

### حجیت سیره عقلا و عرف قانون گذار

بحث سیره عقلا و حجیت سیره عقلا از آن بحثهای آچارفرانسه ای است که به همه دردی می خورد! و خواهید دید که چقدر این مساله بحث و گفتگو و کاریست دارد، من یادم هست در جلسه هشتم آذرماه که دو هفته پیش باشد، اول آمدیم عرف سیره را تعریف کردیم و بعد آمدیم مبادی عرف را تعریف کردیم و مبادی سیره عقلا، و آخرین بحثی که داشتیم راجع به عرف بود که گفتیم عرف گاه موضوع ساز، گاه موضوع زدا یا حکم ساز است. مثالهایی زدیم و بعد هم گفتیم مثال های مشتبه هم ، زیاد دارد و بحث را تمام کردیم.

سوال خوبی پرسیدند، گر چه مفهوم ندارد، گفتند در سیره عقلا، نیاز به امضا داریم، لزوم امضا یا کفایت عدم ردع.... یا کفایت عدم احراز ردع.... اول پرسیدند عدم ردع تلازم با امضا دارد؟ سوال خوبی است... برخی گفته اند : بله ؛ جالب این است که حتی نسبت به سیره هایی که آینده می آید. مرحوم امام خمینی از کسانی است که معتقد است عدم ردع، تلازم با امضا دارد؛ حتی سیره هایی که در عصر غیبت پیدا شده است. اما بسیاری این نظر را قبول ندارند... که عدم ردع تلازم با امضا داشته باشد. آقای نایینی؛ قبول ندارد. ایشان آمده و سوالش را این طوری مطرح کرده است: آیا امضا لازم است ؟ آیا عدم ردع کافی است؟ یا عدم احراز ردع کافی است؟

شاید در بحثهای آتی من هم بیايد، ولی بهتر است که همین جا ، جواب بدهم؛ آن چه ما می خواهیم، رضایت شارع است. یا به تعبیری جعل شارع است. چون رضایت با جعل برابر است در شریعت... حالا این رضایت باید ببینید چگونه به دست می آید... یک جا ممکن است ورود بخواهد که این جامعولا می گویند، امضا... یک جا هم عدم ورود کافی است. مگر به ما نگفتند سنت تقریری؟ سنت تقریری را چه معنا می کنند؟ یعنی سنتی که معصوم، پشت آن راه بیفتد؟ آن که می شود رفتاری یا گفتاری... می گویند اگر در مرای و مسمع باشد، امام خمینی که معتقد است مرای و مسمع هم لازم ندارد. اگر در مرای و مسمع باشد و سکوت کند، کفایت می کند. علی ای حال آن چه را ما می خواهیم؛ احراز رضایت شارع است. حالا ببینید این احراز رضایت چگونه حاصل می شود؟ ممکن است موارد فرق کند، چرا ما یک نسخه بپیچیم؟

## عرف؛ سیره عقلا و بحث حجیت

ببینید طبق همان بحث هفته اسبق ما در عرف موضوع ساز یا موضوع زدا، می دانید که دنبال امضای شارع نیستیم؛ حالا همین که نیستیم می خواهید بگویید حجیت دارد، می خواهید بگویید که در عرف موضوع ساز و موضوع زدا مستحضر هستید فقهای ما دنبال امضا نمی گردند یعنی دست عرف را باز می گذارند؛ اگر فرهنگ عوض شد و چیزی که مثلا مصداق اهانت بود، یک زمانی بود مصداق اهانت نشد، یا بالعکس چیزی که مصداق اهانت نبود، زمانی مصداق اهانت شد.... لذا فقهای ما می گویند اگر مصداق اهانت است، آقای معلم حق نداری شاگردت را توهین کنی ولی اگر مصداق اهانت نیست، اشکال ندارد. بروید سراغ بحث های مالی... یک چیزی ممکن است یک زمانی مال نباشد، یک زمانی مال به حساب بیاید؛ همین خون که یک زمانی ارزش نداشت ، الان ارزشمند است. این است مصداق موضوع سازی و موضوع زدایی...

گاه مسائل کمی پیچیده می شود مثلا در ازدواج اگر فرهنگ عوض شد، آیا احکام ازدواج ممکن است متفاوت باشد یا نه؟ شما ایران ما را نگاه کنید مقوله ازدواج را .... در ایران ما ازدواج یک نقطه عطف هست یا می گوئیم قبل از ازدواج یا بعد از ازدواج در زندگیمان... و هکذا اما در گذشته این طور نبوده است. جناب عبدالمطلب وقتی رفت برای عبدالله زن بگیرد، جناب عبدالله آخرین فرزندش بود، مثلا فرض کنید عبدالمطلب هشتاد ساله بوده در مسیر برگشت یکی هم برای خودش گرفت. یعنی این قضیه این قدر ساده و بسیط بوده است اما الان چه؟! بعد این سوال پیش می آید که آیا احکام ازدواج، با این دو فرهنگ یکی است یا نه؟ این گونه عرفها می گوئیم عرف موضوع ساز، طبق اصطلاح فقه و عرف ... این گونه عرفها اتصال به عصر معصوم نمی خواهد.... آن مطلب که محل بحث است ، که حجیت این جا مطرح می شود، عرف قانونگذار است؛ و حجیت این جا مطرح می شود پس این که در برگه آمده حجیت سیره عقلاء، حواسمان باشد که در عرفهای موضوع ساز و موضوع زدا اصلا محل بحث نیست. این عرف هست که محل بحث است. حتما هم می دانید که چرا محل بحث است؛ برای این که ما یک اعتقاد داریم به نام توحید در تشریع، توحید در تقنین؛ اگر عرف آمد و قانون گذاری کرد، این جاست که بحث حجیت سیره عقلا مطرح می شود امضا مطرح می شود، عدم ردع و لزوم اتصال به عصر معصوم اینجا مطرح می شود؛ مثلا فرض کنید که عرف آمد و گفت فرزند خوانده حکم فرزند را دارد. ایران ما زیر بار این قضیه نرفته و به گونه ای دیگر پذیرفته است. در ایران گویی از همان اول ارث را به او می دهند و به فرد می گویند با ید نصف اموالت را به نام فرزند جدید بزی. یا مثلا برابری ارث و دیه زن و مرد.... این گونه مباحث به نوعی قانون گذاری است؛ سیره عقلا این جاست که وارد عمل می شود. شما انشاالله باید در هفته های آینده ، روی این بحث کار کنید.....

آخرین نکته این جلسه این که عرف قانون گذار برخی مصادیق روشن دارد و برخی مصادیق مشتبه دارد این جاست که کار سخت می شود....

مثال اول: عرف در مالکیت فکری، موضوع ساز است یا حکم ساز است؟ مالکیت فکری یعنی این که من، کتابی را نوشته باشم و خودم حق نشرش را داشته باشم.... بنده اگر فقه و عرف را نوشتم، تفاوت من با شما این است که شما کتابش را دارید، من کتاب را نوشتم این حق از جهت نشر و حق نشر برای بنده مضبوط است نه شما؛ این می شود مالکیت فکری... اگر صوتی پر کرده کسی یا مجسمه ای ساخته یا نقاشی کشیده یا آرمی یا تکنیکی و ... همه این ها حق انتشارش با صاحب فکر است به این می گویند مالکیت فکری...

سوال این است که چرا جریان مالکیت فکری را به راحتی در کشور ما می پذیرند اما در برابر جریان فرزند خواندگی جبهه می گیرند؟

مثال دوم بحثی است که الان در کشور ما مطرح است؛ یک بخشی از آن به مجلس رفته و قانون شده و یک بخشی از آن هنوز به مجلس نرفته است.... یا بحث ضمان پزشک... اگر برائت بگیرد اگر برائت نگیرد، رویه ای که در دنیا هست، در کشور ما هم می خواهد که اجرا شود آیا این، موضوع ساز است یا حکم ساز است؟

مثال سوم: ما یک بحثی داریم با عنوان فقه شرکت، آقایان ما در شرکت چقدر قانون داریم؟ شرکتی که الان می گویند، با شرکتی که فقها می گویند، .... (کون الشئ بین اثنین او ازید...) منتها در این تعریف نه شخصیت حقوقی مطرح می شود نه ...

اما شرکتی که امروزها می گویند این نیست؛ اصلاً یک شخصیت حقوقی برای آن تصور می کنند، مسئولیت محدود، مسئولیت نامحدود، انحلال شرکت ها، اعدام شرکت ها، بحث ضمان و .... یک کتابچه این گونه ای برای شرکت ها درست کردند، سوال این است که آیا عقلاً حکم سازی کردند؟ که امضای شارع را بخواهد یا موضوعی ساختند که امضای شارع را نخواهد؟ بپذیریم که کار سختی است.

باید خیلی روی آن تامل کرد.

الحمد لله رب العالمین