

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

جلسه سی و ششم مسلسل 1398 - 1400

جلسه بیست و دوم سال 1399 - 1400 (21 فروردین 1400)

بسم الله الرحمن الرحيم

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

اصلاح بنای مستحدث عقلا از طریق حق شرط و اشتراط

مستحضرید ما در جلسه نهم امسال بحثی را شروع کردیم تحت عنوان حجیت سیره عقلا، با توجه به فقه پزشکی؛

در این جامواردی را آوردیم از قانون جمهوری اسلامی، و غیر قانون؛ از فقه احناف که در این جور موارد سیره های مستحدثی وجود داشت.

از جلسه شانزدهم تحت عنوان راهکارهای تصحیح شرعی رفتار های قانون گذارانه و مشرعانه عقلا؛ اگر یادتان باشد گفتیم عقلا اگر موضوع زدایی و موضوع سازی کنند، مشکلی نیست؛ مشکل وقتی است که می خواهند قانون گذاری کنند؛ مثلا برای پزشکی یا برای راهنمایی و رانندگی یک قوانینی را بگذارند، و حکم به ضمان یا عدم ضمان بکنند. در این جا مطالب زیادی را گفتیم و از جلسه نوزدهم تحت عنوان راه حل های مورد نظر خود ما بحث را ادامه دادیم.

در جلسه نوزدهم تحت عنوان تحلیل عرف ها از طریق واکاوی پیشینه کاوی و پسینه کاوی؛ مطالبی را بیان کردیم. در جلسه بیستم به عنوان راه حل دوم، از طریق حق شرط و اشتراط، مسائلی بیان شد؛ در جلسه بیست و یکم گفتیم که چون شرط باید موافق شرع باشد، یا مخالف نباشد تا درست شود، این بحث مطرح می شود که آیا معیار، موافقت شرط با کتاب و سنت است یا مخالفتش مانع است؟ که در آن جا گفتیم که این دو به هم بر می گردد. و آدرس دادیم به کتاب فقه و حقوق قراردادهای (ادله عام روایی) از صفحه دویست سی و یک تا دویست و سی و پنج بحث شده است؛ سوال دومی که امروز باید به آن بپردازیم این است که اگر شروط باید موافق کتاب و سنت باشد، قهرا خیلی از شروط میدانیم موافق است.... مثل شرط عدم ضمان برای خسارات احتمالی بدون قصور و تقصیر... برخی شروط هست که مخالف هست؛ مثل این که کسی شرط حق ارث کند... اما اگر شک کردیم آیا می شود کاری را انجام داد یا نه؟ مثلا در پزشکی، شروطی می گذارند در پزشک قانونی شروطی می گذارند، یا در پلیس راه شروطی می گذارند؛ اگر شک کنیم که این شروط آیا موافق قرآن یا سنت است یا نه... اصلا بحث در پزشک قانونی و پلیس راه و پزشکی نبرید... بحث عامی را باید مطرح کرد. اگر شک کنیم باید ببینیم اصل اولی بر چیست؟ در باب ازدواج خیلی از شرایط را زن بر عهده مرد میگذارد یا برعکس اگر شک کنیم که این ها موافق کتاب و سنت است یا نه... ببینید مساله از این جا جان می گیرد که در مسائل مربوط به حق شرط و اشتراط؛ حتی در خود دلیل متصلا به آن، آمده الا شرطی که حلال کند حرام را یا حرام کند حلال را... المومنون عند شروطهم یا ان المسلمین عند شروطهم الا حرم حلالا او احل حراما یا عکسش که در کتاب قراردادهای، روایاتش را ببینید، متصلا آمده؛ وقتی متصلا بیاید؛ دیگر عموم هم نداریم. حالا این شرطی که وسط گذاشته مثل شرط مسکنی که زن می گذارد بر عهده شوهر؛ می گوید من با تو ازدواج می کنم، ولی حق نداری از این شهر مرا بیرون ببری یا من با تو ازدواج میکنم به شرطی که مخالف کار من نباشی (چون کار منم)... آیا اینگونه شروط می رود در عقد مستثنی منه؟... یا می رود در عقد مستثنی منه؟... الا شرطا حرم حلالا... فرض هم بر این است که نسبت این شرط برای داخل شدن به این هر

دو مساوی است. نمی توانیم بگوییم اولی این است که برود داخل مستثنی منه... بلکه اگر استثنای ما منفصل بود، و برای عام ظهور درست شده بود و بعد استثنا آمده بود، میدانید در این گونه موارد به عموم تمسک می کنند، مگر این که مورد مشکوک برود در استثنا گر چه همین هم ، برخی زیر بارش نمی روند؛ ولی وقتی مستثنی متصل باشد، دیگر مورد برای داخل در عقد مستثنا منه یا در مستثنا ، مساوی است. مثال ساده کلیشه ای اش هم این است که اگر فرمود اکرم العلماء الا الفساق منهنم؛ حالا زید عالم را داریم شک می کنیم فاسق است یا نه ... آیا زید عالم مشکوک، برود در اکرم العلماء یا داخل شود در الا الفساق منهنم؛ بحث مهمی است اگر به شما بگویم گنجایش یک تحقیق یا پایان نامه خوب یا مقاله را دارد، مبالغه نکردم؛ شخص مساله را مطرح کند، کلمات علما را ببیند ادله آن ها را بررسی کند، ما علی الحساب از ص 447 کتاب قراردادهای تا 453 می شود 7 صفحه که این 7 صفحه فقط شروع است. که کسی این ها را ببیند وبعد برود موارد را توسعه دهد، بعد کلمات را از موافقان و مخالفان و نقد ادله را ببیند خیلی کار زیبا و خدمتی بزرگ خواهد بود، سوال معلوم شد و تکرار نمی کنم ببینیم علما چه کار کردند...

علمای ما دو مشی کلی دارند؛ مشی اول از مثل شیخ انصاری است؛ البته قبل از این که شیخ اشکال به کار خودش بگیرد این که ما هر جا شک کنیم در شرطی که مخالف کتاب الله و سنت است یا نه ؛ داخل در المومنون هست یا مستثنا است اصل استصحاب عدم مخالفت می کنیم؛ عبارت ایشان این است «فان لم يحصل له بناء على اصالة عدم المخالفة» استصحاب عدم مخالفت؛ اصل این است که مخالفت نیست؛ استصحاب می کنیم؛ و مثالش هم همان مثال کلیشه ای است که اکرم العلماء الا الفساق منهنم؛ حالا هم می گوییم زید عالم است نمی دانیم فاسق است یا نه و چون قبلا فاسق نبوده استصحاب عدم فسق می کنیم؛ و زمینه می شود که برود داخل در اکرم العلماء ...

ما می گوییم: جناب شیخ استصحاب عدم مخالفت، ثابت نمی کند عدم مخالفت را واقعا... ثابت می کند عدم مخالفت را ظاهرا... یعنی می توانیم بگوییم لم نعلم که مخالف هست اما نمی توانیم بگوییم که مخالف نیست ؛ در حالی که دلیل نظر به واقع دارد....

شیخ جواب میدهد : شما اصل را بر عدم مخالفت بگذارید؛ و این اصل حجت هست یا نه؟ حکم احراز عدم مخالفت دارد مگر شما وقتی راجع به زید استصحاب می کنید عدم فسقش را ... حکم عدم فسق واقعی ندارد برای آثار شرعی؛ برای آثار شرعی کافی است حکم احراز عدم مخالفت را دارد: «والخارج عن هذا العموم و ان كان هوا لمخالف واقعا للكتاب و السنة... الا ان البناء على اصالة عدم المخالفة يكفي في احراز عدما واقعا كما في سائر المجالات... اجمالا مشی اول این است که استصحاب عدم مخالفت می کنیم و داخل در عموم می شود مورد مشکوک و تمام مواردی که مشکوک است از این جهت درست میشود. پس بناهای عقلا، در مواردی که نمی دانیم ممضاست یا ممضا نیست، با این مشی اصلاحش می کنیم. شیخ انصاری برای استحکام این مطلب می گوید در واقع استصحاب عدم مخالفت، بر میگردد به این که آن حکم و مورد مشکوک ما مثلا همین حق مسکن که زن قرار میدهد، نمی دانیم غیر قابل تغییر است یا قابل تغییر است ؛ اصل این است که این حکم علی وجه لا یقبل تغیره بالشرط نیست؛ بلکه یقبل تغیر را .... با زمثال میزنم: درست است خروج زن از منزل بدون اذن شوهر حرام است اما این حکم حرمت لا یقبل تغیر را یا یقبل؛ به هر حال این قابل تغییر است. در بحثهای پزشکی بگوییم که این که پزشک ضامن است اگر به مریض ، لطمه ای بزند، ضامن است؛ این در واقع یقبل تغیر را و هكذا در بحثهای دیگر.... پس مشی اول این شد که با در ابقای استصحاب عدم، که طبیعتا چند رقم می شود این را بیان کرد، بگوییم که شروط مشکوک، داخل در مستثنا منه المومنون والمسلمون هست و قابل تغییر است. قهرا می شود اصلاح بناهای مشکوک عقلا از این طریق، انجام شود؛ عقلا هم الی ما شاء الله شرط می کنند!! می گویم فقط بحث پزشکی نیست؛ در بحث شرکت ها هم هست ؛ شرکت ها شرط برای اعضا قرار میدهند، این شروط حالت قانون گذارانه هم دارد؛

به هر حال اشکالاتی بر این مطلب بیان شده است؛ خود شیخ انصاری که حرف اول را دارد، حرف بر خلاف آن را هم دارد، محقق خوبی رضوان الله علیه برخلاف مطلب دارد، حالا من می توانم هم از شیخ انصاری مطلب نقل کنم هم آقای خوبی و دیگران... مثلا شیخ انصاری دارد که این اصل عدم مخالفت، به درد می خورد اما در صورتی که دلیل متضمن حکم ، اطلاقی نداشته باشد. مثل ادله ترخیص... ولی اگر اطلاق داشت، چه می شود؛ مثالی که زدم که زن بدون اذن شوهر نمی تواند خارج شود، نباید خارج شود یا حق مسکن با مرد است... حالا بیاییم و بگوییم این حق از طریق شرط سلب شود... اطلاق ادله ..... شیخ

انصاری در ترخیصات زود تسلیم می شود و قائل به تغییر می شود اما در جایی که متضمن احکام الزامی باشد و حق الله و حق الناس مطرح باشد، آن جا قائل نمی شود... در بحث حق مسکن، حق خروج از منزل بدون اذن شوهر... می گوئیم زن یک اذن عامی می گیرد با همان شرطی که همان اول می گذارد، قهرا، از موارد استثنا به شمار می آید. اما جاهایی که به این شکل نیست؛ عرض کردم، یک حقوقی را زن از مرد می خواهد بگیرد، که خلاف اطلاعات ادله است می گوید حق نداری ازدواج کنی... یا حق نداری فلان و بهمان... و شوهر هم قبول کند... این ها قانونگذارانه است... لذا مرحوم شیخ میفرماید این جور موارد از این اصل نمی توانیم استفاده کنیم؛ آقای خویی مطلب را به گونه دیگری مطرح کرده است؛ که در ص 450 و 451 ببینید. اجازه بدهید در این فرصت باقی مانده نظر تحقیق را به زعم خودمان بیان کنم و علیکم بخواندن این چند صفحه که آدرس دادم ...

در بحث عام وقتی تخصیص بخورد، مخصوصا به مخصص متصل؛ بحثی است که آیا، عام معنون به عنوان عدم خاص می شود یا نه؟ مثال میزنم: اگر گفت المومنون عند شروطهم؛ الا شرطا خالف کتاب الله... بگوئیم این الا شرطا... عند شروطهم را معنون به عنوان می کند. یعنی به عبارتی المومنون عند شروطهم غیر المخالف للکتاب یا الموافق للکتاب یعنی عام معنون می شود به عنوان عدم خاص... برخی می گویند: نه... درست است عام تخصیص می خورد اما معنون به عنوان عدم خاص نمی شود. ثمره اش کجاست؟ می گویند اگر معنون به عنوان عدم خاص شود، شما نمی توانید در مشکوک به عام تمسک کنید. از اول این است المومنون عند شروطهم الموافق لکتاب الله یا غیر مخالف لکتاب الله ...

این مثل این می ماند اکرم العلماء العدول یا اکرم العلماء غیر الفساق منهم... شما زید را نمیدانید فاسق است یا نه در واقع تمسک به عام است در شبهه مصداقی خودش... نه تمسک به عام در شبهه مخصص اما برخی می گویند عام معنون نمی شود. ما مبنایمان این است که معنون می شود. اگر گفتید معنون نمی شود، راه برای تمسک به عموم باز است... اگر گفتیم می شود که نظر ما هم همین است، در این عقود دیگر نمی توانیم از این حق شرط و اشتراط، بروید جلو، بلکه از طریق اوفوا بالعقود یا اوفوا بالعهد از آن طریق می شود شرط های مشکوک را درست کرد. در واقع از طریق سایر ادله می شود شرط های مشکوک را درست کرد.

نتیجه میگیریم، که اگر عقلا، قانونگذاری کردند در قالب شرط و اشتراط؛ یقین داشته باشیم خلاف شرع است، که هیچ... یقین داشته باشیم که موافق شرع است که هیچ....

اگر شک کنیم، اگر از طریق المومنون راه برای اصلاح نداشته باشیم، از طرق دیگری که در پاورقی کتاب آمده، راه داریم این راه دوم و راه سوم از راه های عمومات آزادی انسان ....

میدانید که ما در همین کتاب قراردادها، مفصل راجع به الناس مسلطون صحبت کردیم، و این که آیا می شود، قرارهای مشکوک را با الناس مسلطون درست کرد یا نه؟ سه یا چهار نظر ادله اش را آوردیم....

بنابراین راهکار های تصحیح شرعی رفتار های قانونگذارانه هم از طریق تحلیل عرفها که راه اول بود، هم از طریق حق شرط و اشتراط هم از طریق عموماتی مثل تسلط الناس علی مالهم و ما لهم قابل اصلاح است تا انشاءالله هفته آینده که بحث جدیدی را شروع خواهیم کرد.

**الحمد لله رب العالمین**