

متن پیاده سازی شده درس خارج روش شناسی استنباط احکام فقه پزشکی

جلسه بیستم مسلسل 1398 - 1400

جلسه ششم سال 1399 - 1400 (17 آبان 1399)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

دو سازکار دیگر

در مقاله ای که در فصلنامه آمده دو راه دیگر را بیان کردیم ولی من قدری تلخیص می کنم و آن را بیان می کنم و می گویم راه غیر قابل بیان ... به این معنا که برخی وقتها هست که وقتی فقیهی را که مدعی مذاق است، مثلا مجبورش کنیم و از او بپرسیم که شما از چه طریقی به مذاق رسیدی؟ بگوید من نتوانستم منشا آن را بگویم ولی عرفا به این نتیجه رسیدیم ..... من در کتاب فقه و عرف مناشی عرف را بیان می کردم، و گفتم که گاهی یک اراده قاهر الهی، یا گاه اراده یک سلطان بوده و ... به هر حال مقصود این است که ما به عرف برسیم و آن چه را که عرف است بدست آوریم و در واقع توهم عرف نباشد. .... ممکن است شما به این نرسید که چرا عرف به ظهور عمل می کند، یا چرا فقط به یقین عمل نمی کند؛ لذا دیده باشید حرف علما این است که بنای عقلا این است که به ظواهر عمل می کنند... اما هیچوقت هم نرفتند که بگویند برویم و ارسی کنیم ببینیم چرا عمل می کنند؟ البته اگر کسی برود و ارسی کند، خیلی چیزها را به دست می آورد. مثلا این که مشهور شده که بنای عقلا لیبی است و قدر متیقن باید ازش گرفت، ما گفتیم لیبی است و باید قدر متیقن هم ازش گرفت، وقتی که نتوانیم با واکاوی و پیشینه کاوی و پسین کاوی منشا را پیدا کنیم ولی اگر منشا را پیدا کردیم و دیدیم که منشا مثلا اقتضای عموم دارد می توانیم عمل کنیم اما عرض ما این است که برخی وقتها، پدیده هایی اصلشان مهم است هر چند نشود سازکار رسیدن به آن را بیان کرد. و این را بدانید وقتی می گوئیم مذاق منظور مذاق قطعی است و فقهای ما هم که میگویند این را می گویند. و الا اگر کسی بگوید به گمان من مذاق شارع این است، می گویند آقا گمان شما به درد نمی خورد. مگر این که مبنای انسداد را داشته باشد ولی از انسداد که بگذریم، گمان به کار نمی آید. مذاقی را که فقیه می خواهد بر مبنای آن فتوا بدهد باید مذاق قطعی باشد. هر چند نتواند بیان کند. ما نوشتیم «روشهای بیان ناپذیر!». ولی به هر حال فقیه در این گونه مذاق یقین دارد. البته می دانید مذاق قطعی که نشود رسید به سازکار و گفت و نشود به یک نصی یا عقلی یا چیزی نسبت داد، به درد خود صاحب ذوق می خورد. یعنی کسی که این مذاق را رسیده است. به قول امروزیها این یک بیان آکادمیک پسند نیست؛ وقتی بیانش قابل انتقال به دیگران می شود که بتواند سازکارش را هم بگوید. وقتی سازکارش را گفت اگر دیگران دیدند این سازکار به نظر ان ها قابل قبول است، آن ها هم قبول می کنند، آن ها هم تسلیم می شوند؛ مثلا آقای خویی که فرمود: تصدی امور بیتیه مال زنان هست نه امور بیرون و ما این را از مذاق شارع به دست آوردیم، اگر ایشان گفت من مذاق را از کجا به دست آوردم، ما آن ها را نگاه می کنیم یا قبول می کنیم یا نه ... پس مذاق برای خود صاحب ادعا کننده مذاق احترام دارد، قطع هم حجت است. برای دیگران که بخواهد حالت انتقال پیدا کند باید سازکارش بیان شود. به هر حال کسی نگوید اگر مذاقهای قبلی قطعی است، سازکارش را برای چه می خواهیم؟ بحث این است که سازکارش برای دیگران خوب است. مثل یک جایی که کسی ادعای عرف کند، بعد هم بخواهد از آن قدر متیقن بگیرد.

یکی از اعزه سوال کردند که مثالی را که شما برای فتوای ابوحنیفه به عنوان مصداق مذاق بیان کردید در واقع مصداق ظلم

است و ظلم هم خلاف عقل است؛ یا آن مثالی که برای فروش قرآن، برای کفار مطرح شد، بگوئیم خلاف مقاصد شارع در هدایت است. اجمالا خواستند بگویند برخی مثال های شما می تواند جا بجا شود؛ من برای این که شما را معطل نکنم، و اصل مطلب گم نشود، اصل مطلب این است که مذاق خیلی وقتها سازکار دارد، که حتی خود طرف می تواند سازکارش را بگوید. حالا ما برای این که انتزاعی نباشد، برای هر کدام جداگانه مثال زدیم. آیا این مثال ها امکان دارد جا بجا شود؟ من هم که از دیگران نقل قول کردم، بعضا قابل جا بجایی است. مثلا هم خلاف عقل باشد هم خلاف مقاصد باشد... به هر حال بزرگواری که این سوال را کرده بین عقل ابزاری و عقل سندی خلط کرده است. و این عقل ابزاری است نه عقل سندی. از این جهت نباید با هم اشتباه شود. ولی اجمالا جواب آن جلیل محترم را می گویم که ما روی مثال ها اصراری نداریم، ولی به تناسب مثال زدیم، و الا من قبول دارم جریان فتوای ابوحنیفه ظلم و خلاف عدل است. یکی از آقایان گفته شما در صحیحه ابولاد چه چیز را می خواهید بگویند؟ امام که دنبال مذاق نمی روند امام که به همه چیز آگاه اند. و می خواستند اثبات کنند بطلان فتوای ابوحنیفه را... و این که چنین فتوایی، فتوا به غیر علم است. من گفتم مگر ما جایی گفتیم که امام علیه السلام دنبال مذاق رفتند و یا مگر از طریق مذاق به دست آوردند آن چه را که در رد ابوحنیفه بیان فرمودند؟ بله مذاق را برای غیر امام به کار می برند اگر هم امام بیان کنند برای دیگران هست... گرچه البته یک مطلب هست و آن این که آیا ائمه ما اجتهاد می کردند یا نه؟ این بحث را اهل تسنن راجع به پیامبر دارند که آیا پیامبر اجتهاد می کردند یا نه؟ شاید بتوان به راحتی اجتهاد ائمه و پیامبر را نفی کرد منتها اجتهاد قاطع... منتها یک موقع ما اجتهاد میکنیم، که شیخ انصاری گفته بود از باب اکل میت به محتوای این رساله عمل کنید!! البته نباید جسارت به فتاوا شود؛ فتاوا ارزشمند است؛ فقیهان تلاششان محمود و مشکور است، ولی خروجی اش الزاما عین شریعت نیست. ولی اجتهادی که امام صادق دارند، طیب و طاهر و پاکیزه و مطابق واقع است. ولی من چنین چیزی نگفتم که بخواهد به من نسبت داده شود از این هم بگذرم انشا الله که متوجه اشکال شده باشند.

### کاربرد های مذاق

یکی از بحثهایی که در مذاق بسیار مهم است، کاربردهای مذاق در فقه است. یادتان می آید که گفتیم گاه مذاق کاربرد سندی دارد، یعنی آن جایی که سند قرار می گیرد برای فتوا... آقای خوبی چه گفتند یادتان هست؛ ایشان برای این که فتوا بدهد که مرجع تقلید باید مرد باشد، و زن نباشد به مذاق تمسک کرد. این می شود کارایی سندی. اصطلاحی که ما به کار می بریم کارایی استقلالی. یعنی گاهی ممکن بود آقای خوبی به قرآن تمسک کند، یا به یک حدیث تمسک می کرد، حالا آمده به مذاق تمسک می کند. و این می شود کارایی سندی. ولی گاهی وقتها کارایی ابزاری است. یا آلی است یا تفسیری... آن جایی که مذاق باعث شود، مثلا یک موضوع حکم، یا یک متعلق حکم تفسیر خاص شود. که بود که گفته بود ما از اختین که گفته بود نباید با آن ها ازدواج کرد، اختین عرفی است نه اختین شرعی؛ یا اضافه کنید ما وقتی، می شنویم با دختر خودت ازدواج نکن، منظور دختر عرفی است نه فقط دختر شرعی. پس اگر دختر از طریق زنا متولد شده باشد، دختر شرعی نیست. اما دختر عرفی هست. این را از مذاق به دست آورده بودند. این جا ببینید اول موضوع درست می کند، متعلق حکم را بیان می کند، بعد آن حکم بار می شود. این جا دیگر سندی نیست، استقلالی نیست، این جا ابزاری است. این کارایی سندی و ابزاری این قدر قاطی شده که قابل احصا نیست. طرف قلم برداشته و گفته عرف از اسناد است و بعد مثال زده به این که شما آیا در معاملات به عرف رجوع نمی کنید؟ وقتی یک چیزی را می خواهید تفسیر کنید، مثلا خانه را فروخته نمیداند که فرش هم با خانه هست یا نه... میروود سراغ عرف، این نویسنده محترم توجه نکرده که این جا کارایی ابزاری است. اگر فقهای ما می گویند که عرف از اسناد نیست، د رواقع از اسناد نیست نه این که از ابزار اجتهاد نیست. یا مصلحت ممکن است بگوئیم از اسناد نیست، اما از ابزار استنباط هست. یک چیز دیگری هم اضافه کنم که میدانید که ما یک سری روایات داریم که در مسح پا و شرب خمر و اخفات در بسم الله ما تقيه نداریم یعنی ائمه گفتند در این سه جا ما اجازه تقيه نمیدهیم. حالا شما روی کفش مسح کن و شما بگو تقيه بود. نباید این کار را کرد.

یک فقیهی پیدا شده و گفته این روایات روی سرو چشم ما ولی واقعا اگر جایی، بین مس از روی کفش، و قطع گردن، کسی را مخیر کنند، مسح بر پوست پا جایز نخواهد بود. چون از مذاق شرع معلوم است که راضی به کشته شدن مکلف نیست (آقای محمد تقی آملی)

شما اسم این کار را چه می گذارید؟ ایشان دارد از مذاق بیان می کند. یعنی مذاق را می آورد که این روایات را کنار بگذارد، حالا

از این جهت که می خواهد بر اساس آن فتوا بدهد، این می شود کارایی سندی؛ کارایی سندی مذاق و از این جهت که روایت را می گذارد کنار، روایت را ساقط می کند، این نه می شود گفت کارایی سندی، نه می شود گفت کارایی ابزاری؛ موجب اسقاط روایت می شود..... مذاق کارایی های مختلف دارد. من این مقدار را جمع آوری کردم ، کارایی سندی ، ابزاری ، و اسقاط روایت از حجیت، (کارایی اسقاطی) حالا شما می توانید موارد دیگری هم پیدا کنید، و اضافه کنید، ....

شایدتا به امروز کسی به اندازه حقیر راجع به مذاق صحبت نکرده باشد؛ از آقایان از علما ... ولی من دو تا ادعا دارم، یکی این که این مذاق در فقهت چقدر ضرورت دارد؟ واقعا ضرورت دارد؟ یا ضرورت ندارد؟ حالا اگر ضرورت ندارد، آسیب دارد یا نه؟ و اگر بنا شد کنارش بگذاریم چه چیز را باید جایگزین کنیم، راه های پیشنهادی به جای مذاق چیست ما در اولی می خواهیم بگوییم نه تنها، ضرورت ندارد بلکه گاه آسیب دارد و دارد و دوم این که حالا که گفتیم بگذار کنار چه چیزهایی را باید جایگزین کرد که آن را خواهیم گفت ... چه خوب است که بحث این گونه باشد، که اگر انسان نهادی را میزند ، نهاد جایگزین را هم معرفی کند.

### نهاد جایگزین مذاق

بحث این است که آیا در مسائل پزشکی یا پیرا پزشکی ما می توانیم از مذاق استفاده کنیم یا نه؟ یکی از مسائلی که این روزها مطرح است بحث تلقیح مصنوعی است؛ زن و مردی بچه می خواهند، ولی تلقیح می تواند مشکل را حل کند؛ مثلا اسپرم مرد را بگیرند یا تخمک زن ، خارج از رحم پرورش دهند، و البته قاعدتا این ها مستلزم لمس هست؛ ولو همجنس هم نگاه و لمس کند، یا اگر مستلزم هم نیست عملا هم این کار صورت میگیرد. گاهی در یک جامعه ایده آل مستلزم نیست اما در یک جامعه موجود مستلزم است. مخصوصا اگر در یک کشور غیر اسلامی طرف دارد زندگی می کند، مثل مستغربین ما در غرب.. که بیچاره ها باید به همان ها رجوع کنند، این جا ممکن است یکی مخالفت کند و بگوید فرزند داشتن که واجب نیست... ضرورت و اضطرار هم نیست. نهایتا یک حاجت ملح است؛ حاجت شدید... آیا با حاجت شدید حرمت از بین می رود لذا به زن از این دیدگاه می گوید نباید رجوع کنی و به مرد هم می گوید تو هم نباید رجوع کنی. ولی یک چیزی که هست و نمی شود انکار کرد این که اگر این خانواده با این وضعیت متلاشی می شود و واقعا برای زن یا مرد سخت است که بچه دار نشوند، ممکن است کسی از مذاق شارع بدست آورد که شارع نمی خواهد دو تا مومن زن و مرد مسلمان در سختی طولانی مدت زندگی کنند، آیا باز هم این حرمت سر جای خود است؟! لذا شارع اجازه می دهد و حرمت لمس و نگاه تا آن پایه نیست که بتواند برابری کند تا مجوز این کار.... به هر حال واقعیت این است که طبق فقه سنتی این کار مجوز ندارد اما بحث این است که گاهی اوقات ممکن است همین دلیل باعث متلاشی شدن خانواده ها یا ازدواج های مجدد و یا .... شود. که هر یک از این ها مایه اختلاف و غیبت و تهمت و ... شود. یکی کسی بگوید که مذاق شارع برای حفظ خانواده مخصوصا اگر این را هم به دست آورده باشد که خانواده چقدر قداست دارد، صیانت می کند از عدم تلاشی خانواده و به نوعی مجوز این کار را داده این که خانواده از هم نباشد نزد شارع اولی است. تا این که یک نگاهی به شرمگاه شود. البته حرام خدا، حرام است، تلک حدود الله... اما واقعیت ها را هم نباید نادیده گرفت. و میدانید که ما اضطرار شرعی را به اوسع از آنچه فقها معنا می کنند، معنا می کنیم. و لذا برخی وقتها نام این ها را اضطرار می گذاریم. به دلیل برخی روایاتی که در جای خودش گفتیم. که در کتاب قراردادها هست.

معتقدم در عین رعایت انضباط فقهی باید به این گونه مسائل پرداخته شود که بنده خودم به این انضباط معتقد و مقید هستم در عین حالی که نباید از مستحذات هم غافل بود. و از این جهت قضاوت افرادی را که یک جانبه به جریان نگاه می کنند و دور از انصاف حرفهایی را می زنند، رضایت ندارد و راضی نیستم.

سال گذشته گفتیم که برخی وقتها شاید مصالحی که در نگاه اول غیر الزامی است، مقدم می شود بر الزامات ... که بعد رفتار دولت را بر این اساس توجیه کردیم. این نکته ای بود که ارتباط با بحث ما داشت آن دو ادعا را هم در جلسه آتی توضیح خواهیم داد.

الحمد لله رب العالمین