

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

جلسه بیست و پنجم مسلسل 1398 - 1400

جلسه یازدهم سال 1399 - 1400 (29 آذر 1399)

بسم الله الرحمن الرحيم

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

سوالاتی از طریق فضای مجازی مطرح شده، و ظاهراً حضار هم سوالاتی دارند، ...

هیچ نشانی از این نیست که آقای خوبی از مبنای دوره آخر اصول عقب نشینی کرده باشد؛ یعنی همان روش مدرسه ای، منتها همان طور که به شما گفته ام، ایشان در مقاطعی از عمرش، اهل تجمیع ظنون بوده است؛ برخی تقریرات ایشان را هم که آقای گرجی گفته است، این برداشت می شود که ایشان شهرت را جابر می داند، در حالی که این اواخر فرموده است، شهرت جابر نیست؛ اگر کسی کاری بکند ببیند تمسک به مذاق، الزاماً لازم نیست اهل تجمیع ظنون باشد؛ می تواند مدرسه ای باشد؛ برای این که اینها در مذاق عنصر قطع آور بودن را می آورند و این را هم نگویند که ایشان برای مذاق معنای دیگری در نظر دارد. ایشان غیر همان معنای معروف، معنای دیگری را در نظر نمی گیرند. پس: 1. ایشان مذاق را به همان معنایی که ما مد نظر داریم، مطرح می کنند. 2. مذاق را قطع آور میدانند. 3. الزاماً لازم نیست که بگوئیم از آن مبنای معروف اصولی اش دست برداشته است. اگر مربوط به دوران جدیدش باشد، منافاتی با هم ندارد.... اما یک نکته که این که تصور کنیم مذاق را جایی می آوریم که دلیل روشن نیست، این هم مراعات نشده.... یک کسی بگوید ما وقتی اجازه نمیدهیم زن امام جماعت باشد، آیا اجازه میدهیم برای کل دنیا مرجع تقلید باشد و زعامت کند؟! این بود که من می گفتم معمولاً پشت مذاق، یک دلیل هست، گاه دلیل معین و گاه هم دلیل غیر معین... که پنج یا شش دلیل را کنار هم می گذارد و می گوید من از این ها میرسم به فلان نتیجه...

بحث ما این است که بنای عقلا، کجاها موضوع ساز است، کجاها حکم است؟ اگر حکم باشد، باید چراغ قوه برداریم، در بدر دنبال تایید شارع باشیم؛ تایید را که گفتم امضا و تقریر را همه را در بر می گیرد.... یکی از آقایان پرسیده اند: شارع کلیتی بفرماید، همان کافی است؛ چرا در عرف حکم ساز، نیاز به امضای شارع داشته باشیم؟ آیا در قوانین رانندگی، نیاز داریم؟

مطلب این است که دوستان می خواهند بگویند شارع مقدس، این کار را کرده، امضا کرده به طور کلی؟ اگر این منظورشان هست، البته که ما نمی توانیم این را بگوئیم.... حالا اگر همه عقلا توافق کنند روی ارث فرزند خوانده، شما قبول می کنید؟ اگر عقلا توافق کنند، که چیزی به نام خیار مجلس ما نداشته باشیم، آیا می توانیم بگوئیم، شارع امضا می کند؟ یا اگر همه عقلا روی ارث حیوان توافق کنند، اگر همه عقلا.... همه عقلا... همه عقلا.....

اما از آن طرف شارع یک جاهایی هم اجازه داده و امضا کرده است، این جاست که نمی توانیم بگوئیم در قوانین راهنمایی رانندگی، مانمی توانیم نقض را زیاد کنیم باید، حل کنیم و اصلاً این درس امروز ما حدس می زنی دو سه هفته ای ما را درگیر کند، این موارد را باید اصلاح کنیم، می بینید اولین بار کجا این درس را خواندید؟ بدون این که اساتید اشاره کرده باشند؛ در بحث این که انسان چقدر اختیار دارد، شرط بگذارد... در مکاسب شیخ... آنجا یک هفت و هشت خطی دارد که گاه که ما آن جا میرسیدیم، خیلی مانور میدادیم که این هفت هشت خود به تنهایی خود یک کتاب است. در واقع همین بحث است که حوزه اختیارات ما کجاست؟ ببینید مشکل هم این است که اگر ما بگوئیم هیچ اختیار نداریم، نه.... یک سری اختیارات ما داریم!.... در

قالب شرط؛ مگر خانم ازدواج نمی کند و می گوید من ازدواج میکنم و فقط می خواهم اسمت روی من باشد که هر جا میروم شایدان دنبال من نباشند که خانم مطلقه است و ....می آید و ازدواج می کند به این شرط که فقط اسم شوهر روی این خانم باشد...شرط عدم استمتاع...ببینید این شرط مشروع است یا نه؟یک فقیه یک جا گفته این مشروع است؛ و یک جا گفته این قانون گذاری است؛ در واقع پا در کفش شارع می کند؛ زیرا شارع می فرماید استمتاع....و این شخص می گوید غیر استمتاع....مخالف قرآن و مخالف اقتضای عقد است و درست نیست....اما برخی گفته اند که دارد یک موضوع درست می کند....

آن چه لازمه بیع هست، مطلق السلطنة هست نه السلطنة المطلقة....وقتی این طور شد با قید هم می سازد، من واگذار کننده هم آزادم بنا به مصالحی که خودم تشخیص می دهم، نمی خواهم که این آقا بخرد و فردا هم به هر کس که خواست، بفروشد...خیلی وقتها این زمیندارهای بزرگ این کار را می کنند، به افراد خاصی می فروشند که زمینشان تنزل نکنند....در یک کلام انگیزه دارند که این کارها را می کنند.ما جوابی که به دوستان میدهم این است که مشکل، کلیت است.

دیگری سوال کرده، در وقت شک در حکم ساز بودن، یا موضوع ساز بودن، وظیفه چیست؟سوال زیبایی است؛اگر شک کنیم فلان مورد، الان برای شما می آورم؛ میدانید که راجع به مالکیت فکری تا قرن 17 هیچ خبری نبود؛ همان که برخی به اشتباه می گویند مالکیت معنوی...از وقتی صنعت چاپ درست شد، یواش یواش از سال 1601 این بحث مالکیت فکری مطرح شد، چون مؤلفان احساس کردند که کتاب می نویسند و دیگری یک چاپخانه ای می آیدو صد یاده هزار نسخه را چاپ می کند. المیزان را یک کسی می نویسد اما چاپخانه دیگر چاپ می کند و پول این همه به مولف تعلق می گیرد.بعد از مولفان آمد به مطلق پدید آورندگان آثار تعمیم یافت. مثلا کسی یک نقاشی می کشید، حتی یک کسی، یک چیزی می ساخت.یا در تکنیک، یک وسیله ای را اختراع میکرد، این ها باعث شد که این بحث مطرح شود، ابتدا مقاومت می شد، ولی به عنوان یک کسی که سیر تاریخی اش را مطالعه کرده عرض می کنم که هر چه بشر جلوتر آمده، گرایش پیدا کرده به مالکیت فکری...در کشور ما هم، این قانون را پذیرفته ایم.علیرغم این که فتوای مرحوم امام خمینی و برخی مراجع، بر الغای مالکیت فکری است، ولی رویه کشور ما در قانون، این نیست؛الان کسی نمی تواند کتاب من را چاپ کند، اگر هم شکایت کنم، دادگاه حق را به من میدهد، منتها نسبت به آثار داخلی، ما هنوز نسبت به آثار خارجی، نه ما در برابر دنیا تعهدی داریم و نه دنیا در برابر ما .....لذا کپی رایب در کشور ما منع قانونی ندارد، اگر ما یک کتاب خارجی را چاپ کنیم، چون عضو «معاهده برن» هم نیستیم، نمی توانند ما را مؤاخذه کنند، ما اصلا عضو نشدیم، آن ها هم می توانند آثار ما را چاپ کنند، اما نسبت به داخل این طور نیست؛ سالهاست که پذیرفتیم، قبلا سی سال، بود و بعد شد پنجاه سال، ببینید حی و حاضر یکی از آن ها همین است؛ آیا پذیرفتن مالکیت فکری، بین عقلا، این اضافه کردن یک موضوع است به موضوعات؛ که طبعا اگر این طوری باشد، امضا نمی خواهد....نمی خواهد بروید صدر اسلام در بدر بگردید و امضا پیدا کنید؛ اگر حکم باشد، بر مبنای مشهور، امضا می خواهد و تایید می خواهد.

برخی سفت و سخت روی نظر خود ایستاده اند و می گویند این، موضوع ساز است.آقای مکارم سلمه الله از مراجع، عبارت ایشان این است: «مالکیت فکری همچون مالکیت محترم است؛ تجاوز به حریم آن جایز نیست؛ هر کس تجاوز کند، ضامن است؛ زیرا مالکیت از موضوعات عرفی و عقلایی است به تعبیر دیگر از موضوعاتی است که عرف عقلا تعیین می کنند و در عصر ما، رسمیت داده شده و از آن جا که موضوع را از عرف می گیریم و حکم را از شرع، چنین نتیجه خواهیم گرفت که اصل کلی لا یحل لاحد ان یتصرف فی مال غیره الا باذنه...شامل آن هم می گردد...این که کسی چیزی را تولید کند و دیگری بهره برد به هر حال ظلم فاحشی مرتکب شده و ظلم هم از نظر شرع و عقل، حرام است؛ کسانی هم که مرتکب شوند، غیر قانونی است؛ مباح نیست؛ ضامنند.

اگر دقت کنید این بزرگوار، دو تا بیان دارد با این سیر طولانی؛ یکی این که عرف موضوع ساز است به تعبیر ما ....مگر عرف موضوع ساز باید از کسی اجازه بگیرد؛ خیلی وقتها یک چیزی را در جامعه دور می ریزند اما یک جامعه دیگر خرید و فروش می کنند.برخی از این خوراکیهایی که غیر مسلمانان دارند ما این ها را اصطلاحا دور می ریزیم.برخی وقتها تکنولوژی و پیشرفت بشری معنا و مفهوم جدید به چیزی می دهد که تا دیروز بی ارزش بود؛ مثل جریان خون که قبلا ارزشی نداشت ولی الان نگه میدارند برای نیازمندان و یا کاربردهای دیگر طبی...به عبارتی عرف، موضوع سازی کرده است.

من نمی خواهم با این فقیه محترم بحث کنم؛ می خواهم عرض کنم گاهی وقتها هست که یک عرفی وقتی می آید موضوع ساز و

گاه حکم ساز و گاه مشتبه است؛ مثل همین....

در بحث مالکیت فکری من به این نتیجه رسیدم که گلوگاه همین است. برخی وقتها انسان می تواند آن گلوگاه ها را بیابد. اگر حرفی را که آیت الله مکارم زندقه، درست بوده باشد، ما هیچ گیری نداریم. مالکیت فکری را به راحتی می توانیم تصویب کنیم... البته این که عقلای همه عالم، پذیرفتند این طوری نیست، هنوز هم که هنوز است ما افکار مخالف داریم. برخی کشورها مالکیت فکری را تا سی سال قبول دارند برخی دیگر می گویند تا وقتی پدید آورنده، زنده است. بعد از مرگش نسل اندر نسل ارث ندارد....

حضرت آیت الله فاضل هم معتقد بودند مالکیت فکری محترم است.

اگر این جریان برود در بحث قانونگذاری به این معنی که عقلا برای آن حکم درست کردند، مشکل می شود مگر این که قوانین آن را درست کنیم و الا مشکل می شود. مخصوصا روی مبنای لزوم احراز امضا نبوده اینها، ولی باز عده ای می گویند که در قدیم هم ظواهر و مصادیقی از این جریان بوده است؛ همان زمان هم اگر کسی شمشیر می ساخت، انحصار خودش بود و کسی حق تقلید نداشت اما به عنوان یک هنجار و یک قانون، و این که بگوییم از صدر اسلام هم بوده، این که آیا اسلام آن را امضا کرده و یا چون مهم نبوده، از کنار آن گذشته است. گلوگاه این است....

در فقه شرکت، عقلا دست به قانون گذاری زدند.... تا دلتان بخواهد الان در کشور ایران هم همان قوانین دارد اجرا می شود؛ اولاً یک شرکتهایی درست کردند، که ربطی به شرکت در معنا و مصطلح امروز ندارد؛ نگویید که علما با این عنوان کتاب دارند، اما کتاب الشركة عروه را ببینید یا کتاب الشركة آقای خویی که تعلیق بر عروه هست را نگاه کنید و شرکت های روز را هم مطالعه کنید فقط عنوان و اسم مشترک است. یعنی خود پدیده شرکت یک پدیده جدید است؛ بعد می آییم روی آثارش.. اشتباه نکنم ماده 588 قانون تجارت را بیاورید، آن جا می گوید تمام احکامی که یک شخص حقیقی دارد، شخص حقوقی هم دارد. این ها قانون گذاری می کنند. خیلی قوانین شرکت ها دارند، باید ببینیم آیا این ها موضوع سازند، اگر موضوع ساز باشند ما راحتیم؛ اگر نباشند باید راه هایی را فکر کنیم. ولی می خواهم بگویم این ها از یک سرچشمه، نشات می گیرد. حالا برای این که بحث پزشکی هم هست، دو سه تا ماده قانونی دوستان ما پیشنهاد دادند، که الان هم شده قانون مجازات اسلامی مصوب 92 ... سه مورد هست؛

ماده 295، 495 و 497 ... ببینیم رفقای ما در قوانینی که پیشنهاد دادند، چه بیان کرده اند.

«هر گاه کسی، فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر او گذاشته است، ترک کند، (این را می توانید پزشک مثال بزنید، یا پستی یا ...) و به سبب آن جنایتی واقع شود، چنان چه توانایی انجام آن فعل را داشته است، جنایت حاصل به او مستند می شود و حسب مورد عمدی یا شبه عمدی یا خطای محض است. مانند این که مادر یا دایه ای که شیر دادن را برعهده گرفته، شیر ندهد یا پزشک یا پرستار، وظیفه قانونی خود را ترک کند، (این جا می خواهد بگوید ترک فعل هم باعث ضمان است) چون استناد با فعل راحت می آید اما استناد با ترک فعل چطور؟ اینجا این ماده آیا دارد موضوع درست می کند یا دارد حکم می دهد؟ حکم به ضمان می کند... الان بحثی که خیلی رایج است زندانی کردن حر کسوب است؛ علما چه می گویند در این باره؟ قریب به اتفاق می گویند ضامن نیست؛ عبد اگر باشد حتما ضمان دارد؛ اگر حر بیکار باشد که اصلا محل بحث نیست؛ بحث سر حر کسوب است؛ من بنده خدایی را دعوت کردم به خانه و بعد من درب را زدم به هم و قفل کردم و رفتم، سه ساعت بعد آمدم این آقا هم در واقع زندانی است این آقا مدعی می شود که من را سه ساعت حبس کردی به پول الان هم می بایست دویست هزار تومن در بیاورم... در این حالت آیا من ضامن هستم یا نه؟ مطلب این جا از این قرا راست که اگر گفتم، ضمان رفته روی من استند الیه الجنایة این جا موضوع ما می شود استناد و حکم هم می شود ضمان... یعنی استناد، موضوع ضمان است؛ این جا قانون گذار ماده 295 در واقع دارد چه کار می کند؟ دارد بیان مصداق می کند برای یک مورد به نام استناد... یا اگر فقیه ما این را در رساله اش نوشت؛ در واقع دارد مصداق استناد مشخص می کند. تعیین موضوع کار فقها هست اما تعیین مصداق کار فقها نیست؛ و لذا اگر کسی معتقد باشد این جا واقعا استناد نیست، اگر گفتیم قانون گذار مصداق برای استناد درست می کند، می شود موضوع ساز که موضوع اعم از مصداق است؛ ولی اگر گفتیم دارد حکم می کند، می گوید ترک الفعل یوجب الضمان... من دوست ندارم زود عبور کنم آن دو ماده را هفته آینده مطالعه کنید که با آمادگی بیشتر برویم محضر این مباحث.

الحمد لله رب العالمين