

## واکاوی نحوه امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی فقهی و حقوقی تعزیر پزشکی

سیدعیسی موسوی<sup>۱</sup>، حسن حیدری<sup>۲\*</sup>، هرمز اسدی کوه‌باد<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران (نویسنده مسئول).

۳. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

### چکیده

بکارگیری تعزیر در نظام حقوقی ایران و عدم ضابطه مشخص در تعیین فرآیند آن حاکی است که عدم تدبیر صحیح در بهره‌برداری، محدودیت‌ها و واکنش‌هایی منفی نسبت به پزشکان جهت ارتقاء جامعه سلامت و روحیه آنان دارد. لذا خوانش عدم حمایت‌آمیزی قوانین از جامعه پزشکی با مذاقه و ملاحظه چگونگی طرح ناصواب واقعیت اعمال پزشک و تعیین سطح تعارض آن با قانون باعث تعیین واکنش ناسازگار تعزیر در پاسخگویی به فعالیت پزشکان و عملکرد ناشایست نظام حقوقی می‌شود. بنابراین، ارائه الگویی نوگرا با محوریت عرضه تفسیری با تدبیر از تعزیر و بازبینی تعزیر پزشکی در موارد خاص سبب‌ساز پشتیبانی و حمایت‌گرایی از پزشکان و عدم احراز انتسابی برخی بزه‌ها می‌شود. افزون بر این، امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی فقهی و حقوقی تعزیر پزشکی با سنجش اثرات خطر احتمالی و ایجاد سیاست کیفی افتراقی در ازاء تعزیر پزشکان و تغییر نگرش قانون‌گذار در تصرفات بدون اذن و مصادیق حمایت‌گری، تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشکی در کلونینگ، اتانازی و... موجب ارتقاء سیاق سلامت جامعه و مضافاً بی‌تفاوتی پزشکان به درمان و معضل بی‌علاقگی و بی‌اعتنایی پزشکان به معالجه با عدم کاربست تعزیر را تقلیل می‌هد.

**کلید واژه‌ها:** تعزیر، پزشک، تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی، ارتقاء سلامت جامعه

پیشینه تعزیر در نظام کیفری ایران حاکی است که به علت عدم بهره‌برداری از مفهوم تنظیم‌گری در فرایند کیفری و ایجاد محدودیت برای قاضی در این باره، الگو و ضابطه مشخصی درباره فرایند تعیین کیفر مناسب وجود ندارد. افزون بر این، چشم‌انداز قانونگذار در قوانین تعزیری نسبت به پزشکان و قانون‌پذیری پزشکان در بلند مدت به مثابه معیاری جهت اقدامات پزشکی در موارد خاص موجب بی‌علاقگی پزشکان به درمان و کاهش سطح سلامت جامعه می‌گردد.

کلیت موضوع تعزیر با افتراق کامل در مفهوم و بکارگیری آن در احکام، باعث اجحاف در حقوق پزشکان گردیده است. لذا برای جلوگیری از این معضل و گویایی حقیقت در مساله نیازمند تحقیقاتی است که با بررسی ابعاد فقهی و حقوقی، خلأ موجود برطرف شود. پژوهش پیش رو با دیدگاهی فرانکر و با هدف بیان راهکارهایی برای رفع مشکلات جامعه پزشکی است.

سیر مطالب نوشتار پیش رو این گونه است که در ابتدا به تعریف فقهی و حقوقی «تعزیر» پرداخته و ضمن تشریح افتراق معنایی «تعزیر با حد» سعی داریم تا نقدهای وارد بر تطبیق مذکور را مطرح و حتی المقدور پاسخ دهیم؛ در نهایت با چاره‌جویی زمینه‌مند درک صحیحی از فعالیت پزشکان ارائه دهد و از مجازات و تعزیر در موارد خاص خودداری نموده و با تحلیل منابعی فقهی و حقوقی، خوانش مدنظر خویش را جهت پشتیبانی و حمایت‌گرایی از پزشکان و عدم احراز انتسابی برخی بزه‌ها نهادینه‌سازی نماید.

نگارنده از طریق جستجوی روایاتی که دارای احکام یا تجمیع الفاظ و تنقیح مناط در پی اثبات نظریه تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشک می‌باشد؛ لذا تحقیق پیش رو، توصیفی - تحلیلی، و روش گردآوری اطلاعات مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای و تحلیل منابع و با امعان نظر از فقها و حقوق‌دانان، موضوع را تبیین و تشریح نماید؛ ابزار گردآوری اطلاعات از طریق فیش‌برداری، بانک‌های اطلاعاتی، شبکه‌های کامپیوتری و استفاده از نرم افزارهای تخصصی می‌باشد.

#### ۱- مفهوم‌شناسی تنظیم‌گری حقوقی تعزیر پزشک

قانونگذار به اتکاء خط مشی‌های اخذ شده عمومی، جامعه را مدیریت می‌کنند. از این رو برخورد صحیح با موضوعات در گرو بکارگیری عالمانه و سنجیده چنین خط مشی‌هایی است. تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشک از جمله خط مشی‌هاست که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

## ۱-۱ مفهوم تنظیم‌گری حقوقی

حمایت‌گری و تنظیم‌گری حقوقی تعزیر پزشکان از بسیاری جهات مسائل مثبت و منفی خلق کرده است. با توجه به اینکه خدمات پزشکان دارای ابعاد اجتماعی، اقتصادی و قانونی است، اما با وجود بحث‌های جامعی که درباره چارچوب فعالیت آنان صورت گرفته است، زمینه‌های نظری آن همچنان سست به نظر می‌رسد. در ذیل قصد داریم تا مطالبی درباره تعریف تنظیم‌گری ارائه کنیم.

### ۱-۲-۱ تعریف تنظیم‌گری

تنظیم‌گری حرکت از پاسخ‌های تنبیهی صرف در واکنش به جرائم، به سمت تنظیم و حل مسئله در هر مورد خاص است؛ به طوری که نوع مجازات‌ها بسته به نوع جرم، شخصیت بزه‌کار و آمادگی او برای پذیرش تقصیر و مسئولیت خود در برابر آسیب‌های ناشی از جرم ارتكابی خود، وجود یا نبود بزه‌دیده و توجه به درخواست‌های او در صورت وجود، میزان آسیبی که در نتیجه وقوع جرم به نظم عمومی وارد آمده است و دیگر ویژگی‌های مرتبط با پدیده مجرمانه، شایان تغییرند.<sup>۱</sup> در تعریفی دیگر، تنظیم‌گری مجموعه اقداماتی است که جامعه هنگامی که ارزش‌ها و هنجارهای خود را نقض شده می‌یابد، در راستای اعاده وضع به وضعیت بهنجار انجام می‌دهد. قانون به مثابه ابزار با هدف تنظیم‌گری وضع می‌شود و قانونی که در تنظیم‌گری ناکارآمد است، قانونی خنثی می‌باشد.<sup>۲</sup>

### ۲-۲-۱ انواع تنظیم‌گری

تنظیم‌گری حاکمیتی: در این الگو، حاکمیت مستقیماً مقررات‌گذاری می‌کند و وظیفه پیاده‌سازی آن را بر عهده می‌گیرد. همه نهادها و بازیگران عرصه قضا ملزم به تبعیت از مقررات حاکمیت هستند. در شرایطی که حاکمیت مسئولیت مستقیم تنظیم‌گری را برعهده بگیرد، درمورد همه اجزای پاسخگویی مستقیم خواهد داشت.<sup>۳</sup>

تنظیم‌گری تأییدی: در این الگو، نقش نظام قضایی در انتهای زنجیره تنظیم‌گری قرار دارد و به صورت پسینی است. در واقع، نقش حاکمیت تنها تأییدکننده تصمیمات اتخاذی تنظیم‌گر است. در این الگو، وظیفه

<sup>۱</sup> این فهد حلّی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.

<sup>۲</sup> این منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۲۶ق). لسان العرب، بیروت: دارالأعلمی.

<sup>۳</sup> ابن‌اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷ش). النهایة فی غریب الحدیث والأثر، قم: موسسه اسماعیلیان.

حاکمیت نظارت بر فرایند تنظیمگری و ایجاد پشتوانه اجرایی و حقوقی تصمیمات نهاد خود تنظیم‌گر از طریق تأیید یا تصویب آنها خواهد بود.<sup>۴</sup>

## ۱-۲ مفهوم تعزیر

تعریف موضع تعزیر همواره مورد توجه محققان و متخصصان در رشته‌های مختلف حقوق، پزشکی، روانشناسی و... مورد استفاده قرار گرفته است. با این حال، پژوهشگران حقوقی از دیدگاه خاص خود به این مفهوم و تعریف آن توجه کرده‌اند که در موارد بسیار دارای اختلاف و تفاوت‌های فراوانی است که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

### ۱-۲-۱ تعریف تعزیر

«تعزیر» و دیگر مشتقات آن همانند «يعزِّر» و «عزَّر» وارد شده است. «عزَّر» به معنای سرزنش است؛ عَزَّرَه و عَزَّرَه یعنی او را بازداشت؛ عَزَّر و تعزیر یعنی زدن به کم‌تر از حد برای بازداشتن مجرم از تکرار جرم و گناه...<sup>۵</sup>؛ افزون بر این، العَزْر در لغت به معنای بازداشتن و مانع شدن است و عَزْرَت فلاناً، یعنی او را به واسطه کاری که او را از ارتکاب قبیح بازدارد تأدیب کردم... بزرگ داشتن داخل در مفهوم یاری کردن است؛ زیرا یاری کردن انبیا چیزی جز دفاع از آنان و حمایت از دینشان و بزرگداشت و احترام گذاردن به آنان نیست». در کتاب العین فراهیدی، در تاج العروس و نیز در النهایه ابن اثیر، عباراتی قریب به همین مضامین بیان شده است.<sup>۶</sup> همچنین در مصباح المنیر تعزیر این‌گونه معنا شده است: «تعزیر کردن یعنی تأدیب به میزان کم‌تر از حد. در کلام خداوند متعال «وَتُعَزَّرُوهُ» به معنای یاری کردن و بزرگداشتن است»<sup>۷</sup>. راغب معتقد است که تعزیر در معنای اول به معنای یاری و نصرت همراه با احترام است.<sup>۸</sup> در اصطلاح نیز فقها در صدد تعریف این لفظ بر آمده‌اند؛ محقق داماد به نقل از تقی الدین حلبی بیان نموده است: «تعزیر عبارت است از تأدیب که

<sup>۴</sup> امامیان، سیدمحمدصادق؛ ذوالفقاری، امیراحمد؛ زمانیان، مرتضی؛ و محمدزاده، احسان. (۱۴۰۰ش)، درآمدی بر دولت تنظیم‌گری، تهران: راهبرد.

<sup>۵</sup> بروجردی، حسین. (۱۳۸۶ش). منابع فقه شیعه، تهران: فرهنگ سبز.

<sup>۶</sup> توحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۸ق). تقریرات مصباح الفقاهه. تهران: مکتبه الداوری.

<sup>۷</sup> حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث.

<sup>۸</sup> شریف کاشانی، ملاحیب. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالک، قم: مکتبه الملیه.

خداوند تعبد آن را جعل نموده است؛ به منظور اینکه تعزیر شونده و دیگر مکلفین را از ارتکاب عمل ممنوع بازدارد»<sup>۹</sup>. صاحب ریاض نیز چنین اظهار داشته است: «و اذا لم تقلد العقوبه سمي تعزیرا، و هو لغه التأديب...» اگر مجازات معین نشد نامش تعزیر است که معنای لغوی آن تأدیب است<sup>۱۰</sup>. قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۶، تعزیر را چنین تعریف کرده است: «تعزیر، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد»<sup>۱۱</sup>.

### ۱-۲-۲ کاربست تعزیر در آیات و روایات

احادیث و روایات اسلامی درباره مقدار و کمیت تعزیر چهار گروه‌اند<sup>۱۲</sup>. گروه اول: مقدار در اختیار حاکم شرع است. سماعه می‌گوید: از او در مورد تعزیر شاهدان زور پرسیدم؟ «قال: يُجْلَدُونَ حَدًّا لَيْسَ لَهُ وَقْتُ فَذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ»<sup>۱۳</sup>؛ «آنها تازیانه می‌خورند، و مقدار آن بستگی به نظر حاکم شرع و امام دارد». باید اظهار داشت که تمام روایاتی که سخن از لزوم اجرای تعزیر می‌گوید، و از جهت مقدار عدد خاصی را مطرح نکرده، نیز مؤید این مطلب می‌باشد.

گروه دوم: مقدار آن کمتر از حد شرعی است. از امام صادق و امام کاظم (علیهما السلام) سؤال زیر را پرسیده است: «زنی آلوده زنا شد، و فرزند نامشروعی به دنیا آورد. سپس نزد حاکم شرع به گناهش اقرار کرد، و نیز اعتراف نمود که فرزندش نامشروع است. حاکم شرع حد زنا بروی جاری کرد [و از گناه پاکش نمود] فرزند مذکور رشد کرد و بزرگ شد. شخصی به او نسبت ناروا داد. آیا این شخص مجازات می‌شود؟ امام (علیه السلام) در پاسخ فرمود: «يُجْلَدُ وَلَا يُجْلَدُ! قُلْتُ: كَيْفَ يُجْلَدُ وَلَا يُجْلَدُ؟ فَقَالَ: مَنْ قَالَ لَهُ يَا وَالدَ الزَّانَا لَمْ يُجْلَدْ وَيُعَزَّرُ وَهُوَ ذُو الْحَدِّ»<sup>۱۴</sup>؛ «هم مجازات می‌شود و هم نمی‌شود! گفتیم: چگونه؟ فرمود: شخصی به فرزند نامشروع ولد الزنا گفته، حد شرعی نمی‌خورد، ولی تعزیر می‌شود و تعزیر کمتر از حد شرعی است».

<sup>۹</sup> خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۱ش). فقه فتوایی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

<sup>۱۰</sup> راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن، شام: دارالعلم.

<sup>۱۱</sup> حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

<sup>۱۲</sup> حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۷ق). مفتاح الكرامه. قم: مؤسسه آل‌البیت.

<sup>۱۳</sup> حسینی زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر.

<sup>۱۴</sup> شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). اصول قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

گروه سوم: مطلق تعزیرات محدود است. امام ابو ابراهیم موسی بن جعفر (علیهما السلام) در پاسخ اسحاق بن عمار در مورد مقدار تعزیر می‌فرماید: «بَضْعَةُ عَشْرَ سَوْطًا، مَا بَيْنَ الْعَشْرَةِ إِلَى الْعِشْرِينَ»<sup>۱۵</sup>. «مقدار آن ده شلاق و خرده‌ای است؛ بین ده ضربه تا بیست تازیانه».

گروه چهارم: برای برخی از تعزیرات عدد تعیین شده است. امام صادق (علیه السلام) در مورد برده‌ای که به انسان آزادی بهتان زده بود فرمودند: «يُجْلَدُ حَدًّا إِلَّا سَوْطًا أَوْ سَوْطَيْنِ»<sup>۱۶</sup>؛ «چنین شخصی مستحق هفتاد و نه، یا هفتاد و هشت، تازیانه است».

## ۲- الگوهای حاکم بر تفسیر تعزیر

در قوانین کیفری ایران دسته‌ای از جرائم با عنوان تعزیرات ایجاد شد که در کوتاه سخن، مشتمل بر رفتارهای ناقض ارزش‌ها و هنجارهای ایدئولوژی اسلامی است. باید توجه نمود که گسترده بودن دامنه کیفرهای تعزیری نسبت به دیگر کیفرهای قانونی، توجه به مقوله تنظیم‌گری در آنها را جایگاه ویژه‌ای می‌بخشد<sup>۱۷</sup>. در مبحث الگوهای حاکم بر تفسیر تعزیر به دنبال دو مقوله برای امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشک هستیم.

## ۲-۱- عمومیت مفهوم تعزیر

اول اینکه از موضوعات تأمل‌برانگیز مطرح در حوزه تعزیرات این است که در شرایطی که تعذیب جسمانی، ماهیت رایج و متداول کیفر در جامعه عرب و سایر جوامع را تشکیل می‌داده است، شارع اسلام در کنار مجازات شلاق تعزیری، بر لزوم اعمال سایر واکنش‌های تعزیری همچون توبیخ، کیفرهای مالی و مجازات‌های محدودکننده آزادی، تأکید کرده است<sup>۱۸</sup>. بنابراین، در شریعت اسلامی، اعمال مجازات‌هایی غیر از تازیانه برای بعضی از جرائم و در خصوص برخی از مجرمان تجویز یا واجب شده است<sup>۱۹</sup>. این مهم نشانگر پذیرش نظریه عمومیت مفهوم تعزیر با دلایل و قراین از جمله ظهور واژه تعزیر در مطلق تأدیب و روایات است. باید اظهار داشت مصادیق ذکر شده تعزیر جنبه تمثیلی دارد نه حصری و تعزیر محدود به این چند مورد نیست<sup>۲۰</sup>.

<sup>۱۵</sup> شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). إیصال الطالب الی مکاسب. قم: مدرسین حوزه علمیه قم.

<sup>۱۶</sup> شیخ بهایی، محمد بن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم والليلة، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

<sup>۱۷</sup> صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. (بی‌تا). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

<sup>۱۸</sup> طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

<sup>۱۹</sup> علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۳۸۸ش). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البیت.

<sup>۲۰</sup> طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل، قم: آل‌البیت (ع) لإحياء التراث.

## ۲-۲ ایجاد سیاست کیفری افتراقی در تعزیر

سیاست جنایی افتراقی در جرم‌شناسی یکی از اولین جلوه‌های تکثرگرایی در نظام‌های حقوق کیفری محسوب می‌شود. نگاه به عالم حقوق از زاویه پست مدرنیسم و پیچیده شدن روابط تابعان حقوق باعث شده است که در عالم حقوق، شکست و انکسار ایجاد شود؛ بدین معنا که طبقه بندی‌های سنتی، نمی‌تواند روابط پیچیده فعلی تابعان حقوق را پوشش دهد. سیاست جنایی افتراقی در ارتباط با جرائم غیر عمد موجب دیه نیز از این اصل مستثنی نیست. از این منظر، نمی‌توان یک نظم سراسری و یک پارچه برای تمام حوزه‌های حقوق کیفری در نظر گرفت.<sup>۲۱</sup> در واقع علیرغم اینکه حقوق کیفری دارای اصول و قواعد کلی می‌باشد و یک نظم کلی و منعطف بر تمام قلمرو آن حاکم است، در عین حال، به واسطه پیچیدگی‌هایی که در روابط افراد در سطح جامعه ایجاد شده است، نظم‌های کوچکتری در حوزه‌های جزئی‌تر حقوق کیفری شکل گرفته است که هر کدام به نوبه خود دارای اصول و قواعد اختصاصی می‌باشند. در واقع وضعیت جرائم غیر عمدی موجب دیه نیز در نظام حقوق کیفری به همین صورت می‌باشد؛ به تعبیری، نظم حاکم بر جرائم مزبور یک نظم اختصاصی کوچک در بطن نظم سراسری نظام حقوق کیفری محسوب می‌شود.<sup>۲۲</sup> به نظر می‌رسد باید سیاست کیفری افتراقی در مورد پزشکان رعایت نمود که آن تمسک به معنای اخف تعزیر است. لذا تعیین واکنش کیفری نسبت به جرم که از مهمترین مراحل دادرسی کیفری است به گونه‌ای باید عملکرد ناصواب نظام کیفری نسبت به پزشکان را مرتفع و زمینه بی‌اعتمادی عمومی (متقابل جامعه و پزشکان) نسبت به مشروعیت نظام قضایی را زائل نماید تا قانون را در به دست آوردن اهدافش ناکام نگذارد.

## ۳- حمایت‌گری پزشکان به مثابه الزام شرعی به ارتقاء حقوق عامه

در این قسمت از پژوهش قصد داریم تا در ارتباط با حمایت‌گری پزشکان به مثابه الزام شرعی به ارتقاء حقوق عامه به تبیین دلایل بپردازیم.

## ۳-۱ تبیین دلایل حمایت‌گری از پزشکان

<sup>۲۱</sup> صفایی، علی. (۱۳۸۹ش). مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

<sup>۲۲</sup> فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۵ق). کتاب العین، قم: مؤسسه دارالهیجره.

پیشینه تعزیر در نظام کیفری ایران حاکی است که به علت عدم بهره‌برداری از مفهوم تنظیم‌گری در فرایند کیفری و ایجاد محدودیت برای قاضی در این باره، الگو و ضابطه مشخصی درباره فرایند تعیین کیفر مناسب وجود ندارد.<sup>۲۳</sup> وجوب تعزیر در مورد هر شخصی است که واجبی از واجبات الهی را ترک کند، یا آلوده به یکی از محرّمات گردد.<sup>۲۴</sup> پزشک که عملش حرام نیست. لذا شاکله اصلی بحث بر این است که پزشکان باعث ارتقاء سلامت جامعه می‌شوند که یکی از حقوق عامه می‌باشد؛ لذا تعزیر وی ایجاد منفعت نمی‌کند. بلکه تبعات سوئی بر جامعه دارد. با توجه به اینکه در حوزه سلامت و درمان خطرپذیری پزشک ممنوع است و نیز اینکه گاهی مواردی پیش می‌آید که پزشک ناگزیر از خطرپذیری است؛ بنابراین پرداختن به قاعده ضرورت (الضرورات تبيح المحظورات) مطرح می‌گردد و حکمت اقتضا می‌کند که ابراء پزشک سقوط ضمان از او صحیح باشد و اگر شارع در این مورد به ضمان حکم کند، باعث ضرر و عسر و حرج مریض می‌گردد، زیرا در این صورت پزشکان به سبب ترس از ضمان از معالجه بیماران خودداری می‌کنند.<sup>۲۵</sup> مضافاً اینکه طبیب در فعل خویش مُحسن است و با اقدامات درمانی خود درباره بیمار احسان و نیکی می‌کند و نیکوکار را نمی‌توان مسئول شمرد.<sup>۲۶</sup> ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَهَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ؛<sup>۲۷</sup> لذا این قاعده حکم عقل است که به منعم نباید اسائه کرد. آیه شریفه هم که می‌گوید: «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ»، اشاره به همین حکم عقلی دارد و محسن بر گردن دیگری حق پیدا می‌کند. پس باید در مقابل احسان به او احسان کرد و قاعده ملازمه (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) در آن جاری است.<sup>۲۸</sup> لازم به ذکر است که در ارتباط با حکم تکلیفی درمان مریض در معرض هلاکت می‌توان به انقاذ فرد در معرض هلاکت اشاره نمود. شهید ثانی در بحث انقاذ، از حیث وجوب انقاذ شخص مشرف به هلاکت، ادعای ضرورت می‌کند.<sup>۲۹</sup> فقیهان دیگر نیز در مباحث مختلف، وجوب انقاذ را امری روشن و مفروضه به شمار آورده‌اند.<sup>۳۰</sup> بلکه آن را ارسال مسلمات شمرده‌اند و به همین دلیل ارتکاب برخی از محرّمات و یا قطع پاره‌ای از واجبات را برای نجات و انقاذ کسی که مشرف به هلاکت است مباح شمرده‌اند. برخی از فقیهان معاصر<sup>۳۱</sup>

<sup>۲۳</sup> فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی، اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی (ع).

<sup>۲۴</sup> فیومی الحموی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق) مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، قم: دارالهجره.

<sup>۲۵</sup> قاسمی، محمدعلی. (۱۳۹۵ش). فقه درمان. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

<sup>۲۶</sup> محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

<sup>۲۷</sup> (توبه، ۹۱)

<sup>۲۸</sup> مدنی، جلال الدین. (۱۳۹۰ش). حقوق مدنی، تهران: انتشارات قوه قضائیه.

<sup>۲۹</sup> لنکرانی، فاضل. (۱۳۸۵ش). احکام پزشکان و بیماران، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

<sup>۳۰</sup> محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

<sup>۳۱</sup> قاننی، محمد. (۱۴۲۴ق). المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة: المسائل الطبیه، قم: فقه الأئمة الأطهار.

میان بیماری‌های کوچک و کم‌خطر و بیماری‌های سبب هلاکت، تفصیل داده‌اند و درمان و معالجه توسط پزشک در بیماری‌های مشرف به هلاکت از واجبات کفایی شمرده شده است. بنابراین، روشن می‌شود که انقاز مریض مسلمان از مرگ، بر پزشک واجب است؛ البته به صورت وجوب فوری کفایی توصلی<sup>۳۲</sup>. البته باید این معیار را مدنظر گرفت که اباحه محظور تا زمانی است که ضرورت باقی باشد، زیرا مجوز ارتکاب محظور تا زمان وجود ضرورت است و با رفع ضرورت، مجوزی برای بعد از آن نیست<sup>۳۳</sup>. معیار دیگر خطرپذیری، درمان با وجود داروهای مؤثر<sup>۳۴</sup>، درمان قبل از رسیدن به تسلط کامل بر امور پزشکی<sup>۳۵</sup> و خطرپذیری با درمان بر اساس روش‌های قدیمی ممنوع است. بر این اساس، در صورتی که با تصمیم کادر پزشکی انجام درمان ضروری باشد، در صورت بروز مشکل و ایراد خسارت، وزارت بهداشت باید به نمایندگی از دولت جبران خسارت را برعهده گیرد که در بخش بعد مطالبی در این زمینه بیان خواهد شد.

### ۳-۲ منابع قانونی و شرعی حمایت‌گری از پزشکان

باید بیان نمود خیلی از موارد حمایت‌گری از پزشکان را می‌شود با شکل‌گرایی و تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری انجام داد. به این صورت که قاضی با مبانی شرعی از قبیل قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» به تعزیر پزشکان را تغییر و الگوهای حاکم بر تفسیر تعزیر به حمایت از پزشکان پردازد. لذا به نظر می‌رسد می‌توان با تحلیل معناشناختی قاعده مذکور به ساماندهی تعزیر پرداخت و بدین سان خصیصه «شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر به نفع پزشکان» در موارد خاص عینیت می‌یابد. البته باید بیان نمود قاعده و اصل شرعی در این زمینه «التعزیر بما یراه الحاکم» به قضات اختصاص دارد<sup>۳۶</sup>؛ از منظر قانونی نیز، قانونگذار در بندهای چهارگانه ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، دادگاه را درباره توجه به انگیزه و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی متهم و چندین مؤلفه دیگر در کیفیت تعزیر محکومان مکلف کرده و باتمسک به آن می‌توان شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر به نفع پزشکان را محقق کرد<sup>۳۷</sup>؛ اما از طرف دیگر،

<sup>۳۲</sup> محسنی، محمدآصف. (۱۳۸۲ش). الفقه و مسائل طبیه، قم: بوستان کتاب.

<sup>۳۳</sup> قمی، سید صادق حسینی روحانی. (۱۴۱۲ق). فقه الامام الصادق، قم: دار الکتاب.

<sup>۳۴</sup> گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۴ش). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد.

<sup>۳۵</sup> مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

<sup>۳۶</sup> محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

<sup>۳۷</sup> مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

باید به تخصص‌گرایی قضات در زمینه پزشکی و بر حسب ضرورت و حفظ مصلحت نظام اسلامی توجه نمود. در واقع کیاست، فراست، فطانت و حذاقت قاضی در اینجا نقش مؤثری ایفا می‌نماید.<sup>۳۸</sup>

### ۳-۳ راهکارهای حمایت‌گری از پزشکان

یکی از راهکارهای حمایت‌گری از پزشکان تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت است که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

#### ۳-۳-۱ تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت

در ارتباط با تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت ذکر این نکته ضروریست که شکل‌گرایی و تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری صرفاً شامل اقدامات سلبی نمی‌شود، بلکه مجموعه‌ای از سیاست‌های حمایتی و تحدیدگرانه را دربردارد. همچنین، شکل‌گرایی و تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت و اجزای آن در امر تنظیم‌گری است. زیرا که مسئولیت مدنی دولت برگرفته از استدلال قیاسی با نوعی استدلال منطقی است که در آن از قضیه‌ای کلی به نتیجه‌ای جزئی رسید و متغیری به دست آورد که بر اساس علیت، رابطه یا پیامد مشاهده‌شده را بررسی کرد؛ به این صورت که با تعمیم جبران خسارت بیمار به دولت، جامعه پزشکی دلسوز و مسئولیت‌پذیر داشته باشیم. کفایت توجیهی مسئولیت دولت در موعد ضرورت باعث ایجاد آینده‌نگری برای پزشکان شده که متعهد به سلامت بیماران باشند و این مهم باعث تقویت حس مسئولیت اخلاقی پزشکان در جامعه می‌گردد. به عبارتی مسئولیت دولت در قبال خسارات پزشک در صورت ضرورت، مابازای منفعتی است که پزشک به جامعه می‌رساند. باید تأکید نمود که مسئولیت مدنی را نباید تنها از منظر ضرر و... مشاهده نمود، بلکه می‌توان آن را با تکیه بر انتفاع ثابت کرد. همچنین بر اساس قاعده «من له الغنم فعلیه الغنم»، باید دید چه کسانی از درمان پزشکان دلسوز منتفع می‌شوند<sup>۳۹</sup> که قطعاً دولت یکی از آنها است. لذا باید در صورتی که خسارتی به بیمار وارد شود، آن را جبران نماید. همچنین، از عدالت به دور است که منفعت پزشک به تمام جامعه برگردد،

<sup>۳۸</sup> معین، محمد. (۱۳۸۱ش). لغت نامه، تهران: انتشارات امیرکبیر.

<sup>۳۹</sup> مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۳ش). تعزیر و گستره آن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).

ولی خسارت در صورت درمان ضروری بر جامعه پزشکی تحمیل شود. با این وجود، مسئولیت مدنی دولت برای جبران خسارت بیمار قابل تأمل است.<sup>۴۰</sup>

### ۳-۳-۲ تنظیم گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تفسیر تعزیر

علاوه بر مسئولیت مدنی دولت نسبت به شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان می‌توان به معنای تعزیر در معنای یاری و نصرت همراه با احترام اشاره نمود<sup>۴۱</sup> و از این طریق با سیاست افتراقی نسبت به تعزیر پزشک آن را در یاری و نصرت همراه با احترام عینیت بخشید. به نظر می‌رسد علاوه بر شرایط حاکم بر پرونده در نظام پزشکی، نگرش مقام قضایی نسبت به رفتار معارض با قانون پزشکان نیز نقش چشمگیری در تعریف واقعیت رفتار مرتکب و جهت‌دهی به فرایند رسیدگی ایفا می‌کند. لذا لازم است جهت تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تفسیر تعزیر انتظار می‌رود تفسیر به نفع پزشک گردد. البته کاربست راه‌حل‌های اصلاحی بویژه حمایتی، از نظر تأمین مصالح عالیة پزشکان می‌تواند مناقشه برانگیز نیز باشد، چراکه اجماعی در مورد ماهیت تدابیر مناسب اصلاحی وجود ندارد و حول محور خوانش‌های متفاوت کنشگران صاحب قدرت از تدابیر مناسب بر ساخته می‌شود.

### ۳-۳-۳ تنظیم گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از شفاعت در تعزیر

پذیرفتن شفاعت در تعزیر<sup>۴۲</sup> نمونه دیگر از شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان است. هدف از شفاعت، جلب خیر و دفع ضرر است شایستگی که مهمترین شرط شفاعت است، حتماً باید وجود داشته باشد تا شفاعت تأثیر نماید، در غیر این صورت شفاعت معنای درستی نخواهد داشت<sup>۴۳</sup>. روایتی که به وصف عام بر ترغیب به شفاعت دلالت دارد «اقبلوا ذوی الهیئات عثراتهم إلا الحدود» لغزش‌های شخصیت‌های موجه را ببخشید<sup>۴۴</sup>. در کتاب دعایم آمده است «روینا عن رسول الله ص» آنه قال: «ادروا الحدود بالشبهات، و اقبلوا الکرام عثراتهم إلا فی حد من حدود الله»<sup>۴۵</sup>. بدین‌سان روایات تغییر در اجرای

<sup>۴۰</sup> منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة، قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیة.

<sup>۴۱</sup> مومن قمی، محمد. (۱۳۸۹ش). مبانی تحریر الوسیلة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

<sup>۴۲</sup> موسوی اردبیلی، عبد‌الکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات، قم: جامعه المفید. مؤسسه النشر.

<sup>۴۳</sup> منتظری، حسینعلی. (بی‌تا). کتاب الحدود، قم: دار الفکر.

<sup>۴۴</sup> موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹ش). قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

<sup>۴۵</sup> امیری فرد، زهرا. (۱۳۹۵ش). بازخوانی ماهیت قاعده اقدام و کاربرد آن در مسئله اتانازی، مجله فقه و اجتهاد، شماره ۵.

کیفیت حد به اعتبار شأن و منزلت اجتماعی افراد را هم تجویز کرده است.<sup>۴۶</sup> به طریق اولی زمانی که شفاعت در حدود پذیرفته است، در تعزیر نیز پذیرفته شدنش قابل توجیه است. البته باید بیان نمود که در مورد شفاعت پزشک در تعزیر باید ارتباطی با مسئولیت مدنی دولت ایجاد گردد که در زمان شفاعت، جبران ضرر و زیان توسط دولت جبران گردد؛ زیرا که شفاعت در حق تاناس مورد تردید است.<sup>۴۷</sup>

### ۳-۴ تنظیم گزایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تغییر نگرش قانونگذار

یکی از موارد تنظیم گزایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تغییر نگرش قانونگذار در تصرف پزشک در درمان و تلقی به تصرف در مال است. در این رابطه ماده ۳۵ قانون مدنی با توجه به کلمه «مالکیت» که در آن قید گردیده چنین مستفاد می‌گردد که فرض حقوقی مذکور در خصوص اعیان است، ولی قانون مزبور به پیروی از اکثر فقهای امامیه، موضوع را به حقوق نیز توسعه داده است. مال در لغت به معنای ثروت، دارایی یا چیزی است که در تصرف شخصی باشد.<sup>۴۸</sup> بررسی ظاهرگرایانه موضوع نشان می‌دهد که تصرف در اعضای بیمار توسط پزشک تلقی به تصرف در مال می‌شود و نحوه جبران خسارت آن نیز مالی است. این دیدگاه در رد ادعای عدم مالیت اعضای بدن اظهار می‌دارد که زمانی که انسان حق تصرف بر بدن خود را به دست می‌آورد، آن بدن مال شمرده می‌شود و قابلیت خرید و فروش را در برخی اعضا دارا است؛ مانند «صحۀ بیع الأعضاء المقطوعه فإنها مال عند العقلاء إن لم يدل دليل آخر علی خلافها»<sup>۴۹</sup> افزون بر این در استدلال به مالیت اعضای بدن آمده است که: «ومن جمله ما یمكن الاستدلال به لجواز المعامله والبیع فی الأعضاء ما دلّ علی «أن الله فوّض إلى المؤمن أموره كلّها عدا إذلال نفسه» فإن بیعه لأعضائه من جمله اموره وشؤونه فهو مفوّض إليه»<sup>۵۰</sup> مضافاً منافی که در خون، اجزای مردار و مانند آن کشف شد به این موضوعات ارزش و اعتبار و مالیت بخشید، به گونه‌ای که امروز همانند سایر کالاها، بلکه به قیمت گزاف خرید و فروش می‌شود.<sup>۵۱</sup> افزون بر این، برخی فقها تصریح نموده‌اند که نفع و فایده بالقوه برای تحقق مالیت کافی است و لازم نیست مال حتماً منجر به برآورده شدن نیاز فعلی انسان گردد و همین میزان که شأنیت انتفاع داشته باشد،

<sup>۴۶</sup> حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

<sup>۴۷</sup> نوری همدانی، حسین. (۱۳۸۸ش). هزار و یک مسئله (مجموعه استفتاءات)، قم: مهدی موعود (عج).

<sup>۴۸</sup> هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

<sup>۴۹</sup> نوری، محمدتقی. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل، بیروت: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحياء التراث.

<sup>۵۰</sup> خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۱ش). فقه فتاوی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

<sup>۵۱</sup> شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

می‌توان تلقی و اعتبار مال بودن را نمود<sup>۵۲</sup>. بنابراین اذن یا عدم‌اذن مالک به شخص ثالث، باعث جواز یا عدم جواز تصرف در ملک وی می‌شود؛ اعم از اینکه عدم‌مأذون‌بودن به مال یا بدن مالک باشد و بالعکس<sup>۵۳</sup>. با پذیرش مالیت اعضای بدن به صورت اعتبار عرفی، منفعت عقلایی و اقتصادی، اذن و رخصت فرد، در حکم تصرف و اثبات ید بر مال است؛ همچنین عدم‌اذن در مال و نفس بر اساس قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم وانفسهم» پذیرفته شده و منع شرعی ندارد<sup>۵۴</sup>. ممکن است ایرادی در زمینه مالیت اعضای میت یا انتقال در مالیت مطرح گردد که در پاسخ می‌توان بیان نمود که آیات و روایاتی که از آن منع نموده‌اند، به جنبه حلال و محله میته توجه نکرده‌اند و اگر انتفاع محله از میته متصور باشد، انتفاع جایز می‌شود. در ارتباط با انتقال اعضا می‌توان ابراز نمود که خیلی از اموال هستند که قابلیت انتقال ندارند ولی مال محسوب می‌شوند؛ مانند اموال وقفی یا اموال عمومی<sup>۵۵</sup>. به عبارت دیگر، انتقال از الزامات جوهری مال نیست. به نظر می‌رسد برای جمع میان نظریات مالیت اعضای بدن و عدم‌فروش اعضا، باید بر این نظر قائل بود که مالیت و مالکیت انسان بر اعضای بدن خود ذاتی است<sup>۵۶</sup>، اما حق واگذاری به ثالث را نداشته باشد. با نگرش عدم‌امتناع از تصرف پزشک، تحقق در حکم غصب به دلیل اثبات بدون مجوز بر مال غیر، در ذیل بررسی می‌گردد. تئوریزه کردن نظریه مالیت اعضای بدن توسط نگارنده باعث می‌گردد که عدم‌امتناع پزشک از درمان و مداخله در بدن بیمار با وجود رجوع بیمار از اذن ابتدایی، منجر به تحقق حکم غصب و مصداق مفاد شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م.تلقی شود و ضمانت اجرا و جبران خسارت برای پزشک را مطرح نماید. نگارنده در نظریه‌ای نوین اظهار می‌دارد که رجوع از اذن ابتدایی بیمار، با عدم‌امتناع از درمان توسط پزشک، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز محقق می‌گردد. بر این اساس، در حقوق موضوعه ایران بر اساس ماده ۳۰۸ ق.م: «غصب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب محسوب می‌شود.» با ژرف‌نگری در شق دوم ماده مذکور و استدلال به احتساب تسلط انسان بر اعضای بدن خود از باب مالکیت در اموال، کلیت موضوع اثبات ید در تصرف (درمان) بر مال غیر (بیمار)، و «در حکم غصب» نمایان است. نگارنده معتقد است که این نظریه هر چند اقوی به نظر می‌رسد، ولی به دلیل ایرادات مبنایی جهت در حکم بودن ذیل ماده ۳۰۸ ق.م. نسبت به صدر ماده و همچنین تفارق در مفهوم و احکام و عدم وجود دلایل کافی برای اثبات مالیت بدن،

<sup>۵۲</sup> شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی مکاسب. قم: مدرسین حوزه علمیه قم.

<sup>۵۳</sup> صفایی، علی. (۱۳۸۹ش). مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

<sup>۵۴</sup> شیخ بهایی، محمدبن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم واللیله، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

<sup>۵۵</sup> راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن، شام: درالعلم.

<sup>۵۶</sup> شریف کاشانی، ملاحیب. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالك، قم: مکتبه الملیه.

در حکم غصب بودن رجوع بیمار از اذن سابق محرز نمی‌شود<sup>۵۷</sup>. به نظر می‌رسد که این موضوع نیز با مسئولیت مدنی دولت ارتباط دارد و خسارت به بیمار را دولت در قبال فعالیت پزشک پرداخت می‌نماید.

#### ۴- مصادیق تمثیلی شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان

یکی از موارد شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در موضوع اتانازی قابل مشاهده است که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱ شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در اتانازی

در ارتباط با شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری باید اظهار نمود در برخی مواقع باید عدم احراز انتساب بزه به پزشکان مدنظر قرار گیرد. به عنوان مثال در اتانازی هر چند انجام فعل توسط پزشک حرام، ولی چون با اقدام و رضایت بیمار بوده، مستحق قصاص نمی‌باشد<sup>۵۸</sup>؛ به نظر می‌رسد در چنین مواردی در صورت بیماری مزمن شخص، تعزیر از پزشک زائل و پزشک تبرئه گردد. این خصیصه را در بحث شیوع ویروس کرونا حتی از باب ضرورت می‌توان مشاهده نمود. پیشنهاد می‌گردد که به موجب یک قانون خاص یا ماده‌ای جداگانه جرم‌انگاری از این مورد را بردارد.

#### ۴-۲ شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در بیماران ناعلاج انفعالی

در برخی استفتائات در ارتباط با بیماران ناعلاج انفعالی به صورت خودداری از ادامه مداوا آمده است درمان بیماری که امید بهبود وی نمی‌رود بر پزشک واجب نیست؛ از این رو، خودداری از ادامه درمان بیمار محتضر جایز است<sup>۵۹</sup>؛ هر چند در این زمینه نظرات معارض و نقیض وجود دارد؛ اما ملاک قانون باید نظراتی باشد که بهره‌مندی پزشک را مدنظر قرار داده است<sup>۶۰</sup>.

#### ۴-۳ شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در کلونینگ

<sup>۵۷</sup> طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل، قم: آل‌البیت (ع) لإحياء التراث.

<sup>۵۸</sup> طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دارالکتب الإسلامیه.

<sup>۵۹</sup> شیخ بهایی، محمدبن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم والليلة، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

<sup>۶۰</sup> مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵ش). دائرةالمعارف فقه مقارن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب.

کلونینگ در علم زیست‌شناسی به معنای تکثیر موجود زنده بدون آمیزشی جنسی است<sup>۶۱</sup>. کلونینگ انسانی در دین مبین اسلام براساس دیدگاه شیعه که مبتنی بر آیات و روایات، حکم عقل و اصل است فی نفسه به حکم اولی مانعی ندارد. زیرا براساس آیه «افرایتم ما تحرثون اَنتم تزرعونه ام نحن الزارعون»<sup>۶۲</sup> کلون‌سازی با مفهوم آفرینش منافاتی ندارد و انسان علت معده و فراهم‌کننده مقتضیات است و علت تامه در خلقت خداوند است. اما به حکم ثانوی عدم جواز و حرمت این عمل است زیرا این پدیده طبیعت انسان و روابط انسانی را متأثر می‌کند و در سطح وسیع اگر انجام شود نظام جامعه را مختل می‌کند و اسلام هرگونه دخالت در طبیعت انسان از هر طریق بجز روش‌های بهبود مشروع را منع می‌نماید و تحقیقات پیرامون شبیه‌سازی تا زمانی که منافع آن بیش از مضرات آن است مشکلی ایجاد نمی‌کند<sup>۶۳</sup>. آیت الله خامنه‌ای می‌فرماید: «تلقیح زن از طریق نطفه نامحرم فی نفسه مشکل ندارد ولی باید از مقدمات حرام از قبیل نگاه و لمس حرام و غیر آنها اجتناب شود»<sup>۶۴</sup>.

#### یافته‌های پژوهش

بکارگیری تعزیر در نظام حقوقی ایران و عدم ضابطه مشخص در تعیین فرآیند آن حاکی است که عدم تدبیر صحیح در بهره‌برداری، محدودیت‌ها و واکنش‌هایی منفی نسبت به پزشکان جهت ارتقاء جامعه سلامت و روحیه آنان دارد. لذا خوانش حمایت‌آمیز از جامعه پزشکی با مذاقه و ملاحظه چگونگی طرح ناصواب واقعیت اعمال پزشک و تعیین سطح تعارض آن با قانون و تعیین واکنش ناسازگار تعزیر در پاسخگویی به فعالیت پزشکان باعث عملکرد ناشایست نظام حقوقی می‌باشد. از طرفی تنظیم‌گری حرکت از پاسخ‌های تنبیهی صرف در واکنش به جرائم، به سمت تنظیم و حل مسئله در هر مورد خاص است؛ به طوری که نوع مجازات‌ها بسته به نوع جرم، شخصیت بزهکار و آمادگی او برای پذیرش تقصیر و مسئولیت خود در برابر آسیب‌های ناشی از جرم ارتكابی خود، وجود یا نبود بزه‌دیده و توجه به درخواست‌های او در صورت وجود، میزان آسیبی که در نتیجه وقوع جرم به نظم عمومی وارد آمده است و دیگر ویژگی‌های مرتبط با پدیده مجرمانه، شایان تغییرند. بنابراین ارائه الگویی نوگرا با محوریت عرضه تفسیری با تدبیر از تعزیر و بازبینی تعزیر پزشک در موارد خاص سبب‌ساز پشتیبانی و حمایت‌گرایی از پزشکان و عدم احراز انتسابی برخی بزه‌ها با تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت، تنظیم‌گرایی

<sup>۶۱</sup> محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

<sup>۶۲</sup> (واقعه، آیه ۶۴-۶۳)

<sup>۶۳</sup> ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.

<sup>۶۴</sup> شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی المکاسب. قم: مدرسین حوزه علمیه قم.

حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تفسیر تعزیر، تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از شفاعت در تعزیر و تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تغییر نگرش قانونگذار می‌شود. افزون بر این، امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشک با سنجش اثرات خطر احتمالی و ایجاد سیاست کیفری افتراقی در ازاء پزشکان موجب ارتقاء سیاق سلامت جامعه و مضافاً بی‌تفاوتی پزشکان به درمان و معضل بی‌علاقگی و بی‌اعتنایی پزشکان به معالجه با عدم کاربست تعزیر را تقلیل می‌هد. مصادیق تمثیلی شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان را می‌توان در اتانازی، شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در بیماران ناعلاج انفعالی و شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در کلونینگ مشاهده نمود.

## منابع و مأخذ

### الف) کتاب‌های فقهی و حقوقی

۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷ش). النهایة فی غریب الحدیث والأثر، قم: موسسه اسماعیلیان.
۳. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۲۶ق). لسان العرب، بیروت: دارالعلمی.
۴. امامیان، سیدمحمدصادق؛ ذوالفقاری، امیراحمد؛ زمانیان، مرتضی؛ و محمدزاده، احسان. (۱۴۰۰ش)، درآمدی بر دولت تنظیم‌گری، تهران: راهبرد.
۵. بروجردی، حسین. (۱۳۸۶ش). منابع فقه شیعه، تهران: فرهنگ سبز.
۶. توحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۸ق). تقریرات مصباح الفقاهه. تهران: مکتبه الداوری.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۸. حسینی زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر.
۹. حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۷ق). مفتاح الکرامه. قم: مؤسسه آل‌البیت.
۱۰. حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۱. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۱ش). فقه فتاوی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۶ش). لغت‌نامه، تهران: انتشارات سمت.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن، شام: درالعلم.

۱۴. شریف کاشانی، ملاحیب. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالک، قم: مکتبه الملیه.
۱۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. شیخ بهایی، محمد بن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم واللیله، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۷. شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی المکاسب. قم: مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. (بی تا). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۹. صفایی، علی. (۱۳۸۹ش). مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۰. طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل، قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۲. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: المعارف الإسلامیه.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۳۸۸ش). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت.
۲۴. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۵ق). کتاب العین، قم: مؤسسه دارالهجره.
۲۵. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی، اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی (ع).
۲۶. فیومی الحموی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، قم: دارالهجره.
۲۷. قاسمی، محمد علی. (۱۳۹۵ش). فقه درمان. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۲۸. قائنی، محمد. (۱۴۲۴ق). المبسوط فی فقه المسائل المعاصره: المسائل الطبیه، قم: فقه الأئمة الأطهار.
۲۹. قمی، سید صادق حسینی روحانی. (۱۴۱۲ق). فقه الامام الصادق، قم: دار الکتب.
۳۰. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۴ش). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: مجد.
۳۱. لنکرانی، فاضل. (۱۳۸۵ش). احکام پزشکان و بیماران، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۳۲. محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲ش). الفقه و مسائل طبیه، قم: بوستان کتاب.
۳۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۴. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۵. مدنی، جلال الدین. (۱۳۹۰ش). حقوق مدنی، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
۳۶. مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. معین، محمد. (۱۳۸۱ش). لغت نامه، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۳ش). تعزیر و گستره آن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵ش). دائره المعارف فقه مقارن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹ق). احکام پزشکی. قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین (ع).

۴۱. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدوله الإسلامیة، قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیة.
۴۲. منتظری، حسینعلی. (بی تا). کتاب الحدود، قم: دار الفکر.
۴۳. موسوی اردبیلی، عبد الکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات، قم: جامعه المفید. مؤسسه النشر.
۴۴. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹ش). قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴۵. مومن قمی، محمد. (۱۳۸۹ش). مبانی تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث.
۴۷. نوری همدانی، حسین. (۱۳۸۸ش). هزار و یک مسئله (مجموعه استفتاءات)، قم: مهدی موعود (عج).
۴۸. نوری، محمدتقی. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.
۴۹. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

#### ب) مقاله‌ها و پایان‌نامه‌ها

۱. امیری فرد، زهرا. (۱۳۹۵ش). بازخوانی ماهیت قاعده اقدام و کاربرد آن در مسئله اتانازی، مجله فقه و اجتهاد، شماره ۵.
۲. داوودی، مریم. (۱۳۸۷ش). شبیه سازی از منظر فقه شیعه، فقه و تاریخ تمدن، شماره ۲.
۳. رستمی نجف‌آبادی، حامد. (۱۳۹۰ش). بررسی قواعد فقهی تعزیرات، نشریه مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، شماره ۲۳.
۴. ریاحی، جواد. (۱۳۹۷ش). بررسی نظریه عمومیت مفهوم تعزیر، مطالعات فقه امامیه، شماره ۱۰.
۵. سجادی نسب، سیف‌الله. (۱۳۹۸ش). رویکرد جامعه شناختی فقهی-حقوقی به شفاعت در تعزیرات، مجله نشریه جامعه شناسی سیاسی ایران، شماره ۷.
۶. شاه‌بیگی، ایمان. (۱۳۹۸ش). رویکرد نظریه تنظیم‌گری پاسخگو به مداخله‌های عدالت کیفری در جرائم علیه عفت عمومی در ایران (رساله دکتری)، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
۷. قربانی، فتح‌الله. (۱۳۹۶ش). رهیافتی فقهی به معیار مشروعیت باروری زوجه توسط گامت بیگانه، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۴۲.
۸. کافی، مصطفی. (۱۴۰۰ش). سیاست جنایی افتراقی در جرائم غیر عمد مستوجب دیه در پرتو کثرت‌گرایی نظام حقوق کیفری، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، شماره ۱۵.

۹. کیان مهر، مهدی، (۱۴۰۰ش)، تاثیر رجوع از اذن سابق بیمار در انگاره اثبات یا انکار مسئولیت پزشک، مجله فقه، شماره ۳.
۱۰. لطفی، اسدالله. (۱۳۹۸ش). رویکرد جامعه شناختی فقهی-حقوقی به شفاعت در تعزیرات، فصلنامه جامعه شناسی سیاسی ای ران،
۱۱. محمدی، روح الله. (۱۳۹۵ش). معایب و محاسن شبیه سازی انسان و آثار آن در فقه و حقوق، نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، شماره ۴.
۱۲. الهام، غلامحسین. (۱۴۰۲ش). امکان سنجی تنظیم گری کیفری در تعزیرات از منظر فقه امامیه، پژوهش نامه فقه اجتماعی، شماره ۲۲.
۱۳. یآوری، اسدالله. (۱۳۹۳ش). درآمدی بر مفهوم تنظیم گری، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۵.