

گستره مفهومی ولیّ بیمار

در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲*

- حجت پولادین طرقي^۱ ✉
- سیدحسن وحدتی شبیری^۲
- سیدحمید حسینی الارزی^۳
- حسین ابراهیم‌زاده^۴

چکیده

قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، ولیّ بیماران ناهوشیار را جهت رضایت درمان یا برائت از خسارات، ولیّ خاص همانند پدر و ولیّ عام (مقام رهبری) معرفی می‌نماید. این تبصره برگرفته از متون فقهی است و

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
(hojjatpooladin1371@gmail.com).

۲. دانشیار دانشگاه قم، قم، ایران (vahdati110@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
(2851365az@gmail.com).

۴. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
(ebrahimzadeh1881370@gmail.com).

سؤالی که درخصوص تبصره مزبور وجود دارد، این است که مقصود از ولی خاص، چه کسی است؟ آیا اقارب بیمار صلاحیت امضای براءت‌نامه پزشکی را دارند؟ پژوهش حاضر که به روش تحلیلی - توصیفی نگاشته شده است، با بررسی موارد استناد در کلام فقیهان، به این نتیجه می‌رسد که آیه «أُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» را می‌توان به‌عنوان یک قاعده عام در پاسخ به سؤال فوق پذیرفت و در فرض بیهوشی بیماری که از تحت ولایت خارج شده است نیز می‌توان برای اخذ براءت به خویشانش مراجعه کرد. بررسی‌های حقوقی و فقهی از جمله تدقیق در موارد استعمال و استناد فقهای امامیه به آیه مذکور از طریق عمومیت بخشیدن به آیه و یا تنقیح مناط و همچنین قاعده «لاضرر» و تأمل در رویه حاکم بر فضای پزشکی کشور در حال حاضر، این فرضیه را قوت می‌بخشد که منظور از ولی در این تبصره، ولی قهری نبوده، بلکه رضایت یکی از بستگان درجه یک بیمار (ولی عرفی)، از نظر فقهی و حقوقی، صحیح و موجب معافیت پزشک از مسئولیت خواهد شد.

واژگان کلیدی: ولی بیمار، ولی شرعی، ولی عرفی، ولی قهری، اولوالأرحام.

مقدمه

طبق ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برگرفته از فقه امامیه، با استناد به روایت سکونی از امام صادق (علیه السلام) که می‌فرماید: «کسی که به امر طبابت یا بیطاری (دامپزشکی) حیوانات مشغول است، باید از ولی بیمار براءت بگیرد، در غیر این صورت ضامن خواهد بود»^۱ (حز عاملی، بی‌تا: ۱۹۴/۱۹)، پزشک می‌تواند از ولی بیمار ناهوشیار براءت بگیرد.^۲

با توجه به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مباحث مختلف پیرامون لزوم اخذ رضایت و براءت از بیمار و یا ولی او، همواره معرکه نزاع و جدال آرای دکترین حقوقی بوده است. اما تاکنون مفهوم «ولی» در این ماده از سوی حقوق دانان مورد

۱. «روایة السکونی عن الصادق (علیه السلام) قال امیر المؤمنین (علیه السلام): من تطبب أو تیطر فلیأخذ البراءة من ولیه وإلا فهو له ضامن».

۲. «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد، موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است؛ مگر آنکه [...] قبل از معالجه [از بیمار] براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود». در همین راستا، قانون‌گذار در ادامه ماده اعلام می‌نماید: «چنانچه اخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود».

بحث و بررسی قرار نگرفته است. به نظر می‌رسد این موضوع در نظر حقوق‌دانان، چندان واضح و روشن بوده که بررسی و واکاوی آن را ضروری ندانسته‌اند. ولی با نگاهی موشکافانه به قوانین و نیز رویه معمول بیمارستان‌های کشور در اخذ برائت از اقارب بیمار، می‌توان دریافت که مفهوم «ولی» در این حوزه، با ابهاماتی جدی روبه‌روست که رفع این ابهامات نیازمند واکاوی دقیق فقهی و حقوقی است.

در راستای توضیح مطلب فوق باید گفت قانون‌گذار در تبیین مفهوم واژه «ولی» در تبصره دوم ماده مزبور تقریر می‌کند:

«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 قضائیه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه، به اعطای برائت به طیب اقدام می‌نماید».

ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، ولی خاص را شامل پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف آنان معرفی می‌کند. به علاوه، تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا. نیز در مقام بیان مصادیق ولی خاص، «پدر» را به‌عنوان یکی از مصادیق معرفی می‌نماید. براین اساس، این معنا به ذهن متبادر می‌شود که منظور قانون‌گذار از واژه «ولی» در این ماده، همان پدر و جد پدری و وصی منصوب از جانب آنهاست. اما در رویه جاری بیمارستان‌های کشور، رضایت بستگان درجه یک بیمار و امضای فرم برائت‌نامه توسط آنان جهت اخذ برائت و معافیت پزشک از مسئولیت کفایت می‌کند. بنابراین سؤالات متعددی به شرح زیر مطرح می‌شود:

آیا منظور قانون‌گذار از ولی خاص، همان مفهوم ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، یعنی پدر، جد پدری و وصی منصوب از جانب آنان است یا با توجه به رویه معمول در بیمارستان‌ها، منظور بستگان درجه یک بیمار بوده و هنگام وضع این ماده، ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی مدنظر مقنن نبوده است؟ (اگرچه رویه و روش در عمل، دلیل بر حجیت آن فعل نیست؛ بلکه نشانگر نوعی ابهام و خلأ در مواد قانونی است) آیا اخذ برائت از بستگان درجه یک بیمار غیر از ولی خاص در بیمارستان‌های کشور، امری خلاف قانون بوده و موجب رفع مسئولیت کیفری پزشک نخواهد شد؟

با توجه به مطالب فوق، مسئله پژوهش حاضر این است که منظور قانون‌گذار از واژه

«ولی» در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی چیست؟ بررسی‌های فقهی و حقوقی از جمله تدقیق در موارد استعمال و استناد فقهای امامیه به آیه شریفه ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (انفال / ۷۵) که شاید حتی بتوان ادعا نمود که این آیه در این بحث به‌عنوان یک قاعده قابل استناد است و همچنین تأمل در رویه حاکم بر فضای پزشکی کشور در حال حاضر، این فرضیه را قوت می‌بخشد که منظور از ولی در این تبصره، ولی خاص (به مفهوم پدر و جد پدری و وصی منصوب از جانب آنان) نمی‌باشد؛ بلکه رضایت بستگان درجه یک بیمار از نظر فقهی و حقوقی صحیح و موجب معافیت پزشک از مسئولیت خواهد شد. لذا بیان واژه ولی خاص در این ماده، یک مسامحه از جانب قانون‌گذار بوده است.

۱. تبیین نظر فقها در خصوص مصادیق ولی بیمار

در مورد بیماران هوشیار، کسی که رضایت او برای درمان پذیرفتنی است، خود بیمار است. به عبارت دیگر، ولی بیمار هوشیار، خود اوست. دلیل بر این مطلب، قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم وأنفسهم» می‌باشد؛ بدین‌بین که گرفتن رضایت از خود شخص هوشیار، اولی است از دیگران، و اوست که باید رضایت برای درمان نفس خویش بدهد. در اینکه انسان با داشتن عقل و بلوغ، ولی خویش است، نظر مخالفی وجود ندارد. دلیل دیگر اینکه بیمار محجور نیست که نیاز به ولی داشته باشد و خودش در زمان حیاتش رضایت‌دهنده و تصمیم‌گیرنده برای خویش است.

در خصوص صغیر و مجنونی که جنونش متصل به صغر است، باید ولی شرعی آن‌ها (پدر و جد پدری) رضایت دهد و در صورت نبود پدر و جد پدری، قیم و وصی و در صورت فقدان قیم و وصی، حاکم شرع ولی آن‌هاست که باید رضایت به درمان دهد. در موردی که شخص مریض دارای عقل و شعور بوده، اما هوشیاری ندارد و ناهوشیار است، چه کسی به‌عنوان ولی او می‌تواند اذن به درمان دهد؟

در این مسئله باید به این نکته توجه داشت که برای درمان مریض، حالت اضطرار نباشد؛ بدین‌معنا که نیاز به درمان فوری برای حفظ جان و سلامت وی نباشد. اگر نیاز به درمان فوری برای مریض باشد، در صورت اضطرار به درمان، نیاز به گرفتن برائت و

رضایت نمی‌باشد و ادله اضطرار به‌عنوان دلیل ثانوی، حاکم بر ادله لزوم اخذ برائت و رضایت می‌باشد.

درخصوص چگونگی گرفتن رضایت برای بیماران ناهوشیار، دو نظریه از سوی فقها مطرح شده، که هر یک از این نظریه‌ها به‌نوبه خود جای دقت و تأمل دارد. این نظریه‌ها عبارت‌اند از:

- ۱- رضایت گرفتن از ولیّ شرعی (پدر و جدّ پدری) و در صورت نبود آن‌ها حاکم شرع؛
 - ۲- رضایت گرفتن از ولیّ عرفی اعم از پدر و جدّ پدری و سایر اقارب بیمار.
- در ادامه، این نظریه‌ها را به همراه ادله آن‌ها بیان و نقد و بررسی خواهیم کرد.

۱-۱. نظریه اول: ولیّ شرعی / قهری

قائلان به این نظریه، مقصود از ولیّ جهت اخذ رضایت بیماران ناهوشیار را ولیّ قهری (پدر و جدّ پدری و وصی منصوب از طرف آن‌ها) می‌دانند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۴/۳؛ آملی، ۱۳۸۰: ۳۷۷/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۱۲۴/۳). اگر پدر و جدّ پدری نبود، در مرحله بعد باید از حاکم شرع رضایت گرفته شود و در صورت عدم دسترسی به حاکم شرع، اولیاء نزدیک بیمار که از لحاظ تقوا مورد وثوق‌اند و از جهت درایت و عقل کامل هستند، از باب عدول مؤمنین، ولایت مریض را به عهده می‌گیرند (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۸).

از ظهور کلمه ولیّ در فقه استفاده می‌شود که اگر ولیّ بدون قرینه در حکم شرعی ذکر گردد، ظهور در ولیّ قهری (پدر و جدّ پدری) دارد. بنابراین مقصود از ولیّ در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا. که بدون قرینه ذکر شده، همان ولیّ شرعی است که ابتدا برای گرفتن رضایت باید به وی مراجعه شود و در صورت نبود ولیّ قهری باید به حاکم شرع رجوع گردد. دلیل بر این مطلب، قاعده «الحاکم ولیّ من لا ولیّ له» می‌باشد^۱ که این قاعده منقول از اهل سنت است و فقهای شیعه نیز در بخش‌های گوناگون فقه به این قاعده استناد کرده‌اند. براساس این قاعده در هر موردی که در شرع، ولیّ به‌صورت خاص تعیین نشده، حاکم ولیّ اوست که از آن به ولایت عام حاکم تعبیر می‌گردد

۱. فقها در موارد زیادی به این قاعده استناد کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۵۹/۲؛ ابن‌زهدری حلی، ۱۴۲۸: ۳۳۸/۱؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۳۶۱؛ آل بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۴۴/۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۸۵۷/۲).

(حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۶۲/۲). در نتیجه، بیمار عاقلِ بالغِ ناهوشیار که ولیّ شرعی ندارد، برای اخذ برائت باید به حاکم مراجعه کند.

به نظر می‌رسد که این قاعده (الحاکم ولیّ من لا ولیّ له) در موردی باشد که ولیّ شرعی برای شخص بیمار ناهوشیار وجود ندارد که در این صورت، ولیّ وی حاکم شرع است. اما با بررسی اقوال دیگر معلوم می‌گردد که درخصوص بیمار ناهوشیار، ولیّ خاص وجود دارد؛ بنابراین نوبت به ولیّ عام یعنی حاکم شرع نمی‌رسد. حاکم شرع در موردی ولایت دارد که شخص، اقارب و خویشاوند (ولیّ خاص) ندارد. در اینجا مقصود از ولیّ خاص، ولیّ خاصی است که در مقابل ولیّ عام به معنای حاکم شرع به کار می‌رود.

۲-۱. نظریه دوم: ولیّ عرفی و ورثه بیمار

قائلان به این دیدگاه بر این باورند که ولیّ عرفی در مقابل ولیّ عام قرار دارد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۶/۱؛ تبریزی، ۱۴۲۸: ۸/۴). ولیّ عرفی اعم از پدر و جدّ پدری (ولیّ خاص) و شامل مادر، همسر و سایر بستگان نیز می‌شود و در کتب فقهی برای ولیّ عرفی معمولاً به برادر و عمو مثال زده می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ب: ۱۵۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۲۷۱/۳۳).

۲. تحلیل و استدلال به جواز اخذ برائت از ولیّ عرفی

از مهم‌ترین دلایلی که می‌توان برای تعیین مصادیق ولیّ بیمار استدلال کرد و ولیّ عرفی را به‌عنوان ولیّ خاص معرفی نمود، عمومیت آیه شریفه «أولوالأرحام» می‌باشد که برفرض عدم پذیرش عمومیت، می‌توان از طریق تنقیح مناط استدلال نمود. از جمله دلایل دیگری که استدلال به این آیه را قوت می‌بخشد، قاعده لاضرر، ذی‌نفع بودن اقارب، قاعده عسر و حرج و مصلحت بیمار است که در ادامه، تحت عنوان سایر دلایل به بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۲-۱. مصادیق استدلال به آیه «أولوالأرحام»

۲-۱-۱. ارث

یکی از مهم‌ترین مواردی که به آیه «أولوالأرحام» استدلال شده، مبحث ارث است

که در زیر چند نمونه ذکر می‌گردد:

الف) ارث به قرابت است نه به مؤاخات و مهاجرت؛ به این بیان که در صدر اسلام شخصی به دیگری می‌گفت: خون من خون تو و مال من مال توست، یاری دهی مرا، یاری دهم تو را، و میراث بری از من، میراث برم از تو؛ پس عقد سوگند بر این معنا می‌بستند و از یکدیگر ارث می‌بردند. در همین رابطه، آیه ۳۳ سوره نساء^۱ نازل شد. البته این آیه بعداً منسوخ گشت و ارث بردن از طریق اسلام و هجرت شد و زمانی که مسلمانی فوت می‌کرد و اولاد مهاجر و غیرمهاجر از وی باقی می‌ماند، فقط اولاد مهاجر ارث می‌برد. در این رابطه هم آیه ۷۲ سوره انفال^۲ نازل شد که بعد از آن، این آیه هم به آیه ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ منسوخ گشت (ابن‌بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۲۳/۲؛ علامه حلی، بی‌تا: ۱۶۲/۲؛ مجلسی اول، ۱۴۰۰: ۱۸۶؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ۵۷۰/۲).

ب) با وجود طبقه اول (پدر، مادر و فرزندان)، طبقه دوم (پدربزرگ‌ها و مادربزرگ‌ها هرچقدر بالا روند و فرزندان هرچقدر پایین روند) ارث نمی‌برند و همین‌طور با وجود طبقه دوم، طبقه سوم (عموها و عمه‌ها، خاله‌ها و دایی‌ها) ارث نمی‌برند (مفید، ۱۴۱۳: ۶۹۲؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۷۸؛ همو، ۱۴۰۵: ۲۶۲/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷/۴).

ج) استحقاق ورثه به ردّ یعنی استحقاق ارث بیشتر از فریضه (سهم) به سبب نزدیک‌تر بودن وارث به میت نسبت به دیگران؛ به‌عنوان مثال، یک دختر در صورتی که در کنارش وارث دیگر یا زوجین نباشند، یک‌دوم‌ترکه را به فرض و نصف دیگر را به ردّ مستحق شده و مقدار زیادی به طبقه دوم داده نمی‌شود. به این نوع استحقاق، «استحقاق به ردّ» گفته می‌شود (مفید، ۱۴۱۳: ۶۸۳؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۶۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲/۴).

د) کسی که با دو سبب به میت نزدیک است، مانع از ارث بردن کسی می‌شود که فقط با یک سبب به او نزدیک است؛ مثلاً اگر میت دو پسرعمو دارد که یکی ابوینی و دیگری ابی یا امی تنهاست، پسرعمویی ارث می‌برد که پدرش با میت برادر ابوینی بوده‌اند؛ یعنی پدر و مادرشان یکی بوده است (مفید، ۱۴۱۳: ۶۹۲).

۱. ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ﴾.

۲. ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا﴾.

۲-۱-۲. تجهیز میت

دومین موردی که فقها به این آیه شریفه استدلال کردند، در بحث تجهیز میت، اعم از غسل، کفن و دفن می‌باشد که فقها در این باب می‌فرمایند: در تجهیز میت، کسی که اولی به ارث از میت باشد، در تجهیز نیز از دیگران اولی است. بنابراین اگر خود او خواست نماز بخواند یا کسی را برای نماز تعیین کند، مزاحمت او جایز نیست؛ بلکه بنابر اقوی صحت عمل دیگری مشروط به اذن اوست. بنابراین در بحث تجهیز، ولی میت یا باید خودش عمل را انجام دهد یا به دیگران اذن بدهد (طوسی، ۱۴۰۷: ۷۱۹/۱؛ همو، ۱۳۸۷: ۱۸۳/۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۲۵۴/۱؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۱۶۲/۱؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۸/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۷: ۳۳۱/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۹: ۳۰۳/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ الف: ۲۰۶/۴).

۲-۱-۳. نفقه اقارب در صورت تعدد منفق علیهم و عدم ملائت منفق

یکی دیگر از مصادیق استناد به آیه شریفه، بحث نفقه در صورت تعدد منفق علیهم می‌باشد. به این صورت که اگر افراد واجب‌النفقه متعدد باشند و منفق (نفقه‌دهنده) از نفقه دادن تمام افراد ناتوان باشد، فقها می‌فرمایند: نفقه به خویشاوندان نزدیک منفق تعلق می‌گیرد (الأقرب فالأقرب)؛ مثلاً اگر شخصی پدر و پدربزرگی داشته باشد که فقیر باشند و او توانایی انفاق هر دوی آنها را نداشته باشد، بر وی فقط نفقه پدر که از پدربزرگ به او نزدیک‌تر است، واجب می‌باشد. فقها دلیل خود را عموم آیه «أولوالأرحام» قرار داده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۶/۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۲۹۵/۲). درست است که در این بحث، سخنی از ولایت داشتن برخی افراد واجب‌النفقه بر برخی دیگر نیامده است، ولی با توجه به تصریح فقها بر عمومیت آیه، وجوب انفاق بر غیراقرب برداشته می‌شود.^۱ به نظر می‌رسد بر همین اساس در ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی مقرر شده است:

«اگر اقارب واجب‌النفقه متعدد باشند و منفق نتواند نفقه همه آنها را بدهد، اقارب در

۱. «إذا كان له أب وأبو أب معسرین، أو ابن وابن ابن معسرین، ومعه ما يكفي لنفقة أحدهما، أنفق على الأب دون الجد، وعلى الابن دون ابن الابن. دلیلتنا: أن الأب أقرب من الجد، وكذلك الابن أقرب من ابن الابن. وقال الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وذلك عام في كل شيء» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۶/۵)؛ «إذا كان له أب وأبو أب معسرین، أو ابن وابن ابن معسرین، ومعه ما يكفي لنفقة أحدهما، أنفق على الأب دون الجد، وعلى الابن دون ابن الابن، لقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وذلك عام في كل شيء».

خط عمودی نزولی، مقدم بر اقارب در خط عمودی صعودی خواهند بود».

فلسفه تقدم اقارب در خط عمودی نزولی در انفاق، بر اقارب در خط عمودی صعودی آن است که منفق سبب ایجاد آنان بوده است (امامی، بی تا: ۲۳۱/۵).

۴-۱-۲. حضانت

هرگاه پدر فوت کند، مادر هرچند شوهر کرده باشد، نسبت به حضانت فرزند از وصی پدر و از جمیع اقارب سزاوارتر است. همچنین هرگاه مادر فوت کند، پدر بر جمیع اقارب مقدم است. اما هرگاه پدر و مادر هر دو فوت کنند، در مسئله اختلاف است. مشهور معتقدند که حکم حضانت به ترتیب میراث به اقارب تعدی می کند و اقرب منع ابعد می کند. فقها دلیل خود را عموم و اطلاق آیه «أولوالأرحام» دانسته اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۳۶/۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۴۲/۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۰/۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۲/۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۳۰/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۹۵/۲؛ آل عصفور بحرانی، بی تا: ۴۰۰/۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۳/۳۱؛ انصاری، ۱۴۱۱: ۸۰/۲).

۵-۱-۲. کیفیت توزیع دیه بر عاقله

در مبحث ضمان عاقله، این بحث وجود دارد که آیا توزیع دیه بر مبنای طبقات ارث است؛ بدین معنا که با وجود طبقه نخست، بر طبقه دوم توزیع نمی شود، مگر در صورت نبود یا ناتوانی طبقه اول، یا اینکه در توزیع دیه تفاوتی بین نزدیک و دور نیست و از ابتدا دیه بین همه توزیع می گردد؟ مسئله محل اختلاف است. مشهور فقها نظریه نخست را پذیرفته اند. دلیل بر این نظر که عاقله ضمان نشان مثل ارث است، یعنی «الأقرب فالأقرب» ضامن هستند، عموم آیه شریفه «أولوالأرحام» می باشد (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۸۲/۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۱۷۸/۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۵۳۷/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۵۸۴/۱۶).

در این مورد و تمامی مصادیق ذکر شده، استدلال فقها به عمومیت آیه «أولوالأرحام» است و در کلام ایشان به عمومیت تصریح شده است.^۱

۱. شیخ مفید: «بوزع علی الأقرب فالأقرب حتی ینفذ العاقله. وبه قال الشافعی. دلیلنا علی أنه یبدأ بالأقرب فالأقرب، قوله تعالی: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وذلك عام فی جمیع الأشياء». شیخ طوسی: «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» وذلك عام».

۲-۲. استدلال به عمومیت آیه «أولوالأرحام» بر ولایت عرفی

از جمله دلایلی که می‌توان بر تبیین معنای ولیّ در ولیّ عرفی به آن استناد کرد، عمومیت آیه «أولوالأرحام» به‌عنوان یک قاعده فقهی و حقوقی است. باید اثبات گردد که این آیه مختص به یک باب یا چند باب فقهی نیست. آنچه از ظاهر الفاظ فقهی استفاده می‌شود، عمومیت و عدم اختصاص به باب خاص فقهی و حقوقی است. همچنین در موارد زیادی از کلام فقها از جمله در خلاف شیخ طوسی و بیان شیخ انصاری به این عمومیت تصریح کرده است.

شیخ طوسی در بحث فاضل دیه، ضمن اشکال و جوابی به این عمومیت تصریح کرده است. ایشان ابتدا آیه را به‌عنوان دلیل می‌آورد؛ آنگاه اشکالی مطرح می‌کند که چون مفضلّ علیه ذکر نشده است - یعنی خداوند متعال در آیه نفرموده که بعضی از اولوالارحام در چه چیزی بر دیگران اولویت دارند، در این صورت جایز است که مفضلّ علیه را بر اولویت در تجهیز میت، یعنی دفن، صلوات و غسل میت حمل کنیم. در جواب از این اشکال، شیخ می‌فرماید تخصیص نیاز به دلیل دارد و آیه را بر عموم حمل می‌کنیم (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲/۴) و همچنین شیخ انصاری در کتاب الطهاره بیان می‌دارد: از اینکه شارع مقدس بیان نکرده که بعضی از خویشان در چه چیزی بر بعضی دیگر اولویت دارند، اولویت اولوالارحام در همه چیز (عمومیت) استفاده می‌شود^۱ (انصاری، ۱۴۱۵ الف: ۲۰۶/۴). فقها درخصوص تعیین مصادیق ولیّ در مسئله مزبور بیان می‌دارند: به دلیل آیه شریفه «أولوالأرحام»، اقوام و اقارب به ترتیب مقرر در ارث ولایت دارند. چگونگی استدلال به کلام فقها جهت تعیین مصادیق ولیّ بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، عموم این آیه است که بسیاری از فقها به عمومیت ولایت برخی اولوالارحام تصریح کرده^۲

۱. «وَأُولَى النَّاسِ بِغَسَلِهِ بِلِجْمَعِ أَحْكَامِهِ، أَوْلَاهُمْ بِمِيرَاثِهِ بِلَا خِلَافٍ كَمَا فِي الْحَدَائِقِ نَصًّا وَفَتْوَى بِلِجْمَاعًا... لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾، بِنَاءِ عَلَيَّ أَنَّ الْمُرَادَ الْأَوْلِيَّةَ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ حَتَّى الْأُمُورِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِتَجْهِيزِهِ لَا خِصُوصَ إِرْثِهِ. وَيَشْهَدُ لِلتَّعْمِيمِ الْمَذْكُورِ، حَذْفُ الْمُتَعَلِّقِ الْمُعْتَصِدِ بِاسْتِدْلَالِ الْفُحُولِ بِهَا فِي الْمَقَامِ».

۲. «دَلِيلُنَا: إِجْمَاعُ الْفِرْقَةِ، وَأَيْضًا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾، وَذَلِكَ عَامٌّ فِي كُلِّ شَيْءٍ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۷۱۹/۱)؛ «مَنْ كَانَ أَوْلَىٰ بِمِيرَاثِهِ، كَانَ أَوْلَىٰ بِالصَّلَاةِ عَلَيْهِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وَذَلِكَ عَامٌّ» (همو، ۱۳۸۷: ۱۸۴/۱)؛ «قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ يَدُلُّ بِعُمُومِهِ عَلَيَّ أَنَّ أَحَقَّ النَّاسِ بِالصَّلَاةِ عَلَيَّ عَلَى الْمَيِّتِ وَوَلِيَّهُ وَهُوَ أَوْلَىٰ بِهَا مِنْ غَيْرِهِ» (راوندی، ۱۴۰۵: ۱۶۲/۱).

و از این عمومیت، ولایت بعضی از اقارب و خویشان نزدیک را بر برخی دیگر به ترتیب مقرر در ارث اثبات نموده‌اند. بنابراین عمومیت آیه ثابت می‌شود، مگر درجایی که دلیل خاصی عمومیت آیه را تخصیص بزند؛ مانند ولایت بر صغیر یا مجنون که بر عهده پدر و جدّ پدری است.

اگر عمومیت و شمول آیه «أولو الأرحام» پذیرفته نگردد و گفته شود که آیه مختص به یک یا چند باب فقهی است، می‌توان با تنقیح مناط گرفتن از آیه، ولایت برخی از خویشان را بر برخی دیگر (ولایت عرفی) اثبات کرد.

۲-۳. استدلال به آیه از طریق تنقیح مناط

۲-۳-۱. تنقیح مناط موجود در آیه «أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض» دالّ بر جواز اخذ برائت از ولیّ عرفی

تنقیح مناط عبارت است از دست یافتن به متعلق حقیقی حکمی و تبیین و استخراج آن حکم از درون نصوص با کمک قرائن (جبعی عاملی، ۱۳۶۰: ۱/۲۲۴).
به تعبیری دیگر:

«منظور از این نوع قیاس این است که علت حکم در ذیل آن از طرف شارع بیان نمی‌شود؛ ولی مجتهد با قدرت فهم و تشخیص ذهن خود، نزدیک‌ترین علت را استنباط نموده و براساس آن قیاس می‌کند. مثلاً می‌دانیم حضرت رسول ﷺ فرموده است: در هنگام سفر سوار بر شتر جایز است که نماز نافله خوانده شود. مجتهد در اینجا می‌بیند که شتر خصوصیتی ندارد؛ بلکه به نظر می‌رسد که مطلق [مركب] منظور حضرت بوده است. در این صورت نتیجه می‌گیرد که در حالت سواری، چه سوار بر اتومبیل و چه هواپیما نیز می‌توان نماز نافله را به جای آورد» (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۲/۱۷۲).

تنقیح مناط یعنی فقیه در حقیقت خصوصیات و ویژگی‌هایی را که در استنباط حکم دخالتی نداشته است، از حکم جدا کرده و مناط را استخراج می‌کند و در موضوع دیگری که دارای همان ملاک و مناط است، حکم موجود را جاری می‌سازد. در فقه امامیه در موارد متعددی به آیه شریفه «... وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...» که

در آیه ۷۵ سوره انفال^۱ و آیه ۶ سوره احزاب^۲ وارد شده، استدلال شده است؛ از جمله در باب ارث بر ثبوت ارث برای ارحام و طبقه‌بندی آنان به میزان خویشاوندی‌شان و نیز در مسئله حضانة بر اولویت هریک از پدر و مادر نسبت به حضانة کودک در صورت مرگ دیگری و پاره‌ای مسائل دیگر مانند اولویت وارث نسبت به غیروارث در تجهیز و نماز میت و... .

۲-۳-۲. روش‌های تنقیح مناط

روش اول- شم فقاہت: گستره فکری فقیه و احاطه او به مبانی فقهی و قدرتش بر استنباط احکام، قدرتی به وی می‌دهد که بتواند مناط حکم را تشخیص دهد. میرزای نائینی در بحث بیع و تعدی آن به عقود معاوضی، استنباط مناط را منوط به شم فقیه می‌داند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳/۳۵۸).

روش دوم- تناسب حکم و موضوع: فقیه در مواردی با ملاحظه تناسب میان حکم و موضوع، مناط را استفاده می‌کند. فقہایی مانند آیه‌الله بروجردی و امام خمینی با استناد به تناسب حکم و موضوع از این روش استفاده کرده‌اند (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۶: ۱۶۶؛ یزدانی و صابری، ۱۳۸۹: ۱۲۹).

روش سوم- فهم عرفی: مراد از عرف، عرف بدون مسامحه و دقیق است. می‌توان برای فهم عرف هم به تبادل اشاره کرد (عظیمی گرکانی، ۱۳۹۱: ۱۴۵).

۲-۳-۳. تنقیح مناط با تحلیل عرفی اولویت

از جمله علمایی که به تنقیح مناط از آیه شریفه استفاده کرده، صاحب تفسیر شاهی

۱. «وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَجْرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»؛ و کسانی که بعداً ایمان آوردند و هجرت کردند و با شما جهاد نمودند، از شما هستند؛ و خویشاوندان نسبت به یکدیگر، در احکامی که خدا مقرر داشته، [از دیگران] سزاوارترند؛ خداوند به همه چیز داناست.

۲. «الَّتِي أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا»؛ پیامبر نسبت به مؤمنان از خودشان سزاوارتر است؛ و همسران او مادران آنها [مؤمنان] محسوب می‌شوند؛ و خویشاوندان نسبت به یکدیگر از مؤمنان و مهاجران در آنچه خدا مقرر داشته اولی هستند، مگر اینکه بخواهید نسبت به دوستانان نیکی کنید [و سهمی از اموال خود را به آنها بدهید]؛ این حکم در کتاب [الهی] نوشته شده است.

است. ایشان ضمن استدلال به آیه می‌فرماید:

«اولویت در ارث به‌عنوان تنقیح مناط است؛ به این معنا که مستفاد از آیه، اولویت بعضی اولوالارحام در موضوع ولایت نیست مگر از جهت تقدم رتبه اول از رتبه ثانیه و لاحق، و بدیهی است که ولایت در ارث هم نوعی از اقسام مطلق ولایت است، پس به همان علت در ارث هم ترتب و تقدم طبیعی باید ملاحظه شود» (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ۵۷۵/۲).

برای استدلال به این آیه با تنقیح مناط از روش فهم عرفی می‌توان چنین بیان داشت که قرابت و نزدیکی در نسب و در سبب دارای نوعی امتیاز و مسئولیت است که در آیه «أولوالأرحام»، همین فهم عرفی ملاک قرار داده شده و این ملاک از آیه در مباحث مختلف شرعی به تفصیل بیان شده است؛ مثلاً در باب ارث ذکر شده اشخاصی که قرابت نزدیک‌تر به میت به لحاظ نسبی یا سببی دارند، این افراد ارث می‌برند. قرابت و نزدیکی خویشاوندان در متون شرعی با طبقات مختلف (به‌عنوان مثال جایی که فرزند میت زنده است، برادر وی ارث نمی‌برد) و درجات مختلف (به‌عنوان مثال جایی که فرزند زنده است، نوه ارث نمی‌برد) مشخص شده است. پس در اینجا نزدیکی قرابت به میت، سبب ارث بردن می‌شود. در مورد میت که به این آیه استدلال شده، ملاک در آن نزدیکی در قرابت است و شخصی که از میت ارث می‌برد، مسئولیت تجهیز میت را نیز دارد.

همچنین درخصوص نفقه نیز به این آیه استدلال شده که نزدیک بودن در خویشاوندی را ملاک قرار داده است؛ بدین صورت که اگر افراد واجب‌النفقه متعدد باشند و شخص نفقه‌دهنده فقط قدرت نفقه دادن به یک نفر را داشته باشد، نفقه به شخص اقرب به منفق‌علیه تعلق می‌گیرد. در بحث حضانت نیز اگر پدر و مادر هر دو فوت کرده باشند، حضانت فرزند به اولوالارحام با توجه به طبقات ارث می‌رسد. در اینجا نیز نزدیکی در قرابت، طبق آیه سبب ولایت شده است. در تمام مواردی که در فقه به این آیه استدلال شده است، نزدیکی در خویشاوندی به‌عنوان ملاک و مناط برای اینکه شخص دارای مسئولیت گردد و یا سود و کالایی به وی برسد، ملاک قرار داده شده است (تبریزی، ۱۴۱۷: ۴۷۹).

در خصوص ولی بیمار نیز می‌توان به این آیه استدلال کرد و تمامی کسانی که از شخص ارث می‌برند و حق قصاص دارند، در طبقات ارث حق اذن در معالجه و برائت ذمه طبیب در صورت اتلاف را دارند. بنابراین باید ملاحظه شود که در طبقه اول یعنی پدر، مادر، همسر و فرزندان اگر باشند، این موارد اجازه دادن اذن در معالجه را دارند و در صورت نبود طبقه اول، نوبت به طبقه دوم می‌رسد. بنابراین با تنقیح مناط از این آیه، می‌توان در تبیین معنای ولی، به ولی عرفی در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی استناد نمود. امروزه با توجه به تحولاتی که در جوامع و کشورها به وجود آمده است و همچنین تغییراتی که در خصوصیات و شرایطی که زنان در سطح جوامع دارند، باید پذیرفت که مادر و همسر افراد بیمار به‌عنوان یکی از اقارب که تمام مصالح بیمار را غالباً در نظر می‌گیرند، یکی از مهم‌ترین مصادیق ولی عرفی خواهند بود. بنابراین مانعی ندارد که در این مفاهیم حقوقی مانند ولایت، قائل به تحول شویم و برای فرزندی که پدر ندارد یا فعلاً در دسترس نیست و کسی که همسر عاقل و بالغی دارد، بتوان در این موارد هم از مناط فقهی که همان خویشاوندی و اقارب است، استفاده کرد.

۲-۴. سایر دلایل دال بر جواز اخذ برائت از ولی عرفی

۲-۴-۱. قاعده «لاضرر» دلیل بر جواز اخذ برائت از ولی عرفی

در فقه اسلامی، قاعده مشهوری با عنوان «لاضرر» وجود دارد که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله نیز به شدت از اضرار به دیگران نهی کرده است و بر طبق آن، ضرر زدن به شخص یا اشخاص به هیچ وجه روا نیست. برای دانستن اینکه «لاضرر» می‌تواند مبنای توسیع مصادیق ولی بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا. قرار گیرد، نخست باید مفاد قاعده مورد بررسی قرار گیرد؛ زیرا بسته به اینکه «لاضرر» صرفاً حکمی تکلیفی را اثبات کند و یا اعم از تکلیفی و وضعی را، در بحث کنونی به نتایج متفاوتی می‌انجامد. باید توجه داشت که در مواردی، رفع ضرر با ولایت حاکم و اخذ رضایت یا برائت پزشک از وی منتفی می‌شود. البته این کلی نیست؛ زیرا از آنجایی که اقارب بیمار نسبت به شرایط و وضعیت اقتصادی، خانوادگی، اجتماعی و... بیمار آگاهی بیشتری دارند، به‌ویژه اینکه اقارب غالباً همان وراث هستند که هزینه بیمارستان و آبروی بیمار به آن‌ها بازگشت

دارد؛ یعنی اگر بیمار متمولی نزد بیمارستان ضعیفی ارجاع داده شود یا پزشک بی تجربه‌ای وی را جراحی نماید یا برعکس، خانواده بیمار دارای شرایط اقتصادی ضعیفی باشند که انجام عملیات جراحی در بیمارستان‌های خصوصی و پزشکان گران‌قیمت، خانواده بیمار را سخت تحت فشار قرار می‌دهد و رضایت و برائت حاکم، ضرر را به‌طور کلی دفع نمی‌نماید و کماکان موضوع ضرر باقی است. لذا استناد به قاعده «لاضرر» در صورتی صحیح به نظر می‌رسد که ولایت حاکم و اخذ رضایت یا برائت از وی هم دفع ضرر ننماید.

در خصوص قاعده مزبور، هفت قول وجود دارد که در زیر به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۴-۱-۱-۲. قول اول و دوم: نفی حکم ضرری و نفی حکم به لسان نفی موضوع

مطابق قول اول، مراد از «لاضرر» این است که شارع هیچ حکم ضرری جعل و تشریح نکرده است (انصاری، ۱۴۱۹: ۵۳۶/۲).^۱ به تعبیر دیگر، هر حکمی که منشأ و مولد ضرر باشد، در اسلام مرتفع است.

مطابق قول دوم، مراد از «لا ضرر ولا ضرار» نفی حکم به لسان نفی موضوع است، از قبیل «لا ربا بین الوالد والولد»؛ بدین بیان که اگرچه در روابط مالی پدر و فرزند، ربا به معنای زیاده حقیقتاً وجود دارد و لیکن حکم آن یعنی حرمت برداشته شده است. در «لاضرر» هم احکامی که بر موضوعات ضرری بار می‌شوند، برداشته می‌شوند؛ به عنوان مثال، حکم وجوب از وضوی ضرری برداشته شده است (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱: ۳۸۱).

اگرچه ساختار بیانی این دو قول متفاوت بوده، لیکن از حیث نتیجه در اغلب موارد یکسان هستند. البته برخی کوشیده‌اند فرقی‌هایی را میان این دو خوانش از لاضرر ذکر کنند که ورود به این بحث با مقصد این مقاله چندان مرتبط نیست (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۹۵/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۴۹/۱).

در راستای این دو نظریه، نظر یکی از فقیهان معاصر مطرح است که بیان می‌دارد: آنچه در اسلام مرتفع است نفس ضرر است؛ لیکن این تعبیر، کنایه از این است که عمل ضرری در اسلام تشریح نشده است و هیچ اقدام و رفتار ضررباری مورد رضایت و

۱. «أنَّ هذه القاعدة تدلّ على عدم جعل الأحكام الضرريّة واختصاص أدلّة الأحكام بغير موارد الضرر».

قبول شارع اسلام نیست. چنین برداشتی در نتیجه عمدتاً با قول شیخ انصاری و آخوند خراسانی متحد است، جز اینکه این فقیه با محدود دانستن موضوع حدیث لاضرر به ضررهای حاصل در روابط آدمیان، عبادات ضرری همچون وضو و روزه ضرری را از شمول قاعده خارج دانسته است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۶۷/۱-۶۸).

به نظر می‌رسد براساس این دو قول، «لاضرر» بتواند مبنای توسیع مصادیق ولیّ بیمار شود؛ زیرا همان‌طور که با «لاضرر» وجوب وضوی ضرری برداشته شده است، در مانحن‌فیه هم وجوب اخذ رضایت‌نامه و براءت‌نامه از ولیّ خاص شرعی که به ضرر بیمار انجامد، توسط لاضرر برداشته می‌شود، لیکن این به‌تنهایی در توسیع مؤثر نیست. بنابراین دو خوانش اخیر از لاضرر مستقیماً مبنای توسعه مصادیق ولیّ بیمار محسوب نمی‌شود، مگر با افزودن مقدماتی دیگر که خارج از مدلول لاضرر است.

۲-۱-۳. قول سوم: نفی ضرر غیرمتدارک

مطابق این قول، از آنجا که ضرر هیچ‌وقت از ساحت زندگی بشر نکویناً و واقعاً برچیده نمی‌شود، آنچه حیثیت تشریعی پیدا می‌کند آن است که در شرع اسلام، ضرر غیرمتدارک وجود ندارد (نراقی، ۱۴۱۷: ۴). حاصل معنای فوق، حکم به وجوب تدارک و جبران ضرر است؛ به‌عنوان مثال، بیع غبنی مصادق ضرری است که توسط شارع با اثبات خیار غبن برای مغبون تدارک شده است. در توسعه مصادیق ولیّ بیمار هم ضرر غیرمتدارک وجود ندارد و عامل زیان‌زننده بایستگی آن را جبران نماید. براین اساس «لاضرر» مبنای مسئولیت مدنی و یکی از اسباب ضمان است و نمی‌تواند مبنای توسیع واقع شود.

۲-۱-۴. قول چهارم: نفی از اضرار

مفاد لاضرر نفی تحریمی است؛ نظیر: «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۳۸۵: ۲۴). بدین معنا که در حج، رفث و فسوق و جدال نباید واقع شود.

به نظر می‌رسد طبق این خوانش، «لاضرر» نمی‌تواند مبنای توسیع مصادیق ولیّ بیمار قرار گیرد؛ زیرا توسیع مصادیق ولیّ بیمار جهت اخذ رضایت و براءت حکمی وضعی

است، نه تکلیفی. به عبارت دیگر، طبق این احتمال «لاضرر» فقط حکم تکلیفی تحریمی را اثبات می‌کند نه یک حکم وضعی را؛ درحالی‌که توسعه مصادیق ولی بیمار در مقوله احکام وضعی شناسایی می‌شود.

۲-۴-۱-۵. قول پنجم: نهی حکومتی و سلطانی

مطابق این قول، مفاد «لاضرر» نهی حکومتی و سلطانی است؛ به این معنا که حاکم اسلامی هر جا زمینه ضرر را بیابد، با به‌کارگیری اختیارات حاکمیتی خود مداخله کرده و فاعل ضرر را از این کار بازمی‌دارد. این برداشت مبتنی بر این فرضیه است که اوامر و نواهی شارع در سه جایگاه صادر می‌شود: ۱- جایگاه تشریح و تبلیغ، ۲- قضاوت و داوری، و ۳- ولایت و حکومت، و لاضرر از قسم سوم و دربردارنده حکم ولایی است. گواه بر این برداشت اینکه در قضیه معروف حدیث لاضرر، مرد انصاری صاحب بیت و سمره جهت قضاوت نزد پیامبر ﷺ آمدند که پیامبر در مقام حاکم حکم بفرماید، وگرنه می‌دانستند که حکم را بایستی خداوند متعال بیان کند و چه بسا حکم کلی ضرر هم بر آنان آشکار بود؛ رجوع آنان به پیامبر برای این بود که ایشان حکم حکومتی صادر کنند و نقش خود را به‌عنوان سرپرست جامعه اسلامی ایفا نمایند (موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۵۰/۱؛ سبحانی، ۱۳۸۱: ۱۱۷/۳-۱۲۶).

چنانچه در این برداشت، ظرفیت دلالتی لاضرر در صدور حکم ناهی از ضرر خلاصه نشود و همه اقدامات بازدارنده برای جلوگیری از ضرر را شامل شود، آنگاه می‌توان گفت کنش‌های حوزه تقنین و اجرا جملگی با نقش بازدارنده در شمول معنای لاضرر قرار می‌گیرد و توسیع مصادیق ولی بیمار هم از این قبیل است. مؤید این برداشت اینکه در جریان قضیه سمره بن جندب در روایت «لاضرر»، پیامبر اسلام ﷺ به‌صورت مرحله‌ای عمل نمود و پس از اینکه اندرز و موعظه و نهی و بازداشتن ایشان مؤثر واقع نشد، دست به اقدام عملی زد، درخت سمره را از جا کند و به‌سوی وی پرتاب کرد. این از جا کردن درخت در آن قضیه، نوعی مجازات در برابر لجبازی و سرپیچی سمره و اصرار وی بر تداوم اضرار به غیر محسوب می‌شد.

نکته دیگر اینکه بر پایه نظریه ولایت فقیه، دامنه اختیار در صدور اوامر و نواهی

حکومتی و سلطانی، فقیه مبسوط‌الید را نیز در بر می‌گیرد؛ حتی در فرض عدم تمامیت نظریه ولایت فقیه به نظر می‌رسد در فرض ولایت مؤمنان عادل و یا حکمرانان عاقل هم پذیرش اختیارات حکومت در زمینه پاسداری از حقوق و ثروت‌ها و مواهب عمومی دور از ذهن نیست. تنها نکته اساسی این است که مبتکر این نظریه، مفاد لاضرر را نهی حکومتی دانسته و از این حیث به خودی خود دستاوردی در مسئله توسیع مصادیق بیمار به بار نمی‌آورد، مگر اینکه این دیدگاه ویرایش شود و لاضرر اختیارات تامّ و همه‌جانبه در همه حوزه‌های مقابله با ضرر به حاکم اسلامی بیخشد؛ اعم از تقنین، اجرا، مدنی، کیفری و....

۲-۱۴-۱.۶. قول ششم: تفکیک بین دو فقره لاضرر و لاضرار

طبق این قول، مفاد فقره «لاضرر» نفی حکم ضرری است، با این بیان که هرگونه ضرری از ناحیه تشریح منتفی است و مفاد «لاضرار» نهی تحریمی است (ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۳۲/۱؛ نیز ر.ک: حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۳۴). مبتکر این قول به این نکته نیز توجه داده که تحریم اضرار بدون تشریح ابزارهای بازدارنده و جلوگیری کننده از حدوث ضرر، عقلایی نیست؛ بنابراین نهی از اضرار مستلزم همه اقدامات تشریحی است که مانع از بروز ضرر و یا بقای آن شود (ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۳۲/۱). چنین توضیحی، راه را برای استناد به عبارت «لاضرار» در توسعه مصادیق ولیّ بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا.م می‌گشاید.

۲-۱۴-۱.۷. قول هفتم: نفی ضرر شخصی و نوعی در مرحله انشاء و اجرای احکام

پرسش این است که اگر ضرر حاصل به سبب عدم حکم یا خلأ قانونی باشد، آیا با استناد به «لاضرر» می‌توان به این نتیجه رسید که لاضرر نقش سازنده حکم بر عهده گرفته و با جعل حکم و قانون مؤثر در صدد است زمینه ضرر را از بین ببرد؟ در این خصوص میان فقها اختلاف نظر است؛ عده‌ای معتقدند که اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر، مستلزم تأسیس فقه جدید است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۲۱/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۹۲/۵). در مقابل، برخی دیگر از فقها عمومیت قاعده لاضرر بر امور عدمی را پذیرفته و به موجب آن از جمله در مسئله حرّ مجبوس، حکم به ضمان کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۶۰/۱). لازم به ذکر است که جایگاه امور عدمی یا «عدم حکم» از موضوعات مهم و از

چالش‌های تأثیرگذار در فقه به شمار می‌رفته است. اما با توجه به اینکه اسلام عبارت است از مجموع قواعد و مقررات شرعی که خداوند برای زندگی مردم اعتبار کرده است، این قواعد و مقررات نباید صرفاً به احکام وجودی اختصاص داشته باشد؛ بلکه باید امور عدمی را نیز شامل گردد. بنابراین در مواردی که نص و حکمی وجود ندارد و در اصطلاح حقوقی، شارع در قضیه مطروحه ساکت است و این سکوت منجر به ضرر می‌گردد، قاعده لاضرر منبع عمده‌ای برای ثبوت احکام الزام‌آور است. بدین وسیله لاضرر می‌تواند راهگشای مشکلات نوپیدا باشد. ضمن اینکه در صدر اسلام، موضوع پزشکی و عملیات جراحی همچون زمان حاضر نبوده است؛ پس باید گفت که عدم توسعه مصادیق ولی بیمار در برخی موارد موجب پدید آمدن اضرار غیرقابل جبران برای بیمار و خانواده وی می‌گردد؛ نظیر افزایش هزینه‌های درمان، اطاله روند درمان و چه بسا تشدید بیماری و حتی تلف شدن بیمار. خلاصه اینکه سکوت تشریحی با مذاق شرع در نفی تشریحی ضرر مغایر بوده، و پذیرش شمول قاعده لاضرر در عدمیات جبران‌کننده این خلأ و کاستی است. نتیجه اینکه قاعده «لاضرر» تضمین‌کننده و حمایت‌کننده حقوق عمومی در مقابل هرگونه ضرر است. از آنجا که مشروعیت نداشتن ضرر تمام زوایای زندگی اجتماعی را در بر می‌گیرد، لذا باید وارد مرحله تقنین و اجرا شود. بدین صورت که قانون نه تنها به لحاظ محتوایی و اجرایی نباید موجب ضرر و زیان عموم مردم شود، بلکه باید از حقوق عموم مردم نیز حمایت کند. بی‌تردید به خطر افتادن سلامتی افراد به سبب عدم توسعه مصادیق ولایت بر بیمار و محدود ساختن آن به پدر و جد پدری، بدترین ضرری است که می‌توان تصور نمود، بنابراین حق مسلم جامعه است که با داشتن قوانینی کارآمد، نه تنها از حقوق خود در برابر چنین خسارت‌هایی حمایت کند، بلکه اساساً مانع از بروز چنین زیان‌هایی شود.

۲-۴-۲. ذی‌نفع بودن اقارب، دلیل بر جواز اخذ برائت از ولی عرفی

ولی که از وی برائت گرفته می‌شود، باید کسی باشد که حق مطالبه قصاص و دیه را در صورت تلف و مرگ بیمار داشته باشد. بنابراین کسی که حق مطالبه دیه و قصاص را در صورت تلف دارد، همان کسی است که باید از او برائت گرفته شود (مدنی کاشانی،

۱۴۰۸: ۵۱). به عبارتی دیگر، کسی که از بیمار ارث می‌برد (من به السلعة)، همان شخص می‌تواند اذن در درمان و یا براءت پزشک دهد (تبریزی، ۱۴۱۷: ۴۷۹).

به نظر می‌رسد این دلیل، خود مدعاست؛ زیرا ارث بردن و داشتن حق قصاص برای داشتن مسئولیت، قاعده نمی‌باشد. از طرفی کسانی که این دلیل را بیان نموده‌اند، دلیل خاصی از روایات ذکر نکرده‌اند. بنابراین استدلال به این دلیل، خالی از اشکال نیست. البته شاید بتوان با پذیرش سایر دلایل، این مورد را به‌عنوان مؤید پذیرفت.

۲-۴-۳. قاعده عسر و حرج، دلیل بر جواز اخذ براءت از ولی عرفی

معنای عسر در لغت، سختی، مشقت، صعوبت و فقر است (مقری فیومی، بی‌تا: ۴۰۹/۲) و حرج در لغت به معنای تنگی و تنگنا و ضیق آمده است (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۴۰۰/۲؛ فیروزآبادی، بی‌تا: ۱۲۶/۲). مراد از عسر و حرج، مشقت غیرقابل تحمل برحسب عادت است که موجب رفع تکلیف از مکلف می‌شود (جمعی از مؤلفان، ۱۳۸۲: ۶۷۹/۲). برای آشکار شدن معنای حرج و تفاوت آن با عسر، چهار مرحله برای تکالیف ذکر شده است:

مرحله اول: سعه و سهولت؛

مرحله دوم: عسری کمتر از تنگنا و مشقت؛

مرحله سوم: تنگنا و مشقت قابل تحمل؛

مرحله چهارم: تنگنا و مشقت غیرقابل تحمل (مالایطاق) (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۸۵).

به نظر می‌رسد که قاعده عسر و حرج شامل دو مرحله آخر می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۷۹/۱). ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۸۱/۲).

اگر قائل شویم که مقصود از ولی در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، ولی قهری یا شرعی است، این خود به‌نوعی سبب مشقت و در تنگنا قرار دادن ولی بیمار می‌گردد؛ چراکه به‌طور معمول پدر و جد پدری کهن‌سال بوده و ممکن است در شهر یا روستای دیگری زندگی کنند. اینکه اخذ براءت مختص پدر و یا جد پدری دانسته شود، این حکم عرفاً سبب مشقت و سختی می‌گردد. بنابراین اختصاص براءت به پدر و

جدّ پدري نوعاً سبب مشقت و سختی برای بیماران است و حال آنکه در تکالیف حرجی، خود تکلیف از انگیزه‌ها و سبب‌های مخالفت است و چیزی که موجب گناه و عصیان گردد، خود تکلیف است (همین عسر و حرج است که موجب شده رویه عملی بیمارستان‌ها و درمانگاه‌ها براءت و رضایت از اقربای بیمار را کافی بدانند) و وضع چنین تکلیفی از شارع بلندمرتبه که حکیم نیز هست، محال است. به عبارت دیگر، از آنجا که بیشتر مکلفان به دنبال به دست آوردن رضایت خداوند نمی‌باشند و فقط از ترس عقاب، اقدام به انجام دادن تکلیف می‌کنند و اگر به امر مشکل و سختی مکلف گردند، از انجام دادن آن امتناع می‌ورزند و در نتیجه مرتکب گناه و معصیت گردیده، مستحق غضب و سخط شارع می‌گردند، قانونگذاری چنین احکامی با لطف خداوند متعال سازگار نمی‌باشد؛ زیرا سبب دور شدن بندگان از درگاه او می‌گردد (تبریزی، ۱۳۶۹: ۱۱۱/۱). با توجه به اینکه تکلیف به اخذ براءت، تکلیفی عسر و حرجی است، می‌توان گفت که مقصود از روایت در این باب و تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، ولیّ قهری نمی‌باشد که سبب تکلیف به عسر و حرج گردد.

۲-۴-۴. مصلحت دلیل بر جواز اخذ براءت از ولیّ عرفی

از نگاه فقهای شیعه، همه دستورات و احکام شرع ثبوتاً براساس مصالح و مفاسد بنا گردیده‌اند. یکی از راه‌هایی که موجب به دست آوردن مقصود شارع می‌شود، مصلحت است (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۳۸۱). مصالح مقصود شارع عبارت‌اند از: ۱- حفظ دین، ۲- حفظ نفوس، ۳- حفظ عقول، ۴- حفظ نسل، ۵- حفظ اموال (همان).

به‌طور کلی در ابواب فقه، هرکجا از ولایت مسئله‌ای مطرح شده است، به همراه آن از مصلحت و مصلحت‌بینی ولیّ هم سخنی به میان آمده است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۷۸/۲)؛ زیرا همان‌طور که امام راحل نوشته است:

«اصل اولی در هر ولایتی این است که مقید به رعایت مصلحت باشد» (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۲۶/۲).

گرچه نمی‌توان به‌وسیله این قاعده، حکم اولیه وضع نمود، زیرا مصلحت ذاتی امور واضح نیست، ولی می‌توان در تفسیر احادیث برای وضع احکام با توجه به این قاعده

عمل نمود؛ به این معنا که وقتی در معنای حکمی شک شود، با توجه به این قاعده، تفسیر به معنایی که دارای مصلحت است، مورد لحاظ قرار می‌گیرد؛ زیرا کلیه احکام الهی براساس مصلحت و مفسده بنا شده‌اند.

بنابراین مصلحت افراد اقتضا می‌کند که در وضع قانون برای اشخاص، مصلحت آن‌ها چه از جهت سلامتی و چه از جهت مالی در نظر گرفته شود. اما اگر حکم شود که ولیّ قهری باید برای اذن در درمان و براءت ذمه طیب بیاید، به صورت معمول سبب می‌شود که روند درمان بیمار طولانی‌تر گردد و اطاله روند درمان در برخی از موارد، سبب وخیم‌تر شدن حال بیمار و هزینه‌بردار شدن برای وی می‌گردد. به عنوان مثال، کسی که به خاطر عدم دسترسی به پدر، با برادر خود جهت درمان به بیمارستان مراجعه می‌کند، منوط کردن عملیات جراحی و درمان به رضایت ولیّ سبب اطاله مدت بستری بیمار در بیمارستان و پرداخت هزینه اضافی برای بیمار می‌گردد. همچنین طولانی‌تر شدن بستری بیمار سبب ازدحام بیشتر بیماران در بیمارستان‌ها شده که این خود به نوعی ضرر برای دیگر بیماران محسوب می‌گردد.

نکته‌ای که ذکر آن در پایان ضروری به نظر می‌رسد، پاسخ به این سؤال است که برای رضایت و براءت، آیا جمع همه خویشاوندان لازم است یا اینکه رضایت یا براءت یکی از آن‌ها کفایت می‌کند؟ به نظر می‌رسد با توجه به قاعده عسر و حرج و مصلحت بیمار، نیاز نیست که همه خویشاوندان برای رضایت و براءت حضور داشته باشند؛ بلکه رضایت و براءت یکی از آن‌ها با رعایت مصلحت بیمار کفایت می‌کند و دیگران نیز حق اعتراض به رضایت او را ندارند؛ مگر اینکه رضایت برخلاف مصلحت بیمار باشد.

نتیجه‌گیری

واژه ولیّ در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی به صورت مبهم ذکر شده است. لذا با توجه به اینکه این تبصره از متون فقهی گرفته شده است، برای تفسیر آن به کلمات فقها مراجعه می‌شود. فقها در موارد متعددی به آیه شریفه «أولوالأرحام» استناد کرده‌اند؛ از جمله در کتاب ارث، تجهیز میت، نفقه در صورت عدم توانایی منفق و تعدد منفق علیه با تفاوت در رتبه، حضانت و توزیع دیه بر عاقله. در تمامی این موارد،

مسئله‌ای که می‌توان در آن برای اثبات معنا و مصداق ولیّ بیمار استفاده کرد، عمومیتی است که فقها در موارد فوق به آن تصریح کرده‌اند. بنابراین مشخص می‌شود که آیه مذکور دارای عمومیت است و تا وقتی که دلیلی بر تخصیص وجود نداشته باشد، این عمومیت دلالت بر ولایت دارد. برفرض عدم پذیرش عمومیت آیه می‌توان به روش تنقیح مناط از ابواب فقهی مذکور به این آیه بر ولایت عرفی در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی استدلال نمود. همچنین برای تقویت به استدلال بر ولایت عرفی (اولیای دم و وراثت)، به ادله دیگری می‌توان استدلال کرد؛ مانند دلیل ذی‌نفع بودن اقارب، قاعده عسر و حرج و مصلحت. لذا پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار مقصود از ولیّ خاص در ماده مزبور را که به نوعی دچار ابهام بین دو نظریه است، اصلاح نماید و از عنوان «ولیّ عرفی براساس طبقات ارث» استفاده نماید و براین اساس متن پیشنهادی ماده بدین نحو است: «ولیّ بیمار اعم است از ولیّ عرفی که براساس طبقات ارث تعیین می‌گردد و ولیّ عام... [ادامه ماده]».

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، چاپ هفتم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۳۱ق.
۳. آل بحرالعلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ق.
۴. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۵. آملی، محمدتقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، چاپ سوم، تهران، فردین، ۱۳۸۰ش.
۶. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۷. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهدب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۸. ابن زهدری حلّی، نجم الدین جعفر، ایضاح ترددات الشرائع، تحقیق سیدمهدی رجائی، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۸ق.
۹. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۱. همو، کتاب الطهارة، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق. (الف)
۱۲. همو، کتاب مکاسب، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ق.
۱۳. همو، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق. (ب)
۱۴. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۶ق.
۱۵. تبریزی، جواد بن علی، اسس الحدود و التعزیرات، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۱۷ق.
۱۶. همو، تنقیح مبانی الاحکام فی شرح شرائع الاسلام، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۸ق.
۱۷. همو، صراط النجاة فی اجوبه الاستفتائات، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۸ق.
۱۸. تبریزی، موسی بن جعفر، قاعدة الضرر، الید، التجاوز و الصححة (اوثق الوسائل)، قم، کتبی نجفی، ۱۳۶۹ق.
۱۹. جمعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، چاپ سوم، تهران، علمیه اسلامی، ۱۳۶۰ش.
۲۰. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۱. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل البيت علیه السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیه السلام، ۱۳۸۲ش.
۲۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۳. حسینی جرجانی، سیدامیر ابوالفتح، تفسیر شاهی أو آیات الاحکام، تهران، نوید، ۱۴۰۴ق.
۲۴. حسینی سیستانی، سیدعلی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، دفتر آیة الله سیستانی، ۱۴۱۴ق.
۲۵. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۶. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.

۲۷. راوندی، قطب‌الدین ابوالحسین سعید بن هبة الله، *فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
۲۸. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، *فقه الامامیه*، تقریر سید محمد کاظم خلخالی، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ق.
۲۹. سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول*، تقریر مباحث امام خمینی، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۱ش.
۳۰. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *التفصیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۳۱. شریف مرتضی علم‌الهدی، علی بن حسین موسوی بغدادی، *الانتصار فی انفرادات الإمامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۳۲. همو، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
۳۳. شیخ الشریعة اصفهانی، فتح‌الله بن محمد جواد نمازی، *قاعدة لا ضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵ش.
۳۴. صاحب بن عباد، ابوالقاسم اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، تحقیق محمد حسن آل یاسین، چاپ چهارم، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۴ق.
۳۵. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۳۶. طباطبایی بروجردی، سید حسین، *تقریر بحث السید البروجردی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۷. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۳۸. طباطبایی حکیم، سید محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المقارن*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی تا.
۳۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
۴۰. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، *المؤلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۴۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۴۲. همو، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۴۳. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *ذکر الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ق.
۴۴. همو، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، چاپ دوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۴۵. عظیمی گرکانی، هادی، «معناشناسی تنقیح مناظ: مقارنه با مفاهیم مشابه و روش شناسی آن»، *فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و چهارم، شماره ۳ (پیاپی ۹۰)، پاییز ۱۳۹۱ش.
۴۶. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، مشهد، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
۴۷. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

۴۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ق.

۴۹. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ش.

۵۰. فیروزآبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

۵۱. مجلسی اول، محمدتقی بن مقصودعلی، یک دوره فقه کامل فارسی، تهران، فراهانی، ۱۴۰۰ق.

۵۲. محقق حلّی، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن حسن، المعتبر فی شرح المختصر، قم، مؤسسه سیدالشهداء (علیه السلام)، ۱۴۰۷ق.

۵۳. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، تهران، مطبعة الاستقلال، ۱۴۰۹ق.

۵۴. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش جزائی)، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.

۵۵. همو، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ دهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲ش.

۵۶. همو، مباحثی از اصول فقه، چاپ هفتم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۲ش.

۵۷. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الفقه المشتهر بکفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.

۵۸. مدنی کاشانی، رضا، کتاب الدیات، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ق.

۵۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المئنة، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.

۶۰. مقرئ فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الرضی، بی تا.

۶۱. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۱۱ق.

۶۲. موسوی بجنوردی، سیدمحمد بن حسن، قواعد فقهیه، تهران، مجد، ۱۳۸۵ش.

۶۳. موسوی خمینی، سیدروح الله، الرسائل، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۴۲۰ق.

۶۴. همو، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، بی تا.

۶۵. همو، کتاب الطهارة، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.

۶۶. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئی، چاپ دوم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ق.

۶۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

۶۸. نراقی، ملااحمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ سوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

۶۹. یزدانی، محمد مهدی، و حسین صابری، «تعمیم حکم به استاد کشف علت از دیدگاه امام خمینی»، فصلنامه پژوهش های فقهی، سال ششم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹ش.