

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

جلسه بیست و نهم مسلسل 1398 - 1400

جلسه پانزدهم سال 1399 - 1400 (11 بهمن 1399)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

مستحضری که اصل بحث ما راجع به سیره عقلا در کل و در ارتباط با فقه پزشکی بود. در ادامه گفته شد که بیشترین حضور بنای عقلا در فقه پزشکی، مربوط می شود به ضمان یا عدم ضمان پزشک و کادر پیراپزشکی نکته ای که در ادامه گفتیم این بود که گاهی این بناها، در واقع برای ساختن موضوع هست یا زدودن موضوع، یا در واقع بیان مصداق یک حکم شرعی است که اگر این طور باشد ما نیاز به امضا و ... نداریم. چون همه فقها معترفند که عرف در موضوع ساختن، یا تشخیص مصادیق آزاد است هیچ فقهی نگفته که تشخیص فلان مصداق نمونه اش باید صدر اسلام، باشد ولی اگر بیاید در قانون گذاری، مثلا بگویند که اگر مقررات پزشکی نشده، ضمان است. این جاها باید دنبال امضا بگردیم، یا یک فکری بکنیم اگر ما از این مرحله آزاد شویم حتما خودمان را وارد مرحله بعدی می کنیم مبنی بر این که آیا بایدنگاهی به صدر اسلام داشته باشیم برای این عرفهای مستحدث؛ یا نه ... راه های دیگری هم وجود دارد... تسهیلاتی هم هست که البته آن بحث مربوط به پزشکی و غیر پزشکی نیست. قبلا من خیلی تاکید نمی کردم ولی الان خیلی برایم اهمیت دارد که موارد از قبیل قانونگذاری است یا از قبیل تشخیص مصداق سببیت است. این خیلی فرق می کند؛ من هنوز نگاه می کنم دو تا ماده قانونی داریم که باید این ها را تمرین کنیم؛ و بعد برویم روی راههایی که روی بنائات جدید، بر فرض که قانون گذاری باشد، آن راهها چیست؟

سوال کردند که با توجه به این که قول پزشک از باب پذیرش اهل خبره است؛ یعنی از باب پذیرش اهل خبره است و الا قول پزشک را از چه جهت می گوئیم معتبر است؟ نسخه پزشک از این باب است که اهل خبره است. و حجیت قول خبر از باب بنای عقلا است. وقتی شد از طریق بنای عقلا، در جایی که ظن به خلاف باشد که معتبر نیست. اشکال زیبایی است دوستان مقدمات را خوب تنظیم کردند. بنای عقلا هم دلیل لبی است؛ دلیل لبی حجیت اش وقتی است که ظن به خلاف نداشته باشی. حالا لااقل نمی گوئیم ظن به وفاق داشته باشیم؛ اما نباید ظن به خلاف داشته باشیم. این ها را ایشان چیده، بنابراین اگر پرستار یا داروخانه یا کسی که تزریقات انجام میدهد مثلا گمان یاقین به اشتباه پزشک دارد، حق ندارد، اجرا کند. جوابی که من به دوستان میدهم این است که ما آخر درس هفته قبل را باید به یاد داشته باشیم تبصره 1 ماده 496 می گوید اگر مریض یا پرستار بداند (شما ممکن است اضافه کنید گمان به اشتباه داشته باشد) من ادامه دادم و گفتم دوستان ما در مرکز تحقیقات مجلس روی این مباحث کار کردند و پیشنهادهای هم داده اند. رابطه جایی که یقین به اشتباه داشته باشد قطع می شود. می اندازند گردن پرستار مثلا... جایی که علم عرفی داشته باشد، ... یا جایی که شک دارد، یا گمان دارد، ادله لبی قدر متیقن می گیرند. لذا اگر گمان برخلاف باشد عمل نمی کند. برخی وقتها، ادله لبی، قابل تحلیل است... یک دفعه یک اجماع تعبدی است، قابل واکاوی نیست؛ اما برخی بنائات عقلا قابل واکاوی است به قول فقها معقدار... قابل تحلیل است. یک مثال برای بنای عقلا، اصل ظهور است. آیا ما باید قدر متیقن بگیریم در این اصل؛ یا اگر با واکاوی، (پیشینه کاوی و پسینه کاوی) (مقدمات بنای عقلا یا آثار بنای عقلا)، پیشینه کاوی و پسینه کاوی خودش می شود واکاوی... اگر بتوان مناط را به دست آورد، هر چه مناط اقتضا کند، مثلا اگر شک کردیم که در اصل ظهور، ظن شخصی، لازم است یا نه؟ ما هم بگوئیم بنای عقلاست، قدر متیقن باید بگیریم، بله ظن

شخصی لازم است... اگر رفتیم واکاوی کردیم و دیدیم اصل ظهور، که می خواهند عمل کنند، دنبال ظن شخصی، مثلا نیستند یا در مسائل غیر مهم دنبال ظن شخصی نیستند، دنبال ظن نوعی اند. یا در محاکم، معیار ظن نوعی قرار میدهند، طرف اگر ادعا کند که من ظن نداشتم ولو بدانند که راست هم می گوید، از او قبول نمی کنند... این می شود پسینه کاوی که می توان قدر متیقن گرفت مثل اجماع، جایی که معقد دارد... میدانید اجماعی که معقد دارد، علما قدر متیقن نمی گیرند به آن اطلاق، تمسک می کنند، اطلاق معقد... آن اجماعاتی که قدر متیقن می گیریم آن اجماعی است که معقد ندارد... و روی متن خاصی بسته نشده است. اگر در اجماع یک متن خاص داشته باشد،... مثلا گفته باشند غرر در معاملات بالا جماع ممنوع است. شک می کنیم که معاملات فقط بیع هست؟ یا اجاره؟ یا شرکت و مضاربه را هم میگیرد... این جا می گویند به عموم معاملات یا به اطلاق معاملات تمسک کنید... چون معقد دارد، اگر اجماع پراکنده بود، متن خاصی نداشت؛ هرکسی یک جور گفته بود، این می شود اجماع بدون معقد... این دیگر اطلاق ندارد. این هم نکته ای بود که من می توانستم به بهانه این سوال جواب بدهم.

.....

مایلید ما ماده 497 را هم بخوانیم؟

« در موارد ضروری که تحصیل برائت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.»

مثال خوبش این است؛ تصادفی شده، ده پانزده زخمی آوردند بیمارستان؛ چه کسی این ها را آورده است؟ راننده مینی بوس که با این ها نسبتی ندارد. و کاره ای هم نیست که بخواهد برائت بدهد یا ندهد. این جا برای پزشکی یا کادر پزشکی تحصیل برائت ممکن نیست. قانون گذار می گوید 1. اگر برائت ممکن نیست؛ 2. اگر واقعا مراعات مقررات پزشکی را بکنند، (میدانید که گاه چه بسا پزشک و کادر همراه او عجله می کنند و بیمار را در یک شرایط نامناسب دمایی نگه میدارند و جراحی می کنند و موجب عفونت میشوند که این از بحث ما خارج است) در هر حال در صورت رعایت مقررات، ضامن نیست.

سوال ما این است؛ اول این که ما سوال محتوایی داریم؛ که این ماده 497، با آن مساله 495، چه جور قابل جمع است؛ آن جا می گفت: یا برائت یا عدم تقصیر... ما می گفتیم: اگر عدم تقصیر هست، طبق بیان شما برای عدم ضمان، کافی است. این برائت چه نقشی دارد؟ اگر برائت با تقصیر باشد، این به درد نمی خورد، اگر برائت همراه شود با عدم تقصیر، خود عدم تقصیر می گویند کافی است. ممکن است کسی بگوید کافی نیست؛ اما شما می گویند کافی است.

این جا ببینید اگر طبق مقررات پزشکی عمل کرده است، پس مقصر نیست؛ این جا برائت هم ممکن باشد، لازم نیست. (طبق بیان شما قانون گذار!) و الا طبق نظر خود ما برائت باید بگیرد؛ چون تقصیر و عدم تقصیر را ما ملاک و معیار قرار نمیدهیم... بله ما تقصیر را معیار ضمان میدانیم، اما روی کاکل تقصیر و عدم تقصیر نمی چرخد... در آن مقاله ای هم که اشاره کردم که مراجعه کنید، ما معیار ضمان را استناد می دانیم. و استناد در فرض قصور هم هست، در فرض تقصیر که حتما هست... لذا در این جا، سوالی مطرح می شود که این جا آیا قانون گذار دارد قانون جعل می کند؟ یا واقعا نظر به مصداقی دارد برای قانون ضمان؟

شک نکنید که این جا، قانون گذار نمی خواهد قانون گذاری کند، به این معنا که بگوید من این جور موارد را ضمان می دانم. این جا مثل موردی نیست که قانون گذار بگوید من برای فرزند خواندگی ارث قرار میدهم. من برای حیوانی که در خانه هست، ارث قرار میدهم که بعد ما هم بگوییم باید شرعا امضا شود! این مثل آن نیست.

در بحث شرکت ها معرکه هست!... اقا قانون گذار هم جعل مصداق کرده (موضوعات عرفی) هم حکم صادر کرده لذا تک تک موارد آن جا را آدم باید رصد کند که آیا دارد حکم سازی می کند یا مصداق سازی....

الان همین ماده 497 ببینید، این به نظر ما دارد مصداق شناسی می کند برای همان ماده 495 یعنی نمی خواهد که یک چیزی جعل کند، می خواهد بگوید این برائت که ما گفتیم، وقتی است که ممکن است... اما وقتی برائت ممکن نیست، از طرفی هم پزشک موظف به مداواست؛ و اگر اقدام به مداوا نکند، مسئول است. در این جا، قانون گذار رویکرد قانون گذاری ندارد می خواهد از همان قوانین شرعی استفاده کند و راه گشایی کند که قهرا امضا هم نمی خواهد. من ماده 295 را هم می خوانم:

«هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد جنایت حاصل به او مستند می شود و حسب مورد عمدی، شبه

عمدی، یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه ای که شیر دادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند».

اولا این ماده یک بحث مهم جهانی را دارد پاسخ میدهد، که ضمان دائر مدار فعل نیست؛ آیا ترک فعل هم مثل فعل است؟ که موجب ضمان باشد؛ یا منحصر است به فعل... این قانون میگوید ترک فعل هم گاه حکم فعل را دارد. د رواقع این پیام مهم این قانون است. حالا که معلوم شد این قیدش را توجه کنید می گوید چنان چه انجام فعل را می توانسته و انجام نداده است، مثلا وقتی پزشک می خواسته لباسش را بپوشد و بیاید بیمارستان برای عمل جراحی ،خودش سکت کرده! و نتوانست به موقع به بیماری رسیدگی کند که در شیفت ایشان بود، طبعاً این جا نمی گوئیم به او مستند است... اما گاهی پزشک بیخیال است و بیمار به سبب قصور او صدمه دید، در این حالت مشخص است که وضعیت چه می شود...

قانون گذار که نمی خواهد بی مورد قانون گذاری کند ،میخواهد یک مصداق درست کند، برای جایی که رابطه سببیت است، و یک مصداق درست کند برای جایی که باعث سببیت نیست! میگوئیم آن جا که ترک فعل عمدی بوده و در توان پزشک بوده که کوتاهی نکند، مصداق سببیت است. رابطه سببیت بین جنایت و این آقا، برقرار است و گرنه رابطه سببیت قطع است. منتها من این را به شما بگویم که قانون گذار ما مثل جاهای دیگر، دقت لازم طلبگی را نکرده است.... در نقد این ماده قانون باید گفت : نه جامع افراد است و نه مانع اغیار است؛ این که گفت اگر توانایی ندارد، گاهی مثلا فی الحال توانایی ندارد ولی سریع می تواند بیمارستان را با خبر کند، یا سریع به دوستش زنگ بزند بگوید امروز شیفت من است من مریضم و نمی توانم بیرون بیایم... تو برو جای من ...به هر حال اطلاع بدهد...

به هر حال در این دو وادی «جامع نبودن و مانع اغیار نبودن» ما بحث داریم ولی این ها را کنار بگذارید ولی این ماده دارد مصداق شناسی سببیت می کند.

ما بحث را این جا تمام می کنیم، هفته آینده می خواهیم روی این بحث کنیم که اگر ما به بنای عقلا برخوردیم که این بنای عقلا ، قانون گذاری دارد، دیگر بحث مصداق شناسی نیست، موضوع نیست؛ مثال روانش هم همان است که بگوید فرزند خوانده هم ارث ببرد... و همین طور پروید در بحثهای پزشکی و شرکت ها، ...به هر حال اگر عقلا در مواردی قانون گذاری کنند، راه تصحیح آن چیست؟

راهکار های تصحیح بناهای مستحدث، راه امضای آن چیست؟ من دوست دارم از معلومات شما استفاده کنم.

الحمد لله رب العالمین