر مؤمنان علی (ع) نقل فرموده‌اند که طبیب و دامپزشک باید ابراء خود را تحصیل نمایند: محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن النوفلی عن السکونی عن ابي عبد الله علیه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه و إلا فهو له ضامن.» یعنی هرکس که طبابت یا دامپزشکی می‌کند باید از ولی او (آن) برائت بگیرد وگرنه ضامن آن است (۴۳).

موضوع بحث ما سند این روایت نیست؛ با وجود آنکه راوی (سکونی) ظاهراً از شیعیان نیست، روایاتش متصف به «موثقه» است و مورد عمل اصحاب (۴۴) و قولش مورد احترام (۴۵)، (۴۶). اما آنگاه که نوبت به دلالت می‌رسد ملاحظه می‌کنیم همین روایت کوتاه مجال تنوع و تشتت آراء فقهی شده است. فقها در خصوص «ولی» برخی قائل به «ولی شرعی» و برخی قائل به «ولی دم» هستند. (ناگفته نماند برخی از فقها نیز (۴۷) بدون هرگونه اظهار نظری در معنای «ولی» از این موضوع عبور کرده‌اند).

نکته دوم اینکه فقهای امامیه در خصوص ابراءکننده طبیب علاوه بر تفکیک مریض مکلف و قادر از غیر او، یک ملاک دیگر را نیز دخیل دانسته‌اند: اینکه برائت از چه ضمانی تحصیل می‌شود؟ نقصان در بدن مریض یا تلف شدن وی. بدین ترتیب ما در بررسی نظرات فقها مقسم اصلی را بر مبنای اولین عامل مؤثر در بحث؛ یعنی مکلف (بالغ و عاقل) بودن یا نبودن مریض قرار داده و مقسم فرعی را بر دومین عامل؛ یعنی نقصان در بدن مریض یا تلف شدن وی بنا می‌نهمیم. البته این تقسیم در فرضی است که بیمار دارای ولی -اعم از ولی شرعی خاص یا

### ۵-۲-۲-۲. برائت برای فرض تلف شدن مریض مکلف قادر به ابراء طبیب

وجود سه قول متفاوت، گویای این مطلب است که بیشترین اختلاف در میان فقها به این فرض مربوط می‌شود؛ عده‌ای به حق ولی‌دم برای اعطاء برائت و برخی به استحقاق خود بیمار قائل‌اند. در عین اینکه قول به لزوم اخذ برائت هم از هر دو نیز دیده می‌شود.

### ۵-۲-۲-۲-۱. قول اول: ابراء توسط ولی‌دم

تعداد زیادی از فقها همچون مرحوم فاضل مقداد (ره) (۵۲)، مرحوم صاحب ریاض (ره) (۵۳) و مرحوم محقق حلی (ره) (۵۴) و امام خمینی (۳۴)، ابراء طبیب را در چنین حالتی نیز حق «ولی‌دم» بیمار می‌دانند.

### ۵-۲-۲-۲-۲. قول دوم: ابراء توسط خود بیمار

همچنان که گفته شد مرحوم خوئی (ره) معتقد است که اگر بیمار بالغ و عاقل باشد، کسی بر او ولایت ندارد تا طبیب را ابراء نماید؛ چه احتمال نقصان باشد چه تلف (۴۹). مرحوم محقق حلی (ره) نیز چنین نظری را مستبعد نمی‌دانسته است (۵۱).

### ۵-۲-۲-۲-۳. قول سوم: ابراء توسط خود بیمار و ولی‌دم

این قول به مرحوم صاحب جواهر (ره) متعلق است (۱۳). مرحوم امام خمینی (ره) نیز پس از ذکر فتوای خویش در این فرض یعنی ابراء طبیب توسط ولی‌دم، کفایت ابراء مریض کامل العقل را حتی در مواردی که به قتل مریض منتهی می‌شود، بعید ندانسته و در نهایت احتیاط را در اخذ برائت از هر دو نفر یعنی بیمار و ولی‌دم او می‌داند: «و الأحوط الاستبراء منهما» (۳۴).

### ۵-۳. ارزیابی اقوال و بیان قول راجح

در یک نگاه کلی میان فقهای امامیه اختلافی نیست که در مورد جنایت احتمالی طبیب بر مادون نفس بیمار (جنایت بر

فرض تلف) اطلاق این کلام هم بیمار مکلف را شامل می‌شود هم غیرمکلف را. بسیاری دیگر همچون مرحوم فاضل مقداد (ره) (۵۲) و مرحوم صاحب ریاض (ره) (۵۳) نیز چنین استدلالی دارند.

### ۵-۲-۱-۲. قول دوم: ابراء توسط ولی شرعی

مرحوم فاضل لنکرانی (ره) مقصود از «ولی» در روایت سکونی را کسی می‌داند که «امر به او باز می‌گردد». ایشان در ادامه مقصود از «ولیه» را چنین بیان می‌نماید: «اگر حیوانی قرار است معالجه شود، ولی‌اش مالکش است و در معالجه انسان اگر بالغ و عاقل باشد، خودش ولی خودش است و اگر صبی یا مجنون باشد، ولی‌اش» (۵۰). پیداست که مقصود ایشان از ولی شخص صبی یا مجنون، ولی شرعی اوست؛ چرا که -به فرینه عبارت قبلی- در مقابل ولایت انسان مکلف بر خویشستن، ولایت ولی شرعی بر غیرمکلف مطرح است. مرحوم خوئی (ره) نیز در فرض تلف شدن احتمالی مریض چه مکلف چه غیرمکلف، قائل به لزوم اخذ برائت از «ولی شرعی» بیمار است (۴۹).

### ۵-۲-۵. ابراء‌کننده طبیب وقتی مریض، مکلف و قادر به ابراء است

### ۵-۲-۲-۵. برائت برای فرض نقصان مریض مکلف قادر به ابراء طبیب

تا جایی که نویسندگان بررسی کردند اختلافی در میان فقهای امامیه نیست که وقتی بیمار مکلف است و عاملی همچون بیهوشی قدرت او بر ابراء طبیب را سلب نکرده، خود او ابراء طبیب را بر عهده دارد. به عنوان مثال از مرحوم امام خمینی (ره) است که «و ظاهر آن است که ابراء مریض در صورتی که بالغ عاقل باشد، در جایی که به قتل منتهی نشود معتبر است و ابراء ولی در جایی که منتهی به مرگ شود و [ابراء] صاحب مال در خصوص دامپزشک و ولی در مورد قاصر معتبر است» (۳۴).

نیست. توضیح اینکه در هر حال قتل انسان محقون الدم حتی به صورت شبه عمدی جایز نیست و مصداقی از ظلم محسوب می‌شود. مظلوما یعنی اینکه مقتول مستحق مرگ نبوده (۵۸) و انسان محقون الدم در هیچ یک از انواع قتل (عمد، خطا و شبه عمد) مقتول مستحق مرگ نیست (۵۹).

به عنوان دومین دلیل قول به استحقاق خود بیمار برای ابراء طیب می‌توان به عبارت مرحوم محقق حلی (ره) اشاره کرد. وی گرچه بر قول استحقاق ولی دم است، برای تعلیل عدم استبعاد امکان ابراء توسط خود بیمار چنین استدلال می‌کند که وقتی با اذن مجنی علیه جنایت بر او - که رفتاری حرام است - ضمان ساقط می‌شود، به طریق اولی با ابراء خود بیمار ضمان طیب منتفی خواهد شد؛ چرا که اذن بیمار در فعل مباح می‌باشد (۵۱). در پاسخ باید گفت این قیاس مرحوم محقق حلی (ره) خالی از اشکال نیست. بنا به آموزه‌های اصول فقهی در هر قیاس لازم است حکم شرعی «اصل» (مقیس علیه) یا منصوص باشد یا مجمع علیه (۶۰). این در حالی است که حکم سقوط ضمان جانی با رضایت مجنی علیه به جنایت هیچ یک از این دو وصف را ندارد؛ نه نصی در این رابطه داریم نه اجماعی از فقها. باید گفت تعداد قابل توجهی از فقها بر خلاف آنچه مرحوم محقق حلی (ره) بیان داشته - حتی در حالتی که جانی از سوی مجنی علیه برای ارتکاب جنایت تحت اکراه قرار می‌گیرد - یا قائل به عدم سقوط ضمان جانی و ثبوت حق قصاص برای اولیاء دم هستند (۴۲) یا اینکه میان ثبوت یا عدم ثبوت این حق توقف کرده‌اند (۳۸، ۶۱-۶۳).

علاوه بر آنچه گفته شد برای قول به استحقاق ولی دم بیمار بر ابراء طیب دلایل دیگری نیز می‌توان از کتب فقهی سراغ گرفت: اول اینکه از روایت سکونی ظاهر است که «ولی» شخصی به جز «مجنی علیه» است؛ بنابراین نمی‌توان به سادگی پذیرفت که خود مریض مصداقی از لفظ «ولی» است (۱۴). شخص مکلف اصولاً تحت ولایت کسی نیست نه اینکه ولی اش خودش باشد (۲۷). دیگر اینکه نتیجه فرض استحقاق خود بیمار مکلف برای ابراء طیب، خروج این دسته از بیماران از دایره مصدق موقوفه سکونی و محدود شدن این روایت به

اجزاء بدن، قوای عقلی و منافع جسمانی)، اخذ تصمیم در خصوص ابراء طیب با خود بیمار اوست و اگر بیمار غیرمکلف باشد، این حق به ولی شرعی او می‌رسد تا با رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه آن را اعمال کند. اختلاف فقها وقتی نمود پیدا می‌کند که حیات بیمار مطرح می‌شود. چنین است که اکثریت فقها حق ابراء طیب را متعلق به خود انسان و - وقتی که غیرمکلف است - ولی شرعی او ندانسته و آن را در صلاحیت انحصاری «ولی دم بیمار» می‌دانند. در مقابل این اکثریت، اقلیتی هم هستند که ابراء ذمه طیب را حق خود مریض می‌دانند. بدیهی است فقهایی که خود بیمار را واجد حق ابراء می‌دانند، اگر او مکلف نباشد، اعمال این حق را برای «ولی شرعی» وی به رسمیت می‌شناسند.

ناگفته نماند وقتی حیات بیمار مطرح است تعداد اندکی از فقها هم هستند که با اذعان به حق هر دوی بیمار و ولی دم، احتیاط پیشه کرده و طیب را به استبراء از هر دو توصیه می‌کنند. ما قول نادر فقهای اخیر را فرو نهاده، به مقایسه نقاط ضعف و قوت استدلال قائلان به حق خود بیمار و حق ولی دم می‌پردازیم که از لابلای متون فقهی استخراج شده است.

برخی از فقها برای اثبات حق خود بیمار برای ابراء طیب، «سلطنت انسان مکلف بر جان خویشتن» را به عنوان دلیل ذکر کرده‌اند (۱۳). این اصل گاهی در سایر مباحث فقهی نیز به کار رفته است (۵۴، ۵۵). لذا بیماری که مکلف و قادر بر ابراء است شخص دیگری نمی‌تواند «ولی» او باشد تا ذمه طیب را بری کند. فقهای مختلف در پاسخ به چنین استدلالی مطالب متنوعی دارند؛ از جمله اینکه مبتنی بر آیه شریفه «و لا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق و من قتل مظلوما فقد جعلنا لولیه سلطاناً فلا یسرف فی القتل انه کان منصوراً» (اسراء/۳۳) سلطنت بر دم مقتول برای ولی او جعل شده نه خود او. ثبوت این حق برای اولیاء دم از باب تورث نیست بلکه «به صورت ابتدایی برای آنها جعل شده است» (۴۶، ۵۶). بنابر این مقتول، اذن در اسقاط آنچه را مستحق آن نیست، نخواهد داشت (۵۷) باید توجه داشت آیه مذکور، انحصاری به موارد قتل عمد ندارد؛ چراکه قتل شبه عمد - که رفتار طیب مصداقی از آن است - نیز در هر حال از وصف «مظلوما» خارج



و بدل شده میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان را مورد واکاوی دقیق قرار دادند.

کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی در مصوبه خویش (موضوع نامه شماره ۱۳۸۸/۰۴/۲۲/د مورخ ۱۰/۱۹۵۶۴/د مورخ ۱۳۸۸/۰۴/۲۲ ریاست مجلس به شورای نگهبان) «ولی شرعی» را جایگزین «ولی دم» بیمار می‌کند: «تبصره ۲: ولی بیمار اعم از ولی خاص است مانند پدر و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رئیس قوه قضاییه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه به اعطاء برائت به طبیب اقدام می‌نماید» (۶۸).

از مذاکرات شورای نگهبان پیداست که در میان فقهای عضو شورا سه دیدگاه مختلف در مورد مصوبه کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی - که رسیدگی به لایحه مجازات اسلامی را طبق اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی بر عهده داشته - مطرح بوده است؛ نخست: دیدگاهی که تنها نظر فقهی موجود در فقه امامیه را استحقاق ولی دم بیمار و مترتب بر آن، مصوبه کمیسیون را مغایر شرع می‌دانسته است. دوم: دیدگاهی که ولی خاص بیمار را همان ولی دم بیمار او و لذا مصوبه را غیرمغایر با شرع می‌دانسته است و سوم: دیدگاهی که مصوبه مجلس را از این حیث که مقصود از ولی خاص چه کسی است، مبهم دانسته است. البته دیدگاه سوم بیشترین موافقت را به خود جلب کرده و تصمیم گرفته می‌شود که مجلس از مصوبه خویش رفع ابهام کند. نکته واجد اهمیت اینکه شورا تأکید می‌کند که «عبارت صدر تبصره ۲ لایحه پیشنهادی رافع این ابهام می‌باشد» (۶۹) خوب است یکبار دیگر تبصره مذکور را از نظر بگذرانیم:

«تبصره ۲: مقصود از ولی، شخصی است که در صورت تلف مریض حق مطالبه دیه را دارد و در مواردی که حاکم شرع، ولی مریض باشد رئیس قوه قضاییه با استیذان از ولی امر و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه نسبت به ابراء طبیب اقدام می‌نماید».

جمع‌بندی شورای نگهبان در نامه شماره ۸۹/۳۰/۴۰۶۲۷ مورخ ۱۳۸۹/۰۹/۰۱ منعکس شده و به مجلس شورای اسلامی ابلاغ می‌گردد. در ادامه فرآیند قانون‌گذاری، کمیسیون قضایی

اشخاص غیرمکلف است، در حالیکه دلیلی بر این تحدید وجود ندارد.

به نظر می‌رسد از میان اقوال مذکور بتوان به رجحان قولی رسید که حق ابراء طبیب را در موارد کمتر از تلف به خود بیمار می‌دهد. در این صورت چنانچه مریض، غیرمکلف یا - به دلیلی مثل اغماء - غیرقادر به ابراء باشد ولی شرعی او طبق مصلحتش اقدام می‌کند. ولی شرعی می‌تواند حسب مورد ولی خاص یا ولی عام باشد. همچنین در مورد تلف احتمالی بیمار، قولی راجح است که حق ابراء طبیب را به «ولی دم» او می‌دهد و در این خصوص فرقی میان بیمار مکلف و غیرمکلف نیست. چنان که دیدیم این قول منطبق با نظر تعداد زیادی از اعظام فقهای امامیه همچون مرحوم صاحب جواهر (ره)، مرحوم فاضل مقداد (ره)، مرحوم صاحب ریاض (ره) و مرحوم علامه حلی (ره) و همچنین مرحوم امام خمینی (ره) است.

#### ۴-۵. فقهای شورای نگهبان و ابراء‌کننده طبیب

با توجه به آنچه بیان شد آشکار می‌شود که لایحه پیشنهادی قوه قضاییه در خصوص قانون مجازات اسلامی قرابت بیشتری با قول راجح داشته و جای سؤال است که موضع شورای نگهبان در قبال اقدام مجلس شورای اسلامی در خصوص تصویب ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی در شکل فعلی و مغایر با فتاوی اکثریت قاطع فقهای امامیه و فتوای مرحوم امام خمینی (ره)<sup>۴</sup> چه بوده است؟ نویسندگان برای یافتن پاسخ این سؤال مشروح مذاکرات شورای نگهبان و مکاتبات رد

<sup>۴</sup> علت تأکید روی فتوای مرحوم امام خمینی (ره) این است که رهبر فعلی انقلاب - به عنوان ولی فقیه در زمان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ - در فتوایی بر لزوم تبعیت همه مسائل مربوط به اداره کشور اسلامی و اموری که به عموم مسلمانان ارتباط دارد از نظر ولی فقیه تأکید کرده و تنها در مسائل فردی محض، پیروی هر مکلف از فتوای مرجع تقلید خویش را مجزی دانسته است. (مسأله ۵۲ - ۶۴) مبرهن است که قوانین کیفری و از جمله مقررات مربوط به دیات و موجبات ضمان به عنوان بخشی از حقوق کیفری در زمره امور عمومی و در زیر مجموعه حقوق عمومی قرار می‌گیرند (۶۵). چرا که عهده‌دار تأمین نظم عمومی و مصلحت عمومی هستند (۶۶). از سوی دیگر رهبر انقلاب در پاسخ به استعلامات و استفتاءات متعددی که از ایشان شده، مقلدان را به فتاوی مرحوم امام خمینی (ره) ارجاع داده، فتاوی خویش را به مسائل اختلافی و مستحدثه محدود نموده (۶۷) و فتوایی هم از ایشان در مانحن‌فیه موجود نیست.

اقلیت است هم نسبت به نظر اکثریت، ضعیف محسوب می‌شود، پیروی کرده، لازم است با اصلاح آن ماده و تبصره آن حق ابراء طبیب در موارد پیش‌گفته را به «ولی دم بیمار» یعنی همان مطالبه کننده دیه داده بدهد.

#### ۷. تقدیر و تشکر

سپاس از جناب آقای دکتر محسن ملک افضل‌ی اردکانی و جناب آقای دکتر احمد حاجی ده‌آبادی که با راهنمایی‌های خویش موجب غنای بیشتر مقاله شدند.

#### ۸. سهم نویسندگان

نویسنده اول: طراحی پلان، راهنمایی و نظارت و مشارکت در نگارش  
نویسنده دوم: گردآوری منابع و مشارکت در نگارش.  
سید حسن وحدتی شبیری: پیشنهاد موضوع و بررسی سوابق پژوهش در آن.

#### ۹. تضاد منافع

پژوهش حاضر تضاد منافع ندارد؛ همچنین از حیث اصالت تحقیقی و مطالعاتی و مالی به هیچ شخص حقیقی یا حقوقی وابسته نمی‌باشد.

و حقوقی مصوبه اصلاحی خویش را طی نامه شماره ۱۲۷/۴۸۹۳۱ مورخ ۱۳۹۰/۰۵/۰۲ به شورای نگهبان ارسال کرد اما نظر شورا در مورد تبصره فوق را تأمین نکرد؛ مصوبه عیناً همان قبلی بود. اما در نهایت تعجب شاهد هستیم شورای نگهبان در مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۸ طی نامه شماره ۹۰/۳۰/۴۵۳۲۵ با غفلت -یا چشم‌پوشی- از ایراد اعلام‌شده قبلی، عدم مغایرت بخش‌هایی از مصوبه مجلس و از جمله ماده مذکور و تبصره‌هایش با شرع اسلام را اعلام و مصوبه را تأیید می‌کند (۶۸) تا در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ قرار گیرد.

#### ۶. نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه در این پژوهش گذشت به این نتیجه رسیدیم که همه فقهای امامیه در مورد جنایت احتمالی طبیب بر مادون نفس بیمار (جنایت بر اجزاء بدن، قوای عقلی و منافع جسمانی)، اخذ تصمیم در خصوص ابراء طبیب را حق خود بیمار و اگر بیمار غیرمکلف باشد، حق ولی شرعی او می‌دانند تا با رعایت غبطه و مصلحت مولی‌علیه آن را اعمال کند اما وقتی حیات بیمار مطرح می‌شود، اختلاف فقها نیز نمود پیدا می‌کند؛ چنین است که اکثریت فقها حق ابراء طبیب را متعلق به خود انسان و -وقتی که غیرمکلف است- ولی شرعی او ندانسته و آن را در صلاحیت انحصاری «ولی دم» بیمار می‌دانند. در مقابل این اکثریت، اقلیتی هم هستند که ابراء ذمه طبیب را حق خود مریض می‌دانند. فقهایی که خود بیمار را واجد حق ابراء می‌دانند، اگر او مکلف نباشد، طبعاً اعمال این حق را برای «ولی شرعی» وی به رسمیت می‌شناسند. تعداد اندکی از فقها نیز با اذعان به حق هر دوی بیمار و ولی دم، احتیاط پیشه کرده و طبیب را به استبراء از هر دو توصیه می‌کنند. تحلیل و ارزیابی ادله صاحبان اقوال مختلف نشان می‌دهد دلایل قابل قبولی بر ضعف قول فقهایی وجود دارد که حق ابراء طبیب به خود بیمار یا -وقتی غیرمکلف یا غیرقادر به ابراء است- به ولی شرعی او برای برائت از ضمان ناشی از مرگ احتمالی بیمار داده‌اند. از آنجا که قانون‌گذار در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۲ آن از این دیدگاه که هم در

## References:

1. Available at: www.rrk.ir.
2. Available at: www.rc.majlis.ir/fa/legal\_draft.
3. Al-Jawhari IbH. al-Şahāh- Taj al-Lughah wa Şahāh al-Arabiyyah. Beirut: Dar al-Ilm Li al-Malāyyin; 1989. (Arabic).
4. Rāghib Isfahānī HbM. Mufradāt Alfāz al-Qur'ān. Syria: Dār al-'ilm- Dār al-Shāmiyyah; 1991. (Arabic).
5. Ibn Manzūr Ja-DMbM. Lisān al-Arab. 3rd ed. Beirut: Dār al-Fikr Li al-Ṭabā'ah Wa al-Nashr Wa al-Tawziy', Dar Şadr; 1993. (Arabic).
6. Ṭabāṭabāyi Yazdi MK. Takmilat al-'Urwah al-Wuthqā. Qom: Dāwari bookstore; 2005. (Arabic).
7. Baḥr al-'Ulum MT. Bulghah al-Faqih. Tehran: Manshūrāt Maktabah al-Şadiq; 1982. (Arabic).
8. A group of writers. Fiqh of Ahl al-Bayt (AS) Journal. Qom: The Institute of Encyclopedia of Islamic Fiqh on Ahl al-Bayt School of Thought; Bitā. (Arabic).
9. Kirmānshāhi AMAbWB. Maqāmi' al-Faḍl. Qom: The Institute of Allāhmah Mujaddid Bihbahāni; 2000. (Arabic).
10. Shirāzi SŞH. Al-Ta'liqāt 'Alā Sharā'i' al-Islam. 6th ed. Qom: Istiqlāl Publication; 2004. (Arabic).
11. Marāghi SM'a-FbAH. al-'Anāwin al-Fiqhiyyah. Qom: Office of Islamic publication, affiliated with Jāmi'a Mudarrisin of Qom Seminary; 1996. (Arabic).
12. Lāri S'a-H. al-Ta'liqah Alā al-Makāsib. Qom: The Institute of al-Ma'arif al-Ismāmiyyah; 1997. (Arabic).
13. Najafī MĤ. Jawāhir al-Kalām Fi Sharḥ Sharā'i' al-Islam. 7th ed. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-Arabi; 1983. (Arabic).
14. Shahid Thāni Za-DbA. Al-Rawḍah al-Bahiyyah Fi Sharḥ al-Lum'ah al-Dimishqiyyah. Qom: Dāwari bookstore; 1989. (Arabic).
15. Musawi Khalkāhli MM. Rulership in Islam or Wilāyat Faqih. Qom: Office of Islamic publication, affiliated with Jāmi'a Mudarrisin of Qom Seminary; 2001. (Persian).
16. Ṭusi AJMbH, al-Khilāf. al-Khilāf. Qom: Office of Islamic publication, affiliated with Jāmi'a Mudarrisin of Qom Seminary; 1986. (Arabic).
17. Shahid Thāni Za-DbA. Masālik al-Afhām Ilā Tanqih Sharā'i' al-Islam. Qom: Institution of al-Ma'arif al-Islamiyyah; 1999. (Arabic).
18. Najafī Ka-G. Ali bin Muḥammad Riḍā bin Hādī, al-Nūr al-Sāṭi' Fi al-Fiqh al-Nafi. Najaf: Maṭba'ah al-Ādāb; 1961. (Arabic).
19. Baḥrāni Ā'. Yusūf bin Aḥmad, al-Ḥadā'iq al-Naḍirah Fi Aḥkām al-'Itrah al-Ṭāhirah. Qom: Office of Islamic Publication; 1984. (Arabic).
20. Fāḍil Lankarāni M. Jāmi' al-Masā'il. Qom: Amir Qalam Publication; 2004. (Arabic).
21. Tabrizi JbA. Şirāt al-Najāt. Qom: Dār al-Şiddiqah al-Shshahidah; 2006. (Arabic).
22. Nā'ini MĤ. Muniyat al-Ṭālib Fi Ḥāshiyah al-Makāsib. Tehran: al-Maktabah al-Muḥammadiyyah; 1953. (Arabic).
23. Anşāri MbM. Kitāb al-Nikāh. Qom: International Congress to the Honor of Shaykh A'zam Anşāri; 1994. (Arabic).
24. Khūyi SA-QM. Mawsu'ah al-Imam al-Khūyi. Qom: The Institution of Reviving Imam al-Khūyi's books; 1997. (Arabic).
25. Najafī HbJbK. Anwār al-Fiqāhah. Najaf Ashraf: Institution of Kāshif al-Ghitā; 2001. (Arabic).
26. Shirāzi QA, other researchers of The Fiqhi Center of A'immah Aṭhār. Mawsu'ah Aḥkām al-Aṭfāl Wa Adillatuhā. Qom: The Fiqhi Center of A'immah Aṭhār; 2008. (Arabic).
27. Sabziwāri S'a-. Muḥadhdhab al-Aḥkām Fi Bayān al-Ḥalāl Wa al-Ḥarām. 4th ed. Qom: al-Manār institution-The Office of Ayatollah; 1992. (Arabic).
28. Wijdāni Fakhr Q. al-Jawāhir al-Fakhrīyyah Fi Sharḥ al-Rawḍah al-Bahiyyah. 2nd ed. Qom: Sama' Qalam Publication; 2005. (Arabic).
29. Farāhidi KbA. Al-Ain. Qom: Hijrat Publication; 1989. (Arabic).
30. Akhund Khurasāni MKbH. Kifāyat al-Usūl. Qom: The Institute of Āl al-Bayt (AS) Publication; 1988. (Arabic).
31. A Group of Researchers under the supervision of Shāhrūdi. The Dictionary of Fiqh based on the School of Ahl al-Bayt (AS). Qom: The Institution of Encyclopedia of Islamic Fiqh on the School of Ahl al-Bayt Thoughts; 2005. (Persian).
32. Ḥilli MNa-DJbH. Shara'i' al-Islam Fi Masā'il al-Ḥalāl Wa al-Ḥarām. 2nd ed. Qom: Isma'iliyan institution; 1987. (Arabic).
33. Āmili Karaki (Muḥaqqiq Thāni) AbH. Jāmi' al-Maqāsid Fi Sharḥ al-Qawā'id. 2nd ed. Qom: The

- Institute of Āl al-Bayt (AS) Publication; 1993. (Arabic).
34. Imam Khumeini Ra-M. Taḥrīr al-Wasilah. Qom: The Institution of Dār al-ʿIlm Publication; Bitā. (Arabic).
35. Khāwari Y. The Comprehensive Dictionary of Fiqh of Jazā (Criminal Law). Mashhad: The Raḍawi University for Islamic Sciences; 2005. (Persian).
36. Āmili SJbMḤ. Miḥṭāḥ al-Karāmah Fi Sharḥ Qawāʿid al-ʿAallamah. Qom: Office of Islamic Publication, affiliated with Jāmiʿa Mudarrisin of Qom Seminary; 1998. (Arabic).
37. Ṭabāṭabāyyi Qummi ST. al-Anwār al-Bahiyyah Fi al-Qawāʿid al-Fiḥiyyah. Qom: Maḥallāti Publication; 2002. (Arabic).
38. Allāmah Ḥilli ḤbYbMA. Qawāʿid al-Aḥkām Fi Maʿrifat al-Ḥalāl Wa al-Ḥarām. Qom: Office of Islamic Publication, affiliated with Jāmiʿa Mudarrisin of Qom Seminary; 1992. (Arabic).
39. Ṭūsi AJMbḤ. al-Mabsūṭ Fi Fiqh al-Imamiyyah. Tehran: al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah Li-Iḥyaʿ Āthār al-Jaʿfariyyah; 1967. (Arabic).
40. Shirāzi MḤ. Iṣṣāl al-Ṭalīb Ila al-Makāsib. Tehran: Aʿlami Publication; Bitā. (Arabic).
41. Khūyi SA-QM. Miṣbāḥ al-Faqāhah (al-Makāsib). Qom: The Institution of Reviving Imam al-Khūyi's books; Bitā. (Arabic).
42. Fayḍ Kāshāni MMbSM. Maḥṭāḥ al-Sharāʿi. Qom: Publication of Ayatollah Marʿashi Najafi's Library, Bitā. (Arabic).
43. Ḥurr ʿĀmili MbḤ. Wasāʿil al-Shiʿah. Qom: The Institution of Āl al-Bayt (AS); 1988. (Arabic).
44. Ṭūsi AJMbḤ. Al-ʿUddah Fi Usūl al-Fiqh. Qom: Setāreh Publication; 1996. (Arabic).
45. Fāḍil (Ābi) ḤbAṬY. Kashf Fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Nafi. 3rd ed. Qom: Office of Islamic Publication, affiliated with Jāmiʿa Mudarrisin of Qom Seminary; 1997. (Arabic).
46. Khansāri SAbY. Jāmiʿ al-Madārik Fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Nafi. 2nd ed. Qom: Ismāʿilyān Institution; 1994. (Arabic).
47. Ṭirāblusi bB. ʿAbd al-ʿAziz, al-Muhadhdhib. Qom: Office of Islamic Publication, affiliated with Jāmiʿa Mudarrisin of Qom Seminary; 1995. (Arabic).
48. Ṣadr Shahid SM. Dialectic Fiqh and Fiqhi Principles. Beirut: Dār al-Aḍwāʿ Liṭṭibaʿah wa-Annashr wa al-Tawzīʿ; 1999. (Arabic).
49. Khūyi SA-QM. Mabāni Takmila al-Minhāj (An Encyclopedia). Qom: The Institution of Reviving Imam al-Khūyi's books; 2001. (Arabic).
50. Fāḍil Lankarāni M. Taḥṣīl al-Shariʿah Fi Sharḥ Taḥrīr al-Wasilah-al-Diyāt. Qom: Reviving Publications of Fiqhi Center of Aʿimmah Athār (AS); 2008. (Arabic).
51. Ḥilli MNa-DJbḤ. al-Nihāyah Wa Nukatihā. Qom: Office of Islamic Publication, affiliated with Jāmiʿa Mudarrisin of Qom Seminary; 1991. (Arabic).
52. Ḥilli (Fāḍil Miqdād) bʿS. al-Tanqīḥ al-Rāʿiʿ Li Mukhtaṣar al-Sharāʿi. Qom: Publication of Ayatollah Marʿashi Najafi's Library; 1983. (Arabic).
53. Ṭabāṭabāyi Ḥāʿiri SAbM. Riyāḍ al-Masāʿil Fi Taḥṣīq al-Aḥkām bi al-Dalāʿil. Qom: The Institute of Āl al-Bayt (AS) Publication; Bitā. (Arabic).
54. Allāmah Ḥilli ḤbYbMA. Tadhkirah al-Fuqahāʿ. Qom: The Institute of Āl al-Bayt (AS) Publication; 1968. (Arabic).
55. Anṣāri MbM. Kitāb al-Makāsib al-Muḥarramah Wa al-Baiʿ Wa al-Khiyārāt Qom: International Congress to the Honor of Shaykh Aʿzam Anṣāri; 1994. (Arabic).
56. Iṣṣfahāni MḤK. Margin of Kitāb al-Makāsib. Qom: Anwār al-Mahdi; 1997. (Arabic).
57. Shirwāni ʿa-Ḥ. Center of Islamic Information and Documentations. Qom: Center of Islamic Information and Documentations, Bitā. (Arabic).
58. Fayḍ Kāshāni MM. Tafsir al-Ṣāfi. Tehran: al-Ṣadr Publication; 1994. (Arabic).
59. Ālūsī SM. Ruḥ al-Maʿāni Fi Tafsir al-Quran al-ʿAzim. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah; 1997. (Arabic).
60. Center of Islamic Information and Documentations. Dictionary of Usūl Fiqh. Qom: The Research Deputy of The Islamic Preaching Office of Qom Seminary; Bitā. (Persian).
61. Ḥilli Fa-M. Muḥammad bin Ḥasan bin Yusūf, Idāḥ al-Fawāʿid Fi Sharḥ Mushkilāt al-Qawāʿid. Qom: Ismāʿiliān Institution; 1967. (Arabic).
62. Iṣṣfahāni FH. Muḥammad bin Ḥasan, Kashf al-Lithām Wa al-Ibhām ʿAn Qawāʿid al-Aḥkām. Qom: Office of Islamic Publication, affiliated with Jāmiʿa Mudarrisin of Qom Seminary; 1995. (Arabic).
63. A Group of Researchers under the supervision of Shāhrūdī. Mawsūʿah al-Fiqh al-Islāmi Ṭibqa Limadhdhab Ahl al-Bayt (AS); 2002. (Arabic).

64. Available at:  
[www.leader.ir/fa/book/2/الاستفتاناتE2%80%8Cاجوبه](http://www.leader.ir/fa/book/2/الاستفتاناتE2%80%8Cاجوبه).
65. Kātūziyan. An Introduction to (Science) Law and A Study on Case Law in Iran. 61 ed. Tehran: Intishār shares corporation; 2007. (Persian).
66. Ardabili MA. General Criminal Law. Tehran: Mizān Publication; 2003. (Persian).
67. Available at: [www.sraj.ir/fa/index.php/node/1085-2017-03-13-11-59-15](http://www.sraj.ir/fa/index.php/node/1085-2017-03-13-11-59-15).
68. Available at: [www.nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMashroohMozakerat.aspx](http://www.nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMashroohMozakerat.aspx).
69. Tawakkul Pūr MH. Fundamental View of Constitutional Council Regarding Punishment Law of Islam Approved in 2013. Tehran: Constitutional Council, Research Center of Constitutional Council; 2018. (Persian).



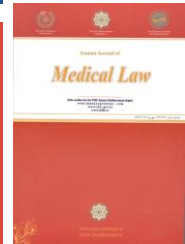
The Iranian Association  
of Medical Law

MLJ

Medical Law Journal

2021; 15(56): e43.

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



## ORIGINAL ARTICLE

# A research on the jurisprudential principles of the Islamic punishment law about discharging the doctor

Mojtaba Malekafzali Ardakani<sup>1\*</sup>, Farzaneh Karami<sup>2</sup>, Sayyed Hassan Vahdati Shobeiri<sup>3</sup>

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Political Science and History, Yazd University, Yazd, Iran.

2. PhD Student, Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Khorasan Razavi, Iran.

3. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Received:** 2 December 2020

**Accepted:** 12 May 2021

**Published online:** 11 June 2021

### Keywords:

Doctor's Discharge

Discharge

Patient

Avenger of Blood

Religious Wali

### \* Corresponding Author:

Mojtaba Malekafzali Ardakani

**Address:** Department of Law, Faculty of Law, Political Science and History, Yazd University, Yazd, Iran.

**Postal Code:** 89158-18411

**Telephone:** 35-31232222

**Email:** malekafzali@yazd.ac.ir

### ABSTRACT

**Background and Aim:** The Islamic Punishment law of 1392, while accepting the doctor's guarantee in treatments that even with the patient's permission, has introduced one of the ways of not guaranteeing the acquisition of previous innocence. the doctor's discharge according law is count if the patient is obliged and able to discharge the doctor, Its the patient's right, and if he is not obliged (minor or insane) or obliged but for reasons such as anesthesia is unable to discharge the doctor, It's the Right of "Patients Wali".

the issue of this research is about the range of acceptance of this view among jurists, other possible statements and the strengths and weaknesses of this statement compared to those statements and finally, the expression of the preferred statement. The authors' hypothesis is that most jurists oppose the promise contained in the law and, on the contrary, strengthen the argumentative foundations of those who beliguareve in the right of the "patient's wali" to be acquitted of the guarantee resulting from the patient's death; Whether obligated or not.

**Materials and Methods:** The Current article, with its analytical and descriptive method and following the sayings of Imami jurists from the earliest to the latest, has been in a position to prove this hypothesis and has come to the conclusion that the Islamic Punishment Law, should be amended in such a way that the physician is acquitted. Pre-said to be done by the "Patients wali".

**Results:** When the patient's life is discussed, the majority of jurists do consider the right to discharge a doctor to belong to man himself and - when he is not obligated - his religious Wali and consider it in the exclusive competence of "avenger of blood"

In contrast to this majority, there are minorities who consider it their right to discharge the doctor. The jurists who consider the the right of discharge of doctor to patient himself, if he is not obliged, naturally recognize the application of this right for his "religious Wali". A small number of jurists, recognizing this right for both the patient and the guardian, They are cautious about this issue and recommend the physician to absolve himself from both.

**Ethical considerations:** This research has been written on the principles of ethics, honesty and trustworthiness while maintaining and accuracy in the originality of the texts.

**Conclusion:** The legislator's action in granting the right to discharge a doctor to the patient or - when he is not obliged or unable to discharge - to his religious Wali to acquit the guarantee resulting from his death is against the opinion of the majority of Imami jurists and acceptable reasons There is a weakness. Therefore, it is necessary to amend Article 495 of the Islamic punishment law and Note 2 thereof to give the right to discharge a doctor in the aforementioned cases to the "patients blood avenger", it means the same claimant.

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

Cite this article as:

Malekafzali Ardakani M, Karami F, Vahdati Shobeiri SH. A research on the jurisprudential principles of the Islamic punishment law about discharging the doctor. *Medical Law Journal* 2021; 15(56): e43.