

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

جلسه سی و چهارم مسلسل 1398 - 1400

جلسه بیستم سال 1399 - 1400 (16 اسفند 1399)

بسم الله الرحمن الرحيم

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

راه حل های تصحیح بناهای مستحدث

سوال کردند این حرفی که شما زدید یعنی در نشست هفته قبل که ما گاهی یک عرف را واکاوی می کنیم، یا پیشینه آن را نگاه میکنیم یا آثار آن را می بینیم (پسینه کاوی) بعد به این نتیجه می رسیم که این ها اقتضای عقل بوده است. یعنی عقلا بر اساس هوا و هوس این کار را نکردند بلکه بر اساس یک مصالح درستی به این نتیجه رسیدند... بحث این است که این چه نیازی به امضا دارد؟! در واقع تجسم درک عقل است. اگر قبول دارید عقل از منابع است و تعارف نمی کنید! بسم الله این هم یک تجسم از عقل که می توان آن را پذیرفت... چطور قرآن می تواند کاشف از اراده شارع باشد، عقل هم به شرطها و شروطها می تواند کاشف از اراده شارع باشد، چون می دانید که این ها هیچکدام منبع نیست. منبع اعتبار اراده شارع است. این قرآن و سنت و اجماع و عقل می شود کاشف از آن منبع.

سوال کردند شما با این کار تحلیل عرفتان، می خواهید برای کبرای قاعده ملازمه صغرا درست کنید؟ یعنی می خواهید بگویید می شود، عقل؟ عقل هم که کما حکم به العقل حکم به الشرع... است بعد گفتند اگر این طور باشد حکم به الشرع است و گفته اند در بسیاری از موارد عقل ادراکی ندارد، محدود است؛ بلکه در مثل دمکراسی قبول داریم اما در مثل بانک نداریم. سوال خوبی است ببینید بنده ابا ندارم بگویم بلکه ما برخی وقتها، با این کارمان، دیگر عرف، را عرف نمی بینیم، بلکه تجسم عقل می بینیم. بالاخره ببینید عقل بخواهد مجسم شود باید در یک قالبی بیاید؛ همین که من و شما این قدر به آن عادت کرده ایم، اصالة الظهور، مثل نخود و کشمش هم در اصول از آن استفاده می کنیم این پشتوانه اش عقل است. منتها چون این متصل به عصر معصوم می شود نیاز نیست که برگردانیم به عقل و الا پشتش عقل است؛ ما می خواهیم برای قاعده ملازمه صغرا درست کنیم اشکال ندارد. بلکه برخی عرفها به عقل بر نمی گردد. الان میلیتاریزم به اصطلاح نظامی ها، نظامی گری کجایش عقل است؟ یا خیلی از این مرام های سیاسی، پشتش عقل نیست.

اما این که گفته شده برخی مواقع عقل درکی ندارد، درست است. اما این که گفته شود اصلا درک ندارد، صحیح نیست. فلسفه نوشتن فقه و عقل این بود که مطلقا برخی عقل را عاجز میدانند، ما معتقدیم این طوری نیست؛ بین صفر و صد واسطه هایی هست و گاه واضح است درک عقل... و لو ادله شرعی هم برای آن نباشد.

ما یک چیزی درست کردیم به نام عقل فارغ از نصوص، فارغ از ضرورت، که خیلی از آن ها عقل نیست و احساس است. ما نباید احساس را به نام عقل یا احساس را به نام اخلاق جا بزنیم. گاه یک چیز احساسی موقت را به نام اخلاق جا میزنیم و بعد مدعی می شویم فقه ما ضد اخلاق است. واقعیت این است که فقه ما هیچ زمانی از اخلاق فاصله نگرفته و ما یک گزاره ضد اخلاق در فقه نداریم. یک زمانی در برنامه ای در شبکه چهارم گفته بودم که در این حالت اگر تضادی بود، یا آن فقه، فقه نیست یا آن اخلاق، اخلاق نیست؛ احساس است...

دوستان در ادامه سوالشان گفته اند که قضایا را در دمکراسی قبول داریم اما در قضیه مثل بانک قبول نداریم، اشکال ندارد؛ اختلاف مصداق است. من بانک را بما هو بانک، را خیلی تشریح نکردم ولی وقتی مجموعه بانک و سفته و چک را انسان می بیند که پشت آن یک فکر عاقلانه هست، مخصوصا امروز که نمی توانیم باب این ها را ببندیم، خیلی هنر کنیم، مشابه آنرا بیاوریم! بحث این است که این مظاهر و مصداق نمی تواند از صحنه زندگی انسان حذف شود. به هر حال یک چیزی باید باشد که مسهل مبادلات و معاملات باشد...

من عرضم این است که سیره های عقلا تایید می خواهد. ما می گوئیم تایید شارع را می خواهد منتها آن ها می گویند تایید شارع، یا با اتصالش به عصر معصوم است، یا این که نص ملفوظی آن را تایید کند... ما می گوئیم این ها تایید می خواهد، این ها همه درست، اما ما یک راه اضافه می گوئیم، وگرنه تایید را می خواهد و صرف خلاف ضرورت فقه نبودن، تایید حساب نمی شود.

### راهکار دوم : حق شرط و اشتراط

به هر حال یک راه، همین راهی بود که گفتیم، و اما راه دوم؛ باید دید آیا ما سیره های مستحدث را، می توانیم از طریق حق شرط، (این تعبیر را اولین بار است که به کار می برم و جایی هم نگفته ام) یا حق اشتراط، درستش کنیم؟ پس این طور شد؛ خیلی از سیره های عقلا را از طریق حق شرط درستش کنیم؛ برای شما الان توضیح میدهم... ما در دینمان داریم که هر انسانی حق شرط گذاری دارد؛ مگر من و شما نمی توانیم در معاملات شرط بگذاریم؛ یک کسی معامله ای می کند و حق شرط قرار میدهد و می گوید خانم حق شرط داشته باشد؛ و می گوید اگر خانم راضی نبود حق فسخ داشته باشد... آیا می تواند یا نه؟ همه می گویند اشکال ندارد. سوال این است که آیا این جا داریم موضوع سازی می کنیم یا این که داریم حکمی را درست می کنیم؟ داریم در واقع جعل حق می کنیم؛ جعل حکم می کنیم. حق حکم وضعی است....

اگر کسی فرزندی نداشت و رفت فرزندی را از این مراکز آورد، آن مرکز می گوید باید برای این فرزند حق ارث قرار دهی! او این شخص هم قبول میکند، این را اگر از هر کسی که سوال کنید می گویند جایز نیست؛ تو چه کاره ای که حق ارث قرار میدهی؟... حق ارث را خدا قرار میدهد... هیچگاه فکر کرده اید که این دو چه تفاوتی با هم دارد؟

ما در دینمان یک کلیتی داریم که حق شرط است و یک استثنا دارد الا شرطا احل حراما او حرم حلالا مگر شرطی که بخواهد حرام خدا را حلال و حلال خدا را حرام کند. این جا بحث شده که کجا حل حراما و حرم حلالا... اصولا شرط عموما واجب می کند حلال را... یعنی چیزی که حلال و مباح بود با شرط، باطل می شود. لذا برخی می گویند کدام شرط هست که لم یوجب حلال را؟ شرط اگر دروضع باشد، جعل وضع می کند، و لذا در ضابطه اش بین علما بحث هست، در مثال خودمان داشتیم که قانون گذار نوشته بود اگر پزشک طبق مقررات پزشکی، مداوا کند، ضامن نیست. این یک اصلی است که در دنیا هم هست، الان شده بنای عقلا و کشور ما هم پذیرفته است.

این عدم ضمانت پزشک در صورت رعایت مقررات پزشکی، شده یک سیره عقلایی مستحدث... این الان مخالف کتاب و سنت هست یا نه؟ میدانید به چه جهت سوال می کنم به این دلیل که آن چه ما در کتاب و سنت داریم، آنی که سبب خسارت شود، ضامن است. مگر مثلا قاعده احسان جاری باشد؛ که اینجا مصداق ندارد؛ جایی که پول می گیرند، قاعده احسان صدق نمی کند. مگر به این مستند نشود، که در واقع خروج از موضوع است. و لذا بین رعایت مقررات و استناد حادثه به سبب، عام و خاص من وجه است. گاهی رعایت مقررات نشده، ولی استناد هم نیست و بالعکس... ما این قسمت را کار داریم که هر جا رعایت مقررات شد، ضمان نباشد...

اما اگر بیاییم و بگوئیم پزشک با شرط، این سیره را درست کند، حالا یا با بیمارستان این شرط را می گذارند یا بیمارستان با مریض؛ یا مستقیما اگر مطب خصوصی باشد، پزشک، با مریض یا ولی مریض از طریق شرط این کار را به نتیجه برسانیم... یعنی بیاییم بگوئیم یک سیره ای که اگر رهاش کنیم، خلاف شرع است، چون عام و خاص من وجه که شود می شود خلاف شرع، الان در بحث راهنمایی و رانندگی اگر دقت کرده باشید، واقعا گاهی وقتها بین مقررات با سبب بودن و تقصیر بودن، تنافی است. (اگر کسی از عقب به ماشینی بزند، مقصر حساب می شود؛ واقعا گاهی وقتها نفر پشت سر هیچ تقصیری ندارد، یک دفعه نفر جلو می زند روی ترمز... و نفر پشت سر بدون اختیار به این می زند. در حالی که تقصیری هم نداشته است....)

مرحوم شیخ انصاری وقتی می فرماید : شرط مخالف کتاب و سنت نباشد، می گوید کجا نیست؟ در یک بیانی، شیخ انصاری می فرماید چه اشکال دارد که این طوری بگوییم که اگر یک حکمی ، از طرف شارع برای یک موضوعی من حیث نفسه بود، ایشان می گوید گاه یک حکم شرعی عارض یک موضوعی می شود من حیث نفسه یعنی مجردا عن ملاحظه عنوان آخر طار علیه...اگر این طور باشد اشکال ندارد شما عوضش کنید با شرط...می گوید مثال ذلک اغلب المباحات مستحبات، مکروهات؛ بل جمیعها،...این ها تردید است اغلب یا جمیع...اگر اغلب هست چرا جمیع؟ و لذا نماز شب مگر مستحب نیست؟ شما واجبش می کنید.روزه پنجشنبه مگر مستحب نیست؟ شما واجبش می کنید.فلان عمل مگر مکروه نیست، شما واجبش می کنید...با نذر قسم و عقد با قرارداد با یک نفر...مثلا قراردادی با یک نفر می بندید که من پنجشنبه ها روزه می گیرم و او هم می گوید من هم یک چیزی به شما میدهم...شیخ انصاری می گوید مستحبات و مکروهات این طوری است. شما می توانید این را در قانون گذاری هم تسری بدهید می توانید جابجا کنید...چون نماز شب بما هو نماز شب مستحب است...اما اگر آن را بردی در نذر می تواند واجب باشد.

اما ایشان می گوید که برخی وقتها لا مع تجرده عن ملاحظه العنوانات الخارجیه....گاهی یک چیزی ثابت شده برای یک موضوعی مطلقا...بما هو چیست؟ من حیث نفسه چیست؟ مجردا عن عنوانات چیست؟ نه...این حکم مربوط به این موضوع است، هر عنوانی که می خواهد بگیرد، بگیرد...بعد می گوید مثل اغلب الواجبات و المحرمات....بعد کسی به شیخ اعظم عرض میکنند، مگر واجبات و محرمات با عنوان ضرر و حرج و اضطرار و تقیه برداشته نمی شود؟ می گوید : نه...چیزی غیر از این ها! غیر این ها چیست؟ مثلا نذر !! کسی نذر کند نماز نخواند!! یا کسی نذر کند، دروغ بگوید!!!می گوید غیر از این عناوین، دیگر عوض نمیشود.

عبارت شیخ چند اشکال و گیر دارد، یک گیر این است که شما آن جا میگوی مستحبات و مکروهات ..اول می گویی اغلب بعد می گویی جمیع...در محرمات و مکروهات می گویی اغلب ! سوال این است که غیر اغلب چیست؟!به هر حال عبارت مفهوم دارد نمی شود گفت مفهوم ندارد.معنایش این است که یک واجبات و محرمات هم داریم، که غیر ضرر ، غیر حرج، غیر اکراه، غیر تقیه، غیر اضطرار باز هم با شرط برداشته می شود....وقتی ضابطه ندهیم، به درد نمی خورد.

نکته دیگر؛ و آن نکته ای است که خود ایشان توجه دارد می گوید که این که من گفتم لا اشکال فی ما ذکرناه....انما الاشکال در تمیز مصداق این ها از همدیگر در کثیری از موارد است. یعنی خود ایشان هم قبول دارد، که این بحثش از نظر مصداق، عقیم است.

یک بحث هست و آن این که ایشان رفته روی تکلیفات....چون گفت مستحبات، مکروهات ، مباحات و این طرف هم گفت واجبات و محرمات...بحث این است که ما احکام وضعی هم داریم؛ عقلا برخی وقتها در این احکام وضعی، قرارداد می گذارند.و یا شرط میگذارند؛ همین مثالی که زدیم...میگوید خانم هم حق فسخ داشته باشد...می گوید نه...این خلاف کتاب و سنت نیست...ولی این که فرزند خوانده هم ارث ببرد ، این خلاف کتاب و سنت است....به عبارتی شیخ اصلا در «وضع» نرفته است.با این که بحث در وضع هم هست.مثال پزشکی اش هم همین مثالی که زدیم.که کسی بگوید پزشک در صورت رعایت مقررات، ضامن نیست؛ ضامن، حکم وضعی است.عدم ضمان هم در واقع می شود، عدم الحکم، شما دارید در واقع جعل قانون می کنید، آن که شارع جعل کرده،سبب ضامن است.ما داریم روی بنای عقلا اضافه می کنیم، که پزشک ضامن نباشد، حتی ممکن است برخی ادارات، اگر یک کارگزار نظام، مثلا پلیس مقررات قرار بدهند که کی ضامن است و کی ضامن نیست...یا راننده؛ من و شما ماشین سوار می شویم، مسافرت و سرعت ما از 120 رد می شود و ماشین ما را متوقف می کنند...این ها همه مصداق جعل حکم است.به چه مجوزی یک نفر ماشین را متوقف کند؟ میگویید: چون مقررات این گونه گفته است.بحث این است که مقررات همین است که این ها را از طریق جعل شرط درست کنیم، منتها ایکاش شارع فرموده بود : عقلا همه جا می توانند شرط بگذارند. اگر گفته بود هیچ جا حق شرط ندارند.باز هم از نظر بحثی راحت بودیم.

می خواستم بگویم مساله پیشینه دارد، این بحثی که امروز با شما داریم بنیانش کلام شیخ است.

یک مثال هم از شرکت ها بزنم، در شرکتهای تجاری سهامی اصطلاحا اگر شرکت ورشکست شود، طلبکاران شرکت ،طلبشان ناپود می شود. یعنی نمی توانند از هیات مدیره یا صاحبان سهام مطالبه کنند.شرکت اگر سود آورد ، همه می برند، اگر هم ضرر آورد، در محدوده شرکت؛ فرض کنید من یکی از سهامداران شرکت، شرکتی هم شما شریک هستید؛ و این شرکت ورشکست

شود، بنده ولو میلیاردها تومان هم داشته باشم، توقیف نمی شود خارج از شرکت ولی هر چه در شرکت دارم توقیف می شود. این یک نوع قرار هست؛ به آن می گویند مسئولیت محدود... شرکت با مسئولیت محدود؛ یعنی شرکت با مسئولیت در حوزه خودش یعنی شرکت یک آدم بود، دیونش از داراییش زد بالا و منحل شد... بمیرد طلب مردم هم می رود روی هوا! در عین حال من ضامن نیستم. جالب این است که بدانید: برخی ها وقتی می خواهند تجارت کنند، می برند در قالب شرکت؛ که اگر در معاملات بدشانسی آوردند، برای این که بقیه اموال خارج از شرکتشان مصون باشد، میدانید چه کار میکنند؟ می آیند شرکت درست می کنند. خودش پول می آورد خانمش پول می آورد و رفقایش هم پول می آورند و شش ماه بعد هم شرکت ورشکست می شود! این ها نمی توانند بروند یقه کسی را که شرکت را تاسیس کرده، بگیرند... اگر هم شکایت کنند مثل کشور ما حکم نمی دهد. در حالی که ممکن است طرف غیر این شرکت همه چیز داشته باشد! مسئولیت داخل خود شرکت است... این یک بنا از عقلا، و جالب هم این است که لازم نیست، عقلایی هم باشد!

مجموعاً بیاییم یک سری بناهای عقلا را از طریق شرط گذاری بپذیریم منتها شرطی که خلاف کتاب و سنت نباشد... و برخی شرط ها خلاف کتاب و سنت نیست مثل همین حق فسخ از سوی خانم در مثالی که زدم... البته برخی شرط ها هم هست که خلاف کتاب و سنت است. ما هم قبول داریم حق ارثی که برای حیوانات قرار میدهند! این نمونه ها و مثال هایی از این دست را اگر بتوان از طریق شرط، توجیه کرد آیا قابل پذیرش هست یا نه؟ به هر حال برخی باز هم قبول ندارند... بحث زیبایی است... به شرطی که به کار بگیریم و پیاده کنیم و به روز هم هست و گنجایش یک تحقیق خوب دارد...

**الحمد لله رب العالمین**