

شک در عرف موضوع ساز و قانون گذار

سوال خوبی کردند و از هفته قبل مانده که اگر ما یک جا، به هر دلیل شک کردیم این سیره عقلا مصداق دخالت عقلا در موضوع است که ما می گفتیم عرف موضوع ساز یا می گفتیم دخالت عقلا در قانون گذاری است؛ که می گفتیم عرف حکم ساز...اولی باشد، امضا نمی خواهد ، دومی باشد؛ بنا بر نظر مشهور امضا می خواهد...سوال کردند اگر شک کنیم؛ اعزه فکر نکنید که این سوال ، سوال مدرسه ای است. که در خلأ مطرح شده باشد؛ اتفاقا مصداق دارد...نمونه اش همان بود که ما در ماده 295 بیان کردیم؛ در قانون مجازات اسلامی خواندیم که اینجا عرف چیست...

آیا قانو نگذار موضوع درست کرده، مصداق تشخیص داده است؟ یا این که نهآمده حکم سازی کرده است....غیر از ماده 295 در بحث مالکیتاین عرفی که برای پذیرش مالکیت فکری اصولا بحث پذیرش مالکیت فکری تهش همین است. در بحث از مکاسب محرمه به این نتیجه رسیدیم که اگر شک کردیم دیگر اعتبار ندارد، ما دنبال اعتبارش می گردیم، دنبال عدم اعتبار نمی گردیم. اگر شک کنیم که این عرف، آیا دخالت در موضوع است یا دخالت در حکم است، زمین می خورد؛ منتها ممکن است ، با توجه به بحثهای آینده ، ما بگوییم عند الدقة شک نباید کرد حالا به عنوان فرضیه قبول کنید انشا الله بعدا بشود نظریه ...فرضیه ما این است که در نگاه اول ممکن است کسی شک کند اما اگر کمی دقت کند، ممکن است بگوییم شک نمی کند. باید دقت کند، و دقت کند، حل می شود. به هر حال اگر شک کرد، فایده ندارد. باز دوست گرامیمان سوال کردند راجع به مذاق؛ گفتند گاهی اوقات فقها نمی خواهند دلیل اصلی اشان را بیان کنند یا گاهی وقتها، ظرفیت پذیرش ندارد مثلا اشاره کنند به حبس زنان در خانه.... گاهی وقتها اگر تنها راه، مذاق است، فقیه باید مذاق را بگوید ولو نتواند منشا آنرا بیان کند، مثل عرف است؛ در عرف، کار به عرف داریم و کار به منشا آن نداریم. گر چه منشا آن اگر معلوم شود، اثر می گذارد...ما گاهی اوقات ممکن است بگوییم عقلا اصالة الظهور دارند، این که چرا؛ ممکن است دلیل آن را نفهمیم. گفتند مذاق هم این طوری است ، باز گفتند چرا مذاق را کنار بگذاریم؟ ضوابطش را بیان کنیم، گفته شده ممکن است سوء استفاده شود، ...در قضیه رحم اجاره ای ، آن جاکه حاجت شدید باشد؛ شرعا نمی شود حل

کرد جز از طریق مذاق... ببینید من این ها را عرض کنم اولاً بحث علمی را اجازه بدهید پرونده این بحث باز باشد؛ آن روزی که ما راجع به مذاق در همین مرکز صحبت می کردیم، همان موقع یک مقاله در رد حرف بنده نوشته شد، یک مقاله در مقام دفاع برخی از دوستان نوشتند... فکر کنم مقاله ای در نهایت بر نقد نقد مقاله ما نوشته شد که نهضت خاتمه پیدا کرد... پرونده باز است.... گاهی وقتها ممکن است بگویند صلاح نیست، دلیل بیان شود؛ ما هم می گوئیم اگر صلاح نیست دلیل بیان شود، چطور برایش را می خواهید بیان کنید؟.. زن نمی تواند قاضی یا وکیل شود این ها را بگوئید و بعد بگوئید صلاح نیست روایت حبس را بیاوریم. اگر روایت معتبر است، سند دارد، خودش را هم بگوئید. این ها یک مصحح جزئی است. گرچه مصحح هم نیست؛ با توجه به بحثهایی هم که من داشتم، ما گفتیم عموماً پشت مذاق یا عقل است یا اولویت است... از این هایی که ما به عنوان مذاق گفتیم از آقای حکیم، از آقای خویی، از مرحوم آملی یا دیگران، این ها کدامش را نمی شد دلیلش را بیان کرد؟ اجمالاً این که من نتوانستم با شما کنار بیایم ولی شما آزاد باشید؛ یا مثلاً در رحم اجاره ای، عملاً دارید از عقل استفاده می کنید، ولی اسمش را نمی آورید. ما میدانیم شرع مقدس، از این که مثلاً در بحث رحم مصنوعی و یا در بحث تلقیح مصنوعی... یک نگاهی به شرمگاه شود؛ چه زن چه مرد ولی تلقیح صورت بگیرد و این خانم بچه دار شود و زندگیش متلاشی نشود؛ فرض کنید و در واقع این یک فرض واقعی است که این ها بچه می خواهند و این ها زن و مردی هستند که طالب فرزند هستند، حالا یا زن مشکل دارد یا مرد.. و این که مثلاً برای رفع این قضیه بخواهد برود مجدد ازدواج کند، با این وضعیت هایی که پیش می آید، خانواده متلاشی می شود.... و مسائلی خاصی که مترتب بر ازدواج به این دلایل است که می طلبد راه حل دیگری را جست؛

بگوئیم این حرمت نگاه در معادلات ، به قیمت این که یک خانواده از هم بپاشد، با آن عظمتی که اسلام برای خانواده معتقد است، این جریان استثنا شود بهتر است تا خانواده ای متلاشی شود این در واقع عقل است؛ اگر صرف استحسان باشد (استحسان سنی نمی گوئیم، استحسان لغوی می گوئیم) که فایده ندارد؛ ولی اگر بتوانید این را به یک سامانی برسانید این عقل است؛ حالا شما اسم این را مذاق بگذارید که بعداً نتوانید به دیگری منتقل کنید، آن دیگر، موضوع دیگری است... (در واقع از عقل استفاده می کنید ولی اسم آن را نمی آورید)

یکی از آقایان سوال کردند ضمانت پزشک تا قبل از سال 92 بر مبنای خطر بود، بعد 92 بر خطا و تقصیر، آیا این مصداق عرف است یا مصداق سازی است؟

قبل از 92 با بعد از 92 تفاوت هایی کرده است؛ اما بیشتر روی خطا و تقصیر نبوده است؛ روی انتساب بوده است. البته الان هم در جریان است الان هم دوستان ما در مرکز تحقیقات مجلس و قوه قضاییه دارند پیشنهاداتی به مجلس می دهند در هر صورت سوال شما، سوال محترمی است؛

سوال کردند یکی از مراجع معاصر سلمه الله ، گفتند نادیده گرفتن مالکیت فکری ظلم است؛ آیا این بر اساس فقه مقصدی است؟ نه الزاما لازم نیست بر اساس فقه مقاصدی باشد، می تواند بر اساس عقل باشد که بگوییم مالکیت فکری، نادیده گرفتنش ظلم است و اعمالش عدل است؛ و از طریق قانون ملازمه برسیم به حکم شرع.... نه ... این می تواند با استفاده از عقل باشد، منتها این را هم توجه کنید که استفاده از عقل، قسیم مقاصد نیست؛ یعنی همین را اگر کسی بگوید مقاصدی است، اشکال ندارد. چون میدانید مقاصد یا نصوص شرعی را بیان می کند مثل هو الذی بعث فی الامیین رسولا منهم یتلو علیهم آیاته ... اصلا فقه مقاصدی برای مقابله با عقل نیست؛ ولی الزاما این استفاده لازم نیست که اگر کسی استفاده کرد بگوییم ایشان به فقه مقاصد معتقد است. رابطه حسن و قبح با فقه مقاصدی، چیست آیا می شود حکم عقل را به عنوان منبع چهارم محسوب نکرد؟

ببینید این ها قسیم هم نیستند ولی دو وادی اند؛ این ها مصداقا می شود عام و خاص مطلق؛ به اهمیت مقاصد و اخصیت حسن و قبح ولی عنوانا و مفهوما متباین اند.... مثل مفهوم انسان و حیوان است. انسان و حیوان چه نسبتی مفهوما دارند؟ تباین ... ولی مصداقا عام و خاص مطلق اند.... در خصوص سوال دوم هم باید گفت: بله؛ عقل منبع چهارم است و نمی توان آن را محسوب نکرد. ولی خیلی از آقایان از آن، استفاده نمی کنند در استنباط اول؛ مگر آقای خویی صراحتا نفرمود که این کبرایی است که صغرا ندارد؟ یا مرحوم آقای صدر در الفتاوی الواضحة می گوید قاعده ملازمه را ، ما نیاز نداریم؛ چون ائمه علیهم السلام عاما یا خاصا هر جا می خواستند، بیان کردند. باید فقه و عقل را ببینید، ببینید مورد دارد حتی به اعتراف خود این حضرات یا نه؟

در خصوص بحث اطلاقات سوال کرده بودند که آیا مسائل جدید را می گیرد یا نه؟؛ ظاهرا نتیجه بحث قبل به این جا مرتبط است؛ اگر عناوین جدید را بگیرد موضوع سازی هم شده است؛ ببینید بحث اطلاقات اگر بیاید، اطلاقات دست ما را باز می گذارد هم برای مصادیق جدید هم برای حکم جدید؛ منتها برای مصادیق جدید ما اطلاقات نمی خواهیم؛ همین که عرف، عقدی درست کند کافی است عقد ؛ منتها اوفوا بالعقود می خواهد در واقع حکم قضیه را درست کند، یعنی وقتی ما اطلاقات و عمومات داریم برای مصادیق جدید، دیگر نگران این نیستیم که عرف ما حکم ساز شده است یا نه؟ چون اطلاقات داریم... اطلاقات دست ما را باز می گذارد. ما وقتی اطلاقی و عمومی در اختیار نداشته باشیم آنموقع می رویم سراغ این که ببینیم موضوع ساز است یا حکم ساز؟ آنهم اگر امضا شده باشد.

لذا سیره عقلا اگر توسط نص ملفوظ تعیین شده باشد، این که سیره نیست اصلا؛ نص است... اوفوا بالعقود است.... المومنون عند شروطهم است... جایی می رویم سراغ این که اطلاقی نداشته باشیم.... پس حرف سال گذشته می خواهد بگوید سیره عقلا، نه بماهو سیره عقلا حجة بلکه بماهو مصداق یک نص ملفوظ است. مثلا

بیمه می آید و سنی ها مناقشه می کنند، و شیعه می پذیرد؛ ما در معاملات راحت تر رفتار کرده ایم در کل تا اهل تسنن... مثلاً بیمه را ما می پذیریم نه به عنوان سیره عقلاً؛ بلکه به عنوان هذاعقد و سال گذشته گفتیم که اوفوا بالعقود مصادیق جدید را می گیرد؛ فی شمله اوفوا بالعقود... این حرف پارسال بود؛ امسال اگر گفتیم باید بگوییم نه... این عقد سیره عقلاً دارد؛ و باید دید سیره عقلاً امضا دارد یا نه... یک مقدار تفاوتش این طوری است.

ببینید ما اصل بحثمان چیست؟ سیره عقلاست و این که سیره عقلاً برخی اش، امضا نمی خواهد (آن جایی که در موضوع باشد)... اما برخی جاها بنا بر نظر مشهور، امضا می خواهد... این که صحبت از مشهور در این باره می کنم به تنهایی خود دو جلسه بحث لازم دارد... منتها ما یک بحثی را هفته گذشته باز کردیم، که برخی مصادیق تشخیص راحت نیست؛ و این که آیا موضوع ساز است یا حکم ساز... ما برای این که فقه پزشکی هم می خوانیم، و فقه پزشکی هم محور بحث ما هست، قانون 295 را انتخاب کردم، و علت انتخابش هم همین بود. امروز روی ماده 495؛ 496 و 497 می خواهیم صحبت داشته باشیم. ببینیم که این جا قانونگذار دخالت کرده است یا نه... در واقع یک تشخیص موضوع داده است. امضا هم نمی خواهد یک وقت نگوییم این نظر را که داده است.

ماده 495 می گوید: هرگاه پزشک، در معالجاتی که انجام می دهد، موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن است... این اصل مطلب اول... در واقع پزشک مثل بقیه صاحبان حرف، (حرفه ها) اگر خسارت بزنند، مثلاً خیاط؛ یا نقاش یا بنا... اگر به جنس طرف خسارت بزند، ضامن است، در این جا پزشک هم چنان چه در خصوص بیمار خود صدمه ای به او وارد کند، ضامن است. مگر آن که عمل او طبق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد... مثلاً اگر می بایست از الکل استفاده می کرده و کرده است؛ به هر حال هر کاری که می بایست انجام داده باشد و داده در این صورت ضامن نیست؛ به این معنی که اگر مطابق مقررات پزشکی باشد، ضامن نیست. یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد... و مرتکب تقصیری هم نشود. در این صورت ضامن نیست یکی این که مطابق مقررات باشد و دیگری این که برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیر هم نشده باشد؛ اگر بگوییم مرتکب تقصیری هم نشود، یعنی این که مطابق مقررات باشد. چون اگر مطابق مقررات باشد، مرتکب تقصیر نشده است. طبیعتاً اگر مطابق مقررات نباشد، مرتکب تقصیر شده است. کسانی که در این خصوص جستجو می کنند، می پرسند این «برائت» چه نقشی دارد؟ گفتند اگر مقصر نباشد، برائت هم نگرفته باشد، ضامن نیست. اگر مقصر باشد، برائت هم گرفته باشد، ضامن است. پس نقش برائت چیست؟ مگر این که مرتکب تقصیری هم نشود، غیر از مراعات مقررات... تصور کنید یک جا مراعات مقررات نکرده باشد، ولی اطلاق تقصیر هم صادق نیست؛ این جاست که برائت اثر می گذارد... مثلاً فرض کنید یک سری مقررات محتوایی است در پزشکی، مثل این که دستگاههایی که استفاده می کند، کاملاً استریل شده باشد. اما یک سری مقررات شکلی هست، مثل این که مریض را خارج از اتاق

عمل، عمل کرده باشد. چیز خاصی هم نیست؛ اما در اتاق عمل، این کار صورت نگرفته است. ولی خارج از اتاق عمل هم که بوده خسارتی مستند به این پزشک نیست. گاهی اوقات خارج از اتاق عمل است و دما و فضای نامناسب، باعث مریضی بیشتر مریض شده باشد، فرض کنید که این موارد نبوده است... با این حساب ضامن نیست و نیاز نیست که بگوییم براءت لغو است. و چنان چه اخذ براءت از مریض، به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد، (اینها در واقع عبارتشان همچون لاعبارت است یا به عبارتی مسلوب العبارة هستند) پس براءتش هم بی براءت است. یا مثلاً بیهوش است، براءت آن از ولی مریض گرفته می شود.

تبصره این است که در صورت عدم قصور پزشک، بخاطر آن عمل، ضمان برای وی وجود ندارد؛ هر چند براءت اخذ نکرده باشد. بحث این است که معیار قصور و تقصیر باشد نه معیار اخذ براءت.... البته این یک اشکال دیگری هم دارد که در پزشکی و پیراپزشکی، ما چیزی به نام قصور و تقصیر نداریم. مثلاً این که گفته می شود پزشک، قصور کرده است، قصور کرده؛ چه کار کرده است؟ ولی یک دفعه کوتاهی اش عامدانه است؛ و یک دفعه کوتاهی اش غیر عامدانه است. یک دفعه قصور دارد و واقعا فراموش کرده اما گاه عمداً یک ضرر به مریض می رسانند.. البته به نوعی همه اش تقصیر است. بعد گفته اند ولی بیمار اعم از ولی خاص است؛ ولی خاص، جایی است که شارع مشخص کرده باشد؛ مثل نقش پدر برای دختر یا فرزند اما ولی عام مثل مقام رهبری و گفته اند اگر دسترسی به رهبری نیست، رئیس قوه قضاییه با استیذان از رهبری و تفویض اختیار از دادستانهای مربوطه.... به اعطای براءت به طبیب اقدام نماید.

قانونگذار ما با این موارد چه کار می کند؟ البته بگوییم به شما اینها چیزهای عقلایی هم هست؛ دنیا ولی فقیه یا رهبر ندارد ولی به هر حال آن ها هم قوانینی برای خودشان دارند... منتها این را هم به شما بگوییم هم رویه قضایی هم اجرایی این طوری نیست.... الان کسی که مریضی را به بیمارستان می برد، امضا می کند؛ طرف خانمش می خواهد وضع حمل کند، می بردش بیمارستان می خواهد عمل کند، بیمارستان به شوهر می گوید این فرم را پر کن! سوال این است که شوهر چه کاره خانم است؟ آیا ولی اوست؟ حتی اگر زن، شوهرش را به بیمارستان برساند، بگوید این فرم را پر کن! براءت از او بگیر! از خانم می گیرند برای شوهر... معمولاً کسی که مریضی را به بیمارستان می برد، از او براءت می گیرند، الان رویه بیمارستان های ما این است. بعد هم دادگاه ها با همین ها کنار می آیند. اگر این طوری باشد و بعد پزشک استناد کند به براءت، قبول می کنند به شرطی که همراه بیمار بوده باشد.

دسترسی به رهبر که طبیعتاً نیست؛ رئیس قوه استیذان از رهبر می گیرد، بعد تفویض کند به دادستان ها... عرض کردم مشابه این قضیه در کشورهای خارجی نیست؛ اما به این شکل که براءت بدهد یا خودش یا دیگری... جادارد...

یکی از سالها بود که راجع به قواعد فقه سیاست می خواندیم، راجع به ولی، من بحث می کردم که ولی کیست؟ برخی متمایل به این بودند که هر جا ولی را خود شارع تعیین کرده است، روی سر ما.... اگر نکرده، عرفی اش کنیم. اگر عرفی اش کنیم، خیلی این رویه بیمارستان های ما درست می شود. چون عرفا یک فردی که بیهوش هست یا تصادف کرده است؛ خانمش او را به بیمارستان می برد، سوال این است که الان ولی این کیست؟ اختیار دار این کیست؟ طبیعتا زنش هست. لذا استیحا ش نکنیم که بگوییم زن می شود، ولی!... مثلا خواهر داداشش را می برد بیمارستان ...

به هر حال کار زیبایی است به نوعی مفهوم شناسی و مصداق شناسی است؛ این مهم است؛ و تطبیقات و کلمات فقها ... آقای خویی در این موارد ورود کرده و حتی پیشنهاداتی را هم داده است جالب است این موارد را کار کنید جالب هم است که برخی زود قضاوت می کنند و برای رد کردن و کوبیدن زود قصد قربتشان می آید! در هر حال این موارد موضوعات زیبایی است برای پایان نامه ها و مقاله ها و یا در مباحث پزشکی بگوییم تفسیر ولی بر اساس تبصره 2 ماده 495..... اگر بگویید ولی عرفی است و شرع مقدس گفته که ولی باید اجازه دهد، درواقع ولی کسی که نمی تواند حرف بزند... اگر مطابق حرف ما باشد، می شود تشخیص مصداق، حالا اگر کسی مثل آقای خویی آمد و فرمود: ما به ولی به دید عرفی نگاه می کنیم، شارع بیان ندارد، لذا عرف مصادیقش را تعیین می کند. در این جا سوال این است که این موضوع ساز است یا حکم ساز است؟ معلوم است که موضوع ساز است. یعنی در واقع تعیین مصداق است اما آن کاری که قانون گذار کرده است، و گفت که ولی عام که رهبری است، و اگر رهبری نبود، رئیس قوه قضاییه است (با استیذان از رهبری) با تفویض اختیار به دادستان، ببینید این ها موضوع سازی نیست... ولذا باید ببینیم نصوص دینی چه می گوید... اگر نص ملفوظ داشتیم، از طریق نص ملفوظ... کار سخت است این جا باید رفت و ادله اختیارات فقیه را در عصر غیبت بررسی کرد و بعد که اختیاراتش را بررسی کرد باید ببیند آیا حق واگذاری آن را دارد یا نه؟ در حوزه ما این قاعده هست که هر حقی که فقیه دارد می تواند واگذار کند به قضات؛ آقایان می گویند این قضات، قضات مأذون اند.. از طرف که اذن دارند؟ از طرف مجتهد... چند جلسه آخر بود که بحث می کردیم اگر اجتهاد شرط است، د رقاضی، ... فقیه که هیچ؛ امام علیه السلام هم نمی توانند و این کار را نمی کنند که غیر مجتهدی را در منصب قضا بگمارند... این مثل این می ماند که بگوییم قاضی باید بالغ باشد، بعد یک غیر بالغی را به منصب قضا بگماریم. اگر هم شرط هست که نمی تواند اگر هم شرط نیست، در اصل شرط نیست؛ دیگر اذن می خواهد چه کار؟ نهاد قاضی مأذون که ظاهرا صاحب جواهر مطرح می کند ما نتوانستیم با آن کنار بیاییم. می خواهیم بگوییم بحث، یک بحث اجتهادی است. خود ماده 495 می گوید: باید اخذ برائت کند، مگر مرتکب تقصیر شود، که برائت فایده ندارد اگر مقررات پزشکی را مراعات کرد، تقصیر هم نکرد، ضامن نیست؛ این ها تشخیص مصداق یا حکم است. من دوست ندارم از این ماده زود بگذریم،

نزدیک به سه دهه هست که روی آن تامل و تحقیق دارم. ضمناً برای این که پیش مطالعه هم داشته باشید ماده 496 و 497 را هم ببینید.

الحمد لله رب العالمین