

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد و آله الطاهرين

جلسه 27 روش شناسی استنباط احکام فقه پزشکی

دو سوال شده؛ یکی از آقایان سوال کردند که شمارابطه سیره عقلا ، و عرف را عام و خاص مطلق گرفتید ولی در کتاب فقه و عرف ص 120 عام و خاص مطلق گرفتید؛ و آنجا یک جدولی هم درست شده که این نسبت را بیان کند، عام و خاص من وجه ....پرسیدند آیا نظر شما عوض شده یا فرض شما مختلف است؟ جوابی که می توانم محضر شما بدهم این است که نظر ماعوض نشده منتها اگر در آن کتاب خوانده باشید، من سیره عقلا را اعم از این که شکل قانون گرفته باشد یا نگرفته باشد، آن جا تصریح کردم که سیره عقلا همان می شود که در آن کتاب آمده است.(عام و خاص من وجه) برخی چیزها سیره هست، عرف نیست؛ اگر قانون شده باشد. عرف است، سیره نیست..ولی مفروض من این است که سیره عقلا هم، اگر شکل قانون به خود گرفته باشد، دیگر نگوییم سیره، قانون است. به عنوان قانون ما از آن یاد می کنیم؛ از این جهت دو تا فرض هست؛ حالا ممکن است بگویید این دو فرض را کدامش را روی آن مستقر شویم؟ بحث این است که در قرآن که نیامده که یا ایها الذین آمنوا سیره این است...بنابراین در دوفرض هست و هر دو فرض هم درست است.منتها یک نکته را بگویم و آن این که این جدولی که ویراستار در ص 120 کشیده است، این مشکلاتی دارد که آن را در نظر نیاورید و نیاز به اصلاح دارد و مطلب را بخوانید....

سوال دیگری کردند فرمودند برخی فقها، مذاق را دلیل مستقل قرار میدهند، آن ها دلیلشان چیست؟ و سوال این است که به چه دلیل برخی فقها، مذاق را دلیل مستقل قرار میدهند؟ این را به شما بگویم احدی از فقها علی ما نعلم، دلیل مستقل قرار نداده لذا هیچ کس نگفته ادله خمس ، قرآن و سنت و ...مذاق!، و لذا از این جا منتقل شوید به آن اشکال ما، ما حرفمان همین است.اگر اتفقتم که دلیل مستقلى نیست، بلکه همان خاستگاهش همان ادله است، پس همان ادله را بیاورید ، این به ما کمک می کند....

دربری کلمات از مذاق به مجموع الادله یاد شده است.معمولا می دانید یک چیزی از مجموع الادله نشات می گیرد حالا یا نمی توانند بیان کنند، یا حوصله ندارند تعبیر به مذاق می کنند می گویندمثلا از حدیث رفع می گویند از مذاق شارع به دست می آوریم که حدیث رفع مربوط به مقصر نیست، مربوط به قاصر است، آیا شامل مقصر هم می شود؟من اگر باشم تعبیر می کنم به عقل ابزاری، فقه و عرف هم بخواهم بنویسم می گویم عقل

ابزاری.... یعنی عقل مفسر نص، عقل مفسر روایت؛ مسلم عقل انسان همین را می گوید. که همین بیان، بیان عقل است. اما در برخی تعابیر آمده مذاق ....

قصه ما از بنای عقلا شروع شد، ما این جوری جلو آمدیم بعد از این که بنای عقلا را توضیح دادیم و نسبتش را با عرف بیان کردیم، یادتان باشد، تقسیم بنای عقلا و عرف را پیش کشیدیم و گفتیم که برخی عرفها، (یا همان بنای عقلا) موضوع ساز است. یا موضوع زداست؛ علمای ما ، بحق به ما یاد دادند، که عرف موضوع ساز و عرف موضوع زدا، امضای شارع را نمی خواهد، اتصال به عصر شارع را نمی خواهد، مهم است اگر عرفی این طوری شود، این امضا نمی خواهد و اتصال به عصر معصوم نمی خواهد ولی اگر نه عرفی بنای عقلایی بخواهد قانون گذاری کند، یا به عبارتی بخواهد یک حکمی جعل کند، مثلا مجلس بخواهد بگذراند که فرزند خوانده ارث ببرد! در دنیا داریم که حیوانات ارث می برند، و همین طور الی ما شاء الله ، قبلا بحثی بود در مجلس که دیه اهل کتاب، دیه مسلمان شود تصور کنید این بخواهد قانون شود.... این جا گفتیم که امضای شارع را می خواهد .... به این مناسبت افتادیم در این بحث که برخی مصادیق عرفها، خیلی راحت می شود گفت موضوع سازی است. یا موضوع زداست برخی از آن ها هست که در واقع می خواهد بشر قانون گذاری کند، اما برخی عرفها هست که مشتبّه است. مثل عرف در مالکیت فکری؛ که الان در کشور ها رایج شده و کشور ما هم پذیرفته است. بعد آمدیم در قانون ، مثال را هم از همین فقه پزشکی زدیم، که اینها چیست... که قانون گذار جمهوری اسلامی این کارها را کرده است، آیا پا کرده در کفش شارع؟ یا اصطلاحا پا کرده در کفش فقها؟ یا نه ... آمده تعیین مصداق کرده است. اینها خیلی مهم است که توجه کند، و این را هم بگویم که در اصل بحث مذاق که کاریستش در خصوص فقه پزشکی، محدود بود، ببینید این بحثهایی که مطرح می شود، ما نباید سلیقه خودمان را معیار قرار دهیم؛ یعنی ممکن است مثلا همین بحث مذاق کسی در تغییر جنسیت در تعقیم، در تلقیح مصنوعی، در جراحی های بدن، استفاده کند، ممکن است کسی هم روی ذوق و فکری که دارد، استفاده نکند، اگر هم مثل ما باشد که اصل مذاق را زیر سوال برده باشد، ممکن است همه را برگرداند به یک اسناد شناخته شده .... نباید یک وقت این طوری داوری کنیم که بحث مذاق در فقه پزشکی چه محلی از اعراب دارد؟ اما در بنای عقلا ، این را نداریم؛ خیالمان راحت ... در بحثهای پزشکی مخصوصا در بحث های مدنی، که قوانین آن را هفته های اسبق خواندیم و باز هم می خوانیم، کاربرد دارد، لذا من شما را بردم در آخرین قانون، قانون مجازات اسلامی 92 که ببینیم قانون گذار چه کار کرده است... و چه تصرفاتی کرده است قطعا از بنای عقلا استفاده کرده است. و احکامی را صادر کرده است. منتها سوال این است که این ها آیا تشخیص موضوع است یا تشخیص مصداق یا همان قانون گذاری است؟ یادتان اگر باشد ما هفته قبل ماده 495 را داشتیم به علت ضیق وقت، بحث را رها کردیم، امروز اگر برسیم یک گریزی داریم به ماده 495 با تبصره 1 و 496 با تبصره 1 و 497 و 295.....

من نظر خودم این است که لازم نیست قضات مجتهد باشند، برخلاف خیلی از اساتیدی که شما با آن ها سروکار دارید؛ برخلاف نظر مشهور فقه، ما معتقدیم که قاضی لازم نیست مجتهد به معنای معروف باشد؛ این اگر مانع نباشد، شرط نیست؛ البته ما تنها نیستیم در این قضیه ؛ بزرگانی مثل صاحب جواهر هم این نظر را دارند، ولی مشهور قریب به اتفاق این است که اجتهاد شرط است؛ برخی تفصیل دادند بین قاضی منصوب با قاضی تحکیم... (مثل آقای خویی) ایشان هم شاید در این قضیه فرید و وحید باشد؛ ما این شرط را قرار نمیدهیم اما یک شرط دیگری قرار میدهم و می گویم قاضی باید در فهم قانون مجتهد باشد؛ نگاه نکنید یک کتاب کوچک فارسی... متأسفانه تصور بسیاری از اساتید این است... ولی این طور نیست در کتاب القضاۃ ما مواردی آوردیم و گفتم قانون این است؛ واقعا اجتهاد می خواهد یکی از جاهایی که واقعا خودش را نشان می دهد که قاضی باید مجتهد در قانون باشد، ماده 495 است؛ ماده 495 گزارشی اجمالی از آن بدهم؛ «هر گاه پزشک در معالجاتی که انجام میدهد، اگر موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است...»

البته می دانید که تلف و صدمه ای نیست که لازمه کارش باشد؛ منظورش صدمه یا تلفی که عارض شده و لازمه کار نبوده است؛ مثلا میتواندست بدنش را 5 سانت بشکافد، برای عمل؛ ده سانت شکافت یا مثلا آمدعمل کند قلبش را اما یک صدمه به کبد زد در این حالت ضامن است....

در ادامه می گوید «مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد» میدانید که این قانون صرفا در ایران هم نیست؛ در واقع یکی از بناهای عقلاست. که پزشک را ضامن میدانند ولی اگر مراعات مقررات کند او را ضامن نمیدانند....

در باب معیار ضمان، یک نظری بود که قبلا مشهور بوده به نام «نظریه تقصیر» ؛ یعنی می گفتند که معیار ضمان، تقصیر است. این نظریه هر چه آمده جلو، مهجور تر شده بجای آن می دانید چه جایگزین شده ؟ نظریه استناد... گفتند معیار استناد است؛ ولو ذره ای تقصیر د رکار نباشد. بنده مقاله ای د راین باره دارم؛ معیار ضمان دو سه دهه پیش هم نوشتم یاد هم نیست اقوال چه کسانی را برای گفتگو انتخاب کردیم اما این که نظر خود بنده چه بوده، یاد هست که معیار را استناد گرفتیم که الان مشهور هم همین است که نظر قانونگذار سال 92 هم همین بوده است. این جا ببینید آیا قانون گذار روی آن معیارها وفادار مانده است یا نه ؟ اول گفت وقتی پزشک موجب تلف و صدمه شود، ضامن است؛ سوال این است که به نظر شما این ظهور در کدام مبنا دارد؟.... مبنای استناد.... اما بعد می گوید اگر مطابق موازین باشد، از این جا به بعد می رود روی لاین تقصیر... به عبارت دیگر استناد همراه با تقصیر... و لذا اگر ما در زمان تصویب این قانون بودیم ، این سوال را میکردیم شورای نگهبان یا شورای عالی قضایی شما در مسلک استناد صحبت می کنید یا تقصیر؟ از این که بگذریم، قانون ابهام ندارد؛ قانون

می گوید اگر پزشکی باعث تلف شد، اگر مطابق موازین است، ضامن نیست اگر مطابق موازین نیست، ضامن است. تا این جا ، حقوقدانها خیلی بحث نکردند؛ بعدش در د سر درست کرده است؛ چون بعدش می گوید: «مگر این که قبل ازمعالجه ، برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیر هم نشده باشد، در این صورت ضامن نیست.

سوال کردند که نقش برائت چه اثری دارد؟ اگر برائت که میگیرد حتی با تقصیر هم ضامن نبود، برائت اثر می گذاشت؛ اگر مسلک استناد بود به طوری که اگر تقصیر هم نبود، ضامن بود بازهم برائت اثر می گذاشت؛ ولی شما می گوید اگر تقصیر ندارد ضامن نیست؛ ولو برائت نگرفته باشد؛ اگر تقصیر دارد، ضامن است ولو برائت داشته باشد؛ برائت این جا چه اثری دارد؟ الان قضاتی که میخواهند طبق ماده 495 دآوری کنند، نقش برائت را چه گونه می خواهند در رای قضایی اشان، نشان بدهند؟ این جاست که دیدم یکی از آقایان کلاس هم تحلیل حقوقدانان را آوردند، دقت کنید همان طور که دوستان آوردند، گفتند نقش برائت می دانید کجا ظاهر می شود؟ آن جایی که اثباتا شک کنیم. یعنی شک کنیم پزشک تقصیر کرده یا نه... اگر برائت گرفته باشد، لازم نیست اثبات کند عدم تقصیرش را... طرف مقابل باید اثبات کند ، تقصیر پزشک را اگر برائت نگرفته باشد، پزشک باید عدم تقصیرش را ثابت کند به عبارت دیگر ما در این جا یک بحث ثبوتی داریم و یک بحث اثباتی، ثبوت یعنی اگر کار به خارج نداریم، یک کسی سوال می کند آقای قانون گذار، کجا پزشک، ضامن نیست و کجا ضامن است؟ جواب اگر تقصیر کرده، ضامن است و اگر تقصیر نکرده ، ضامن نیست... فرض کنید برائت هم نقشی ندارد. سوال این است که این ثبوت خوب است اما اثباتا چه؟ پزشک و کادر بیمارستان می گوید ما کوتاهی نکردیم، مجنی علیه یا اولیای مجنی علیه می گویند شما کوتاهی کردید، سوال این است که حرف چه کسی درست است؟! اصل بر تقصیر است یا عدم تقصیر؟ گفتم این جا برائت اثر می گذارد.... اگر برائت گرفته باشند، برائت گرفته اند.... در واقع شما اشتغال ذمه را می خواهید ثابت کنید، می خواهید بگویید پزشک کوتاهی کرده است؛ و برائتش بی اثر است؛ در این جا باید ثابت کنید ولی اگر برائت نگرفته باشند، باید آن طرف ثابت کند، یعنی مسئولیت اثبات تقصیر را روی دوش این بر میدارد و روی دوش او می گذارد و بالعکس... برائت در واقع برای صدمات ناخواسته است؛ پس متعلق برائت، صدمات ناخواسته است و فرض هم روی این است که ما کوتاهی نمی کنیم. پس هیچ ابهام درست نکنیم؛ منتها نکته این است، بعد از عمل و ناکامی عمل، ولی مریض مدعی است تقصیری صورت گرفته است و مثلاً مریض مدعی می شود که یک ساعت بعد عمل مرا در گرمای زیاد یا سرمای زیاد نگهداشتند، ولذا این زخم تبدیل شده به .... منتها کادر بیمارستان هم در مقام دفاع می گویند ایشان دروغ می گوید و .... یا اشتباه می کند. و می گویند ما تمام مقررات را رعایت کردیم؛ اینجاست که نقش برائت مشخص می شود . همه ادعای ما هم این است که آیا این حرفها، دارد قانون گذاری می شود ؟ اگر این ها را بنای عقلا فرض کنیم، آیا دارد قانون گذاری می شود؟ اگر قانون گذاری می شود، میدانید دست ما بسته می شود به این معنا که باید یک قانونی برای آن پیدا کنیم، یا اگر بنای

عقلاست، برگردانیم به اتصال به عصر معصوم. یاراههایی که انشاءالله وارد می شویم چون بر این نظریه که لازم نیست که هر عرفی به عصر معصوم برسد. به هر حال بحث است که این جا چه باید کرد؟ من شما را یک کم جلوتر ببرم؛ تبصره یک را از ماده 495 نگاه کنید: می گوید: در صورت عدم قصور، یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هر چند براءت اخذ نکرده باشد...

سوال این است که آیا این به معنای قانون به عنوان یک حکم شرعی است؟ یا نه این دارد تعیین مصداق می کند؟ تعیین مصداق باشد، دیگر امضای شارع نمی خواهد. حتی فتوای مجتهد نمی خواهد... ممکن است پرسید تعیین چه مصداقی می کند؟ ببینید اگر گفتیم معیار سببیت است، آن قانونی که شریعت دارد این است که هر که سبب تلف شود، ضامن است، آیا این جا دارد مصداق تعیین می کند؟ اگر این طور باشد میدانید که دیگر نباید بگوییم که حدیث یا قانونش کجاست؟ دارد یک مصداق از سببیت را بیان می کند. (به زعم خودش) می گوید پزشکی که نه قصور دارد و نه تقصیر، اولاً پزشک ماهر است تمام پیش بینی های تامینی را کرده است؛ دما چگونه باشد... دستگاه ها استریل شده باشد، اما بالاخره حادثه است، پیش می آید، این اصلاً سببیت ندارد برای پزشک... جهت اطلاع حضرات هم بگویم اگر چنین مطلبی در رساله هم بیاید اعتبار ندارد، چون کار مجتهد، کار بیان مصداق نیست. البته در قانون باید بیاید، چون اگر در قانون بیان مصداق نیاید، وحدت رویه در کشور ایجاد نمی شود و وحدت رویه هم ایجاد نشود، فساد می آورد. ممکن است یک دادگاه در قم یک رای بدهد، دادگاه خیابان بعدی هم یک رای دیگری بدهد، این است که امروزه روی وحدت رویه تاکید میکنند و درست هم هست. ولی در فقه ما این را نداریم، در فقه، فقیه باید حکم را نظر بدهد. بحث وحدت رویه هم مطرح نیست؛ این که فلان آمپول روزه را باطل می کند یا نه... یا فلان غذا روزه را باطل می کند یا نه... سجده بر فلان شی درست است یا نه؛ این ها کار فقیه نیست. وحدت رویه هم که مطرح نیست که بگوییم بخاطر وحدت رویه، فقیه باید وارد شود. اگر با این دید، نگاه شود رساله ها باید به یک پنجم و یک سوم برسد.

### تاریخچه اعتبار براءت در قانون

مطلبی که هست این که تا سال 70 براءت مطرح نبود، در قانون... میدانید که ما یک قانون داشتیم از سال 60، این مُجرا بود تا سال 70، در آذر 70 قانون مجازات اسلامی نوشته شد و بنا بود 5 ساله باشد... 5 سال همان و تا 22 سال در دادگاه ها بود، که دیگر اردیبهشت 92 این قانون آمد به جای او از آن قانون آذر 70، بحث براءت مطرح شد، و دیگر همین طور آمد جلو، منتها در قانون 92 بیشتر خودش را نشان داد... الان که می خوانیم براءت نقش پررنگی داشته منتها بخاطر همین ابهام ماده 495 قضات با یک مشکل روبرو شدند که این براءت، چه نقشی

دارد؟! به هر حال برای خیلی از قضات، حل نیست. اگر تقصیر باشد با برائت هم فایده ندارد. اگر تقصیر نباشد، بدون برائت هم ضمان نیست.

ماده 496 می گوید: «پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار ، می دهد در صورت تلف یا صدمه ضامن است. مگر آن که طبق ماده 495 عمل کرده باشد».

سوالی از شما بپرسم ؛ این ماده چه نقش اضافه ای دارد؟ روی این تاملی داشته باشید؛ من دوست داشتم امروز بحث را تمام کنم اما فکر میکنم مطلب در این صورت حق آن ادا نمی شود 495و 496 را ببینید ولی بحث بعدی ما اگر برسیم این است که اگر عرف در حوزه قانون گذاری وارد شد، تنها راه اصلاح ، احراز اتصال به عصر معصوم است؟ اگر این طور باشد گور خیلی از عرفها که الان ، قانون هم شده ، در واقع کنده می شود. کجا می توانیم احراز اتصال به عصر معصوم کنیم؟ یا نه ... راههای جایگزین داریم. اگر راههای جایگزین هست، آن راه ها کدام است؟

الحمد لله رب العالمین