

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

نشست‌های علمی مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام. قم: مرکز فقهی ائمه
اطهار علیهم السلام، ۱۳۹۲.

ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۵۶۹۴-۵۷-۴ ۱۸۴ ص: مصور.

۱. حوزه علمیه قم. مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام - مقاله‌ها و
خطابه‌ها. ۲. علوم سیاسی - مقاله‌ها و خطابه‌ها. ۳. امنیت (فقه) -
مقاله‌ها و خطابه‌ها. الف. مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

۲۹۷ / ۳۷۹

BP ۱۹۸ / ۶ / ع ۸۵۳ ۱۳۹۲

شماره کتابشناسی ملی: ۳۱۵۶۰۶۰



انشارات مرکز فقهی ائمه اطهار

نشست‌های علمی مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام (۳)

ناشر: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۲ ش

چاپ: اسراء - قم

شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۵۵۰۰۰ ریال

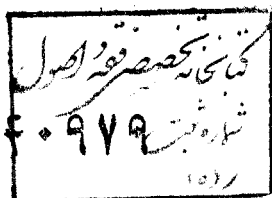
حق چاپ محفوظ است

شابک: ۹۷۸ - ۶۰۰ - ۵۶۹۴ - ۵۷ - ۴ ISBN: 978-600-5694-57-4

مرکز پخش: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، تلفن: ۷۸۳۳۳۰۳ و ۷۷۴۹۴۹۴

قم شعبه ۱: خیابان ارم، جنب مدرسه گرمانی‌ها، تلفن: ۷۷۴۴۲۷۱ و ۷۷۴۴۲۸۱

شعبه تهران: سه راه ضرابخانه، پاسداران، خیابان شهید کاشی‌ها، پلاک ۶، تلفن: ۲۲۸۴۳۹۶۵



نشست‌های علمی

مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام

(۳)

فهرست نشست‌ها

- ◀ مذاق شریعت ۹
- ◀ وقف شخص حقوقی ۷۵
- ◀ مرگ مغزی (۱) ۱۱۳
- ◀ مرگ مغزی (۲) ۱۴۵



رسول اکرم ﷺ می فرمایند:

«... القلم من الله نعمة عظيمة ولولا القلم لم يستقم الملك والدين ولم يكن عيش صالح»؛^۱ قلم نعمت بزرگ خداوند است و اگر قلم نبود، ملک و دین راستی نمی یافت و زندگی نیکو حاصل نمی شد.

در افق تابناک اندیشه اسلامی، پژوهش و تحقیق، گشاینده باب حکمت و معرفت، و شرط وصول به شناخت و حقیقت است. الفاظ چون به هم می پیوندند و کلمات چونان دانه های در آن گاه که با کلک سحرانگیز محققان به هم رشته می شوند جلوه های جمال نورانی علم و دانش رخ می نماید و پرده های نادانی و جهالت از هم گسیخته می گردد. این هدف گرچه بسی ارجمند است و جان فروز، لیک روشن است که دست یابی به آن نیازمند شرایط و بایسته هایی است که باید فراهم گردد. از جمله این بایسته ها رساندن جامعه به سطحی از آگاهی و خردورزی است که ژرفایی بینش را دغدغه خویش سازد و اندیشه های نو را برتابد. چه در غیر این صورت، دانشوران در معرفت شناسی و یافتن حقیقت راهی بس دشوار را در پیش خواهند داشت. در جامعه ای که از نظریه پردازی و کاویدن مرزهای

دانش استقبال و حمایت شود و در آن کسب علم با پژوهش و مناظره و نقد منصفانه همراه گردد، اندیشه‌هایی ظهور و تجلی می‌یابد که ضمن شکوفا کردن گلستان دانش، به هموار کردن مسیر توسعه و تعالی یاری می‌رساند. در راستای وصول به چنین مقصد و مقصودی، و جهت حفظ و گسترش میراث فقهی شیعه و تربیت محققان و فراهم آوردن بستر مناسب جهت تولید دانش در عرصه فقه و علوم وابسته، است که مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام با اهتمام مرجع عالی‌قدر حضرت آیت‌الله العظمی فاضل لنکرانی رحمته‌الله بنیان نهاده شده است. یکی از برنامه‌های معاونت پژوهش این مرکز برای معرفی اندیشه‌های اسلامی، و گسترش فضای نوآوری و دانش‌افزایی، و فراهم نمودن زمینه تضارب افکار، برگزاری نشست‌های علمی و کرسی‌های نظریه‌پردازی است؛ امری که همواره مورد توصیه ریاست فرهیخته مرکز، حضرت آیت الله شیخ محمدجواد فاضل لنکرانی بوده و به لطف خدا با استقبال شایسته فضلا و دانش‌پژوهان همراه گشته است. آنچه در این دفتر به پیشگاه مخاطبان گرامی تقدیم می‌شود گزارش‌هایی است از پنج نشست علمی این مرکز، که در حوزه‌های اصول فقه، فقه و حقوق، فقه سیاسی و فقه پزشکی برگزار گردیده است. معاونت پژوهش مرکز ضمن قدردانی از اساتید و فضایی که هر یک به سهم خویش در شکل‌گیری این محافل علمی همکاری کرده‌اند، امیدوار است به یاری حق، گزارش دیگر نشست‌ها را نیز هر چه زودتر به محضر علاقه‌مندان تقدیم نماید.

محمد مهدی مقدادی

معاون پژوهش مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام

مذاق شریعت

نظریہ پرداز: حجت الاسلام والمسلمین علیدوست

ناقد: دکتر حکمت نیا

ناقد: حجت الاسلام والمسلمین غائبی

۱۳۸۹ / ۰۳ / ۰۵

مجری: اعوذ بالله من الشیطان الرجیم بسم الله الرحمن الرحیم و به نستعین إنه خیر ناصر و معین. عرض سلام و ادب و احترام و خیر مقدم دارم خدمت همه شما عزیزان، فضلا و طلاب محترم مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام و دانش پژوهان و پژوهشگران محقق و مدبر. ابتدا لازم می دانم که از قاری محترم جناب آقای شعاعی تشکر لازم را به عمل بیاورم. چنانکه مستحضر هستید، معاونت پژوهشی مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام در طی این سال تحصیلی فعالیت های گسترده ای داشته است. از جمله این فعالیت ها برگزاری نشست های متعدد علمی تخصصی بوده که نشست پیش رو، یازدهمین نشست از مجموعه این نشست ها است که آخرین نشست این سال تحصیلی هم نخواهد بود. یکی از مباحث خیلی مهم در بحث فقه و تفقه، مذاق شریعت است و چنانچه مستحضر هستید، عنوان این جلسه هم مذاق شریعت و نقش آن در استنباط احکام قرار داده شده است. پیرامون این موضوع دو مقاله به دست آوردیم. مقاله اول با عنوان مذاق شریعت از جناب آقای

دکتر محمود حکمت‌نیا در شماره ۹ از مجله فقه و حقوق و مقاله دوم از جناب استاد حجت‌الاسلام والمسلمین آقای علیدوست با عنوان استناد فقهی به مذاق شریعت در بوطه نقد. جناب آقای دکتر حکمت‌نیا در مقاله خودشان به ماهیت مذاق شریعت و اعتبار آن، شیوه‌های دستیابی به مذاق شریعت، نمونه‌های استناد به مذاق شریعت در نوشته‌های فقیهان، کارکردهای مذاق شریعت در فقه و رابطه مذاق شریعت با اصول کلی حقوقی و مقاصد شریعت پرداخته‌اند. از سوی دیگر جناب استاد علیدوست در مقاله خود پس از تحلیل و آنالیز مفهوم مذاق شریعت، سعی کردند که کارکردهای مختلف از مذاق شریعت در فقه را بررسی کنند و موارد استناد فقها به مذاق شریعت را بررسی نمایند. به نظر می‌رسد این جلسه با حضور اساتید معظم جلسه‌ای پربار باشد ان شاء الله. در این جلسه ما از جناب استاد علیدوست به عنوان نظریه‌پرداز، از جناب آقای دکتر حکمت‌نیا به عنوان ناقد و از جناب حجت‌الاسلام والمسلمین غائبی نیز به عنوان ناقد بهره می‌بریم. ضمناً دبیر علمی جلسه، آقای دکتر حکمت‌نیا هستند. لازم می‌دانم که از ریاست محترم مرکز حضرت آیت الله فاضل لنکرانی، مدیر محترم مرکز حضرت حجت‌الاسلام والمسلمین حاج آقای فاضل کاشانی و معاونت پژوهشی مرکز جناب آقای دکتر مقدادی تشکر لازم را به عمل بیاورم. جلسه را با صلواتی بر محمد و آل محمد به اساتید محترم واگذار می‌کنیم.

دکتر محمود حکمت‌نیا (ناقد و دبیر علمی): بسم الله الرحمن الرحيم. عرض سلام دارم خدمت اساتید و سروران گرامی و مسئولین محترمی که در برگزاری این جلسه تلاش کردند. این جلسه دارای دو قسمت مهم است که با همین اصطلاحاتی که بر تابلوهای روی میز منقش شده است هم مشخص می‌شود؛ بخش اول نظریه‌پردازی یا نظریه است و در بخش دوم با واژه‌های نقد و نقادی روبرو هستیم. امروزه حوزه‌های نظریه و نظریه‌پردازی مورد مطالعات عمیق قرار گرفته و پیرامون نظریه کتاب‌های بسیار زیادی نوشته شده که بعضی از آنها هم اخیراً به زبان فارسی منتشر شده است. در حوزه نظریه که در مقابل مباحث مربوط به کنش و رفتار هست، بیشتر مباحث کلی، سازمان یافته، اما هنوز به صورت رسمی ثبت نشده به کار می‌رود که اگر ثبت بشود، حوزه دانش‌ها تحقق پیدا می‌کند. نظریه پس از تحقق دانش‌ها ممکن است صورت‌های عملی تری یابد و مدل‌ها شکل گیرند و اگر به حوزه رفتار منتهی شود، کنش‌ها و رفتارها را ساماندهی می‌کند. پل ارتباطی میان کنش و نظریه هم بحثی است که تحت عنوان پل‌های میان نظریه و رفتار مورد بررسی قرار می‌گیرد. ارکان نظریه امروز به شدت مورد بحث قرار گرفته است و شیوه‌های نظریه‌پردازی و شیوه‌های نقد نظریه از مباحث مهمی است که کتاب‌های زیادی در موردشان نوشته شده است. به طور اجمال می‌توان گفت که نظریه یک مجموعه

گزاره‌های نظام مند در راستای حل یک مشکل با ادعاهای معین است که در ساختار منظم ارائه شده و می‌تواند در قالب‌ها و پارادایم‌های پذیرفته شده یک نظام علمی، خودش را به اثبات برساند. اما در خصوص حوزه نقد باید گفت که نقد به معنای جدا کردن صره از ناصره به کار می‌رود و به لحاظ مطالعاتی که در حوزه نقد صورت گرفته، شیوه‌های متعددی برای نقد گفته شده است، مانند نقدهای جامعه‌شناختی، روان‌شناختی، ساختاری، محتوایی، شکلی و الی آخر. آنچه که در اینجا مورد نظر است نقد نظریه می‌باشد و متعلق نقد، نظریه خواهد بود. لذا فارغ از این مسائل که آیا نوشته مورد نظر اشکالات شکلی دارد یا ندارد؟ رفرنس‌ها مرتب است یا نیست؟ فصل بندی‌ها درست است یا نیست؟ به نقد نظریه یا نظریه‌های آن می‌پردازیم. موارد اخیر، نقد مسائل شکلی کتاب یا نقد مراحل چاپ است که ما در این حوزه یعنی حوزه شکلی امروز هیچ حرفی برای گفتن نخواهیم داشت. نقد، نقد نظریه است و باید نقدها متوجه ارکان نظریه و صحبت‌هایی که درباره نظریه می‌شود باشد. آنچه که مورد گفتار است از یک طرف نظریه و از یک طرف نقد آن خواهد بود. در این جلسه که به نظرم برای آن برنامه خوبی تدارک دیده شده است، بر اساس زمان بندی که دوستان عزیزمان انجام داده اند، ابتدا یک فرصت پانزده دقیقه‌ای به سرور عزیزمان حضرت آیت الله علیدوست اختصاص داده می‌شود تا دیدگاه خودشان را در

حوزه موضوع اعلام شده بیان کنند. از هم اکنون به مدت یک ربع در خدمت جناب آقای علیدوست خواهیم بود.

استاد علیدوست (نظریه پرداز): بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله و على آله آل الله الذين بهم فتح الله و بهم يختم الله و لعنة الله على أعدائهم أعداء الله الى يوم لقاء الله. اللهم كن لوليک الحجة بن الحسن صلواتک علیه وعلی آبائه فی هذه ساعة و فی کل ساعة ولیاً و حافظاً و قاعداً و ناصراً و دليلاً و عیناً حتی تسکنه ارضک طوعاً و تمتعه فیها طویلاً. اللهم صلی علی محمد و آل محمد و اهدنی لمختلف فیہ من الحق باذنک انک تهدی من تشاء الى صراط مستقیم

به نوبه خودم شاکرم از دوستان بزرگوار این مرکز مستطاب فقهی، به خصوص دوستان پژوهش مرکز و درود و سلام می فرستیم به روح بزرگان دین و مراجع فقیدمان بالاخص مؤسس این مرکز فقهی محترم و کرنش و تواضع داریم به محضر خداوند بزرگ. روشن است که در یک ربع اول به سختی می توان مطلب مطمح نظر را بیان کرد ولی خوشبختانه همه یا بسیاری از شما حضار گرامی، نوشته موردنظر را مطالعه کرده اید. با این بنا که هر آن چه در قسمت اول فرصت شد توضیح می دهم و ادامه بحثم را فرصت بعد پی می گیرم، بحث را شروع می کنم و احترام می گذاریم به وقتی که معین کردند. شما دوستان می دانید که ما در فقه کم نداریم مفاهیم یا

مصطلحات و یا نهادهایی که چندان روشن نیستند و در عین حال در فقه کاربرد بسیاری دارند؛ یعنی یک محقق در راستای بررسی متون فقهی و استنباط، به مفاهیم (اگر هنوز تعیین پیدا نکرده) یا به مصطلحات (اگر متعین شده) و بالاتر گاه به نهادهایی که در زمره منابع قرار می‌گیرند برخورد می‌کند، با این همه جای خاصی برای آنها پیدا نمی‌کند که بزرگان در آن جایگاه از آنها صحبت کرده باشند. به عنوان مثال استصحاب یک نهاد است، برائت یک مصطلح است که در اصول فقه جایگاه دارد ولی عرف، عقل، مذاق شریعت یا مذاق شرع یا مذاق شارع، شَمّ الفقاهه، ذوق فقهی، روح قانون و تعابیری از این دست جایگاهی در نظام استنباط به معنای منطق استنباط در اصول فقه ندارد. من این مفاهیم و مصطلحات را به کارتن خواب‌هایی تشبیه کرده‌ام که جا و مکانی ندارند؛ اگر مناسبتی باشد، یک گوشه جایی را برایشان پهن می‌کنند و از آنها صحبت می‌کنند و زود هم باید جایشان را جمع کنند. لذا شما حتی وقتی که کتاب‌های اصولی متأخر را باز می‌کنید می‌بینید که این مفاهیم، مصطلحات و نهادها که من از این به بعد با واژه مفاهیم از همه آنها یاد می‌کنم، در آنها هم جایی ندارند که در آن جایگاه، به درستی در مورد آنها بحث شده باشد و به همین خاطر برای محاوره و گفتگو از شفافیت لازم برخوردار نیستند. گاهی قابل انتقال به غیر نیستند و به همین جهت سوء مفاهمه صورت می‌گیرد، سوء تفاهم صورت می‌گیرد و حتی



گاه سوء استفاده می شود و می بینید که یک نهاد یا مفهوم در هاله ای از ابهام فرو می رود. شاید بشود گفت که یکی از آن مفاهیم همین مذاق شریعت، مذاق شرع یا مذاق شارع است. اولاً جایگاهی ندارد که در آن جا درست و دقیق معنا شده باشد، ثانیاً برای پژوهشگر و محقق این سؤال به وجود می آید که اصلاً این مفهوم چیست؟ فرقی با نهادهای دیگر مثل درک عقل، استصلاح اهل سنت، قیاس اولویت، روح قانون و امثال آنها چیست؟ کاربردهای این مفهوم چیست؟ آیا کارایی سندی دارد یا تفسیری و ابزاری؟ اگر کارایی سندی دارد چرا در کنار سایر اسناد جا نمی گیرد و نمی گویند اسناد پنج گانه؟ و اگر به یکی از آن اسناد چهارگانه بر می گردد، آن سند راجعه کدام است؟ به خاطر عدم شفافیت این مفهوم ممکن است در جایی کسی بدون اینکه زمینه این مفهوم باشد، آن را ادعا کند و بدان استناد نماید. گاهی گوینده معنایی از آن ارائه کرده در حالی که ناقد معنای دیگری را ارائه کرده است. حتی گاهی سوء استفاده می شود، مثل اینکه کسی از استدلال آوردن در می ماند و به همین جهت به مذاق شریعت استناد می کند؛ می گوئیم که آقا چه طور مذاق شریعت را ادعا می کنید و به آن استناد می نمایید؟ می گوید من در نتیجه ممارست طولانی و مطالعات عمیق علمی به این مطلب رسیده ام که اگر دیده باشید در همین مقاله به عنوان یک تقارن و مقارنه یک مورد از آن را آورده ام. تمام این ها بر می گردد به اینکه این نهاد یا مفهوم دقیقاً



مورد واکاوی یا پیشینه کاوی یا پسینه کاوی واقع نشده است. در خصوص مباحث من در مورد مذاق (یعنی نوع پرداخت من به مفهوم مذاق در سال‌های گذشته) نه مفهوم مذاق که آن را توضیح دادم، باید بگویم که من در سال‌های ۷۹ الی ۸۱ که مشغول نوشتن فقه و عرف بودم، با بحث مذاق برخوردی داشتم (که دوستان می‌توانند آن را در کتاب فقه و عرف ببینند) و در آن جا پیشنهاد دادم که‌ای کاش به جایی برسیم که اصلاً از این مفاهیم در نظام استنباط استفاده نکنیم و فکر جایگزین بودم. از طرفی دغدغه پرداختن به موضوعات اصلی کتاب وجود داشت و کتاب هم موضوعش مذاق نبود و به همین جهت بدون بررسی عمیق عبور کردیم. در فقه و مصلحت به اقتضای موضوع کتاب بیشتر با شَمّ و مذاق و روح و اصطلاحاتی از این دست برخورد داشتم و در آن‌جا این قضیه را با تفصیل بیشتر اشاره کردم. تا رسید به امسال درس خارج؛ دوستانی که در درس خارج خدمتشان هستیم می‌دانند که از پارسال بعد از این که بحث ما در منابع تمام شد، بحثی را تحت عنوان منبع واره‌ها مطرح کردیم، البته نه به عنوان این که مذاق هم منبع واره است ولی خوب در هر حال در آن بخش بحث مذاق را جلو بردیم. تقریباً اوایل سال بود که بحث مذاق را در بحث خارج مطرح کردم و بعد متوجه شدم که یکی از اساتید بزرگوار این مرکز که آرزوی سلامتی‌شان را داریم، نوشته این بحث را (چون من بحث را می‌نویسم) به دست آوردند و

در کلاس درسشان در مرکز مورد گفتگو قرار دادند. جناب آقای دکتر مقدادی پیشنهاد دادند که اگر بشود این بحث در اینجا به بوته نقد گذاشته بشود. من گفتم که چون به هر حال درس است و انسان در درس گاهی محدودیت وقت دارد ولو قبلاً هم مبحث مورد نظر را کار کرده باشد، بالاخره زمان شب درسی و ساعت درس محدود است، بگذارید این در قالب یک نوشته مورد رضایت خودم در بیاید و بعد به نقد گذاشته شود. تا این اواخر با همکاری یکی از دوستان بحث (درس خارج) این بحث را به عنوان یک مقاله در آوردیم ولی هنوز خود من فرصت نکردم این نوشته را دقیقاً کنترل کنم. اصلاً بعضی مباحث و مطالب این نوشته حدسیاتی بود که من از این دوستان خواستم برایش سند و منبع پیدا کند؛ مثل این بحث که آیا فقهای ما مذاق را فقط در جایی به کار می‌برند و بدان استناد می‌نمایند که قطع به حکم دارند و یا جایی که گمان به حکم دارند هم به مذاق استناد می‌نمایند؟ حدس خود من این بود که نباید در جایی که گمان دارند به کار ببرند و اگر جایی که گمان هست بکار بردند، باید یا جنبه رد داشته باشد یا اینکه در کنار یک سند معتبر دیگری باشد. خوب مثلاً به ایشان گفتم این را پیدا کن که آیا فقها جایی که گمان بوده، مذاق شریعت را به کار برده‌اند یا نه؟ که بعداً جواب آمد بله به کار برده‌اند و بعد از جستجو گزارش دادند که جاهایی که مذاق شریعت در موارد گمان به کار برده شده یا دلیل اصلی نبوده یا می‌خواستند



عرضه را بر اندیشه مخالف تنگ کنند. اما این که خودشان بیایند یک بنیادی و یک تأسیسی را بر اساس مذاق متکی به گمان تأسیس کنند، خیر چنین نبوده است. این مسئله را محضر شما و ناقدان محترم عرض کنم که چون در ایام درسی فرصت نبود، من کار کنترل دقیق این نوشته و منابعش و مراجعه به آدرس‌ها برای اطمینان خاطر را موکول به تابستان کرده بودم و این کار از اولویت‌های کاری تابستان من بود. علی‌ای حال این سخن به این معنا نیست که نظریه در اینجا مبهم مطرح شده یا بناست تغییر کند؛ خیر، اصل نظریه، مبانی نظریه، اسنادش و بنایش همین است که در این نوشته می‌بینید. در واقع این ورود من به بحث بود که وقتم را هم تقریباً تمام کرد و شاید بهتر بود که در فرصت اول وقت بیشتری به من داده می‌شد. در هر صورت، اگر فرصت شد، بعداً بیشتر در این خصوص توضیح خواهم داد. ببینید بحث مذاق کارکرد گسترده‌ای دارد. یک نمونه الان در دستم هست که به توضیح آن می‌پردازم؛ خوب می‌دانید تنقیح، شرح بر عروه از یک فقیه ایستاده بر قله‌ای مثل آیت الله خویی رحمه الله است. شما در اولین جلد تنقیح تا صفحه ۲۳۰ - ۲۰۰ که پیش می‌روید، می‌بینید که ایشان بسیاری از مسائل بنیادین فقه مثل شرط مذکر، عاقل، امامی، عادل بودن مرجع تقلید (چه در آغاز و چه در ادامه و چه در انجام) را با استناد به مذاق مستند می‌کنند و دیگران هم همین طور و به شکل‌های مختلف و این بر کسانی که این مصطلح و این مفهوم

را رصد می‌کنند، پوشیده نیست. در مورد تعریف مذاق باید گفت که تعریف و معنای کلماتی مثل مذاق یا عرف با مراجعه به لغت و فارسی کردن کلمه یا عربی کردن کلمه به دست نمی‌آید، گرچه من در این مقاله برای اینکه از هنجار معروف تبعیت شده باشد، از معنای لغوی هم استفاده کردم. ولی این طور مؤلفه‌ها و این طور مفاهیم را باید از طریق مؤلفه‌های مورد توافق همگان یا قالب شناخت و به درک معنای واقعی‌اش رسید و آلا اگر شما بخواهید کلمه‌ای مثل ذوق را از طریق ترجمه تحت اللفظی آن تعریف کنید یا بشناسید که مثلاً ذوق آن است که انسان در اثر ممارست زیاد آن را بجشد، به جایی نمی‌رسید؛ آن عربی بود، این شد فارسی و لذا این جور مفاهیم را باید از طریق مؤلفه پژوهی تعریف کرد. اگر ملاحظه کرده باشید ما در مقاله به چهار مؤلفه به عنوان قدر متیقن‌های مذاق اشاره کردیم. یک: فقیه وقتی از این مفهوم استفاده می‌کند که حکمی در مسئله وجود دارد یعنی به حکمی رسیده است؛ حکمی جزئی یا قانونی کلی. دوم: نسبت به این حکم قاطع است، یعنی عادتاً از این اصطلاح و مفهوم در جایی که شک دارند و گمان دارند استفاده نمی‌کنند. سوم: متکی به دلیلی معین اعم از این که آن دلیل معین عام باشد یا خاص نیست. شما می‌دانید فقیهان ما اگر در مسئله یک روایت باشد (حالا در خصوص آن مسئله یا به طور عام) دیگر به مذاق تمسک نمی‌کنند. یعنی اگر حضرت آقای خوئی رحمته الله برای شرط امامی

بودن مرجع تقلید روایتی ولو به طور عام از جناب زراره داشت، قاعدتاً به مذاق تمسک نمی‌کرد، اگر هم می‌کرد، مذاق شریعت را به عنوان یک دلیل مؤید می‌آورد. منظور از دلیل معین، دلیل خاص نیست؛ دلیل معین ممکن است عام باشد که باید تطبیق شود و ممکن است خاص باشد. و بالاخره آخرین قسمت عرض من در بخش اول صحبت‌هایم بیان مؤلفه چهارم است و آن این است که مدعی متکی باشد به تجربه و ممارستی که مدت‌ها در مجموعه نصوص دینی و متون فقهی داشته است. پس مؤلفه‌های کاربرد این واژه عبارت است از این که حکمی وجود داشته باشد، قطع به حکم وجود داشته باشد و دلیل معینی نباشد و بالاخره چهارم این که این ادعا متکی به تجربه و ممارست شخص مدعی با متون فقهی و نصوص دینی باشد. خوب من در واقع به سه بحث از هشت بحثی که یادداشت کرده بودم اشاره کردم. نقش تعیین اصطلاح مذاق شریعت (که چه کار می‌تواند بکند) و موقعیت مذاق، کاربرد گسترده مذاق، و بالاخره تعریف مذاق بر اساس مؤلفه پژوهی. در واقع مدعای اصلی‌ام که منتهی به نظریه ام می‌شود، شماره ۷ و ۸ از موارد یادداشت شده می‌باشد.

دکتر محمود حکمت‌نیا (ناقد و دبیر علمی): متشکر، گرچه صحبت‌های آقای علیدوست مقداری بیشتر از یک ربع شد، ولی ما به خاطر این که جناب آقای علیدوست حدود سه دقیقه از وقتشان را در خصوص موارد و نکات مربوط به اصل

بحث وارد مقدمات شدند، این را جزء وقت ایشان حساب نکردیم. در خدمت حجت الاسلام والمسلمین آقای غائبی هستیم تا بحث نقدشان را در مذات پانزده دقیقه در فرصت اول ارائه بدهند.

حجت الاسلام والمسلمین داوود غائبی (ناقد): بسم الله

الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا و
نبينا ابى القاسم محمد صلی الله علیه و آله

ضمن تشکر از همه زحمت کشان و دست اندرکاران این جلسه نقد و بررسی، جناب آقای حکمت نیا مقداری ما را محدود کردند و این کار ما را سخت تر می کند. جناب آقای حکمت نیا فرمودند نقد محتوایی باشد و نه ساختاری؛ اگر قبلاً به من گفته بودند، نقد (مطالب خود) را فقط متوجه محتوا می کردم، البته عمده نقد هم محتوایی است اما به بخشی از اشکالات ساختاری هم اشاره می کنم، گرچه جناب آقای علیدوست گفتند که این مقاله احتیاج به تنقیح مجدد داشته و بنایشان این بوده که در تابستان منقح کنند. من بر اساس مقاله و صفحات مقاله پیش می روم، یعنی آنچه را که یادداشت کرده ام بر اساس اوراق و صفحات خود مقاله است. حضرت استاد (استاد علیدوست) فرموده اند که واژه مذاق شرع یا مذاق شارع یا مذاق شریعت (که در عبارتی تصریح کرده اند که مراد از هر سه عبارت یک معناست) واژه هایی هستند که احتیاج به توضیح و تبیین و تحدید حدود معنایی دارد تا وارد ورطه



مغالطه یا به تعبیری سوء مفاهمه و به تعبیر آخر سوء استفاده نشویم. می‌فرمایند که این اصطلاح در سده‌های اخیر در متون فقهی بسامد خیره‌کننده‌ای داشته است. در چنین جاهایی تعبیر خیره‌کننده نمی‌آورند و مثلاً از تعبیر نسبتاً گسترده استفاده می‌شود. اما تعبیر خیره‌کننده خودش یک مقداری خیره‌کننده است!

جناب آقای حکمت‌نیا در مقاله خودشان که من دیشب آن را مطالعه کردم، مبدع این اصطلاح را مرحوم صاحب جواهر دانسته‌اند در حالی که این اصطلاح در کلمات صاحب مفتاح الکرامه که قبل از صاحب جواهر بوده‌اند هم آمده، البته نه با عنوان مذاق شرع، بلکه مثلاً با عنوان مذاق اصحاب. بنده با مراجعه دیدم که این واژه (مذاق) در کتاب جواهر الکلام چهل و چهار بار بیشتر تکرار نشده است، یعنی به طور میانگین در هر جلد یک بار و مذاق شرع و مذاق شریعت هم در مجموع یازده بار بیشتر تکرار نشده، گرچه مذاق فقه هفت بار آمده است. یعنی اصطلاح مذاق شریعت و مذاق فقه در مجموع بیش از هجده بار در جواهر الکلام نیامده است، یعنی تقریباً به طور میانگین در هر سه جلد یک بار و عناوینی که در آن واژه مذاق به کار رفته است از این قبیل اصطلاحات است: مذاق الخصم، مذاق العقلاء، مذاق العامه، مذاق المشهور، مذاق الفقه و...

این اصطلاح در کلمات آقای خویی رحمته الله هم (در همه کتب

فقهی ایشان) مجموعاً بیش از بیست و هفت بار نیامده است؛ یعنی تقریباً این بسامدش خیلی عادی است، نه خیره کننده است و نه گسترده. چنانچه اشاره کردند در خصوص بررسی مذاق ما باید ابتدائاً ماهیت و مؤلفه‌های این اصطلاح را بشناسیم تا در حقیقت مذاقمان معنوی باشد و از حالت لفظی و صوری و در فضای مه آلود بودن خارج شود. ایشان ابتدائاً معنای لغوی مذاق را از جوهری و از کتاب جناب آقای مصطفوی (التحقیق فی کلمات القرآن الکریم) آورده‌اند و در ادامه نوشته‌اند این معنا برای این واژه در متون لغوی معتبر دیگری نیز بیان شده است و شاید بتوان در معنای لغوی ذوق نوعی آزمودن و تجربه کردن و در نتیجه دانستن را یافت و ذوق به همین معنا یعنی به معنای تجربه کردن و دانستن به گفتمان فقهی شیعه راه یافته است یعنی معنای اصطلاحی و کلاسیک؛ و در نهایت، نتیجه گرفته‌اند که معنای اصطلاحی واژه مذاق در اینجا با معنای لغوی مذاق به معنای اینکه نتیجه‌اش دانستن است، یکسان است؛ اما فکر می‌کنم این گونه نیست و مذاق خودش متعلق معرفت است، متعلق شناخت است و متعلق علم است. بارها این عبارتی را که من یادداشت کرده‌ام مرحوم صاحب جواهر فرموده‌اند که: «لا ینبغی لمن رزقه الله معرفة مذاق الشرع...»^۱ مذاق شرع دانستنی است، متعلق ادراک است و از سنخ خود ادراک نیست. معنای لغوی‌اش هم تقریباً

همان طور که خودشان اشاره کرده‌اند معادل مشرب است، یعنی مشرب شرع و عبارت فارسی‌تر آن عبارت است از: سلیقه شارع، دیدگاهش، نظرش و با یک مقدار تفاوت‌های این چینی خودش متعلق معرفت و از سنخ مدرکات است و از سنخ ادراک و به معنای دانستن و آزمایش کردن نیست و به این معنا در گفتمان فقهی راه پیدا نکرده است.

حالا اگر شما به کلمات فقها نگاه کنید و واژه‌هایشان را ببینید، با این تعابیر روبه‌رو می‌شوید: مذاق العقلاء، مذاق الشيخ، مذاق المصنّف، مذاق القوم، مذاق التصوّف، مذاق اسلام، مذاق قرآن، مذاق شریعت، این‌ها تعییراتی است که به کار می‌برند. یعنی مثلاً مضاف الیه مذاق بعضی وقت‌ها عقلاست (مذاق عقلا) و مذاق عقلا یعنی در حقیقت یک نوع اتجاء و دیدگاه و موقف عقلا و یک نوع مشرب و نظریه عقلا، البته نه هر نظریه‌ای، نظریه‌ای که کانال حصول و تحصیلش ویژه است که انشاءالله خواهیم گفت.

ایشان (استاد علیدوست) بحث بسیار منطقی خوبی را در صدد بودند ارائه بدهند و آن بحث چیستی مذاق یا به تعبیری مؤلفه‌های مورد توافق فقیهان در خصوص مفهوم مذاق است. مؤلفه‌های مذاق شرع چیست؟ مقوم هایش چیست؟ اجزاء ذاتیه تشکیل دهنده‌اش چیست؟ اما بیان چیستی مذاق، غیر از این است که ما متعلق مذاق را بگوییم، غیر از این است که ما مورد مذاق را بگوییم و اگر بخواهیم یک بحث تحلیلی و

ماهوی نسبت به ماهیت مذاق شرع داشته باشیم، نمی توانیم به موردش تمسک کنیم.

ایشان ذیل بحث از چیستی و مؤلفه های مفهوم مذاق مثلاً این طور می فرمایند: یکی از مؤلفه هایش (واژه مذاق) این است که فقیهان واژه مذاق را در جایی به کار می برند که... این مورد مذاق است، این ظرفش است. مثل عبارتی که ما طلبه ها در تعریف استصحاب داریم که هر جا یقین سابق و شک لاحق داشتیم، آنجا استصحاب کن که خوب این تعریف به مورد است که به قول شیخ انصاری رحمه الله اضعف التعاريف است. تعریف به ظرف و تعریف به متعلق، چیستی نیست، مؤلفه های مفهومی نیست، اجزاء ذاتیه تشکیل دهنده مفهومی نیست ولی ایشان موارد مذاق را به عنوان مؤلفه به کار برده اند و مثلاً گفته اند که مذاق در جایی به کار می رود که یک حکم جزئی یا یک قاعده کلی در مسئله وجود دارد و این حکم قطعی است، یعنی فقیه قطع به حکم دارد؛ قطع دارد و ظن ندارد؛ ولی اگر شما به کلمات بزرگان مراجعه کنید (با عنایت به استفاده ای که از ارجاعات خود حضرات شده است) با مطلبی غیر از این روبه رو می شوید (یعنی در غیر موارد قطع هم به کار برده شده است). من عبارتی را از مرحوم صاحب جواهر رحمه الله در باب مذاق (که بنا بر نظری مبدع این اصطلاح بوده اند و این اصطلاح بالاترین بسامد را در کلامات جواهر داشته است) یادداشت کرده ام که خدمتتان عرض می کنم. عبارت را ملاحظه بفرمایید؛



می‌فرماید: «إن مقدمات الوجوب لا يجبُ تحصيلها»؛^۱ مقدمات وجوب یک فعل تحصیلش لازم نیست، مثلاً تحصیل استطاعت واجب نیست «ولا تَعْرِفُها»؛ نه تنها تحصیلش بلکه شناخت این که آیا مستطیع هستم یا نه واجب نیست. شک دارم آیا مستطیع هستم یا نه؟

لازم نیست به تحصیل معرفت اقدام کنم. به دنبال این نظریه می‌گوید: «ولكن قد يُناقش بأنَّ الأوَّلَ مُسَلَّمٌ»؛ بلکه اولی مسلّم است؛ مقدمات وجوبیه تحصیلش لازم نیست. «بخلاف الثَّانی» اما چرا تعرّف وجوبش لازم نباشد؟ عبارت را نگاه کنید «ضرورة معلومیة الوجوب فی مثله من مذاق الشرع»؛ ما از مذاق شارع می‌دانیم که تعرّف واجب است. ادامه می‌دهد مرحوم صاحب جواهر و تعلیل می‌کند به این که: «اذ هو كما تراه فيه اسقاطٌ لكثيرٍ من الواجبات»؛ اگر تعرف واجب نباشد، شارع در حقیقت کثیری از واجبات را اسقاط کرده است. به این نکته هم اشاره کنم که متأسفانه در متن مقاله آمده که عدم وجوب تعرّف، مخالفت کثیری از واجبات را در پی دارد. مخالفت کثیری از واجبات با اسقاط کثیری از واجبات به لحاظ محتوایی فرق دارد؛ مخالفت کثیر یعنی عملی واجب است اما من مخالفت کردم (آن را انجام ندادم) اما «اسقاط کثیر من الواجبات» یعنی اگر شارع خودش (امری را) واجب نکند، در

۱. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱۵، ص ۱۹۶.

حقیقت خیلی از واجباتش را اسقاط کرده است. اسقاط واجبات، نه مخالفت کثیری از واجبات و عرض کردم که در متن مقاله این تعبیر آمده است.

در ادامه می‌فرماید: «و لعله لذلك»؛ شاید به همین خاطر، «مَالُ بَعْضِ الْمُحَقِّقِينَ هُنَا إِلَى وَجوبِ التَّعَرُّفِ»؛ به همین خاطر که لازمه عدم وجوب اسقاط کثیری از واجبات است، بعضی از محققین متمایل شدند به وجوب تعرّف «بالتصفية أو غيرها»؛ از طریق تصفیه یا از طریق غیر تصفیه. «وَهُوَ قَوِيٌّ جَدًّا» این وجوب تعرّف جداً قوی است. «ان لم يكن اجماعٌ على خلافه»؛ اگر اجماعی بر خلافش نباشد. این که فرموده اگر اجماع بر خلافش نباشد، معنایش این است که وجوب تعرّف قطعی نیست. اگر وجود تعرّف قطعی باشد، معنا ندارد احتمال اجماع بر خلافش باشد. خود مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید: «وَهُوَ قَوِيٌّ جَدًّا إِنْ لَمْ يَكُنْ اِجْمَاعٌ عَلَى خِلَافِهِ»؛ مرحوم صاحب جواهر رحمته الله می‌فرماید: اما اگر اجماع بر خلافش باشد یعنی همه فقها فتوا بدهند تعرّف واجب نیست، بنده هم می‌گویم تعرّف واجب نیست ولو (حکم مسئله) معلوم از مذاق شرع باشد. حضرت استاد در مقاله گفته‌اند که عبارت صاحب جواهر رحمته الله

همه واجبات مالی را دربر می‌گیرد. نسبت به واجبات مالی گفته‌اند که عبارت مرحوم صاحب جواهر اعم است و مثالی هم که می‌زنند واجب عبادی نیست و بحث استطاعت و مستطیع است (همان مثالی که خدمتان عرض کردم). این

چنین نیست که آدم خیال کند هر جا مذاق شارع معلوم است، حکم قطعی است. اگر مذاق شارع معلوم باشد و در عین حال نصی برخلاف آن بیاید، مثلاً مذاق شارع بر فرض معلوم است و بر این است که زن‌ها خانه نشین باشند و ارتباط علی‌ای حال تنگاتنگ با مردان در اجتماع نداشته باشند اما یک روایت بیاید صریحاً بگوید زن می‌تواند قاضی بشود، مثلاً بگوید «يَجُوزُ الْقَضَاءُ لِلْمَرْأَةِ»، با وجود این که در این جا مذاق شریعت معلوم است، فقیه فتوا می‌دهد به جواز قضا برای زن. حالا پس چگونه تعبیر می‌کنند به مذاق شرع؟ چرا می‌گویند مذاق شرع معلوم است؟ چه طور می‌شود مذاق شرع معلوم باشد اما اجماع بر خلافش باشد؟ و می‌گویند اگر اجماع محقق بشود، اگر اجماع ادعا شود، من قبول دارم، من از مذاق شرع رفع ید می‌کنم. این جاست که من عرض کردم و در ادامه هم آن را توضیح خواهم داد که هیچ کدام از این‌ها هم مؤلفه‌های مذاق نیست. وقتی استاد می‌فرماید که هنگامی از مفهوم مذاق استفاده می‌شود که حکم جزئی و قاعده کلی چنانچه فرموده‌اند نه تنها مستند به دلیل خاصی در کتاب و سنت یا حداقل یکی از عمومات کتاب و سنت نیست (حتی یکی از عمومات)، بلکه حتی اجماع قابل اتکا برایش وجود ندارد و اگر هم چنین دلیلی وجود دارد، فقیهان زمانی به مذاق پناه می‌برند که آن دلیل برایشان قابل قبول نباشد، پس سازوکارهای دستیابی به مذاق چگونه است؟ اگر هیچ کدام از آن ادله‌ای که پشتیبان این مذاق

است و سازوکارهای دستیابی به مذاق شریعت است برایشان قابل قبول نیست، از کجا به مذاق شرع دست یابیم؟ از کجا مذاق شرع را پیدا کنیم؟ از کجا مذاق شرع معلوم می‌شود؟ خود ایشان در بحث سازوکارهای دستیابی به مذاق شریعت از درک قطعی عقل به عنوان یکی از این سازوکارها یاد می‌کنند؛ یعنی گفته‌اند که درک قطعی عقل راه دستیابی به مذاق شریعت است و حال آن که اصلاً درک عقل، آن مذاق عقل است و نه مذاق شارع، آن مذاق عقلاست بماهم عقلا و نه مذاق شارع. مذاق شرع، مذاق شریعت، مذاق شارع قسیم مذاق عقلاست و مذاق عقلا راه دستیابی به مذاق شرع نیست. علی‌ای الحال این بخشی بود که خدمتتان عرض کردم، انشاءالله وقت باشد بقیه مطالب را هم به طور کامل خدمتتان ارائه کنم. وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين.

دکتر محمود حکمت‌نیا (ناقد و دبیر علمی): من بحث رو یک مقدار مبنایی‌تر مطرح می‌کنم تا جایگاه مذاق به خصوص در راستای مناسباتش که در حوزه منابع فقهی ما مطرح می‌شود، روشن و مشخص بشود. همان طور که جناب آقای علیدوست هم فرمودند، صحبت‌هایشان دارای هشت محور است و بنا هست بحث و صحبت اصلی در محور هفتم و هشتم که در مورد رد مذاق و ارائه یک جایگزین هست انجام شود. در اینجا اشکال وقت تعیین کردن هست و علی القاعده برنامه باید جوری باشد که صاحب نظریه بتواند بگوید



من در اینجا صحبت‌م تمام شد (محدودیت وقت نباشد). ببینید یک بحث توصیفی داریم و یک بحث این است که بخواهیم استدلال کنیم تا مورد قبول واقع شود. اینکه دیگران راه استکشاف مذاق را چگونه بنیان گذاشته اند یک صحبت است و این که ما چگونه می‌خواهیم مذاق را تأسیس کنیم و آیا این راه‌ها را برای اجتهاد در مذاق قبول داریم یا نداریم، صحبتی دیگر است. من اینجا از جناب آقای علیدوست یک شبه دفاعی بکنم، البته برخی از اشکالات مطرح شده به من هم بر می‌گردد (و این دفاع، دفاع از خودم هم هست). ایشان در آن قسمت که بحث توصیف در آن مطرح بود، درصدد نبودند که بگویند این درست است یا نه، چون ایشان نظرشان نفی است و آن چیزهایی هم که در مقاله بنده ذکر شده است، توصیف است و من هم درصدد بیان این نبودم که این حرف درست است یا نیست و به آن به صورت متدولوژیک خواهم پرداخت. برگردم به اصل مطلب؛ مذاق در چه ساختار معرفتی مطرح می‌شود؟ این ساختار معرفتی را مطرح کنیم: در حوزه مبانی یک بحثی مطرح می‌شود و آن هم این هست که در هر نظام حقوقی (فقه ما حقوق اسلامی ما است) چرا باید از قواعد اطاعت کرد؟ دلیل لزوم اطاعت کردن یک سری بحث‌های کلامی دارد و یک سری بحث‌های حقوقی. در بحث‌های کلامی بازگشتش به همان مباحثی است که در کلام شده که آیا شکر منعم واجب است یا نیست؟ اما در حوزه حقوق، (حالا من در حوزه فقه

اظهار نظر نمی‌کنم) در این حوزه که وارد می‌شویم این مبنای بی‌واسطه را می‌خواهیم بگوییم، پاسخ به چرایی بی‌واسطه می‌شود مبنا و اگر واسطه خورد می‌شود مبانی بعیده که باید در حوزه‌های دیگر در مورد آن بحث کنیم. ما کل نظام‌های حقوقی را به دو دسته کلی تقسیم می‌کنیم تا جایگاهمان روشن شود. ما یک دسته اراده‌گرایان داریم و یک دسته عقل‌گرایان. عقل‌گرایان یک گروه فکری آمونیستی (انسان‌محور) هستند مبتنی بر عقل، بریده از شارع و بریده از اراده که می‌خواهند با مبانی خودشان بایدها و نبایدهای حاکم بر روابط اجتماعی انسان که دارای ضمانت اجرا است را استخراج و استکشاف و اعلام کنند. اینها یک مرحله استخراج دارند و یک مرحله اعلام؛ در مرحله استخراج یا به تعبیر ما استنباط که وارد می‌شوند، عمده روششان و عمده بحثشان در حوزه روش شناسی قرار می‌گیرد که چطور ما به لحاظ روش عقلی می‌توانیم قواعد را استخراج کنیم؟ در اینجا دو شاخه می‌شوند فردگرایان و جامعه‌گرایان؛ فردگرایان نظریه‌های اتمیک دارند و جوامع انسانی را تجزیه می‌کنند به انسان‌های بسیط (که الان غالب غرب این جور هستند) و اینها را با هم ترکیب می‌کنند و قاعده را می‌سازند. حقوق بشری‌ها همین‌طوری هستند و می‌گویند که این انسان‌ها را از هم می‌بریم البته در عالم فرض؛ باید دقت کرد که همه‌اش در عالم فرض و اعتبار است و اشتباهی که در بعضی از نوشته‌های ما شده این بوده که به در

عالم فرض بودن این مسئله توجه نشده است. این روش را از هندسه گرفته‌اند؛ هندسه می‌گوید حجم را می‌خواهیم تحلیل کنیم، سطحش می‌کنیم، خطش می‌کنیم، نقطه می‌کنیم و هیچ کدام هم وجود ندارد. نقطه را می‌فهمیم، نقطه چیزی است که نه طول دارد، نه عرض دارد و نه ارتفاع، هیچ چیزی نیست ولی برای تحلیل لازم است. در بحث‌های حقوقی و سیاسی هم می‌گویند که انسان‌ها را بریده از هم در نظر می‌گیریم، می‌شود انسان اتمیک. انسان اتم با بقیه مساوی است و آزاد است و با اراده به انسان‌های دیگر پیوند می‌خورد و قواعد حقوقی را خودش می‌سازد. این روشی است که فردگرایان می‌گویند اما جامعه‌گرایان می‌گویند که در مورد این پیوند اشتباه می‌کنید و این پیوند قابل گسست نیست. آنهایی که قائل به اصالت جامعه هستند منظورشان این است که این مجموعه را بما هو مجموع باید شناخت و لذا می‌گویند بحث‌هایی تحت عنوان حق و مساوات و آزادی و... این‌ها بالکل غلط است و می‌گویند انسان‌ها موقعیت دارند. مثلاً می‌گوییم موقعیت پروانه یک ماشین کجاست؟ می‌گویند جلوی ماشین؛ رادیاتور کجاست؟ می‌گویند آنجای ماشین. بعد که قواعد را کشف کردند، می‌گویند باید بیان بکنیم، بیانی که همه بفهمند و لذا بحث قالب‌های قانونی به میان می‌آید؛ مثلاً به صورت نوشته درمی‌آید و بعد اعلام می‌شود. پس یک مرحله استخراج دارند و یک مرحله بیان؛ این‌ها عقل‌گرایان هستند.



بعضی‌ها می‌گویند همه قواعد ناظر به اراده است و اراده حکومت می‌کند، اراده هم حالا یا اراده جمعی است یا اراده فردی و به هر حال همه مبتنی بر اراده است.

پوزیتیویست‌ها^۱ همه در این جمع قرار می‌گیرند. بعضی‌ها در حقوق نوشته پوزیتیویست هستند اما به لحاظ مبانی فکری عقل‌گرا هستند مثل مثلاً در حقوق فرانسه. اما ما در کجا قرار داریم؟ این پرسش خیلی مهم است برای اینکه ما هم بتوانیم کشف روش کنیم. حقوق ما اراده‌گرا است؛ گرچه در حوزه تطبیق وارد نمی‌شویم ولی اراده‌گرایی حکیمانه هستیم. ما دنبال کشف اراده تشریعی خداوند هستیم، دنبال کشف اراده شارع هستیم. پس به نظر ما یک اراده تشریعی وجود دارد یعنی همان چیزی که غرب آن را نفی می‌کند. اختلاف ما با غرب هم سر همین یک کلمه است؛ آنها می‌گویند اراده تشریعی وجود ندارد و ما می‌گوییم وجود دارد. این قدر هم این بحث مهم است که کسی مثل اشتراوس^۲ وقتی وارد نقد این مطلب می‌شود می‌گوید که اگر خدا یعنی همان اراده تشریعی خدا یا توهم وجود خدا را درون این دستگاه بگیری، به طور کل منهدم می‌شود. خودشان هم متوجه هستند که اگر پای اراده تشریعی خدا به میان بیاید، برنامه تمام است. در خصوص اومانیزم هم همین‌طور. پس ما اینجا هستیم، ما (دارای سیستم)

۱. قائلین به اثبات گرایی؛ پوزیتیویسم یا اثبات گرایی به هر گونه نگرش فلسفی که تنها شکل معتبر از اندیشه را متعلق به روش علمی بداند گفته می‌شود.

۲. «Leo Strauss» نظریه‌پرداز و فیلسوف سیاسی.

اراده گرایی حکیمانه هستیم.

حالا این شارع ما در بیان قواعد چه کرده است؟ هر چیز که ما را به طور مستقیم به اراده برساند، می شود منبع و به تعبیر جناب آقای علیدوست می شود سند؛ کتاب ما را به اراده می رساند، خود خداوند تشریع فرموده است که سنت هم شما را به اراده من می رساند اما در مورد عقل بحث می کنیم با اخباری ها که آیا عقل ما را به اراده می رساند یا نمی رساند؟ اخباری ها می گویند نمی رساند و اصولی ها می گویند می رساند. این بحثی هم که در کتاب های حقوق به اشتباه مطرح شده که ما مثل غربی ها عقل را حجت می دانیم، بالکل غلط است. چرا که ما اصلاً این سیستم را قبول نداریم، ما در پارادایم اراده گرایی داریم حرف می زنیم و عقلی که ما از آن صحبت می کنیم بناست ما را به اراده برساند. ما در بحث مذاق شریعت که راه ورودمان به یافتن آن اراده، کتاب و سنت است، این راه ورودمان است اما وقتی که وارد شدیم و خواستیم قواعد را پیدا کنیم، چطور عمل کنیم؟ (متدولوژی یافتن قواعد) این بحث هایی که می کنیم که آیا جملات خبری دلالت بر انشاء می کند یا نمی کند؟ ظهور دارد یا ندارد؟ این ها بعد از این است که پذیرفته شد کتاب ما را به اراده می رساند، حالا آن اراده را می خواهیم کشف کنیم که چه میزان دلالت بر اراده می کند. چون ما نه در کتاب و نه در سنت، روشی به این شکل که مثل نظام های عقل گرا از اصول به قواعد و از قواعد به فروع برسیم،

نداریم. گاهی قواعد بیان شده و گاهی فرع جزئی بیان شده و این فرع جزئی هم گاهی اوقات در قالب مصداق بیان شده است. کل محاکمات و امور قضایی که ما حکم از آن استخراج می‌کنیم در پرونده خاص است. شما عکس عمل می‌کنید یعنی پرونده را تنقیح مناط می‌کنید و القاء خصوصیت می‌کنید و به کل می‌رسید، دوباره بر می‌گردید و تطبیقش می‌کنید. پس نظام فقهی ما هم کلی دارد و هم جزئی دارد و هم امور موردی دارد. در حوزه مذاق ما مذاق بعد از منابع داریم، یعنی ما اصلاً راهی برای یافتن اراده شارع در خارج از منابع نمی‌یابیم و برای کشف این اراده باید از رهگذر کتاب و سنت و عقل با اختلافی که در آن داریم (اجماع هم که پذیرفته نشد) عبور کنیم. اما ما مستند به این سه منبع چطور می‌توانیم اراده را کشف کنیم؟ ادعا این است که یکی از راه‌های کشف، بیانات است که بیان شده است مثل قواعدی که به صورت انشائی بیان شده است. بحث‌هایی می‌ماند: مثل این که چیزهایی مثل انسان‌شناسی بیان شده، توصیف‌هایی راجع به انسان بیان شده است، آیا از انسان‌شناسی به قاعده می‌توانیم برسیم؟ به بایدها و نبایدها می‌توانیم برسیم؟ این بحثی است که اختلاف روز است، آیا از این هست‌ها به بایدها می‌توان رسید یا نه؟ بحث حکمت‌ها نیست که بگوییم ائمه اطهار علیهم‌السلام بایدها را با هست‌ها پیوند داده‌اند و گفته‌اند که اگر این حکم (باید) وضع شده، به خاطر آن هست بوده است. این را نمی‌خواهیم بگوییم، می‌خواهیم بگوییم ما



حکم نداریم ولی انسان شناسی داریم آیا از این می‌توانیم برسیم یا نه؟ این جای بحث است ولی این را نمی‌خواهیم بحث کنیم. بحث بر سر این است که با مجموعه ملاحظات کلی بیانات شارع چه در کتاب و چه در سنت و چه در سایر منابعی که وجود دارد، ما به دست می‌آوریم که پشت ذهن شارع یک قواعد و اصول و کلیات و روحی خوابیده است که این به صورت معین بیان نشده است ولی قابل استنباط است که اگر استنباط شود، قابل تطبیق هم خواهد بود. پس در حوزه مذاق یک بحثی وجود دارد و آن این است که این قاعده‌ای که می‌خواهید استنباط کنید ممکن است کلی باشد، ممکن است جزئی باشد، اما به چه استناد می‌یابد؟ به آن چیزی که بیان نشده است. آن چیز بیان نشده را از کجا می‌فهمید؟ راه‌های مختلفی هست که بحث‌های روش‌شناسی دارد که جناب آقای علیدوست آن قسمت را که رد کردند بعد ما وارد یک نزاع دیگری می‌شویم که آیا این قابل رد است یا قابل استناد است؟ لذا من جمع بندی می‌کنم که ما در مجموع در حوزه مذاق در یک پارادایم اراده‌گرایی حکیمانه‌ای هستیم که سه روش برای دستیابی به این اراده وجود دارد، اما این اراده در قالب‌های کلی خودش بعضاً بیان نشده است، اما قابل استنباط است. خوب حالا من مدیر(دبیر) جلسه شدم! و قتم را هم نتوانستم رعایت کنم و جناب آقای علیدوست هم تذکر دادند. فرصت بعدی را در خدمت جناب آقای علیدوست هستیم و ادامه صحبت ایشان

را ما در این جا خواهیم داشت.

استاد علیدوست (نظریه پرداز): بسم الله الرحمن الرحيم،
تشکر می کنم از دو ناقد بزرگوار به خصوص آقای غائبی که
مطالبی را تحت عنوان پنج نکته و پنج اشکال مطرح کردند. در
فرمایش آقای حکمت نیا به اشکالی نرسیدیم و گفتند که در
بخش بعدی به طرح اشکال می پردازند. به شدت مرددم که آیا
به این پنج نکته ایشان بپردازم یا ادامه آن مطلب یا نظریه خودم
را پی بگیرم، یعنی مصلحت خودم را در نظر بگیرم یا مصلحت
دوستان را که ظاهراً فرمودند مقاله به دستشان نرسیده یا دیر
رسیده است. به هر حال بعضی از مطالبی که ارائه خواهم کرد،
ناظر به فرمایشات ایشان هم هست و فقط این را عرض کنم که
اگر احیاناً من از مطالبی عبور کردم، ضمن احترام به نقد و ادب
ایشان، به معنای پذیرش موارد و اشکالات بیان شده توسط
ایشان نیست و خوب بدیهی است که اگر بتوانم به ادامه بحثم
بپردازم و مطالبم ناظر به همه فرمایشات ایشان هم باشد و بین
این دو جمع شود، این خیلی خوب است. مخصوصاً دو مطلبی
که آخر کار اشاره کردند یعنی شماره چهار و پنج که اگر ادله
پشتیبان نیست، پس دستیابی به مذاق از کجا به دست می آید؟
و درک عقل مقابل مذاق شرع است و مذاق شرع مذاق عقل
نیست، مذاق عقلاً نیست، مذاق عرف نیست؛ خوب اینها قهراً
در توضیحاتم خواهد آمد. اما در خصوص این بحثی (اشکالی)
که ایشان مطرح کردند که کاربردها در جای مؤلفه ها نشسته

است، می‌دانید که در روش‌شناسی یک واژه را بر اساس کاربردهایش واری می‌کنند و از طریق کاربرد به یک عنصر دخیل می‌رسند. یعنی وقتی می‌گوییم واژه مذاق در جایی به کار می‌رود که قطع وجود دارد، به این معنا نیست که بین مؤلفه و کاربرد خلط شده، این معنایش این است که از این کاربرد باید متوجه بشوید که اُخذ در این واژه قیدی و قیدش هم کاربرد در مورد قطع است. یا وقتی مثلاً گفته می‌شود جای ادله دیگری نیز به کار می‌رود، می‌گوییم این مورد استعمال است و شما دارید مؤلفه می‌گویید، این معنایش این است که شما از این عدم استعمال و تقید به این عدم، یک قیدی را باید در بیاورید و یک کار منطقی هم هست. به هر حال عبور کنیم تا عرض کردم به بحث هم برسیم. مذاق وقتی به کار می‌رود که حکمی باشد، قطع باشد، متکی به دلیل نباشد و متکی به تجربه باشد، ولی نسبت به حضور عقل لابلشروط است و نه بشرط لا؛ یعنی مذاق هم جایی به کار می‌رود که عقل حضور دارد و هم ممکن است جایی به کار برود که عقل حضور ندارد. نمونه‌ای را برایتان می‌خوانم که ناظر به اشکال پنجم ایشان هم هست و داوری در خصوص آن را به عهده شما می‌گذارم. آقای خوئی رحمۃ اللہ علیہ در بحث اعتبار عقل و ایمان و عدالت برای مرجع تقلید نظرشان این است که می‌گویند همه اینها لازم است و تعبیرشان این است که کسی که عقل ندارد، ایمان ندارد، عدالت ندارد، شارع «لا یرضی بزعامۃ کل من لہ منقصۃ مُسقطۃ لہ عن المکانۃ والوقار،

لأنَّ المرجعيَّةَ في التقليدِ مِنْ أَعْظَمِ المناصبِ الإلهيَّةِ بَعْدَ الولاية، وكيفَ يَرْضَى الشارعُ الحكيمُ أن يتصدى لمثلها من لا قيمةَ له لدى العقلاء والشيعَةِ المُراجِعِينَ إليه؟ وهل يُحتمَلُ أن يَرجِعَهُم إلى رجلٍ يَرُقُصُ في المَقاهي والأسواقِ أو يضربُ بالطَّنْبورِ في المِجاميعِ والمعاهدِ ويرتكبُ ما يَرتكِبُهُ من الأفعالِ المنكَرةِ والقبائحِ؟... فإنَّ المُستفادَ من مذاقِ الشَّرعِ الانور...^١

آیا اگر نام این را استدلال عقل بگذاریم غلط است؟ یعنی این غیر از استدلال عقلی است که ما یک سمت داریم به اسم مرجعیت با آن درجه و عظمت و یک منقصة داریم به تعبیر ایشان مثل عمل کسی که در قهوه‌خانه‌ها می‌رقصد، با آلات موسیقی می‌نوازد و در قهوه‌خانه‌ها مردم را سرگرم می‌کند؛ چنین شخصی برای این پست مناسب نیست. بلکه این را می‌توانیم از تلقی متشرعه، از مذاق شرع و از عقل به دست بیاوریم و لذا اینکه ما اصرار کنیم که مذاق شارع در کنار عقل نیست بلکه بشرط لاست، نه این درست نیست. در خصوص اشکالی که ذیل نکته پنجم که راه رسیدن به مذاق بود مطرح شد که اگر ادله پشتیبان نیست، راه رسیدن به مذاق کجاست؟ یکی از جواب‌هایی که من باید به ایشان بدهم این است که ما همین را می‌خواهیم نقطه ضعف این نظریه و این نهاد قرار دهیم. این را مطمئن باشید که مذاق بدون منشأ به وجود نمی‌آید، یعنی فهم مذاق یک معلول

١. التنقيح في شرح العروة الوثقى، صفحه ٢١٩.



است و این فهم بدون منشأ نیست. عرض کردم منشأ مذاق اگر دلیل خاص بود، دلیل معین بود، نیازی نیست تعبیر به مذاق بشود (به مذاق استناد بشود) و این کار را هم نمی‌کنند. همین که ایشان فرمودند بسامد مورد ادعا وجود ندارد، شاهد بر این است که آنها داعی ندارند در بسیاری از جاها به مذاق استناد کنند.

بنابراین جایی تعبیر به مذاق می‌کنند که وضعیت ادله موجود، وجود یک دسته نصوص متعدد، احکام متعدد، برخوردهای متعدد باشد و فقیه نتواند انگشت روی یک مورد خاصی بگذارد، فلذا تعبیر به مذاق می‌شود. از این رو، یکی از نکاتی که باید به آن دقت کنیم این است که ما باید راه رسیدن به مذاق را به دست بیاوریم تا مذاق بتواند منضبط باشد و به تعبیری که در مقاله به کار رفته است، مذاق از مذاق نما جدا بشود. من در مقاله تحت عنوان راه‌های دستیابی به مذاق شارع به ده مورد اشاره کرده‌ام و آنها را خیلی فهرست وار این جا بیان می‌کنم و شاید هر کدامشان را مثلاً در یک دقیقه بتوانم بیان کنم.

بررسی اسناد مبین مقاصد: می‌دانید نصوصی که ما در اختیار داریم تقسیم می‌شود به مبین مقاصد و مبین احکام. «يُعَلِّمُهُم»^۱ «يُزَكِّيهِمْ»^۲ «يُخْرِجُهُم مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ»^۳ مبین مقاصد

۱. سوره مبارکه جمعه، آیه ۱.

۲. همان.

۳. سوره مبارکه بقره، آیه ۲۵۷.

است و «اقیموا الصلاة»^۱ «آتوا الزکاة»^۲ «وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ...»^۳ مبین شریعت است. یکی از راه‌هایی که می‌شود به وسیله آن مقاصد شارع را به دست آورد ادله‌ای است که مبین مقاصد است. چرا ادله مبین شریعت را نمی‌گوییم؟ چون آن اگر باشد فرض ما این است که مستند روشن است و قابل بحث نیست. مورد دوم درک قطعی عقل است؛ به این خاطر این حرف را می‌زنیم که ما درک عقل را مقابل شرع نمی‌دانیم. شما اگر کتاب فقه و عقل که اولین اثر من در فلسفه فقه است را ملاحظه کنید می‌بینید که من اصرار دارم که این ادبیاتی که از مسیحیت به ما رسیده است را از بین ببریم. درست نیست گفته شود شرع، عقل؛ بفرمایید نقل و عقل و هر دو تحت عنوان شرع است. خوب اگر ما عقل را یکی از اسناد چهارگانه می‌دانیم، اگر یک چیزی مورد درک قطعی عقل بود، معنا ندارد بگوییم عقل مقابل شرع است و از آن طرف هم بگوییم یکی از اسناد چهارگانه عقل است. این مثل این است که بگوییم یکی از اسناد چهارگانه قرآن است و بعد که یک چیزی را از قرآن استنباط کردیم، به طور قطع بگوییم این مقابل شرع است، چه فرق می‌کند؟ ولذا یکی از راه‌هایی که برای رسیدن به مذاق اینجا عرض کردیم و به قول آقایان راه جلوی پای کسانی است

۱. سوره مبارکه بقره، آیه ۴۳.

۲. همان.

۳. سوره مبارکه آل عمران، آیه ۹۷.

که (برای استدلال) نیاز به مذاق دارند، درک قطعی عقل است. مقایسه مورد مذاق با احکام شرعیه دیگر: یعنی گاهی اوقات فقیه مستنبط نه اینکه بخواهد قیاس کند، متتهی شرایطی پیش می‌آید که موردی را با یک مورد مشابه مقایسه می‌کند و چه بسا به اولویت (قیاس اولویت). مرحوم آقای خویی^{رحمته} وقتی می‌خواهد بگوید شرط مذكر بودن در مرجعیت وجود دارد، این مسئله را مقایسه می‌کند با حکم امام جماعت بودن زن و می‌فرماید: چون شارع راضی نیست که زن امام جماعت باشد، فکیف یرضی به این که بخواهد مرجع تقلید باشد؟ پس مقایسه مورد مذاق با احکام شرعی دیگر می‌تواند فقیه را به مذاق برساند.

واکاوی پیامدهای یک حکم: این همان موردی است که جناب آقای غائبی به آن اشاره کردند و خواستند نقد به مورد کنند؛ یعنی به پیامدهای یک حکم توجه شود؛ مثلاً اگر بگویم در شبهات موضوعیه فحص لازم نیست، خوب می‌دانید خیلی از انسان‌ها یقین ندارند که دینی به گردنشان هست یا نه، خمس بدهکارند یا نه، مستطیع هستند یا نه، خوب قائل شدن به این حکم باعث می‌شود که احکام زیر سؤال برود، ساقط بشود یا مخالفت بشود و حالا هر تعبیری که هست.

ارتکاز قطعی متشرعه: یعنی انسان وقتی به فضای دین و متشرعان می‌نگرد، با ارتکازهایی مواجه می‌شود که نمی‌توان بر اساس آن‌ها فتوا داد؛ نظیر آنچه که بسیاری از فقها در بحث

حلق لحيه (تراشيدن ريش) مي گويند. شما مي دانيد بسياري از معاصران ما وقتي بحث حلق لحيه را مطرح مي کنند، مي گويند که هيچ دليلي نداريم جز ارتكاز قطعي متشرعه که ممکن است به مذاق برسد.

رويه قانونگذاري شارع يا روش او در بيان شريعت: که باز نمونه ها دارد و در اين جا طرح عنوان بحث کافي است و دوستان خودشان مقاله را ببينند.

جهان بيني شارع: که همان بحث رابطه هست و بايد است، سازگاري يا ناسازگاري با مجموعه شريعت. و بالاخره روش دهم روش هاي بيان ناپذير است که به عنوان سازوکاري که با آن مي شود به مذاق رسيد، به کار رفته است. حالا مي رسيم در واقع به مطلب هفتم که نقد اصلي اين جا است. ما اين را گفتيم که فهم مذاق از طريق مؤلفه پژوهي ميسر است، اما در خصوص راه هاي دستيابي به مذاق خوب اين را مي دانيد که بحث سليقه مطرح است. يعني ممکن است فرض کنيد کسي اين ده تا را بکند دوازده تا يا اين ده تا را بکند هشت تا، يعني اين ها بحث هاي جزئي است و نبايد نقدمان را متوجه اين جزئيات بکنيم؛ سليقه اي است و حالا يک کسي راهي را باز مي کند و ديگران بايد کاملش کنند. عنواني که براي اين نشست در نظر گرفته شده است هم جايگاه مذاق نيست، استناد به مذاق شريعت در بوته نقد است؛ يعني ما مي خواهيم نقد کنيم اين رويه اي را که با آن آشنا شده ايم و پيشهاد جاگزين بداهيم.

ببینید مشکلی که وجود دارد این است که اگر بنا شد مذاق بدون منشاء نباشد، چون به هر حال مذاق یک معلول است یک پدیده است و ما معلول بی علت نداریم، مثلاً یک نمونه‌اش آنجایی که استنباط می‌کنیم حکم عقل قطعی در مسئله وجود دارد، سؤال من محضر بزرگان فقه این است که شما چرا از یک نهاد مشخص عبور می‌کنید و به نهادی می‌رسید که قابل مفاهمه نیست؟ شما اگر در مسئله‌ای که مثلاً حکم قطعی عقل حضور دارد یا نصوص در موارد مشابه وجود دارد بیاپید و حکمتان را مستند به مذاق کنید، نمی‌توانید مطلبتان را به دیگری منتقل کنید و نه آن طرف اگر خودش به آن نرسیده باشد قبول می‌کند و احیاناً او هم ممکن است در مقابل شما ادعای مذاق کند. برای اینکه کلی‌گویی نکرده باشیم این مثال را عرض کنم که آقای خویی رحمه الله در بحث مرجعیت و زعامت زن ادعا می‌کند مذاق را و فتوای خود را مستند به مذاق می‌کند. در مقابلش مقاله چاپ شده است با نظر کاملاً برعکس که اتفاقاً مذاق شارع بر این است که زن هم در مسائل اجتماعی حضور داشته باشد و بعد هم چندین و چند نمونه از صدر اسلام می‌آورد که زن‌ها در اجتماع و مسائل اجتماعی حضور پررنگ داشته‌اند یا نقض می‌کند به اینکه مرجعیت خانم‌ها برای خانم‌ها چه اشکالی دارد؟ در کلام آقای حکیم هم هست؛ البته ایشان به مذاق اشاره نمی‌کند و می‌گوید خانمی بخواهد مرجع خانم‌ها باشد چه مشکلی دارد؟ اگر شما دلیلی دارید مثل درک

عقل یا اولویت مثل همان بحثی که زن هنگامی که نمی‌تواند امام جماعت باشد، چگونه می‌تواند مرجع تقلید باشد؟ خوب اگر این اولویت را دارید، بیاورید پرورشش بدهید. اگر مثلاً شما از یک مجموعه نصوصی فهمیدید که در جهان‌بینی اسلام و تعریف اسلام از زن این نکته وجود دارد که اصلاً نمی‌خواهد زن در عرصه‌های اجتماعی حضور پیدا کند، ده مورد، دوازده مورد از روایات از آیات بیاورید؛ این که قابل فهم‌تر است و انضباط بیشتری دارد. لذا دغدغه ما این است که وقتی از پشتیبان و ادله پشتیبان عبور می‌کنیم و می‌رویم سراغ یک عنوان مبهم (مذاق)، باعث می‌شود که نتوانیم مفاهیم برقرار کنیم و نتوانیم مطلب را ثابت کنیم. خوب شما مثلاً در جاهایی عقل را دارید، حالا کسی بگوید عقل مقابل شرع است، عقل غیر از شرع است، آن حرف دیگری است. درست است که آقایان به مذاق تمسک کرده‌اند ولی در کنار مذاق، ما می‌توانیم ادله دیگری نیز پیدا کنیم؛ خوب وقتی می‌توانیم ادله دیگری پیدا کنیم، چرا به آنها استناد نکنیم؟ لب این نظریه این است که ما بیاییم سه چیز را پرورش دهیم: ۱- از نصوص مبین مقاصد در استنباط استفاده کنیم ۲- به جایگاه واقعی عقل در روند استنباط توجه کنیم؛ ما اگر در این صحنه‌ها اجازه حضور به عقل ندهیم، در کجا می‌خواهیم اجازه حضور بدهیم؟ فلذا باید توجه به جایگاه واقعی عقل در روند استنباط بشود.

۳- نکته سوم توجه به جایگاه دستگاه‌های دلالت‌کننده

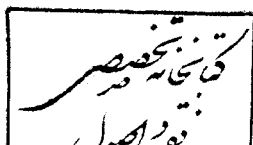
شبکه‌ای، حالا چه به نحو تعاضدی حلقوی، چه به نحو هرمی. مراد از این عبارت چیست؟ گاهی اوقات هنگامی که وارد استنباط می‌شویم، یک دلیل روشن یا چند دلیل در کنار هم داریم. دیدید بعضی وقت‌ها فقها وارد یک مسئله‌ای که می‌شوند می‌گویند این مسئله روایات مستفیض دارد، یعنی چند روایت همسو یا همسان بر مطلب (حکم) دلالت می‌کند. ولی بعضی وقت‌ها چند تا دلیل متعارض یکدیگر به همدیگر ربط پیدا می‌کند که از مجموع اینها ما می‌توانیم مطلبی (حکمی) را در آوریم. در بحث بیع سلاح به دشمنان دین اگر نصوص را تک تک نگاه کنید به همان نتیجه‌ای می‌رسید که بعضی از بزرگان رسیده‌اند: در حال صلح جایز است، در حال جنگ جایز نیست. ولی وقتی شما این نصوص را به تعبیری که داریم شبکه‌ای مطالعه کنید، نتیجه دیگری به دست می‌آید. چون اینها در کنار هم هستند ما گفتیم تعاضدی حلقوی، یعنی مثل حلقه به هم ربط دارند منتها در کنار هم هستند و همدیگر را کمک می‌کنند و رابطه طولی ندارند. در چنین جاهایی شما می‌توانید به یک مجموعه نصوص متعارض در کنار هم که همدیگر را کامل می‌کنند، استناد کنید. آقای خویی رحمته الله می‌توانستند (به عنوان مثال می‌گویم، ممکن است در این مورد خاص بگوییم نمی‌شود. اگر نشد خوب می‌گذاریم کنار) روایات حیا،

روایات عدم امامت زن، روایات «النساء عی و عَوْرَة»^۱ و... را به نحو متعاضد حلقوی کنار هم بگذارند و به مخاطب هم بگویند دلیل من این‌ها است و من این جور برداشت می‌کنم، که مخاطب بتواند بفهمد که منشاء فکر ایشان چه بوده است. ولی اگر بگویند مذاق، بعد هم بگویند خوب من یک عمری زحمت کشیدم مذاق است دیگر، خوب این طوری قضیه فرق می‌کند.

و لذا پیشنهادی که ما دادیم این است که نصوص را گاهی شبکه‌ای ببینیم به نحو متعاضد حلقوی و گاهی هرمی؛ هرمی یعنی چه؟ یعنی گاهی وقت‌ها نصوص متعدد رابطه طولی با هم دارند به طوری که یک روایت مطلبی را ثابت می‌کند، بر بنیان آن روایت بعدی می‌آید. در این خصوص یک مثال بزنم و بحثم را تمام کنم؛ شما می‌دانید اختلافی که ما با دنیای غرب و حتی تفکر حاکم بر جامعه خودمان در بحث حقوق زن داریم همین است. ما می‌گوییم شما اگر می‌خواهید حقوق زن را بررسی کنید، باید شبکه‌ای ببینید آن هم هرمی. تعریفی که اسلام برای شخصیت زن ارائه می‌دهد این است که زن بیشتر مادر باشد، همسر باشد تا کارمند

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۳۵، باب التسليم على النساء، «على بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام قال، قال رسول الله: النساء عی و عور فاسروا العورات بالبيوت واسروا العی بالسکوت».

بانک، پست و بهداشت و لذا خیلی نمی‌پسندد که هر جا می‌روی یک زن نشسته باشد. یعنی در تعریفی که از زن ارائه می‌دهد نقش مادری و همسری پررنگ‌تر است، البته یک بخشی از کارهای اجتماعی را باید خودش انجام دهد. چون زن را این جور تعریف می‌کند، می‌گوید نفقه‌اش دیگر با خودش نیست؛ نمی‌شود بگوید که مادر خوبی باش، همسر خوبی باش و در عین حال خرج خودت با خودت، خرج بچه‌هایت هم با تو. بر اساس این تعریفش از زن چنین مطرح می‌کند که مرد باید خرج و مخارج زن را تأمین کند و لذا مرد خرج خودش را دارد، خرج همسر و خرج بچه‌ها را هم باید بدهد. وقتی این تعریف را از زن ارائه می‌دهد یعنی مسئولیت مادی را از دوش زن بر می‌دارد. البته در بحث دیه و در بحث ارث با این مقدمه که قطعاً دیه قیمت انسان نیست و به همین خاطر دیه یک صغیر مُردنی با پیغمبر اولوالعزم برابر است، چون این تعریف را از زن به دست می‌دهد می‌گوید خوب او ارث کمتر ببرد. خوب گاهی وقت‌ها این طوری است که روش مطالعه ما باید هرمی باشد تا به نتیجه برسیم پس بنابراین آن چه جایگزین مذاق می‌شود نصوص مبین مقاصد، درک قطعی عقل و مطالعه اسناد شرعی به نحو حلقوی متعاقد یا هرمی است. من اشکالات را هم باید. در یک فرصتی جواب بدهم.



دکتر محمود حکمت‌نیا (ناقد و دبیر علمی): تشکر

می‌کنم از محضر تان. علی القاعده جناب آقای علیدوست بعد از این صحبتی که دوستان خواهند کرد باید فرصت داشته باشند، چون حرف اصلی این جا مطرح می‌شود ولی ظاهراً جلسه تحمل وقتی ندارد. به هر ترتیب ما بر اساس همان زمان بندی اعلام شده در خدمت دوستان هستیم. در خدمت آقای غانبی هستیم تا از وقت دوم خودشان استفاده کنند

حجت الاسلام والمسلمین داوود غائبی (ناقد): بسم الله

الرحمن الرحیم، ضمن تشکر از حضرات، قطعاً مراد بنده از مذاق عقل، بشرط لا نیست. مسلم است بعضاً مذاق شرع با مذاق عقل مطابق است یعنی عقل دریافت دارد و به قول خود ایشان همپوشانی دارد. قطعاً مراد بنده از مذاق عقل، مباین و بشرط لای از مذاق شرع نیست؛ مذاق شرع یعنی مذاق برآمده از شرع و شریعت و به تعبیر خود ایشان شارع. وقتی می‌گویند مذاق شریعت، مذاق شرع و مذاق شارع یکی است و این‌ها معادل هم هستند، چطور می‌شود ما این مفاهیم را دقیقاً مساوی با مفهوم مذاق عقل بدانیم؟ بله در بعضی جاها مذاق شارع مطابق با مذاق عقل است، چه بسا عقل آنچه را که از شارع دریافت کرده و علم به آن هست، همه را قبول کند، اما این که بنده گفتم مذاق عقل، نه به معنای بشرط لا، بلکه لابشرط مراد است. اما وقتی من و شما می‌گوییم مذاق شرع، یعنی مذاق برآمده از شریعت شارع، خود شارع بما هو شارع و این



معنایش است و این مسلّم است در جایی که درک قطعی عقل باشد، فقیه استناد به مذاق شرع نمی‌کند؛ استناد به مذاق شرع برای فقیه در صورتی است که دلیل عقلی قطعی وجود ندارد.

جناب استاد دومین ساز و کار دستیابی به مذاق شرع را درک قطعی عقل می‌دانند در حالی که اگر یکی از ادله پشتیبان مذاق شرع دلیل عقلی قطعی باشد، اصلاً فقیه به مذاق شرع استناد نمی‌کند. به موردی هم در کلمات حضرت امام اشاره کرده اند که به آن خواهیم پرداخت. عین عبارت ایشان (استاد علیدوست) در بحث معرفی درک قطعی عقل به عنوان یکی از سازوکارهای دستیابی به مذاق این است: در موارد بسیاری که فقیهان مدعی مذاق می‌شوند اگر از ادعایشان به خوبی رمزگشایی شود، درک قطعی عقل در آن یافت می‌شود. خوب چطور می‌شود رمزگشایی بکنیم و درک قطعی عقل هم پشتیبانش باشد، اما در عین حال مدرک معتبری وجود نداشته باشد؟ در بحث مؤلفه‌های مذاق صریحاً فرموده‌اند که جایی به مذاق تمسک می‌شود که مدرک معتبری وجود ندارد و اگر هم مدرکی هست، قابل اعتنا نیست. متن عبارت ایشان این است: فقیهان زمانی به واژه مذاق پناه می‌برند که برای آن حکم جزئی یا قاعده کلی، نه دلیلی از کتاب باشد و نه از سنت و حتی اجماع قابل اتکایی هم برایش وجود نداشته باشد و اگر هم چنین دلیلی وجود داشته باشد، فقیهان زمانی به مذاق پناه می‌برند که آن دلیل برایشان قابل قبول نباشد. چطور می‌شود

پشتوانه بسیاری از ادعاهایشان درک قطعی عقل باشد، درک قطعی عقل هم که قطعاً حجت است، اما در عین حال قابل استناد نباشد؟ در بحث معرفی درک قطعی عقل به عنوان یکی از ساز و کارهای دستیابی، می‌خواستند یک مورد را به عنوان درک قطعی عقل بگویند، فلذا به بخشی از کلمات حضرت امام استناد می‌کنند.

عبارت حضرت امام در بحث وجود شهرت فتوایی در حکم عدم جواز فروش قرآن به اهل کتاب می‌فرماید: «والقولُ بلزومِ حفظِ القرآنِ و سائرِ المُقدَّساتِ عن الوصولِ إليهم خلافُ مذاقِ الشارعِ الأقدس»^۱ خلاف مذاق است که شما بیاید بگویید قرآن را حفظ کن، سایر مقدسات را حفظ کن و نگذار هیچ اهل کتابی به این قرآن دست پیدا کند. «والقولُ بلزومِ حفظِ القرآنِ و سائرِ المُقدَّساتِ عن الوصولِ إليهم خلافُ مذاقِ الشارعِ الأقدسِ من...» من، من بیانیه است. «من لزومِ تبليغِ الاسلام» خود خدا فرموده: «ومن أحسنُ قولاً ممَّن دعا الى الله»^۲، «من لزومِ تبليغِ الاسلامِ و بسطِ احكامه و لزومِ هدايةِ الناسِ مع الامكانِ بأي وسيلة ممكنة».

با توجه به اینکه مذاق شارع بر این است که اسلام گسترش پیدا کند و مردم هدایت بشوند و اصلاً پیامبر را برای هدایت مردم فرستاده است «لقد مَنَّ اللهُ على المؤمنين إذ بعثَ

۱. کتاب البيع، جلد ۲، ص ۷۲۵.

۲. سوره مبارکه فصلت، آیه ۵۴.



فیهِم رَسولاً مِّنْ اَنْفُسِهِمْ یَتْلُو عَلَیْهِمْ آیَاتِهِ ^۱ چطور می‌شود مثلاً این خدا با این مذاق، با این آیات و روایات، بگوید حق نداری کتاب را دست اهل کتاب بدهی. این را حضرت آقا به عنوان پشتوانه به عنوان درک قطعی عقل ذکر می‌کنند و این را هم می‌فرمایند که در بسیاری موارد که فقیهان مدعی مذاق می‌شوند، اگر از ادعایشان به خوبی رمزگشایی شود، درک قطعی عقل در آنها یافت خواهد شد.

بنده تصورم این است که فقهی که از مذاق شرع استفاده می‌کند، قطعاً درک قطعی عقل را متفی می‌داند و قطعاً برایش دلیل عقلی قطعی وجود ندارد. این هم که بنده گفتم مذاق عقلا، در مقابل مذاق شارع نیست. ببینید حضرت استاد دوباره می‌آیند و به عنوان راهکار پیشنهادی می‌گویند: شما آقایان! شما به جای اینکه بیاید بگویید مذاق شرع، بیاید به ادله قطعیه عقلیه تمسک کنید. تصور بنده این است که اگر فقیه دلیل عقلی قطعی می‌داشت، قطعاً به مذاق شرع تمسک نمی‌کرد. ایشان راهکار پیشنهادیشان این است که حالا که پشتوانه بسیاری از موارد تمسک به مذاق درک عقلی است، خود درک عقل را آفتابی کنیم.

اما در خصوص بحث اسناد مبین شریعت و اسناد مبین مقاصد، بنده باید بیشتر از مقاله ایشان استفاده کنم و از مقاله جناب آقای حکمت‌نیا هم استفاده کردم؛ حالا البته آن یک

۱. سوره مبارکه آل عمران، آیه ۱۶۴.

مقدار احتیاج به توضیح و شرح دارد و می‌فرمایند که اسناد مبین مقاصد در حقیقت اسناد به اصطلاح مبین شریعت را تفسیر می‌کند. به تعبیر خودشان اگر من در به کار بردن تعبیر اشتباه نکنم، اسناد مبین مقاصد ابزاری و آلی هستند و اگر بنده بخواهم با اسناد مبین حکم، حکم را استخراج کنم، به مدد ابزار اسناد مبین به اصطلاح مقاصد شریعت باید استخراج کنم.

راهکار سومی هم که ارائه می‌دهند من این طور فکر می‌کنم که یک نوع رجماً بالغیب است. خیلی خوب است که بیاییم مثلاً اسناد پراکنده موجود در کتاب وسائل الشیعه شیخ حر عاملی را که مطلوبشان یکی است و مضامینشان مشترک است را چیش کنیم و به گونه‌ای آنها را جمع و تفریق کنیم که به قول ایشان (استاد علیدوست) دستگاه‌های دلالت کننده‌ای شبیه مثلاً «و حَمَلُهُ وَ فَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا»^۱ و «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ»^۲ (که از آنها اقصى الحمل استفاده می‌شود) درست بشود و از آنها استفاده شود. فکر می‌کنم کبرایش خیلی خوب است که ما یک بار دیگر به قول ایشان به دامنه جمع‌های عرفی اضافه کنیم و از عام و خاص، مطلق و مقید، حاکم و محکوم، و به تعبیر مرحوم آخوند توفیق عرفی فراتر برویم و این دستگاه‌های مختلف (مرادشان از دستگاه هم ظاهراً قیاسات و استدلال‌های تشکیل

۱. سوره مبارکه احقاف، آیه ۱۵.

۲. سوره مبارکه بقره، آیه ۲۳۳.

شده از مقدمات مختلف است) را طوری کنار هم چینش کنیم که در حالی که برحسب نظر ابتدایی اجنبی از یکدیگر به نظر می‌رسند، اما در عین حال متعاضد یکدیگر باشند و به عنوان عضد برای یکدیگر استفاده شوند؛ خوب بنده به هیچ عنوان نفی نمی‌کنم، خیلی خوب است اما این که بدون ارائه نمونه ای، فراتر از آنچه که فقها در بحث حکومت، در بحث عام و خاص، در بحث ورود، در بحث دلالت تمهید، در بحث دلالت اشاره ارائه کرده اند را مدعی بشویم، من فکر می‌کنم یک نوع آرزواندیشی است. نه به این معنا که نعوذ بالله ایشان نتوانسته اند، یعنی تحت یک عنوان خاص و به قول ایشان نهاد تثوریک، یک مصطلح علمی یا یک عنوانی غیر از عناوین جمع‌های عرفی موجود و فراتر از آنها را ارائه نکرده‌اند که از آن استفاده بشود و بیاید جایگزین مذاق شریعت بشود.

بینید بنده درصدد نیستم که از مذاق شریعت به نحوی که ایشان می‌گویند دفاع کنم یا آن را رد کنم، من دارم مفاد و آنچه را که فقها می‌فهمند عرض می‌کنم. مذاق شریعت معنایش این است: بنده به نصوص یک مثال می‌زنم: خداوند متعال در قرآن می‌فرماید «ما علی المحسنین من سبیل»^۱ بنده می‌خواهم مستودع و پذیرنده ودیعه را با شرط ضمان ضامنش کنم، چنانچه در عاریه می‌شود با شرط ضمان عاریه کننده را ضامن کرد. بیایم بگویم آقا من به شما امانت می‌دهم اما اگر حتی

بدون تعدی و تفریط تلف بشود، باید ضامن باشی و من به شرط ضمان به شما ودیعه می‌دهم؛ بینید فقیه می‌گوید این خلاف مذاق شریعت است، چطور می‌شود طرف قصد خدمت بکند، زحمت هم بکشد، ضامن هم باشد؟ خود خداوند هم در قرآن می‌فرماید: «ما علی المحسنین من سبیل» فقیهی که با جوّ شرعی و لسان ائمه که صاحب جواهر^{علیه السلام} در رابطه با آن می‌گوید: «رزقنا الله و ایّاکم معرفة لسان الأئمة» آشناست، هنگام مواجهه با «المؤمنون عند شروطهم» احاطه بر این جو و آشنایی با لسان و مذاق برای او بسان یک قرینه لبیه متصله عمل می‌کند و مانع می‌شود از انعقاد اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» و دیگر این شرط (شرط ضامن بودن مستودع در هر حال) را نمی‌پذیرد. آنچه آقایان گفته اند این است که با توجه به مذاق شریعت، کأنّ جوّ شرعی و آشنایی با مذاق شریعت مانع می‌شود از اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» یعنی بسان قرینه لبیه عمل می‌کند. مذاق شریعت فراتر از خود دلیل نیست و اگر همان جایی که ذوق شریعت است یک نص خاص بیاید، یک دلیل بیاید، از ذوق شریعت، از مذاق شریعت دست برداشته می‌شود.

این قضیه بد نیست که شما به جای مذاق شریعت که ممکن است توسط هر فرد ناتوانی و بدون معرفت کافی و تحصیل مقدمات ادعا شود و فتوای خود را مستند به آن کند، بیایید مثلاً به فرض بگویید که این جوّ شرعی بسان قرینه متصله مانع از تمسک به اطلاق می‌شود و بسان منحصص لبّی تخصیص می‌زند؛ مراد فقها این است، مراد صاحب جواهر این

است و الا فراتر از دلیل پشتیبان نیست.

نمی‌شود دلیل پشتیبان غیر قطعی باشد، اما آنچه که مستند به مذاق شریعت است قطعی باشد. نمی‌شود مستند و پشتیبان مذاق شریعت خبر واحد باشد اما حکم شرعی مستند به مذاق، قطعی باشد. البته این مسلم است که فقهای که فتوای خود را مستند به مذاق می‌کنند، امثال صاحب جواهر هستند و الا راهکارهایش مشخص است و یک نفر بدون هیچ آگاهی، بدون هیچ گونه آشنایی با مذاق شریعت هم می‌تواند آن را ادعا کند که خوب معنا ندارد و قبول هم نمی‌شود. علی ای حال آنچه که بنده تصور می‌کنم این است که امثال صاحب جواهر نظرشان این بوده است. نکته دیگر این که دلیل لفظی مثل مدلول تضمینی و مدلول مطابقی نمی‌تواند جایگزین دلیل و قرینه لبی، در آن چه که در مقام توصیف مذاق شریعت گفتیم شود. آخرین مثالی که می‌خواهم بزنم و آقای حکمت‌نیا هم در نوشته خودشان آورده اند این است که طرف می‌خواهد حقش را بگیرد و حقش هم عینی است در دست دیگری اما احقاق حق بدون رجوع به حکم حاکم، بدون رجوع به محاکم قضایی، مستلزم اتلاف نفوس است. ابتدائاً جایز است اما وقتی که مترتب می‌شود بر این جواز (جواز اخذ عین از دست دیگری که خودش معترف است که مال متعلق به او نیست یا بر انسان معلوم است مال، مال فلانی است)، مسئله اتلاف نفوس و علی ای حال قتل و کشتار، حکمش حرمت است. خود مرحوم صاحب جواهر برای این نظریه به دو چیز به

عنوان مشیر تمسک می‌کند: بیع موقوفه هم در صورت وجود اختلاف برای موقوف علیهم جایز است البته اگر این اختلاف منجر به اتلاف نفوس بشود، موجب کشت و کشتار بشود. صاحب جواهر تمسک می‌کند به این به عنوان چیزی که مستند مذاق شریعت است.

مورد دوم جایی است که صاحب جواهر به این حدیث: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَرُجُوهُ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ»^۱ که در رابطه با سخت‌گیری در مورد خواستگاران است، به عنوان یک منبع برای مذاق شریعت، به عنوان مقید تمسک می‌کند. عرض کردم که بنده به کار بردن مذاق شرع و مذاق شریعت را توصیه نمی‌کنم و مواردی هم که فقها استناد کرده‌اند موارد زیادی نیست. اما مراد جدی ایشان این است که اینها بسان یک قرینه لثیه مقید مطلقات و مخصص عموماً هستند مگر نصوص خاص.

همین طور در بعضی جاها وجود مذاق شریعت باعث به وجود آمدن اطلاق مقامی می‌شود. مثل این که با توجه به مذاق شریعت اگر نظر شارع بر این باشد که زن هم می‌تواند قاضی شود، باید بیان کند و اگر بیان نکند، با توجه به این مذاق جایز نیست. در حقیقت مستند فقها و پشتیبان تمسک به مذاق این هاست. البته عرض کردم بهتر این است که این‌ها آفتابی بشود گرچه بنده خودم استقضاء تام نکردم و توفیقی بوده که با

۱. عوالی اللئالی العزیزیه، جلد ۳، ص ۳۴۰.



مطالعه این مقاله برایم حاصل شده است. من فکر می‌کنم که اگر کسی به ۴۴ موردی که مرحوم صاحب جواهر در کتاب جواهر الکلام به آنها به عنوان مذاق تمسک کرده است بپردازد، معلوم می‌شود که مراد این بزرگان از مذاق شرع چیست و چه رابطه‌ای قائلند و چگونه تمسک می‌کنند. و صلی الله علی سیدنا محمد و آله الطاهرين.

دکتر محمود حکمت‌نیا (ناقد و دبیر علمی): من در قسمت دوم صحبت خودم با توجه به واژه نقد، نکات مثبتی را باید عرض کنم و بعد وارد بحثی بشویم که در آن یک مقدار برای من سؤال و پرسش وجود دارد. یکی از نشانه‌های زنده بودن یک نظام که حتماً جناب آقای غائبی هم به آن اذعان دارند، ورود اصطلاحات جدید است و این ورود اصطلاحات جدید تدریجی است. به تدریج وارد می‌شوند؛ در موردشان صحبت می‌شود، نقد می‌شوند و نظریه می‌شوند. فرمایشات جناب آقای علیدوست چه در کتاب فقه و عقل، چه در کتاب فقه و عرف و چه در کتاب فقه و مصلحت که جدیداً منتشر شده یا مقالاتشان و ورودشان به اصطلاحات جدید بسیار مفید است و یکی از اشکالاتی هم که دیگر نظام‌های حقوقی به ما می‌گیرند این است که می‌گویند حقوق شما حقوق زنده نیست و با توجه به نیازهایتان اصطلاح تولید نمی‌کنید. این نکته مثبتی است در کلمات جناب آقای علیدوست که ورود به ادبیات فقهی انجام می‌شود، اصطلاح‌سازی می‌شود و پس از آن

توضیح داده می‌شود. اما قسمت دوم صحبت هایم این است که در به کار رفتن بحث مذاق در کلمات فقها هیچ کس تردید ندارد. روش‌هایی را هم برای دستیابی به مذاق به کار برده اند، در این هم هیچ تردیدی وجود ندارد و مذاق قابل استخراج و قابل استنباط است. اما باید بپذیریم که اصلاً شکل‌گیری دانش به این نحو است که اصطلاحی ولو مبهم وارد می‌شود، ریشه‌هایی برای کار وجود دارد، به تدریج روشن می‌شود و بحث‌ها پیش می‌رود. شما کتاب‌های اولیه اصول فقه خودمان را مراجعه کنید، مگر چقدر بوده که حالا اینقدر شده است؟! ادغام سازی اصطلاحات کوچک (در بعضی جاها)، جمع آوری، تحلیل و تبدیل به دانش، و ما در مرحله قاعده سازی متوقف شده ایم، یعنی بسیاری از مباحث را تبدیل به دانش نکرده ایم.

یک نمونه مثال می‌زنم: در حوزه بحث پرداخت خسارات که تحت عنوان مسئولیت مدنی از آن یاد می‌شود، ما یکسری روایات پراکنده داریم که فقها به آنها پرداخته اند و از اول باب طهارات آنجا که شخصی مسجدی را نجس می‌کند و شخص دیگری وظیفه دارد که پاک کند و به خاطر آن هزینه‌ای را می‌پردازد و بحث می‌شود که پرداخت این هزینه به عهده کسی است که مسجد را نجس کرده یا کسی که تطهیر می‌کند تا انتهای باب دیات که ابواب ضمان را باز می‌کنیم، این مجموعه پراکنده وجود دارد. مرحوم محقق رحمه الله می‌آید قاعده اتلاف را



می‌سازد، بعضی‌ها قاعده تسبیح را به نوعی تحلیل می‌کنند و رد و قبول می‌کنند و سید محمد کاظم یزدی رحمته الله به قاعده تفویت اشاره می‌کند و در مجموع امروز دانش شده است، ولی دانش نبوده است. ما صحبت‌مان این است که: ۱- آیا مذاق تبدیل به بخشی از دانش شده است؟ خیر، مستنداتش پراکنده است و هیچ ادعایی هم وجود ندارد؛ تا اینجا هم با جناب استاد عظیم الشان خودمان که حق استادی برگردن ما دارند توافق کامل وجود دارد و هیچ ادعایی هم نشده است. ۲- آیا می‌تواند تبدیل به دانش شود؟ ادعای بنده این است که بله؛ جناب استاد علیدوست نفی فرمودند ولی می‌گویند نیازی نیست. ۳- حالا که تبدیلس امکان دارد، آیا صرف وقت برای دست یابی به یک چنین دستگاه معرفتی، مقرون به صرفه است یا نه؟

برمی‌گردم دوباره از آن طرف شروع می‌کنم. مگر مقاصد شریعت که خود جناب آقای علیدوست آن را ادعا می‌کند و به آن می‌پردازد از کجا شروع شد؟ یک کلمه‌ای بوده که شاطبی^۱ آمد بزرگش کرد و امروز دستگاه معرفتی اهل سنت به گونه‌ای قابل توجه به مقاصد پرداخته است که دوستان می‌توانند در کتاب مقصدهای شریعت که اگر اشتباه نکنم نوشته میسوری هست و آقای ژرفا ترجمه کرده اند و جناب آقای علیدوست هم یک مقدمه عالمانه در شش حوزه بر مقاصد شریعت به آن

۱. ابواسحاق ابراهیم بن موسی غرناطی معروف به شاطبی از فقهای بزرگ مالکیه در قرن هشتم.

زده اند، ملاحظه کنند. این مقاصد شریعت امروز به عنوان یک دستگاه معرفتی مطرح می‌شود و ادعای بعضی از نویسندگانشان هم این است که دستگاه معرفتی علوم انسانی که امروز مورد بحث ما است، دستگاه ساخته و پرداخته یهودیت است و ما باید یک دستگاه معرفتی خاص خودمان بسازیم که آن مقاصد شریعت است.

اگر خواستید ملاحظه کنید، در یکی از شماره‌های مجله قبسات مقاله‌ای هست که این ادعا در آن جا وجود دارد. یک بحث را هم در پرانتز بگذارم و عرض کنم و آن این است که درست است که گفته شود ما نیایم قواعدمان را با بحث‌های مسیحیت مقایسه کنیم و این آفتی است و من هم آن را تأیید می‌کنم، اما یک نکته‌ای را بگویم و آن این که بحث مسیحیت در بحث حکم عقل و حکم شرع به این نحو است که اینها قواعدی داشته‌اند مربوط به قبل از مسیحیت که کدهای ژوستینین بود و نمی‌شد به آن استناد کرد، چرا که می‌گفتند متعلق به دنیای کفر است. آکوئیناس^۱ که در مسیحیت حکیم الهی هست آمد و گفت کفر دو وجهه دارد: وجهه عقل و وجهه کفر. قاعده‌ای که کفر ساخته است اگر ناشی از عقلش باشد در مسیحیت حجت است؛ اما به چه علت؟ سابقه طولانی دارد که وارد بحث نمی‌شویم که دنیای مسیحیت به هم ریخت اشکال کردند که شاید شما نتوانستید نظام پردازی کنید و ... در

مورد آکوئیناس هم بحث است و بعضی‌ها می‌گویند که این نظریه‌ها را از مسلمان‌ها و ابن سینا گرفته که یک کتابی هم الان در دست تحقیق است که به رابطه میان آکوئیناس و بوعلی می‌پردازد که چه ارتباطی بین آنها برقرار بوده است؟ بعضی‌ها می‌گویند که از طریق ابن رشد و سایر حکمای اسلامی این ارتباط برقرار شده که ما الان به آنجا کار نداریم. آیا مذاق این قابلیت را دارد که دستگاه معرفتی بشود؟ دستگاه معرفتی که شما فکر کنید بشود مثل مقاصد نه؛ چرا؟ چون مقاصد ادعا می‌کند که کل دستگاه فهم شریعت است اما مذاق ادعای این چنینی ندارد، لذا ادعا نمی‌کند، می‌گوییم نیازی هم نیست.

اما آیا متناسب با وجود خود می‌تواند به قواعد کلی تری دست بیابد؟ که البته نباید سر از تفسیر در بیاورد؛ این هم که می‌گوییم نباید مستند به قاعده عقلی باشد، یعنی موضوع این حکم نباید دلیل عقلی داشته باشد یا دلیل تنقیحی داشته باشد یا مستند به کتاب و سنت باشد. اما با استناد به مذاق می‌رود بالا قاعده را کشف می‌کند بر می‌گردد تطبیقش می‌کند. آیا این دستگاه معرفتی مثل مقاصد می‌خواهد؟ ما ادعایمان این است که نه چنین نیازی نیست. اصلاً دستگاه معرفتی ما دستگاه اصول فقه است نه مقاصد، اما آیا می‌شود یک راهکارهای اجرایی تری قرار داد؟ بله راهکارهای اجرایی تری می‌شود قرار داد. آیا این راهکارهای اجرایی تر را اگر در کنار نظریه مقاصد قرار بدهیم منافی است؟ اولاً منافی نیست. چون نظریه مقاصد

راهی می‌رود و مذاق راه دیگری و در دو دستگاه معرفتی هستند و لذا نمی‌شود آن دستگاه معرفتی را قالب کرد در این دستگاه معرفتی. این (مذاق) در دستگاه معرفتی شیعه دارد مطرح می‌شود و در حد ادعاست و راهکارهایی در خصوص آن وجود دارد اما آن دستگاه، دستگاه اهل سنت است. این دستگاه (مذاق) مکمل دستگاه‌های معرفت شناختی شیعه است و فقط یک راهکار جزئی برای آن وجود دارد اما می‌شود راهکارهای اصولی تری را بدست آورد. نکته آخر را بگویم و آن این است که مقاصد یک کاربرد ابزاری دیگر هم دارد و آن همان چیزی است که ما امروز در بحث مذاق در آن گیر داریم و آن حوزه سیاست گذاری‌ها است نه احکام جزئی. حالا که حکومت اسلامی هست مذاق می‌تواند در حوزه سیاست گذاری‌های کلان، جهت گیری‌های کلان، کارایی خودش را داشته باشد. من صحبت‌م را جمع می‌کنم؛ بحث بر سر این بود که این مذاق آیا دستگاه‌های معرفتی بدیل می‌تواند داشته باشد؟ ادعای بنده این است که نه، چون آن دستگاه، دستگاه معرفتی اهل سنت است نه دستگاه معرفتی شیعه و اگر بیاید نظریه ما را به هم می‌ریزد. آیا مذاق نیاز به دستگاه معرفتی و یک ساختار معرفتی دارد؟ جواب منفی است چون مذاق مکمل است و نه یک دستگاه معرفتی کامل مثل مقاصد. آیا می‌تواند به صورت جزئی مورد استفاده قرار گیرد؟ بله می‌تواند. آیا برای آن می‌توان اصول و روش و قواعدی طراحی کرد؟ تا حدودی بله.



آیا آنچه که فقها گفته‌اند کفایت می‌کند؟ نخیر؛ کارهایی در این بحث صورت گرفته است مانند یک پایان نامه کارشناسی ارشد که در مدرسه عالی شهید مطهری در این موضوع دفاع شده و بعد از آن یک رساله دکتری در دانشگاه فردوسی مشهد روی این موضوع کار شده و آنها هم درصدد هستند تا آنجایی که میسر است، شیوه‌های دستیابی به مذاق را بررسی کنند و در حقیقت این راه را از ابهام و اجمال و تناقض گویی خارج کنند. ولی به نظر من آنچه که در این بحث موجود است، همین فرمایشاتی است که در این جا مطرح شد و اینکه آقای غائبی می‌فرمایند هنوز ابهاماتی دارد، بله به نظر ما هم همین طور است. در خدمت سرور مکرم جناب آقای علیدوست هستیم

استاد علیدوست (نظریه پرداز): من خیلی دقت کردم، فرمایش جناب آقای غائبی مخالفت با اندیشه و نظریه مورد بحث نیست و خودشان هم می‌فرمایند که من مخالفتی ندارم. با عنایت به توضیحات مفصلی که دادند، عمده مخالفتشان با عرائض بنده برداشت از متون فقهی است. ببینید در برداشت از متون فقهی دیگر نمی‌شود مناظره کرد؛ یعنی مثلاً وقتی ایشان می‌فرمایند که مذاق در جایی کاربرد دارد که حالت تخصیص یا تقیید دارد برای یک حکم و یا وقتی که می‌خواهند از عقل استفاده کنند، تعبیر مذاق را به کار می‌برند، در اینجا دیگر باید متون فقهی را وسط گذاشت و مورد به مورد آورد و مورد بررسی قرار داد و حالا ممکن است یک برداشتی ایشان داشته

باشند و یک برداشتی من داشته باشم؛ یعنی در واقع می‌شود نزاع شخصی. چیزی که من می‌توانم بگویم این است که دوستان مقاله را ببینند و بعد به منابع فقهی مراجعه کند، حالا ممکن است یک بار برداشت من از متون فقهی را بپذیرند و یک بار برداشت ایشان را.

اما در خصوص اشکالی که ایشان در بخش اول گرفتند و گفتند که مذاق متعلق دانستن، تجربه کردن و آزمودن است نه اینکه خود آنها باشد، من عبارتی را می‌خوانم و داوری در خصوص آن را به شما واگذار می‌کنم. وقتی که جوهری می‌گوید: «امرٌ مستذاق ای مُجَرَّبٌ معلوم»^۱ یعنی امر مستذاق امری است مورد تجربه واقع شده و مکشوف و فهمیده شده؛ بعد من چه گفتم؟ گفتم که این معنا یعنی همین معنای جوهری و معنای مرحوم مصطفوی در متون دیگری دیده شده است و شاید بتوان در معنای لغوی ذوق نوعی آزمودن، تجربه کردن و در نتیجه دانستن را یافت. یعنی با استناد به حرف جوهری می‌توانیم دانستن را در معنای ذوق بیابیم نه اینکه معنای ذوق دانستن است، تجربه کردن را بیابیم نه اینکه تجربه کردن معنای ذوق است. چون ایشان گفته اند: «امرٌ مستذاق مُجَرَّبٌ معلوم» و «ذُقْتُ ما عند فلان ای خَبَرْتُه» خبرش کردند یا «خَبَرْتُه» امتحانش کردند؛ پس در معنای ذوق این را می‌توان یافت. حالا کسی اشکال بگیرد که معنای ذوق این نیست، مگر این نوشته

۱. تاج اللغة وصحاح العربية، جلد ۴، صفحه ۱۴۸۰.

می‌گوید که معنای ذوق این است؟! اما ظاهراً برای بعضی از دوستان این سوال پیش آمده که وقتی می‌گوییم مذاق را فقها جایی به کار می‌برند که دلیل معینی وجود ندارد یعنی چه؟ معنایش این نیست که مطلقاً دلیلی وجود ندارد و اگر هم دلیل معینی هست آنها استناد نمی‌کنند؛ یعنی وقتی که مذاق را می‌آورند، دیگر دلیل معین را مورد نظر ندارند، والا چه معنا دارد که فقیه وقتی دلیل معین و مشخصی چه عام و چه خاص مورد نظر دارد، بیاید و از واژه ذوق استفاده کند؟! اما این ادعاست و دوستان می‌توانند مراجعه کنند و ببینند آیا به این مطلب می‌رسند یا نه؟

اما در مورد کلمه خیره کننده، آقای عشائی در بحث ما حاضرند و این انشاء هم از ایشان است. من همیشه به ایشان می‌گویم که شما را باید کنترل کرد! این کلمه از ایشان هست و من هم دفاع نمی‌کنم. ولی این را بگویم که اگر خواستید سرچ کامپیوتری کنید، نزنید مذاق و بعد بشمارید. «لَحْنٌ کَلَامِهِمْ»، «رُمُوز کَلَامِهِمْ»، «شَمُّ الْفَقَاهَةِ»، «مَعْرِفَةُ لِسَانِ الْأَئِمَّةِ» این‌ها از واژه‌هایی است که در همین رابطه به کار می‌رود. خوب طبیعتاً ممکن است با این جستجو، آمار ما کمی تفاوت بکند. به نظر من بیشترین مشکل را ما با آقای دکتر حکمت‌نیا داریم و این را هم من عرض کنم که دیگر تمام شود، چون بنا شد راجع به فرمایشات آقای غائبی دوستان به متون مراجعه کنند و خودشان ببینند. آقای دکتر حکمت‌نیا معتقدند که ما می‌توانیم مذاق را به

عنوان یک تراث از گذشتگان به دستگاه معرفتی تبدیل کنیم و گفتند که من در این مقاله بیش از این نگفتم چون نیاز نداریم. چه دغدغه‌ای ما را به این بحث‌ها می‌کشاند؟ آیا نیاز هست که مذاق را تبدیل به یک دستگاه معرفتی کنیم؟ اولاً مسئله مذاق بسیار شبیه استصلاح اهل تسنن است؛ استصلاح سنی‌ها و نه این استصلاح در حوزه قم که به معنای صلاح اندیشی فقیه است. متأسفانه این مفاهیم را ما درست از خودشان نمی‌گیریم گاهی ممکن است از فلان روزنامه بگیریم یا از فلان مجله بگیریم. من یک مثال بزنم؛ اهل تسنن وقتی به استصلاح که گاهی از آن به مصالح مرسله تعبیر می‌کنند می‌رسند این جور می‌گویند که ما یک مصالحی داریم که شارع مقدس رد کرده است یعنی در واقع گفته مصلحت نیست مثل ربا. مصالحی داریم که شارع امضا کرده است مثل ازدواج. مصالحی هم است که رهاست؛ مرسله است، نه ممضی است و نه ملقی. فقیه وقتی به این مصالح می‌رسد چه کار کند؟ ببینید راهکاری که ارائه می‌دهند به مذاق ما نزدیک می‌شود یا نه؟ می‌گویند فقیه می‌آید و از مجموعه برخوردهای شارع با مصلحت مورد بحث، موافقت یا مخالفت شارع را به دست می‌آورد؛ از برخوردش می‌فهمد که شارع این مصلحت را می‌خواهد یا خیر. شما می‌توانید از برخورد شارع با جنس این مصلحت که مورد استنباط شما هم یکی از مصادیق آن جنس است، مصلحت مورد نظر شارع را بفهمید و فتوا بدهید. مثال می‌زنم: نگاه

پزشک به شرمگاه مریض در موارد خاص یک امکانی است برای مداوا و نه بر القاشش دلیل داریم عاماً او خاصاً، نه بر امضایش دلیل داریم عاماً او خاصاً؛ اما خوب نگاه پزشک به شرمگاه مریض، مصداقی از مصادیق مصلحت مکلفان است یعنی اگر شارع بگوید پزشک می‌تواند به شرمگاه مریض نگاه کند، خوب مریض با این معاینه و تشخیص پزشک، از مشکل در می‌آید، برخلاف اینکه بگوید نه پزشک نمی‌تواند. از آن طرف شما ببینید شارع مقدس مصلحت مکلف را بالاتر از اضطرار و در حد تسهیل در نظر گرفته است و لذا فرموده زن حائض نماز نخواند، مریض روزه نگیرد، خائف به مسافرت نرود و امثال ذلک. ما از طریق رویه شارع در موارد مختلف که نادیده نگرفتن تسهیل و مصلحت مکلفان است و این‌ها دلیل هم دارد عاماً او خاصاً و این مورد ما هم یکی از مصادیق این مصلحت است (با اینکه نصی نداریم عاماً او خاصاً) به تعبیر شیعی مذاق شارع را می‌فهمیم و به تعبیر سنی مصلحت شرعی را می‌فهمیم و فتوا به جواز معاینه شرمگاه می‌دهیم. بحث بر سر این است که ما وقتی آمدیم مذاق را وارد صحنه کردیم، یکی از دغدغه‌هایی که به وجود می‌آید و من هم روی آن تأکید می‌کنم همین سوء استفاده است که شما می‌آید مذاق را وارد می‌کنید، مذاق هم ممکن است کنارش دلیلی باشد اما وقتی طرف به مذاق استناد می‌کند، به دلیل دیگر کار ندارد، خوب در نتیجه سوء استفاده می‌شود. لذا من عرضی که خدمت

آقای دکتر حکمت‌نیا دارم این است که شما دغدغه ما را نباید نادیده بگیرید. شما اگر مذاق را یک دستگاه معرفتی قرار دادید، اگر می‌خواهید منضبطش کنید و آن را به ادله ملموس مثل روایت مثل آیه مثل درک قطعی عقل برگردانید، خوب این حرف ماست، اما اگر می‌خواهید یک دستگاهی کنار این دستگاه‌ها به نام مذاق درست کنید، این همان دغدغه‌ها را دارد. در واقع این از جاهایی است که وقتی نیاز نبود، باید به عدمش رأی بدهیم، یعنی این جور نیست که بگوییم نیاز نیست اما اگر باشد هم اشکالی ندارد. اگر نیاز نیست نباید باشد و این نظریه مقاله هم هست. پیشنهاد من این است که برای نشست‌های مشابه جلساتی به عنوان جلسات تابع باشد. البته مسلم است جلسه تابعه با این عظمت و با این حضور نخواهد بود ولی کسانی که سؤال دارند یا هر کسی دلش می‌خواهد می‌تواند در این جلسه حضور داشته باشد و نیازی به حضور ناقدان هم نیست. به فرض که درخصوص موارد بحث به خوبی صحبت شده باشد، در جلسه تابع امکان پاسخ به همه سوالات فراهم می‌آید.

دکتر محمود حکمت‌نیا (ناقد و دبیر علمی): جهت

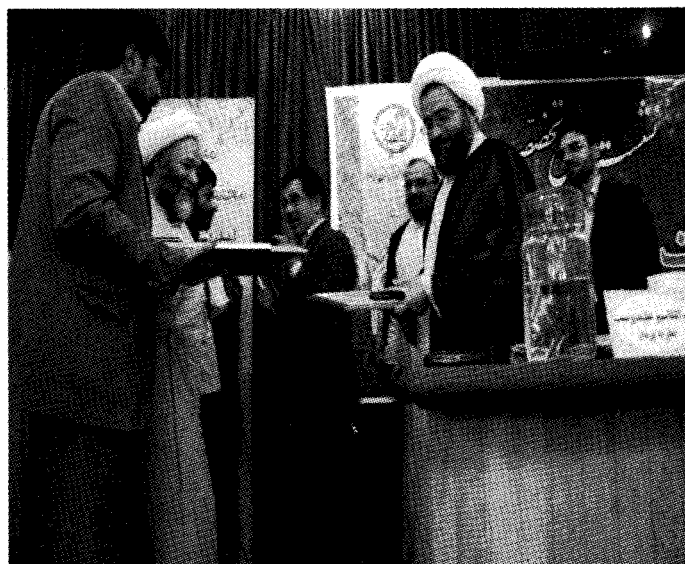
احترام به دوستان و با کسب اجازه از سروران عزیز، تعدادی از سوالات و نظرات را فقط می‌خوانم. فرمودند که اولین تعریف از مذاق را مرحوم کاشف الغطاء رحمه الله داشتند نه صاحب جواهر. گفته‌اند که استفاده از مذاق و امثالهم وارد کردن و همیات به صحنه استنباط است.



اگر کسی بتواند مذاق شریعت را ضابطه مند کند و فرقش را با دستگاه‌های معتبر نزد عامه و مقاصد شریعت بیان کند آیا باز هم قبول ندارید؟ آیا نمی‌توان حجیت مذاق را به سیره عقلا مستند کرد؟ نظریه تعاضد حلقوی همان نظریه نظام یافته مذاق شریعت است لذا فقط تعدد الفاظ هست. اگر در جایی حکم عقلی وجود دارد چرا باید به سراغ مذاق رفت؟ اصلاً مذاق شرع در جایی به کار می‌رود که ادله‌ای در مساله حضور ندارد. در مقاله جناب آقای علیدوست یک مقدار تناقض است و در نهایت در پی پشتوانه می‌باشند در حالی که موضوع مذاق در مقاله جایی است که دلیل معتبر دیگر نباشد. به نظر می‌رسد که فرق بین مذاق شریعت با مقاصد شرع یا روح الشریعة در کلام جناب استاد علیدوست واضح نیست که البته توضیحاتی دادند و فکر میکنم به برخی از سؤالات در کلمات جناب آقای علیدوست پاسخ داده شد.

خوب دوستان خسته نباشید. از اینکه این فرصت را به جمع حاضر دادید تا در محضر شما یک بحث طلبگی را ارائه بدهیم، تشکر می‌کنیم. انشاءالله سرفصلی باشد برای بحث‌های عمیق‌تر. و الحمدلله رب العالمین.





وقف شخص حقوقی

نظریه پرداز: حجت الاسلام والمسلمین مجید رضایی
ناقد: حجت الاسلام والمسلمین محمد قائمی

۱۳۹۰ / ۰۷ / ۲۱

حجت الاسلام و المسلمین مهدی فیروزی (دبیر علمی):

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا و نبينا ابی القاسم المصطفی محمد.

به یاری خداوند، چهاردهمین نشست از سلسله نشست‌های علمی تخصصی مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام با عنوان وقف شخص حقوقی را آغاز می‌کنیم. معاونت پژوهشی مرکز در راستای دانش‌افزایی و پاسخگویی به مباحث نوپیدای فقهی علاوه بر انجام طرح‌های تحقیقاتی، نشست‌ها و همایش‌هایی را هم برگزار می‌کند که علاوه بر همایشی که امروز برگزار می‌شود که اولین نشست از سلسله نشست‌های سال جاری است، به زودی همایش مرگ مغزی را هم برگزار خواهد کرد. انشاء الله بتوانیم آن نشست را هم به بهترین نحو برگزار کنیم. من در ابتدا از حضور حضار ارجمند، اساتید گرامی، دانش پژوهان و پژوهشگران محترم تشکر می‌کنم و یاد و خاطره‌ی مرجع فقید شیعه، مؤسس معظم این مرکز فقهی، حضرت آیت

الله العظمیٰ فاضل لنکرانی رحمته الله را گرامی می‌داریم و برای ایشان از خداوند علو درجات را مسئلت می‌نماییم. امیدوارم که این نشست به یاری خداوند مفید فایده واقع شود.

همان طور که حضار محترم استحضار دارند، وقف یکی از نهادهای مهم اقتصادی و فرهنگی است که در جوامع مختلف وجود داشته و دارد. افراد فراوانی از قدیم الایام منافع اموال و دارایی‌های خود را با اهداف خیرخواهانه و در قالب وقف در اختیار دیگران قرار داده‌اند و برای پس از مرگ خود اندوخته‌ی معنوی و همیشگی در نظر گرفته‌اند؛ لذا از وقف در آموزه‌های دینی ما به عنوان صدقه‌ی جاریه یاد می‌شود. با پیدا شدن موضوعات و مسائل جدید در حوزه‌ی وقف طی دهه‌های اخیر و به ویژه در سال‌های اخیر، موضوع وقف در مرکز توجه حقوق دانان و فقها قرار گرفته است و به طور خاص طی یکی دو سال اخیر و با مطرح شدن وقف یکی از نهادهای آموزشی (دانشگاه آزاد اسلامی) این مسئله به یکی از مسائل روز تبدیل شد. امروزه مهم‌ترین مسائل وقف مربوط به اختلاف در اموال وقفی و موضوعات وقف است که نیاز به پژوهش و بحث و بررسی در مباحث فقهی و حقوقی آن، بیش از پیش احساس می‌شود. از سوی دیگر کاهش ارزش مالی موقوفات و اموال موقوفه یکی دیگر از دغدغه‌های متولیان آن است به طوری که در برخی موارد ناکارآمدی اقتصادی برخی اموال وقفی یا متنفی شدن برخی موضوعات آن دیده می‌شود.

با توجه به تعریفی که در فقه از وقف بیان شده و تحت عنوان «تحبیس العین و تسبیل المنفعه» از آن یاد شده امروز این سؤالات مطرح است که آیا سرمایه را هم می‌شود وقف کرد؟ آیا پول را می‌توان وقف کرد؟ آیا اوراق بهادار و برگه‌های سهام هم قابل وقف شدن هستند؟ و آیا راهی برای بهره‌وری اقتصادی بهتر از اموال وقفی که ناکارآمدی اقتصادی دارند وجود دارد؟ اینها مسائلی هستند که نیاز به بررسی فقهی همه جانبه دارند که انشاء الله این نشست باعث شود که پژوهشگران ارجمند تحقیقات خود را بتوانند به این سمت سوق دهند.

به طور خاص موضوعی که امروز انشاء الله مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد این است که آیا وقف شخص حقوقی جایز است یا خیر؟ حقوق دانان در مقابل شخص حقیقی و طبیعی که انسان و افراد آدمی است به برخی موضوعات غیر انسان اطلاق شخص حقوقی کرده‌اند. طرح موضوع وقف شخص حقوقی هم متوقف بر این است که بدانیم اصولاً چه تعریفی از شخص حقوقی وجود دارد؟ شخص حقوقی دارای چه مشخصات و ممیزاتی است؟ چه انواعی دارد و اهلیت و صلاحیت آن چه طور است؟ و اصولاً چه تفاوتی بین شخص حقیقی و حقوقی وجود دارد؟ اصولاً آیا مفهوم شخص حقوقی در فقه و به طور خاص در فقه امامیه آمده است و وجود دارد؟ دیدگاه فقهای ما درباره‌ی شخص حقوقی چیست؟ آیا آن را به رسمیت می‌شناسند؟ آیا شخص حقوقی و شخصیت حقیقی از



مفاهیم اعتباری هستند یا از مفاهیم واقعی؟ و آیا شخص حقوقی مستقل از اراده‌ی متولّی و اداره‌کننده‌ی آن است؟ و همین طور سؤالات دیگری که مطرح است از جمله اینکه آیا خود شخص حقوقی مالک است یا مملوک که اگر مملوک باشد قابلیت وقف دارد و یا اگر مالک است و مالک می‌شود آیا مالکیت او مالکیت حقیقی است یا مجازی؟ اصولاً آیا شرایط مال موقوفه بر شخص حقیقی صادق است و جاری می‌شود؟ و آیا هر نوع شخص حقوقی قابلیت وقف شدن را دارد؟ آیا اشخاص حقوقی مثل دولت، خانواده، وکالت مجلس، اینها هم قابل وقف شدن هستند؟ این سؤالات و سؤالات فراوان دیگری که حول و حوش موضوع وقف شخص حقوقی وجود دارد، موضوع بحث امروز است، به همین جهت در خدمت اساتید ارجمند و گرامی هستیم تا انشاء الله این بحث را پی بگیریم.

در خدمت حجت الاسلام و المسلمین مجید رضایی هستیم. ایشان عضو هیئت علمی گروه اقتصاد دانشگاه مفید و مدیر مرکز مطالعات قرآن این دانشگاه هستند و حوزه تخصصی ایشان و بیشتر تمرکز ایشان بر حوزه‌ی مباحث اقتصاد اسلامی و فقه اقتصادی است. ایشان در همین حوزه دارای آثاری هستند که عزیزان می‌توانند به آنها مراجعه کنند.

همچنین در خدمت حجت الاسلام و المسلمین استاد محمد قائنی هستیم که ایشان از اساتید حوزه و این مرکز و از پژوهشگران و محققانی هستند که در مباحث نوپیدای فقهی و

حقوقی، پژوهش‌های فراوانی دارند و دارای آثار زیادی در این زمینه هستند که انشاء الله امروز از محضر ایشان استفاده می‌کنیم.

قبل از اینکه وارد بحث بشویم، مجدداً از حضور همه‌ی حضار ارجمند و اساتید گرامی تشکر می‌کنم.

حجت الاسلام و المسلمین مجید رضایی (نظریه پرداز):

بسم الله الرحمن الرحيم؛ بسیار خوشبخت هستم که در محضر اساتید و پژوهشگران عزیز، خاصه استاد گرامی حضرت آقای قائی که منت بر ما نهادند و چند صفحه‌ای از نوشته ما را مشاهده کردند و انشاء الله از محضرشان استفاده کنیم هستیم. شاید خوشحالی من فقط از همین است که این چند صفحه اینجا مورد بحث قرار می‌گیرد و اشکالاتش نمایان می‌شود، از این حیث انشاء الله ما فقط در این جلسه بهره می‌بریم از محضر استاد گرامی و همچنین سرورانی که در جلسه حضور دارند. از خدای متعال برای مرحوم آیت الله العظمی فاضل لنکرانی رحمه الله طلب مغفرت و رضوان می‌کنیم و از همه کسانی که دست اندرکار بودند و مقدمات این جلسه را فراهم کردند خاصه معاونت پژوهشی مجموعه تشکر می‌کنیم.

سروران عزیز می‌دانند که بحث وقف در هر صورت یکی از بحث‌های مهم است که در کتب فقهی سالیان سال است که وجود دارد و در مباحث اقتصادی به طور گسترده وارد شده است و در دنیا از وقف بسیار استفاده می‌کنند. یکی از انواع



وقف هم که اخیراً در دنیا به وجود آمده است، وقف کالاهایی است که به راحتی قابل تبدیل است مثل پول، ارز، سهام و... و از این نوع وقف بسیار سود بردند. برخی از کشورها یک قسمت مهمی از اقتصادشان را بر اساس وقف نهادند و به عنوان مثال آمارها نشان می‌دهد که بیش از ۵۰ درصد از هزینه‌های دانشگاه‌های دولتی آمریکا که از بزرگترین دانشگاه‌های دنیا است، از طریق وقف تامین می‌شود و در واقع بخش خیریه این‌ها را تامین می‌کند. به هر صورت در بخش وقف به خاطر وجود مراکز وقفی و آن صندوق‌های وقفی یا تراست‌هایی که وجود دارند که با اسامی مختلفی هم هستند، در این مجموعه توانستند کمک‌های مردمی را جلب کنند و این کمک‌ها را که بعضاً به صورت نقد ممکن است به آنها داده شود را استفاده کنند و به جریان بیندازند و احیاناً در بازارهای بورس سهام بخرند، به گونه‌ای که همیشه آن توانایی و ارزش آن حفظ شود و حتی سودآوری هم داشته باشد.

در فقه علاوه بر این که در مورد وقف بسیار تأکید شده و انبیاء و اولیای الهی در این مورد خودشان پیشگام بودند، احکام متعددی هم برای وقف ذکر شده و به جهت اینکه در فقه وقف یک امر مهم تلقی شده و ثابت ماندن و انتفاع از آن به نحوی که نظر واقف بوده هم مهم است، بنابراین تلاش شده آنچه که به عنوان موقوفه در می‌آید بماند مگر در شرایط بسیار خاص که احیاناً امکان تبدیلیش هم باشد. بنابراین یک مشکلی که

امروزه در مورد اوقاف وجود دارد این است که تا زمانی که این وقف از حالت انتفاع کامل و از حالت سلامت کامل خارج شود زمان می برد و گاهی وقت ها گفته می شود تا زمانی که ادنی منفعتی داشته باشد باید بماند، با اینکه در طول زمان کم کم ارزش خود را از دست می دهد، مگر اینکه واقف در هنگامی که وقف می کند با پیش گرفتن راهی که مورد پذیرش شرع هست، مسئله را حل کند. فقها راه های مختلفی را اشاره کردند یا پذیرفتند که من بعضی هایش را در نوشته مورد بحث آورده ام. مثل اینکه واقف از ابتدا شرط کند؛ در بعضی از وقف نامه ها شرط می شود که چنانچه بالفرض فلان امر رخ بدهد این وقف به یک صورت دیگری در بیاید، یا احیاناً تبدیلش کنند و گفته شده که اگر کسی بخواهد وقف کند می تواند این کار را انجام بدهد. باید بحث فقهی کرد که با توجه به این مسئله که ارزش موقوفه ها در طول زمان بر اساس تورّم کاهش پیدا می کند، آیا می توانیم هنگام وقف مال شرط کنیم که چنانچه مثلاً بیشتر از فلان مقدار ارزش مالی موقوفه کم شود، تبدیل شود و با شرطی دوباره مال جدید وقف شود، که همیشه کسی که متولی است اگر احساس کرد آنچه که وقف شده به تدریج از ارزشش کاسته می شود و از بین می رود، آن را بتواند تبدیل کند به یک مال جدیدی و اجازه ندهد که از قیمت و مالیت آن کاسته شود. بعضی ها مثل مرحوم یزدی رحمته الله از شرط استفاده کرده اند (آن را قبول کرده اند) و حتی ایشان وقف مالیت را هم



تأیید کرده اند گرچه بعضی از فقها نپذیرفته اند، مثل مرحوم امام که فرماید: این تصوّر درستی ندارد که ما بگوئیم می‌توان مالیت شیء و ارزش شیء را در لباس‌های مختلف وقف کرد. پس بنابراین طبق نظر بعضی از فقها می‌توانیم به جای وقف یک شیء باارزشی که مثلاً یک میلیارد می‌ارزد، مالیت یک میلیاردی آن را وقف کنیم و می‌توانیم برای حفظ این مالیت، آن را در لباس‌های دیگری قرار بدهیم. حالا اگر نظریه‌ی مرحوم یزدی رحمته الله تأیید شود، راه مناسبی باز می‌شود برای کسانی که وقف می‌کنند و متولیان وقف به راحتی می‌توانند ارزش مال موقوفه را حفظ کنند. یکی از مباحثی که امروزه به خاطر اینکه اشخاص حقوقی در جامعه بسیار گسترده شده اند و نهادهای زیادی، چه نهادهایی که از قبل بوده و چه نهادهایی که امروز آنّا فائاً در روزگار جدید به تدریج رشد و تنوع پیدا می‌کند، مثل صندوق‌های مختلف، بانک‌های مختلف، بیمه و غیره (که از همه آنها ذیل عنوان بحث شرکتها، در مباحث حقوقی صحبت می‌شود) مطرح است این است که آیا این شرکت‌ها دارای شخصیت می‌باشند یا خیر؟ آیا در اشخاص حقوقی سوای ساختمان، سوای اموال و دارایی‌ها، سوای سهامداران و... شخصیتی به نام شخص حقوقی ایجاد می‌شود که آن شخص حقوقی - خواه قبل از تأیید قانون باشد یا پس از آن - بنابر آن صوری که در این مجموعه توسط حقوق دانان مطرح شده به عنوان یک شخص، به اشخاص حقیقی اضافه شود؟ اگر ما

هفتاد میلیون جمعیت داشته باشیم و ده هزار شخص حقوقی هم ایجاد شود، کسانی که می‌توانند در کشور ما مالک شوند، هفتاد میلیون و ده هزار نفر هستند؟ ده هزار مالک جدید مثل اشخاص حقیقی هستند، گرچه نفس نمی‌کشند و یا غذا نمی‌خورند، ولی زندگیشان به نحو اعتباری وجود دارد. آیا فقهای عظام شخص حقوقی را می‌پذیرند یا نه؟ می‌توانیم بگوییم اختلاف نظر قابل توجهی میان آنها وجود دارد. در خصوص نهادهای حاکمیتی برخی نظرشان به این صورت است که حاکم شرع را به عنوان شخص حقوقی قبول دارند ولی در مورد دولت بما آنکه یک شخص ان قلت و قلت دارند. در خصوص بانک دولتی هم نظرات متفاوتی وجود دارد ولی بعضاً از همین افرادی که در مورد دولت ممکن است چنین نظراتی داشته باشند در مورد شرکتها استفتاء شده است و در پاسخ گفته اند که شرکت وجود دارد و می‌تواند مالک بشود و تصرفات کند و آن هیئتی که از طرف مجمع عمومی انتخاب می‌شود و انتخاب مدیر عامل را هم بر عهده دارد، می‌تواند در حیطه اختیارات و وظایف خود تصرف کند.

برخی از فقها شخصیت حقوقی را نپذیرفته اند و فقط آثارش را تأیید کرده اند و گفته اند که با قبول نظریه ولایت فقیه و از طریق این نظریه، فقط می‌توانیم ملتزم به آثار شخصیت حقوقی باشیم؛ در هر صورت بین فقها اختلاف است. ورود به این عرصه مباحث گسترده‌ای را می‌طلبد و

حقیقتاً جای بحث فقهی در مورد شخص حقوقی در بحث‌های فقهی ما خالی است و در موردش کم صحبت شده است. اگر شخص حقوقی مورد پذیرش قرار گرفت، یک سری سوالات و مباحث غیر از این بحثی که موضوع جلسه ما است پیرامون آن شکل می‌گیرد؛ آیا شرکتی که کارش کشاورزی است و ۵۰ تن گندم تولید کرده است، زکات به آن تعلق می‌گیرد یا نه؟ زائد سال دارد، خمس به آن تعلق می‌گیرد یا نه؟ این شخص حقوقی قصد عبادت نمی‌تواند بکند، آیا برای پرداخت خمس و زکات این باید تحقق پیدا کند یا نه؟ من در جایی ندیدم که به این مباحث پرداخته باشند، البته شاید تفحص ناقص باشد. فقط یکی از مراجع فعلی در یکی از کتبشان آورده‌اند که به شرکت هم زکات تعلق می‌گیرد؛ پیدا است که این مباحث قابل طرح و گفتگو است.

سوالی که در این بحث مطرح است این است که اگر مثلاً ما بانک خصوصی را به عنوان یک شخص حقوقی پذیرفتیم، آیا هیئت موسس می‌تواند این شخص حقوقی را از همان ابتدای تأسیس (تولد) به عنوان یک موقوفه ایجاد کند؟ این قضیه مثل این است که بنابر اینکه وقف حر جایز باشد، کودکی را از همان ابتدا که می‌خواهد تولد پیدا کند (بنا است تولد پیدا کند) وقف امری یا جایی کرد؛ مثل اینکه مادر حضرت مریم می‌گوید: من آنچه را که در وجودم می‌خواهد شکل بگیرد را لله نذر می‌کنم^۱ که حالا یا عبادت کند یا خدمتگذار عبادتگاه باشد یا ...

اگر بپذیریم می‌توان چیزی را که از ابتدا می‌خواهد به صورت حقوقی ایجاد شود را وقف کرد، یعنی مثلاً می‌توان یک بانک را به صورت موقوفه درآورد، ثمره‌اش اینجا ظاهر می‌شود که این بانک از همان ابتدا موقوفه می‌شود. اموال بانک موقوفه نیست، این‌ها می‌شود دارایی‌های بانک. بانک به راحتی می‌تواند تمام این دارایی‌ها را تبدیل کند؛ پول را به ارز تبدیل کند، ارز را به ساختمان تبدیل کند، ساختمان را به چیز دیگری تبدیل کند. به راحتی می‌تواند در تمامی اموالش تصرف کند، بدون اینکه مشکلی برای وقف ایجاد شود. پس چه چیز وقف است؟ خود بانک. در تعریف وقف گفتیم که وقف «تجسس الاصل و تسبیل الثمره» است، در این جا اصل ما چیست؟ می‌گوییم همین موقوفه است. شما پذیرفتید که این شخص حقوقی در خارج ولو اعتباراً وجود دارد، پس یک اصلی هست. بانک تا دلتان بخواهد ثمره هم دارد، سود و منافع دارد و در مورد ثمره‌اش کسی اشکالی نمی‌کند ولی در مورد این اصل ممکن است بگویند که این اصل اعتباری است و اصل در وقف باید عین باشد. من در لا به لای مباحث رساله مورد بحث عرض کردم که عین در معانی مختلفی در کتب فقهی مطرح می‌شود. گاهی اوقات عین در مقابل دین است، گاهی اوقات در مقابل منفعت است، گاهی اوقات عین را که ذکر می‌کنیم، این در مقابل اعتبار است. به نظر می‌آید فقهای عظام که شرط عین بودن اصل را در وقف ذکر می‌کنند، بیشتر

نظرشان این است که آنچه که می‌خواهد وقف شود، منفعت و دین نباشد، اما این که یک امر اعتباری (که اعتباراً یک عین را تصور می‌کنیم) هم نباشد، شاید بتوان گفت با نظر اول این مطلب از کلماتشان استفاده نمی‌شود. و شاید این طوری بتوانیم دفاع کنیم که شارع این را از ما می‌خواهد که اصل موقوفه امری ماندگار و پایدار باشد، چه به صورت فیزیکی در خارج و چه به صورت اعتباری، پایداری‌اش حفظ شود و منافع داشته باشد و بعد از اینکه صیغه‌ی وقف و شرایطی که برای وقف ذکر می‌شود محقق شد، به هیچ وجه قابل تغییر نباشد و تا زمانی که امکان بقاء دارد بماند و از ثمراتش در همان جهت‌هایی که مد نظر واقف بوده است، استفاده شود.

سوالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا این شخص حقوقی که شما در نظر گرفته‌اید، شرایطی که علمای اعلام برای موقوفه ذکر کرده اند را دارد یا نه؟ من در عباراتم آورده‌ام که نه به آن شکلی که فقهاء بیان کرده اند. در همین خصوص ممکن است گفته شود که شخص حقوقی مثل حرّ است، همان طوری که شخص حرّ را نمی‌توانیم وقف کنیم و عبد را می‌توانیم وقف کنیم (چون علاوه بر اینکه عین است، ملک هم می‌باشد، اما شخص حرّ ملک نیست و فقط عین است) شخص حقوقی مورد نظر شما را هم نمی‌توانیم وقف کنیم، چرا که موقوفه باید ملکیت داشته باشد. شخص حقوقی از ابتدا که به وجود می‌آید یا مالکاً به وجود می‌آید یا اصلاً به

وجود نمی‌آید. بنابراین یا شما این را ایجاد می‌کنی خودش می‌شود مالک و ملک نیست و بعد شما می‌خواهی مالک را وقف کنی، یا اینکه از ابتدای امر که داشته شکل می‌گرفته و مالک هم بوده، آن را به شکل موقوفه درمی‌آوری. آیا این شرط ملک بودن موقوفه یک شرط حتمی و خدشه‌ناپذیر است؟ و اگر آن شیء موقوفه ملک نباشد نمی‌شود وقفش کرد؟ و آیا حتماً این شرط باید لحاظ شود؟

صرف نظر از اینکه نظر فقهاء بر این است که حرّ با هر چه که ملک نیست یا مالک بردار نیست قابل وقف نیست، اگر ما فرض کنیم منافع مثلاً یک نفر (حرّ) در تمام طول عمر، با اختیار خودش و یا با تسلطی که احياناً دیگران روی او دارند وقف امری یا جایی شود، یعنی در تمام طول دوران زندگی با اینکه آزاد است و ملک کسی نیست ولی تمام منافعش را برای استفاده در امری قرار دهد، درچنین فرضی ثمره‌ای که می‌خواهیم از وقف ببریم وجود دارد یعنی می‌توانیم اصل را حفظ کنیم تا پایدار بماند و از ثمراتش در جهاتی که مورد نظر واقف است، استفاده کنیم. در خصوص شخص حقوقی با توجه به این که طبق قوانین شخص حقوقی ملک کسی نمی‌شود، این فرض وجود دارد. ممکن است بگوییم باعنایت به اطلاق حدیث «الوقف علی ما اخذ یوقفها اهلها»^۱ و با توجه به اینکه ثمره‌ای که می‌خواهیم از وقف

ببریم در چنین فرضی وجود دارد، هیئت موسس می‌تواند شخص حقوقی را وقف کند. عمده بحث در این جا هم همین است که ببینیم تا چه حد می‌شود از نظر فقهی از این احتمال دفاع کرد. در خصوص اشکالی که به تبع شرط عین بودن مورد وقف به وقف شخص حقوقی می‌شود، تلاش کردیم در این رساله مختصر با استناد به اینکه عمدتاً در کلمات فقها عین در مقابل دین و منفعت است نه هر امر غیر مجسم مادی، عین بودن شخص حقوقی را اثبات کنیم.

اگر این پذیرفته شود، آن وقت ما در تصور وقف امور اعتباری کار راحت‌تری داریم؛ مثل وقف مالکیت فکری به عنوان یک امر و امتیازی که تصور می‌شود این امتیاز سالیان سال برای یک نفر بماند. گاهی اوقات ده‌ها سال و گاهی اوقات صدها سال از آثار مادی یک اختراع استفاده می‌کنند. بنابراین ممکن است یک شیء اعتباری مثل امتیاز یک چیزی وقف شود و تمام ثمراتش در جهت خاصی که مورد نظر واقف است قرار گیرد.

به نظر حقیر شاید مهم‌ترین مشکل در وقف شخص حقوقی این است که ملک کسی نیست. البته در پاسخ می‌توانیم بگوئیم درست است که شخص حقوقی ملک کسی نیست و به طور صد در صدی در اختیار کسی نیست تا آن شخص بتواند آن را وقف کند، اما آنچه که شرع می‌خواهد این است که آن کسی که حق تصرف در مالی را دارد، حق اعمال نظر در



مورد آن را دارد، آن فرد فقط بتواند این کار (وقف مال) را انجام دهد (یعنی لزوماً مالکیت و ملکیت کلاسیک شرط نیست) نه اینکه کس دیگری بیاورد و از املاک دیگران این کار (وقف) را انجام دهد. حالا امروزه یک گروهی به عنوان هیئت مؤسس یک مجموعه می‌توانند با شرایطی که قانون تعیین می‌کند، یک شخصیت حقوقی را ایجاد کنند. شاید بتوانیم بگوییم این توانایی ایجاد و خلق، بالاتر از مالکیت و مالک بودن است. بنابراین به نظر می‌رسد رابطه من با آنچه که توسط فکر و اراده ام خلق یا ایجاد کرده ام، قوی‌تر از رابطه من با آن مالی است که در بازار آن را با پول خریده ام، یا آن را مبادله کرده ام. بنابراین آن شرط مالکیت بیشتر ناظر به این است که وقف بر اموال دیگران نباشد، یعنی مالی باشد که شما در آن بتوانی تصرف کنی. با حل این مسائل و مشکلات در خصوص وقف شخص حقوقی، ثمرات و آثار قابل توجهی به دست می‌آید مانند این که انواع اوقاف تغییر می‌کند و لازم نیست مورد وقف حتماً عین باشد و ...

حجت الاسلام و المسلمین استاد محمد قاضی (ناقد):

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله وصلى الله على محمد وآله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين. با عرض تحیت خدمت حضار گرامی و سروران عزیز و با تشکر از مسئولین پژوهشی این مرکز که این فرصت را به وجود آوردند و با آرزوی علو درجات برای مؤسس این مرکز،

که این جلسه علمی یکی از آثار مترتب بر این باقیات الصالحات (مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام) ایشان است و با تشکر از محضر جناب آقای رضایی دام تأیید که ما سابقه‌ی آشنایی با ایشان را داریم و ایشان اهل فضل و نوشته‌هایشان قابل استفاده است. همان طوری که ایشان (حجت‌الاسلام و المسلمین رضایی) اشاره فرمودند، در خصوص شخص حقوقی در فقه ما خلاء وجود دارد و عنوان مشخصی که حاکی از این شخصیت و احکام آن باشد، به صورت منظم و مدوّن نیامده است. یادم هست در بعضی از سینی که در همین مرکز محضر دوستان، جلسات بحثی راجع به بعضی مسائل معاملات داشتیم، به مناسبت، بحث حقوقی و شخصیت حقوقی مطرح شد. احساسم بر این است که نه فقط در کتب فقهی ما این خلأ هست، بلکه در کتب دانشگاهی هم به جد خلأهای مهمی در این بحث وجود دارد. در طی این سالها در خصوص این بحث، تنها یک رساله دکتری که در دانشگاه مفید کار شده بود به دستم رسید که اشکالات اساسی بحث، بخش کوچکی از آن رساله را تشکیل می‌داد. خلاصه در مکتوبات دانشگاهی هم اثر علمی مفیدی که بتواند حل مشکل کند و ابهامات را مورد توجه قرار داده باشد، وجود ندارد یا لاقلاً من ندیدم. در حقیقت بحث شخص حقوقی و شخصیت حقوقی چه در حوزه و چه در دانشگاه جای کار بسیار زیادی دارد. در ادامه، من برخی از اشکالاتی که مربوط به شخص حقوقی است و در

مکتوبات علمی و در آن رساله‌ی مذکور آن را ندیدم، و حتی برای آقایانی که در رشته‌های مربوط به این موضوعات تخصص دارند این اشکالات تازگی داشت و آنها را به تعجب و ا می داشت را مطرح می‌کنم.

قبل از آنکه وارد بحث وقف شخص حقوقی شوم این نکته را عرض کنم که منظور جناب آقای رضایی از وقف شخص حقوقی در حقیقت این است که شخص حقوقی موقوفه قرار گیرد. شاید عنوان این نشست (وقف شخص حقوقی) عنوان غلط اندازی باشد چرا که شخص حقوقی هم می‌تواند واقف باشد و هم می‌تواند موقوفه باشد و آن جهتی که مدّ نظر شریف جناب آقای رضایی در این نوشته است، موقوف قرار گرفتن شخص حقوقی است. یکی از اشخاص حقوقی مسلم، امام علیه السلام یا حاکم شرع است که شخص حقوقی هست و می‌تواند واقف مالی هم باشد، در این جا این منظور نیست. منظور از وقف شخص حقوقی این است که شخص حقوقی مثل شرکت، بانک، مؤسسه و ... موقوف قرار گیرد. آیا شخص حقوقی وجود خارجی دارد یا نه؟ جناب آقای رضایی مباحثی را در این بحث تعقیب کرده بودند که آنها را نمی‌خواهم تکرار کنم. در بحث شخص حقوقی آنچه به نظر می‌آید این است که از نظر فقه شیعی - البته از نظر فقه اسلامی هم این چنین است و لکن فعلاً آنچه برای ما مهم است، نظر فقه مذهب خودمان است - فی الجمله در وجود شخص حقوقی جدای از

اشخاص حقیقی تردیدی نیست و هیچ فقیهی نه تنها در امکان شخص حقوقی، بلکه در وجود بالفعل شخص حقوقی تردیدی ندارد. آن چه محل بحث بین فقهاست این است که آیا برخی از اشخاص حقوقی مورد امضای شریعت هستند یا نه؟ و مبنای عده‌ای از فقهای متأخر که منکر شخص حقوقی در بعضی از موارد هستند، ابهام در امکان تصویر شخص حقوقی و امکان ثبوتی آن نیست، تردیدشان در امضای شریعت نسبت به برخی از اشخاص حقوقی حادث و نوپیداست و الا در این که شریعت، امامت امام را خودش جعل کرده است و امام شخص حقوقی است و در این که حاکم شرع جدای از امام معصوم شخص حقوقی است و شریعت برخی از تصرفات که مبتنی بر پذیرش شخصیت حقوقی اوست را امضا کرده است - حالا یا به جعل منصب قضا، یا به جعل اوسع نسبت به خصوص امور حسبیه یا بیشتر - کسی تردیدی ندارد.

اگر دیده می‌شود که بعضی از بزرگان، نسبت به شخص حقوقی در مثل بانک‌ها تشکیک دارند و یا با بانک‌ها معامله‌ی مجهول المالک را می‌کنند، نه به این دلیل است که اینها شخص حقوقی را تصور نمی‌کنند، چه این که امری کاملاً متصور و معلوم است و ابهامی در حقیقتش نیست؛ آنچه از نظر این بزرگان مورد تردید است این است که ادله‌ی مشروعیت و ادله‌ی تنفیذ، نسبت به برخی از اشخاص حقوقی قاصر است و از اینجا من یک گریزی بزنم به تعدادی از اشخاص حقوقی که

هم در کلام ایشان (حجت الاسلام و المسلمین رضایی) و هم در کلمات دیگران موجود است؛ خیلی از مواردی را که به عنوان شخص حقوقی مطرح می‌کنند مثل مسجد و اعیانی از این قبیل یا مثل عناوینی از قبیل فقراء یا سادات، جدا از این که تصورشان امر معقول است از نظر فقهی تردید و ابهامی در پذیرششان نیست اما شما می‌بینید امثال مرحوم آقای خوئی رحمته الله در دسته دیگر اشخاص حقوقی که مورد ابهام است و در کلام ایشان مورد توجه است مثل بانک‌ها، شرکتهای دولتی و... تشکیک در مشروعیت دارند و اموال این‌ها را به عنوان مجهول المالک به حساب می‌آورند ولی خود ایشان می‌گویند وقف علی المسجد عیبی ندارد و مسجد را به عنوان یک شخصی که می‌شود برایش وقف کرد، قبول دارند. مشکل ما در آن دسته از اشخاص حقوقی که مورد اشکال و شبهه ایشان و نظیر ایشان از بعضی تلامذه آن بزرگوار است این است که نسبت به این شرکت‌های جدید الاحداث، ما دلیل بر مشروعیت نداریم و ادله‌ی تنفیذ معاملات نسبت به این اشخاص قاصر است.

من در خصوص اشخاص حقوقی آن وقتی که این بحث را تعقیب می‌کردیم، یک تقسیمی را مطرح کردم. یکی از اقسام اشخاص حقوقی در آن تقسیم بندی عبارت بود از شرکت‌های نوپیدایی که مالک خصوصی دارند. شرکت‌ها و مؤسسات خصوصی که تعدادی از اشخاص بر اساس قراردادی که بین آنها هست و قانون هم پذیرفته تاسیس می‌کنند و به ثبت هم



می‌رسانند؛ حقیقت این شرکت‌ها چیست؟ نظر جناب آقای رضایی با عنایت به مثالی که زدند این است که این دسته از اشخاص حقوقی مالک هستند. من اولاً عرض کنم آنچه در خارج شکل می‌گیرد، اگر پذیرفته شود نه فقط مالک است بلکه مملوک هم هست. یعنی در حقیقت مثلاً بانک که یک مؤسسه و شرکت است، ملک سهامدارانش است، ملک سهام داران است نه به این معنا که مثلاً ساختمان بانک ملک سهامداران است، خود آن شخصیت اعتباری که این ساختمان جزء دارایی‌های آن شخصیت اعتباری به حساب می‌آید، ملک سهامداران است. پس بنابراین شرکت، مؤسسه، بانک و... به حسب آنچه در خارج اعتبار می‌کنند، هم مالک دارایی‌های خودش است و هم مملوک سهامدارانش است و لذا اگر سهام داری بدهکار شد، سهام او در شرکت را جزء دارایی‌های وی به حساب می‌آورند. سهام متعلق به شخص، مثل خانه‌ی اوست، با این تفاوت که خانه او عین خارجی است و سهام او در شرکت یک امر اعتباری است. تفاوت دیگری که بین این دو دسته از اموال وجود دارد این است که ضابطه تصفیه بدهی و موارد تهاثر در آنها متفاوت است؛ بدهی‌هایی که شخص از طریق شرکت پیدا می‌کند باید از طریق شرکت پرداخت شود و این طور نیست که بدهی‌هایی که طرف از طریق شرکت پیدا می‌کند، از اموال خصوصی او پرداخت شود. فرضاً شرکت ورشکست شده است، خانه شخص را در مسیر پرداخت

بدهی‌های ناشی از شرکت او تسلیم طلبکارها و غرما نمی‌کنند. این یک حکم خاصی است که تقریباً هم جهانی است و فی الجمله پذیرفته شده که مالکان اشخاص حقوقی مثل مالکان بانک، بدهکاری‌های بانک را در حد دارایی‌های بانک جوابگو هستند و اگر دارایی‌های شرکتها و بانک‌ها وافی به بدهی شرکت و آن موسسه نبود، از دارایی‌های خصوصی اشخاص بابت بدهی‌های شرکت استیفا نمی‌شود. این مسئله در جای خودش از نظر شرع هم قابل توجیه است، البته اگر اصل شخصیت حقوقی را بتوانیم با ادله اثبات کنیم. یکی از نگرانی‌های جناب آقای رضایی در بحث وقف شخص حقوقی، وقف کردن شخص حقوقی از همان ابتدای تاسیس و تولد بود و به نظر من این نگرانی موردی ندارد. اگر بنا شد شخصیت حقوقی را بپذیریم و در خصوص شرکت‌های مذکور مشکل مشروعیت نداشتیم، علی فرض این که ابتدائاً وقف کردن شخص حقوقی دچار اشکال باشد، شما می‌توانید در ادامه این کار را انجام دهید. یعنی سهام داران شرکت و موسسه که ولایت بر آن دارند، بعد از انعقاد شرکت آن را وقف کنند تا شبهه عدم مملوکیت هم پیش نیاید که بگوییم هنوز ملکیت در کار نیست تا وقفی انجام شود.

به نظرم عمده اشکالاتی که جناب آقای رضایی مطرح کردند، مشکل اساسی نیست؛ مثلاً در خصوص اشکالی که به وقف شخص حقوقی به تبع شرط عین بودن موقوفه می‌شود،

کلام (پاسخ) این است که لزوم عین بودن موقوف در هیچ روایتی نیامده است. ما در هیچ روایتی نداریم که «انما یصح الوقف فی الأعیان» همان طوری که ایشان فرمودند فقها عین را که اعتبار کردند یا در مقابل منافی است که استفاده‌ی از آن ملازم با انعدام آن است یا در مقابل دین است که کلی است و وجود متعینی در خارج ندارد و این طور نیست که در روایتی عنوان عین آمده باشد تا ما بخواهیم بینیم آن عین در آن روایت مشیر به ثابت بودن مورد وقف است یا این که خود عین بودن موضوعیت دارد. اگر عین در روایات آمده بود، می‌گفتم ظاهر، اعتبار شرط عین بودن مورد وقف است. اگر شرط عین بودن مورد وقف محرز بود، می‌گفتم که حتماً بر شخصیت‌های حقوقی عین صدق نمی‌کند و مثلاً بانک را کسی عین به حساب نمی‌آورد پس برای وقف شخص حقوقی با مشکل رو به رو هستیم. اگر در روایتی تعبیر عین آمده بود باید بر اساس الغاء خصوصیت از عین به شخص حقوقی تعدی می‌کردیم. در ادله موجود اساساً از کلمه عین استفاده نشده است، اما ذکر عین در کلمات فقها ناظر به شروط منفعت نبودن و کلی نبودن مورد وقف است. اما این که مورد وقف نمی‌تواند شخصیت حقوقی باشد، این اصلاً در کلمات فقها مطرح نشده و چون مسئله‌ای است که در کلمات فقها مطرح نشده است، طبق ضوابط باید عمل شود. ضوابط چیست؟ ادله، نصوص، اتصالات، عمومات.

مشکل اساسی که به نظر من در خصوص اشخاص حقوقی مطرح است و کلام ایشان (حجت الاسلام و المسلمین رضایی) نسبت به آن سکوت دارد - البته شاید ایشان واقف بر این مسئله باشند و مشکل ما را هم حل کنند- این است که در اشخاص حقوقی خصوصی مثل بانک‌های خصوصی و مؤسسات خصوصی، هر چه فکر کردم نتوانستم بعد از تحلیل، برای شخصیت‌های حقوقی از قبیل شرکت‌های خصوصی، حقیقتی متمایز از شرکت سنتی که همان شرکت اشاعه‌ای هست که در فقه خود ما هم مطرح هست تصور کنم. و آنچه که در باب احکام شرکت‌های خصوصی توسط حقوق دانان معاصری که بحث شرکت‌ها را مطرح کرده اند بیان شده، نشان می‌دهد که آنان همان مقومات شرکت سنتی را به عنوان حقیقت و قوام و ماهیت شرکت‌ها به حساب می‌آورند.

در شرکت سنتی گفته می‌شود که مثلاً این خانه نصفش مال زید و نصفش مال عمرو، این شرکت سنتی معهود است، حالا مثلاً خانه است، پول یا مال التجاره است و یا منفعت است. در شرکتهای جدید مثل بانک، یک سرمایه‌ی اولیه‌ای برای این شرکت و مؤسسه شکل می‌گیرد، مثلاً فرض کنید دو نفر سهامدار یا سه نفر سهامدار می‌آیند بانکی را تشکیل می‌دهند و هر کدام در مرحله اول یک میلیارد به عنوان سرمایه‌ی اولیه برای این شرکت قرار می‌دهند و لذا این شرکت و این مؤسسه مثلاً با سه میلیارد تومان در مرحله‌ی اول شکل می‌گیرد و

تکون پیدا می کند. آقایان می گویند این شرکت قائم به آن پول نیست، یعنی ممکن است این پول ها همه پودر شود و به هوا برود ولی هنوز آن شرکت سرپاست و هنوز قابلیت انجام معامله را دارد. یعنی بانکی که تمام سه میلیارد تومان سرماییهی اولیه اش معدوم شده هنوز می تواند بر ذمه خرید و فروش کند، یعنی برای او ذمه فائند و طلبکار و بدهکار می شود و معاملاتی که متولّی این بانک در حیطه اختیارات خود و برای بانک انجام می دهد، برای بانک انجام می شود.

صحبت این است که آیا حقیقت این شرکت چیزی وراء آن سه میلیارد تومان مفروض است؟ آقایان عمدتاً وجود سه حکم در اشخاص حقوقی جدید را به عنوان تمایز شرکت جدید از شرکت سنتی ذکر می کنند؛ یک: اینکه اگر این بانک بیش از سه میلیارد تومان بدهکار شد، دیگر نمی روند یقه ی سهامدار را بگیرند که بقیه ی طلب را بدهد. این یکی از آن احکام است و وارد دو حکم دیگر نمی شوم. پس اگر شرکتی سرماییهی اولیه اش سه میلیارد تومان است و بیش از سه میلیارد تومان بدهی آورد، بیش از این مبلغ را نمی توانند از آن شخص سهامدار استیفا کنند. در شرکت سنتی اگر اطراف شرکت بدهکار شدند، می روند بدهی های این اشخاص را از اموال خصوصی شان، جدای از مال شرکتشان استیفا می کنند، در حالی که در بانک این طوری نیست.

عرض من اینست که با این مؤونه نمی شود برای شرکتهای

جدید و نوپیدا شخصیت متمایزی درست کرد. شما همان شرکت سنتی را فرض کنید که سه نفر آمدند پول هایشان را روی هم ریختند و اسمش شد شرکت سنتی، بدون اینکه عنوان شرکت‌های جدید الاحداث را به خود بگیرد. آیا سهم در این سرمایه می‌تواند بگوید من به اندازه این سرمایه‌ای که گذاشته‌ام جوابگوی بدهکاری‌ام هستم. یعنی در حقیقت شریک با شرط عدم مسئولیت خودش را مبرای از جوابگویی در مورد بدهی مازاد برآورده می‌کند. مانند این که مالک اموالی در تهران و قم از کاسبی در قم خرید می‌کند و شرط می‌کند در خصوص خریدی که انجام داده است، به مقدار دارایی‌های قم خود جوابگو باشد. اما اگر نتوانست با اموال قم خود پرداخت کند، طلبکار حق نداشته باشد از دارایی تهران بدهکار استیفا کند. این از نظر فقهی مشکلی ندارد چون بر اساس قواعد مربوط به شرط، نفوذ این گونه شروط هیچ گونه محذوری ندارد. عقیده‌ام این است که حقیقت شرکت‌های خصوصی جدید همان شرکت سنتی است با مسئولیت محدود؛ مسئولیت محدود به دارایی‌های رأس المالی که مقرر شده است. بنابراین نظر نمی‌توانیم مشکل تصرف در اموال شرکت و تبدیل آنها را با نظریه وقف شخصیت حقوقی شرکت حل کنیم و وقف شرکت به همان وقف اموال شرکت برمی‌گردد و تصرف در موقوفه هم اشکال دارد و تبدیل آن هم تنها در شرایط ضروری مقدور است. جناب آقای رضایی در این نوشته سعی داشتند از

طریق مذکور این مشکل را حل کنند اما به نظر ما با این روش مسئله حل نمی‌شود و این مشکل با روش وقف مالیت مورد وقف حل می‌شود. یعنی برای این که هم بتوانیم عوائد مالی را الی الابد در مسیر خاصی قرار دهیم و هم ارزش آن مال یا اموال را حفظ کنیم، باید مالیت آن را وقف کنیم.

مهدی فیروزی (دبیر علمی): بسیار سپاسگزاریم از جناب آقای قاضی. جناب آقای رضایی در بخش اول صحبت هایشان اشاره داشتند به این که در کشورهای غربی بیش از ۵۰ درصد هزینه‌های برخی مراکز علمی آموزشی از طریق وقف تامین می‌شود. اهمیت وقف را در اقتصاد و فقه بیان کردند و اشاره داشتند که در برخی موارد مال موقوفه در طول زمان ارزش خود را از دست می‌دهد و راجع به این مسئله که چه روش‌هایی وجود دارد که ما بتوانیم علاوه بر وقف مال، ارزش اقتصادی آن را هم حفظ کنیم؟ راه‌هایی را ارائه دادند و از جمله وقف شخص حقوقی را بیان کردند. تعریفی از شخص حقوقی ارائه دادند، نظر فقها را بیان کردند و فرمودند که فقها در به رسمیت شناختن شخص حقوقی اختلاف دارند و به این مسئله که آیا شخص حقوقی مانند شخص حقیقی دارای حق و تکلیف می‌شود یا نه؟ پرداختند و در نهایت فرمودند که ما می‌توانیم همزمان با تشکیل یک شخص حقوقی مثل بانک، آن را به صورت موقوفه در بیاوریم که این بانک که از ابتدا به صورت موقوفه در می‌آید، اثرش این است که می‌تواند در



اموال خودش تصرف کند و اموالش موقوفه نیست. لذا این باعث می‌شود که ما بتوانیم ارزش مال را حفظ کنیم. در این بخش در خدمت جناب آقای رضایی هستیم.

مجید رضایی (نظریه پرداز): متشکرم از جناب آقای قائی

که مباحث خودشان را همان طور که همیشه از ایشان انتظار می‌رود با دقت ارائه نمودند و نکاتی را فرمودند که استفاده کردیم. خوشحالیم که الحمدلله این بحث مطرح شد و برخی از خلأهایی که ممکن است وجود داشته باشد اینجا طرح شد. شاید همان طور که حاج آقا فرمودند، مهمترین مسئله‌ای است که با آن مواجهیم بحث ماهیت این شرکت‌ها است. آیا ماهیت این دسته از شرکت‌ها متفاوت از شرکتهای مدنی و سستی است که در فقه وجود دارد که همان طور که فرمودند چند نفر با هم شریک می‌شوند و یک امری را ایجاد می‌کنند یا متفاوت نیست و فقط چند تبصره به احکام آن شرکت‌ها زده شده و یک مقدار توسعه پیدا کرده است؟ من خودم را در این قضیه صاحب نظر نمی‌دانم و نکاتی را که حاج آقا فرمودند نکات دقیق و مهمی است. اساس را گذاشته بودیم بر این که با فرض پذیرش شخصیت حقوقی یعنی اگر شخصیت حقوقی را بپذیریم، این شخصیت حقوقی مالک است و این مسلم است و در آن بحثی نیست. اما این که حاج آقا فرمودند این مملوک هم هست، ظاهراً دوستان حقوقی به هیچ وجه این را نمی‌پذیرند و اشکالی هم ندارد که در این خصوص بحث شود. همان طور که



فرمودند واقعاً در خصوص بحث ماهیت شخص حقوقی، فقط برخی معدود مثل آقای صفار در پایان نامه هایشان صحبت کرده اند و در خیلی از جاها به عنوان یک امر مسلم و پذیرفته شده از این قسمت (ماهیت شخص حقوقی) رد می‌شوند و اتفاقاً بحث در ماهیت شخص حقوقی بیشتر به درد بحث‌های فقهی می‌خورد که از آن استفاده کنیم. معمولاً می‌گویند با تاسیس شخص حقوقی در واقع ما یک مالک جدیدی را به مجموعه مِلّاک کشور اضافه می‌کنیم و این مثل یک شخص حقیقی حر و آزاد است و می‌تواند مالک شود و تصرف کند و حتی می‌توان از او بازخواست کرد، فقط بعد از محکومیت به جای زندانی کردنش، ممکن است او را تعطیل کنند یا ممکن است به جای زندانی کردن، به او اجازه‌ی تصرف ندهند. این را به عنوان مملوک نمی‌پذیرند و گرنه اگر این فرمایش ایشان را بپذیریم و در واقع رأی مبارک ایشان (مالک و مملوک بودن هم زمان شخص حقوقی) پذیرفته شود، با فرض قبول شخصیت حقوقی وقفش خیلی راحت می‌شود و هیچ مشکلی پیدا نمی‌کند.

آنها می‌گویند خود شخص حقوقی مالک است و مالک هم ندارد. می‌گویند این افراد، سهامدار شرکتند ولی مالک شرکت نیستند چون خود شرکت مثل یک فرد زنده است. پس این برگه سهام در دست سهام دار چیست؟ می‌گویند این یک برگه اعتباری است که بیان گر این است که شما در واقع در اوراق اعتباری شرکت یک دارایی داری، نه اینکه یک بخشی از

شرکت از آن شماسست، و این طور نیست که سهام داران مشاعاً مالک شرکت و شخص حقوقی باشند. شخص سهام دار برگه‌ای در اختیار دارد که این برگه پشتوانه‌اش خود شرکت است. این برگه سود دارد و اگر شرکت کار کند منافع به او می‌دهند و با توجه به نحوه کارکرد شرکت، ارزش مالی این اوراق بالا و پائین می‌رود. اما این برگه سهام نشان دهنده دین شرکت به من سهام دار نیست، طلب من از شرکت نیست. گاهی اوقات می‌گویند این برگه سهام که در اختیار شماسست نشان دهنده تعهد شرکت به شماسست. در مقابل این برگه سهم، شرکت در مقابل شما متعهد است. می‌گویند این طور نیست که اگر یک شرکتی کلاً یک میلیارد تومان می‌ارزد و شما یکی از یک میلیارد سهم را دارید، شما یک تومان داشته باشید و ارزش این سهام را بازار تعیین می‌کند.

آنها می‌گویند این مالک است و اصلاً مملوک نیست و مثل حرّ آزادی است که در کشور وجود دارد و تصرف می‌تواند بکند و همه آن شرایط را دارد، غیر از آن شرایطی که مختص به ذی‌نفس زنده است.

استاد قاضی: شما می‌فرمایید سهام‌داران، یعنی افرادی که

چه دارند؟

رضایی: سهام.

استاد قاضی: یعنی این سهام جزء دارایی‌های اینها محسوب

می‌شود.

رضایی: این اوراق بهادار است.

استاد قائنی: پس من مالک این هستم و با این دارا هستم.

رضایی: اما مالک شرکت نیستید، چون شرکت مساوی با سهام‌ها نیست.

استاد قائنی: حقیقت شرکت هم متکون از همین مجموعه سهام است، حقیقت شرکت شیئی ورای سهام نیست، یعنی برای این که شرکت را برای مشتری قابل دستیابی کنند، یک شرکت را به یک میلیارد سهم تقسیم می‌کنند.

کلام این است که این یک میلیارد سهم را می‌خواهند مثلاً هر عدد هزار تومان به دیگران واگذار کنند، پس شما اگر چشم بپوشید از حقیقت این سهام، حتی اعتباراً هم نمی‌توانید برای وجود آن چیزی را تصور کنید.

رضایی: وقتی می‌خواهند شرکتی را تأسیس کنند اصلاً بحث سهامش مطرح نیست. ابتدائاً که یک شرکت مثل بانک می‌خواهد تأسیس شود، یک سرمایه اولیه لازم است داشته باشد، مؤسس یا مؤسسين داشته باشد و ... وقتی اینها را به عنوان طرح اولیه ارائه کردند، یک علامت می‌زنند و می‌گویند این شرکت به وجود آمد و پشتوانه اش هم این سرمایه است و این شرکت خودش مالک این سرمایه است و می‌تواند در اینها تصرف کند. در ابتدا اصلاً سهام و سهام داری به کار نیست و فقط یک هیئت مؤسس است که شرکت را ایجاد می‌کند و شرکت می‌شود مالک این سرمایه‌ها و هیئت مؤسس هم دیگر

مالک آن سرمایه‌ها نیست. پس بنابراین یک شرکت به عنوان یک واحد اعتباری را شکل می‌دهند و دارایی هم برایش قرار می‌دهند و صاحب دارایی می‌شود. این هیئت مؤسس با تأسیس شرکت کنار می‌رود و طبق قانون هیئت مدیره را تشکیل می‌دهند و بعد مدیرعامل را انتخاب می‌کنند. یعنی این‌جا در واقع یک شیئی را در خارج ایجاد می‌کنند و تمام کسانی که در تأسیس آن حضور داشتند، خودشان را کنار می‌کشند و از این به بعد بر اساس اساسنامه و با سمت‌های مختلف به فعالیت می‌پردازند. آن وقت بعد از آن که شرکت رسماً اعلام موجودیت کرد می‌گوید من حاضرم سهام را بفروشم و بر اساس توانایی‌اش و تقاضای بازار سهام می‌فروشد و افراد می‌آیند و سهام می‌خرند. این سهام از دارایی شرکت نیست و ممکن است یک شرکتی دارایی محدودی داشته باشد و فقط به خاطر شرایط مناسبی که برای آن شرکت در آینده وجود خواهد داشت، مردم می‌گویند ما سهام این شرکت را می‌خریم چون در آینده بُرد می‌کند و وضعیت مناسبی پیدا می‌کند.

آقای دکتر مقدادی: همان طور که مستحضرید، تئوری‌های مختلفی راجع به شخص حقوقی وجود دارد و تئوری واقعی بودن^۱ طرف داران بیشتری دارد. گفتند که شرکت اگر تأسیس

۱. این نظریه تحت تأثیر افکار و نظریات فلاسفه، جامعه‌شناسان و روان‌شناسان طرفدار مکتب «اصالت اجتماع» مطرح شده است. طرفداران این نظریه شخص حقوقی را یک واقعیت به شمار می‌آورند. آنان با توجه به ارزش و اهمیت غیرقابل



بشود، حتی قبل از اینکه به ثبت برسد، باز هم شخصیت حقوقی برایش قائلیم ولی آن را شرکت تضامنی فرض می‌کنیم. شخصیت حقوقی دارای اهلیت است و اهلیت هم شایستگی برخورداری از حق و حقوق و تکالیف است. شرکت صرفاً تجمعی از دارایی نیست فلذا این شرکت خودش معامله می‌کند و طرف معامله واقع می‌شود، اقامه دعوا می‌کند، طرف دعوا واقع می‌شود، و هیچ موقع این طور نیست که این سهامی که افراد دارند برابر با دارایی شرکت باشد و از آن طرف گاهی ما شرکت‌هایی داریم که اساساً دارایی‌اش از بین رفته و هیچ مالی ندارد، ولی باز وجود دارد. پس صرف جمعی از مال نیست.

استاد محمد قاضی: درست است، من این را عرض کردم که فرض آقایان این است که وقتی دارایی‌های شرکت از بین رفت، ورشکست و حتی بیش از دارایی بدهکار شد، باز هم وجود دارد. منتهی عرض کردم بعد از تحلیل می‌خواهیم ببینیم آیا حقیقت این شرکت‌ها جدای از آن احکامی که برایش در نظر گرفته می‌شود و آنها در کنار شخص حقیقی هم قابل فرض و تصوّر است، چیز دیگری هم هست؟ یعنی فرض کنید اگر این شرکت با آن سرمایه‌های خاص به صورت سنتی بود،

انکار اشخاص حقوقی در زندگی اجتماعی، برای این موجودات، وجودی اصیل، عینی، خارجی و واقعی قائل شده‌اند. بر حسب این نظریه شخصیت حقوقی وجودی فرضی و قانونی و یا به عبارت دیگر اعتباری نیست که قانون آن را به رسمیت شناخته و اعتبار بخشیده باشد، بلکه وجودی مستقل و مجزای در افراد تشکیل‌دهنده خود دارد.

تکلیفش در چنین وضعیتی چه بود؟ شما می‌گویید اگر سبّتی بود، منابع جبران بدهکاری‌ها را محدود به خصوص این دارایی‌ها نمی‌کردند و بدهکاری‌ها را از اموال دیگر هم استیفاء می‌کردند و این یکی از همان احکام مایز بین شرکت‌های سبّتی و شرکت‌های جدید التّأسيس است مثل همان اقامه دعوا کردن و طرف دعوا واقع شدن که به آن اشاره کردید. اما صحبت این است که آیا با این مؤونه شما می‌توانید برای این شرکت‌ها شخصیت حقوقی قائل شوید؟ یا این که همان شخص حقیقی است که مالک این دارایی‌ها است متّهی با یک شرط و آن شرط عبارت است از این که بدهکاری‌های من شخص حقیقی را که از این شرکت ناشی شده، از غیر دارایی‌هایی من در این شرکت حق ندارید استیفاء کنید.





مرگ مغزی با رویکرد فقهی - حقوقی

نظریه پرداز: دکتر محمود عباسی
ناقد: حجت الاسلام والمسلمین محمد قائی
۱۳۹۰ / ۱۲ / ۱۱

در این جلسه که با همکاری مرکز فقهی ائمه اطهار و پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی برگزار گردید، دو تن از صاحب نظران حوزوی و دانشگاهی درباره مرگ مغزی و مسائل پیرامونی آن به بحث پرداختند. اینک گزارشی از آن نشست، به محضر تان تقدیم می گردد.

مبحث اول: مقدمات و کلیات

دکتر محمود عباسی: امروزه، تحولات علمی جدید، چالش های بزرگی را فراسوی بشر قرار داده که اندیشمندان مختلف، برای برون رفت از آن، با توجه به پشتوانه های نظری و ارزش های الهی حاکم بر جامعه اسلامی و انجام مطالعات کمی و کیفی باید تدبیری مناسب بیندیشند؛ زیرا، گاهی همین مطالعات ما را به نقطه ای می رساند که زمینه قانون گذاری آن را فراهم می کند. به عنوان مثال، علم پزشکی از جمله علمی است که مرز نمی شناسد و متاسفانه بر محور اومانیزم و



انسانگرایی شکل گرفته و به همراه خود ارزش‌های خود را نیز تحمیل میکند. مع الوصف، اگر ما غافل باشیم و بی‌توجه از کنار این مباحث بگذریم و ظرفی را که حاصل تجربه بشری است، مظروفش را از خودمان پرنکنیم، از ارزشهای اسلامی تهی خواهد شد. از این جهت ما نیازمند یک توجه و رویکرد اساسی در این گونه مباحث و مسائل هستیم؛ مثلاً، اگر معلوم گردد که بیش از نصف رای دهندگان، در یک مطالعه میدانی، در کشوری مانند سوئیس، به انجام و جواز اتانازی نظر مثبتی دارند، طبیعتاً این می‌تواند مبنای قانون‌گذاری قرار بگیرد. اما، اگر چنین مطالعه‌ای در کشور ما انجام شود، آیا می‌تواند مبنای قانونگذاری باشد؟ حتی اگر ۹۸ درصد و یا ۱۰۰ درصد شرکت کنندگان در این طرح با آن موافق باشند، طبیعی است که بدون توجه به مبانی و مباحث نظری و این گونه نشست‌های علمی نمی‌توانیم راهکار مناسبی که متناسب با ارزش‌های حاکم بر جامعه خودمان هست، برای رفع مشکلات خود برگزینیم.

از این جهت، باید حرکتی پویا و سازنده برای رفع مشکلاتی که در تعارض بین شتاب علم و نیازهای جامعه، و نیز ارزشهای حاکم بر آن وجود دارد، اندیشیده شود. مسئولان جامعه باید راهکارهایی را برای رفع این گونه مسائل و مباحث، فراروی جامعه بگذارند. به هر حال، علم را نمیتوان متوقف کرد و نیاز جامعه به این علوم را هم نمیتوان نادیده گرفت.

در کشور همسایه ما، پاکستان، بیش از ۱۸ یا ۱۹ مرکز در

حوزه اخلاقیات زیستی و بر محور اخلاق زیستی سکولار فعالیت می‌کنند و سایر کشورهای همسایه این گونه‌اند. در بسیاری از مراکز دانشگاهی ما هم این تفکر حاکم است. بنا براین، ضرورت نگاه دو جانبه حوزه و دانشگاه یک نیاز اساسی است.

تا قبل از سال ۱۹۶۸م. که برای نخستین بار مرگ مغزی تعریف گشت، مسلماً، کسانی را که مبتلا به مرگ مغزی می‌شدند، دفن می‌کردند. اما به یکباره می‌بینیم که تکنولوژی و دستگاه ونتیلاتور، فرشته نجات آدمیان می‌شود و زمینه‌ای را فراهم می‌کند که در پرتو آن، از یک فرد مبتلا به مرگ مغزی، می‌توان ۱۷ نفر را از مرگ نجات داد. بنابراین، این پویایی که در این زمینه وجود دارد، توجه ویژه‌ای را می‌طلبد.

وقتی که ما از پیوند اعضا که سنخیت کاملی با موضوع مرگ مغزی دارد سخن می‌گوییم، می‌بینیم که دیدگاه بیشتر حقوق‌دانان ما، برگرفته از حقوق مالی بوده و ارزش‌های آن را بر حقوق اشخاص تعمیم می‌دهد؛ در حالی که اینجا، یک نگاه دقیق و عمیق اخلاقی به این گونه مسائل لازم است. مسلماً، اگر ما نتوانیم تفسیری نو از قواعد و اصول حاکم بر حقوق خود ارائه کنیم و نگاهی نو نسبت به این مسائل داشته باشیم، توالی فاسد این گونه از اندیشه‌ها، به تدریج ما را به سمت تجویز برخی ناهنجاری‌ها مانند سقط جنین، اتانازی و... هدایت می‌کند. لذا، باید در جست و جوی اصول حاکم بر حقوق اشخاص بود. تفوق رویکرد مبتنی بر حقوق مالی بر حقوق



اشخاص ما را به جایی نخواهد رساند و متاسفانه، این دیدگاه، دیدگاهی است که به تدریج دارد بستر و زمینه خرید و فروش اعضا را که در برخی از کشورها رواج دارد، ایجاد می‌کند. نگاه کالا گونه به انسان توالی فاسدی را به دنبال دارد که خرید و فروش اعضا یکی از آن هاست.

اگر ما نگاه‌مان به این مقوله‌ها، بر محور کرامت اسلامی و اخلاقی باشد، مسلماً می‌توان طرحی نو در انداخت. وصایت و رضایت و برائت از این اصل برمی‌خیزد و آن را توجیه می‌کند. حوزه‌های نوین پزشکی، ضرورت تفسیری نو و قواعدی اساسی و نگاهی جدید به این مقوله‌ها را می‌طلبد.

از این جهت، تعارضی که بین اندیشمندان در حوزه‌های مختلف در برابر موضوع مرگ مغزی وجود داشت، لایحه قانونی آن را در سال ۶۴ در مجلس شورای اسلامی ناکام گذاشت و سرانجام، در سال ۷۹ لایحه مربوط به ماده واحده قانونی پیوند اعضا از مبتلایان به مرگ مغزی و فوت شدگان به تصویب شورای اسلامی گذشت و این جزو نوادر قوانینی است که در کشور ما، بدون توجه و نظر شورای نگهبان [بر اساس اصل ۹۴ قانون اساسی] تصویب شده است.

از این جهت این قانون دو ممیزه اساسی را فرا روی ما می‌گذارد: اول، نگاه به افراد فوت شده‌ای است که می‌توان از اعضای پیوندی آن‌ها استفاده کرد. و دوم مبتلایان به مرگ مغزی هستند.

در نگاه اول، به عنوان مثال، می‌توان به پیوند قرنیه اشاره کرد که در حال حاضر در کشور ما حدود ۱۰۰۰۰ مورد از آن در سال نیازمندیم که متأسفانه، فقط ۲۰۰۰ مورد از آن را، آن هم با مشکلات بسیار می‌توانیم تامین کنیم. این است که قوانین میتواند راهگشای مسائل باشد.

نکته دوم: مربوط به پیوند اعضای ناشی از مرگ مغزی است که همان‌گونه که اشاره کردم می‌تواند راهگشای بسیاری از مشکلات ما باشد و به عنوان یک رویکرد متحورانه علمی، سالیانه جان ده‌ها نفر را نجات دهد. از این جهت، ما خلأ مباحث نظری در این حوزه‌ها را داریم که باید با یک هم اندیشی و تعامل و نگاه دوجانبه و با حضور متخصصین و صاحب نظران آن حوزه‌ها زمینه را برای گسترش این مباحث و تعامل علمی فراهم کنیم تا بتوانیم طرحی نو در اندازیم و راهگشای برخی از مشکلاتی باشیم که در این زمینه با آن مواجه هستیم. به نظر می‌آید این گونه مباحث میتواند بسیاری از مشکلات ما را حل کند.

مبحث دوم: طرح سئوالات فقهی

سخنان دبیر علمی جلسه: در واقع پشتوانه مباحث حقوقی و حتی پزشکی و علوم تجربی، هم در کلیات، اصول و قواعد و هم در اهداف و اغراض خود باید مبتنی بر مباحث فقهی باشد؛ یعنی مباحثی که مبتنی بر شرع است. مواضع یک متخصص پزشک یا

حقوقدان مسلمان، چه از حیث مبانی و چه دیدگاه‌هایی که اتخاذ می‌کنند، باید بر طبق موازین اسلامی باشد ...

اما، به هر حال، نکته اصلی که امروز در اینجا مطرح است: تبیین خود مرگ مغزی و تعریف آن و تعیین وضعیت فقهی و حقوقی مردگان مغزی است. آیا مرگ مغزی با حالت‌های مشابه آن متمایز است یا نه؟

از نظر متخصصان، هرگونه شباهت میان مرگ مغزی با حالت‌های کما، بیهوشی‌های طولانی، احتضار و... که نوعی از حیات را در انسان حفظ می‌کند منتفی است و از نظر آنها، زهوق روح نسبت به این شخص صورت گرفته است.

در رابطه با خود مردگان مغزی مسائل دیگری نیز وجود دارد؛ مثلاً، آیا ما در مورد این شخص می‌توانیم دستگاه‌ها را برداریم یا نه؟ آیا احکام تجهیز میت، یعنی تشییع، و کفن و دفن را به محض اینکه اطبا تشخیص دادند می‌توان انجام داد یا خیر؟ الان در برخی فتاوا چنین مطرح است که اگر دستگاه تنفس مصنوعی را جدا کنیم قتل نفس حساب می‌شود. برآستی، وضعیت اینها چگونه است؟ حقوق مالی این افراد مانند حال گشتن دیون، انتقال اموال به ورثه و ... صورت می‌گیرد یا نه؟

اگر شخصی در اثر ضربه، دیگری را دچار مرگ مغزی نماید، آیا ضارب باید قصاص شود؟ یا خیر؟ اگر ما بگوییم مرده است، پس حیاتش از دست رفته و کسی که او را به این وضعیت رسانده، باید به دیه قتل یا قصاص بر حسب مورد که

آیا عمدی بوده یا نه، محکوم گردد.

اکثر این مسائل منتهی به این می‌شود که آیا از دیدگاه فقهی و بر اساس مبانی مستحکم آن، آیا مرده مغزی مرده طبیعی و حقیقی تلقی می‌شود؟ ممکن است متخصصان پزشکی مرده مغزی را همان مرده طبیعی و حقیقی تلقی نمایند، اما از نظر فقه چه بسا، مسئله به گونه دیگری باشد که ما این سؤال را از حضور آیت الله قاضی خواهیم پرسید.

مبحث سوم: بررسی فقهی مرگ مغزی

استاد قاضی حفظه الله: بی شک، فقه بیان حکم کلی در رابطه با موضوعاتی است که بر آن عرضه می‌شود. فقه عبارت است از احکام و موضوعاتی که آن احکام در رابطه با آن موضوعات مورد توجه است.

از سوی دیگر، ما معتقدیم که دین اسلام در رابطه با هر موضوعی که امر اختیاری انسان باشد، حکمی را در نظر گرفته و این مطلب به صورت مسلم و قطعی در متون دینی ما مورد توجه و اصرار است. فقط کافی است تا به یک روایت معروفی که وجود مقدس معصوم علیه السلام در رابطه با تبیین این حقیقت و اینکه هیچ مسئله‌ای فارغ از امر دین نیست اشاره کنم، که روزی، آن حضرت، فشار مختصری را به دست برخی از اصحاب وارد کردند که منشا جراحی هم نشد و شاید در حد قرمزی و در حد کمترین آزرده‌گی بود. سپس فرمودند حتی این



قضیه هم در شرع و در کتاب علی علیه السلام آمده است؛ یعنی این کتاب فقهی مشتمل است بر احکام و تمام اموری که مورد ابتلای مکلفین، از ابتدا تا نهایت تکلیف است. و در برخی متون آمده که کسی نمی‌تواند تصور کند که یک قضیه اتفاق بیفتد، مگر اینکه حکم این مسئله در آن کتاب آمده است. یعنی فقه اسلامی این چنین است.

البته، اینکه دسترسی به حکم در تمام موارد امکان دارد، یا نه؟ نسبت به آن هم پیش‌بینی شده که احکام بر دو قسم اند: احکام واقعی و وظیفه‌ظاهری. و از این رو، مکلف در هیچ موردی از ناحیه تبیین وظایف شرعی دچار بن‌بست نخواهد شد.

نکته بعد آنکه احکام مبتنی بر موضوع است. یعنی اول باید موضوعی فرض شود تا موقف شریعت در آن مورد، به نام حکم شرعی بیان گردد.

آنچه امروز در محل بحث خیلی مهم است، این است که مبنای تشخیص این موضوعات بر چیست؟

جواب آن است که موضوعات در یک مرحله بر مبنای تشخیص عرف عمومی قابل تشخیص‌اند و در قبال عرف عام، عرف خاص هم می‌تواند نظری داشته باشد که دقیقاً در همین بحث حیات و مرگ جاری است. یعنی ممکن است عرف عام در رابطه با این عنوان و حقیقت و این مفهوم که آیا در مورد مرگ مغزی آیا مرگ است یا نه؟ آیا حیات در این مورد صدق

می‌کند یا نه؟ تبیینی داشته باشد و عرف متخصص و پزشکی هم ممکن است نظر مخالف داشته باشد که از آن به عرف خاص تعبیر می‌شود.

نکته مهم این است که در موارد اختلاف عرف عام با عرف خاص معیار اعتبار، کدام عرف است؟ عرف عام یا متخصص؟ لذا، باید به این نکته توجه داشت که تشخیص عرف بر دو قسم است:

۱. مربوط به مفاهیم است

۲. تشخیص موضوعی و مصداقی است.

به عبارت دیگر، ما در اصطلاح، یک تشخیص مفهومی و تعریف مفهومی داریم و یک تحقق مصداقی. اگر ما مفهومی داشتیم که به صورت مشخص و مبین معلوم است که چه چیزی است، نوبت به این می‌رسد که خارجاً این مفهوم مبین، تحقق دارد یا نه؟ که به آن شبهه مصداقی می‌گویند. و در موارد تشخیص مصداقی، نظر اشخاص به عنوان تشخیص مصداقی، با فرض اختلاف، بر دیگران ارزشی ندارند. آنچه مهم است در بحث مرگ مغزی، قسم اول است. یعنی در تشخیص عرف که مربوط به تحدید و تعیین مفاهیم لغات است؛ مفهوم حیات، مرگ مانند روشنائی، آب و... در حیطه تشخیص عرف است، عرف برای این الفاظی که وضع بر این معانی شده حد و مرزی دارد.

گاهی وجود مفهوم مبین است و گاهی عدم آن روشن است و گاهی قضیه مشکوک است که آیا مفهومی که عرف برای آن

لفظ در نظر گرفته، مفهومی است که در مورد این فرد مشکوک تحقق دارد یا نه. که این با آن مسئله شبهه مصداقیه مباین و مختلف است و مبادا این دو با یکدیگر خلط شود.

در حقیقت مرجع شبهات مفهومی به این است که خود عرف یک حد مشخصی بر مفهوم ندارد. از نظر عرف، مفهوم کلمه یک مفهوم مجمل است. مجملی که در حداقل و حداکثر و یا دو امر متباین مردد است. لذا این بحث یعنی مشکوک بودن حیات و موت، یکی از اصطلاحات غلط اندازی است که ممکن است مورد سوء استفاده قرار بگیرد. چرا که یکی از قوانین شریعت، استصحاب است که در فرض و موارد شک و نیز در صورتی که حالت سابقه آن لحاظ گردد، قابل ادامه، استمرار و ابقاء است. ولی آنچه گفته شده که حکم، قابل استصحاب است، در مورد شبهات مفهومی جاری نیست. یعنی مبادا کسی تخیل کند که در موارد شبهه مفهومی می‌توان حیات را استصحاب کرد. استصحاب حیات در شبهات در جایی است که حد و مرز این مفهوم روشن باشد. ولی اینجا جایی برای استصحاب حیات یا استصحاب عدم موت وجود ندارد و لذا پرونده استصحاب در این بخش و در رابطه با ابقاء مفهوم قبل نسبت به ظرف شک باید بسته شود. البته، فقط در رابطه با مفهوم، نه در رابطه با حکم که عرض خواهم کرد.

بنابراین، در حقیقت، شبهات مفهومی در قبال شبهات مصداقیه است که معنای این دسته از موضوعات روشن است؛

یعنی از دید عرف، حد و حدود مفهوم مشخص است. در رابطه با تعیین مفاهیم باید توجه داشت که عرف، هم سلطان است و هم مبداء و منتهی؛ یعنی جدای از این عرف، مرجعی که مبنای تشخیص صحت و سقم قضیه باشد وجود ندارد. چون آنچه که در بحث مفاهیم مطرح است یعنی لغت و وضع؛ در رابطه با وضع لغوی و واضع (عرف)، هرگونه که بخواهد می‌تواند انتخاب کند و قرار داد داشته باشد. می‌تواند آنچه را که به حسب مفاهیم فلسفی مطرح است، متناسب نبیند؛ مثلاً، لباسی که قبلاً خونی بوده و بعد از شستن، بقایایی از قرمزی در آن وجود دارد، از آن تعبیر به خون نشود و ممکن است به دیدگاه فلسفی گفته شود این حاکی از وجود یک جوهری است. بنابراین خون وجود دارد، ولی عرف در این مورد کلمه خون و مرادف عربی را موضوع بر یک مفهوم خاصی قرار داده که این را مندرج در آن نمی‌بینند. نتیجه این می‌شود که خون بر حسب مفهوم وضعی بر این مورد قابل تطبیق نیست. لذا فقیه بر اساس احکامی که بر عنوان خون بار شده نمی‌تواند این موردی را که بر اساس دقت فلسفی بقایایی از جرم یا ماده و حقیقت خون در آن موجود است، موضوع احکام قرار دهد و لذا اینجا معیار در ترتیب احکام خون همان عرف عام است نه عرف متخصص. یعنی اگر پزشک یا حکیم و فیلسوف گفت رنگ موجود در این لباس، خون است، با کمال احترام به نظر او، فقیه می‌گوید آن احکامی را که من بر



موضوع خون دارم، با این معیار شما و به نظر شما نیست. پس عرف متخصص وضع لغت را عوض نمی‌کند.

مبنای تشخیص مفاهیم در شبهات مفهومی - نه مصداقیه - که موضوع برای احکام شرعی قرار گرفته عرف عام است و بس. یعنی اگر من ندانم که این آقا خواب است یا بیدار اینجا نظر دکتر معیار است چون شبهه مصداقی است؛ یعنی در مفهوم آن جدالی نیست، چرا که عرف قبول دارد که اگر فردی در حال خواب است مرده نیست. ولی اگر من (عرف عام) خیال می‌کنم که فردی مرده است، در حالی که وی در حال بیهوشی است، اینجا نظر من ارزشی ندارد. بنابراین، باید بین شبهات مفهومی و مصداقیه مرز قائل شد. مبنای احکام شرعی بر پایه مفاهیم عرف عام است که مبنای وضع و لغت هستند و لکن در تشخیص مصداق، معیار، نظر متخصص است.

نکته دیگر آن که عرف دو گونه تسامح دارد:

۱. تسامحات که از نظر عرف مبنای وضع و لغت است؛ مثل این که عرف تسامحا، رنگی را که به نظر دقی خون است خون نبیند. این گونه تسامحات پذیرفته است و تعبیر می‌شود به تسامحات عرفی در مفاهیم.

۲. تسامحات عرف در مصداق، مثل اینکه از طرف یک کیلو سبزی گرفته که ممکن است این یک کیلو به هزار گرم رسیده باشد. اگر شما این را به سبزی فروش بگویید که یک میلیارد گرم کم دارد عرف این را تسامح می‌کند ولی این

تسامح عرفی مقبول نیست.

با توجه به این جهت که معیار عرف عام است، آیا مرگ مغزی، مرگ و عدم الحیات است یا موردش از موارد صدق عنوان حیات است که احکام حیات باید بر آن بار شود.

به نظر ما در مورد مرگ مغزی نمی‌شود چنین گفت که به طور کلی مرگ است یا به طور کلی حیات است.

این مسئله، در رابطه با یک یک احکام باید جدا گانه، مورد توجه قرار بگیرد. با توجه به تبیینی که در مورد مرگ مغزی می‌شود، اگر بزرگان ما در صدق مرگ، تردیدی کرده‌اند به این سبب است که از نظر موضوع‌شناسی خیلی در فضای موضوع قرار نگرفته‌اند و اینجاست که نظر کارشناس را برای فقیه، مهم معرفی می‌کند؛ یعنی فتوا هر مقداری دقت داشته باشد بیان حکم کلی است در رابطه با یک موضوع. ولی تشخیص تحقق موضوع خارجاً محوّل به فقیه نیست. به نظر متخصص، مرگ مغزی عبارت است از مرگی که تمام سلول‌ها و ساقه مغز مرده است و تنها حرکت قلب، آنهم غیر ارادی و بر اساس فعالیت دستگاه خارجی است. حالا کیفیتش هم محوّل بر متخصصین که چگونه می‌شود؟

لذا، نه فقط حیات انسانی بلکه حیات حیوانی (حیات شعوری) هم از این مورد منتفی است. تنها چیزی که وجود دارد همانطور که در گزارش این فیلم نیز هم ملاحظه گردید، حیاتی است نباتی.



میدانید انسان بعد از مرگش مرحله‌ای از حیات نباتی را هم دارد. به تجربه ثابت شده است، مردگان حتمی که از همه نظر مرده‌اند و در سردخانه می‌گذارند، بعد از یک هفته، اگر به اینها مراجعه کنند می‌بینند که ناخن اینها بلندتر شده است و موی اینها بلندتر شده است. پس این نه تنها در مورد مرگ مغزی، بلکه در مورد مرگ حتمی تا مدتی باقی است. ولذا، نباید کلمه حیات، میزان در تشخیص حکم باشد.

هیچ فقهی اینگونه حیات نباتی بعد از مرگ مطلق را مبنای حکم قتل قرار نداده است. یعنی اگر کسی شخص مرده مطلق را کاری کند که همین نمو ناخن و موی بدن او هم منقطع شود بگویند از این به بعد، این فرد مرده است.

پس در مورد مرگ مغزی هم نباید گفت که این شخص حیات دارد و قتل، اعدام حیات است. چون قتل، اعدام حیات نباتی در دید عرف نیست.

البته، این را هم باید گفت که نباید معنای این سخن را این گونه تلقی کرد که تمام احکام مرگ هم باید بار شود. ممکن است ما بگوئیم شخصی که حیات نباتی چینی در مورد او است تجهیز میت بر او بار نشود.

به هر حال، شاید موضوع حیات و مرگ، کمترین بحثی باشد که این مقدار فقه با آن درگیر است. برخی از موضوعات در موارد خاصی مثل معاملات و عبادات است که فقه با آن درگیر است. ولی مفهومی که از اول اجتهاد و تقلید تا پایان

کتاب دیات و قصاص فقه با آن درگیر است بحث حیات و ممات است.

آیا از فقیهی که در حال مرگ مغزی است ابتدائاً می‌شود تقلید کرد یا نه؟ آیا عدول به او عدول به حی است یا نه؟ تا می‌رسد به کتاب طهارت، نه فقط، بحث غسل میت و تجهیز میت، بحث نجاست میت تا اینکه به بحث صلاه می‌رسد و ارتباط آن با مسائل فصاص و دیات که بدیهی است.

در رابطه با حکم مبتلا به مرگ مغزی و صدق مرگ، در موارد مختلف، صدقش مختلف است. مثلاً، مرده را باید تجهیز و دفن کرد ولی در مورد مرگ مغزی نمی‌شود گفت چونکه آنچه در مورد مرگ مغزی، موضوع حکم تجهیز است «میت به طور مطلق» است. ولی در باب قتل گفته شده اگر کسی را طرف بکشد از او قصاص می‌شود ولی در این مورد نمی‌شود گفت چون حکم مرگ را شما اجرا نکردید. پس کسی که متعرض شخص مبتلا به مرگ مغزی شد به گونه‌ای که اگر این شخص زنده بود، قتل او محسوب می‌شد یعنی، مثلاً سر او را ببرند یا مغز او را هدف قرار بدهند، این مورد قتل نیست و نباید قصاص شود. در شریعت، نسبت به زوال حیات احکامی است؛ مثل تجهیز و دفن و مثل قصاص نسبت به فرد مبتلا به مرگ مغزی بین احکام تلازمی نسبت ازاله حیات مبتلا موضوع قصاص نشود، در حالی که وظیفه تجهیز و دفن نسبت به شخص مبتلا ثابت نباشد. پس این شخص را نباید دفن کرد و

مع ذلک، احکام قتل (قصاص) هم بر او بار نمی‌شود. از فقه توقع نداشته باشید که وقتی برخی از این موارد را در مورد مرگ مغزی تعیین کرد، بگویید پس این موضوع مساوی با مرگ مطلق است یا اگر برخی از احکام را بار نکرد بگویید حیات مطلق است؛ اینگونه نیست و بین این دو مطلب هم تنافی نیست. پس باید مورد به مورد بررسی شود.

مرحله دیگر: اگر این مورد شک یعنی «شبه مفهومیه» قرار گرفت، مثلاً: نمیدانم آیا اعدام شخصی که مبتلا به مرگ مغزی است قتل است یا نه؟ اینجا است که نوبت اصول عملیه میرسد. **دیر جلسه:** بنابراین، طبق برداشت ایشان، در واقع زهوق روح انجام گرفته و فرد مرده است.

اما با توجه به اینکه باید بین مرگ انسان از یک طرف و مرگ اعضا، جوارح و ارگان‌های آن از طرف دیگر، یا به قول استاد محترم بین حیات حیوانی و حیات نباتی که حتی در میت هم وجود دارد، تفصیل داد، نمی‌شود همه آثار موت را بر مردگان مغزی جاری دانست. لذا، نسبت به تک تک آثار و موضوعات مترتب بر مرگ باید بحث جداگانه صورت گیرد. مثلاً، در پاره‌ای از موارد مانند تجهیز میت، سرد شدن بدن و یقین به مردن جسمی و محسوس ملاک است.

خب، در رابطه با ماده واحده هم بحثی را از آقای دکتر خواهیم پرسید. همانطور که ایشان عرض کردند یک ماده واحده بیشتر در مقوله پیوند اعضا و مرگ مغزی وجود ندارد.

در واقع این ماده هم بیشتر بر برداشت اعضای پیوندی متمرکز شده است. الا اینکه بعداً، یک پرتکل الحاقی هم در تعیین مرگ مغزی، ضمیمه این ماده واحده شد. اما چون این ماده واحده با سکوت شورای نگهبان و طبق اصل ۹۴ قانون اساسی لازم الاجرا شده و آیین نامه اجرایی آن هم در سال ۸۱ تصویب شده، طبعاً در مرحله اجرا، کاستی‌ها و نقایصی بسیاری را دارد اول یک ماده است و کفایت مباحث تقنینی و اجرای ما را ندارد، در حالی که در بسیاری از کشورهای دیگر بیش از یک ماده نسبت به این موضوع وجود دارد. و ثانیاً نظر شورای نگهبان هم تأمین نشده و لذا جای بحث دارد.

مباحث دکتر عباسی: قبل از اینکه مرگ مغزی را تعریف کنم یک نگاه تطبیقی به وضعیت مرگ مغزی در کشورهای دیگر داشته باشیم. بعضاً کشورهایی که مورد مطالعه قرار گرفته اند، مواردی هستند که قانون‌شان در ارتباط با پیوند اعضاست. ولی پیوند اعضا یک سنخیت کاملی با مقوله مرگ مغزی دارد و حاصل و نتیجه مرگ مغزی و تشخیص آن، این است که از اعضای پیوندی این گونه افراد برای نجات سایر افراد استفاده شود.

تعریف مرگ مغزی

بر اساس گزارش استانداردهای آکادمی آمریکا مرگ مغزی از دست رفتن دائمی و غیرقابل برگشت عملکرد مغز است از جمله ساقه مغز.



امروزه، در تمام جوامع علمی و با اتفاق نظر همه متخصصین، مرگ مغزی، یعنی وضعیتی که فرد هیچ شانس و امکانی برای بازگشت به زندگی ندارد و با استفاده از معیارهای تشخیصی، تا کنون موردی هم گزارش نشده که بیمار تمام معیارهای مرگ مغزی را داشته ولی زنده بماند. این مرگ هم جنبه قانونی دارد و هم جنبه پزشکی. جنبه قانونی آن زمان مرگ است و جنبه پزشکی آن علت مرگ است....

اهمیت مرگ مغزی و پذیرش مرگ مغزی به عنوان مرگ قانونی در این است که سایر نسوج فرد مبتلا به مرگ مغزی غیر از مغز تا مدتی قابلیت حیات دارند و تا دوهفته یا بیشتر گزارش شده است و می‌توان در این مدت برای سایر افرادی که به آن محتاجند استفاده کرد.

اولین تلاش‌ها برای تعریف مرگ مغزی در دانشگاه هاروارد صورت گرفت که در سال ۱۹۶۸ که نمایندگان از دانشکده پزشکی و بهداشت و الاهیات و حقوق و دو نفر نورولوژیست و یک نفر جراح اعصاب بودند که این‌ها مرگ مغزی را تعریف کردند.

تعریفی که دانشگاه هاروارد بدست آورد و امروزه به عنوان معیار و ملاکی برای مرگ مغزی در اکثر کشورها تلقی می‌شود، این است که مرگ به طور کلی به توقف غیر قابل برگشت اعمال تنفسی و گردش خون یا تمام اعمال مغز از جمله ساقه مغز اطلاق می‌شود که دارای علائم و نشانه‌های خاصی است.

۸۵ درصد از مبتلایان به مرگ مغزی بعد از یک هفته و تقریباً صد در صد آنها بعد از دوهفته، با توقف و ایست کامل قلبی مواجه می‌شوند. و از نظر قوائد حقوق اسلامی تشخیص موضوع، یک امر کارشناسی است که به گواهی متخصصین معتبر استناد می‌شود و حقوقدان و فقیهان دیدگاه‌های خود را باید از نظر کارشناسان اخذ کنند.

معیارهای تشخیص مرگ مغزی اساساً بالینی است و پزشک با معاینات بالینی و نتایج حاصل از آن‌ها به فقدان کارکرد مغز و ساقه مغزی پی می‌برد.

قانون کشورهای جهان درباره مرگ مغزی و پیوند اعضا

اولین کشوری که مرگ مغزی را پذیرفت و قانونی برایش تصویب کرد، فنلاند بود که در سال ۱۹۷۱ قانونی در این رابطه وضع کرد. برخی از کشورها مثل فرانسه، استرالیا، هلند، استفاده از تست‌های قطعی مرگ مغزی را لازم می‌دانند. آلمان در سال ۱۹۹۷ قانون به رسمیت شناختن مرگ مغزی به عنوان مرگ طبیعی را به تصویب رساند. در برزیل و فرانسه، قانون رضایت مفروض در برداشت اعضای پیوندی از مردگان مغزی تصویب شد که باعث نارضایتی عمومی شد و به صورت قانون اختیاری صورت گرفت؛ یعنی یک فرد قبل از مرگش اجازه استفاده از اعضای خودش را اعلام کرده باشد.

در انگلستان پیوند اعضا و بافت‌ها به صورت اصلی پذیرفته

شده درآمده و بسیاری از شهروندان انگلیسی، کارت های اهدای عضو را امضا کرده اند. ولی تعریف قانونی در این نظام حقوقی بدست نیامده، و بر اساس دیدگاه قضات عمل می شود. یعنی، رویه قضایی ملاک و معیار تصمیم گیری درباره شرایط و معیارهای تشخیص مرگ مغزی است.

قانون گذار در کانادا تعریفی را در سال ۱۹۸۰ ارائه داده که مرگ عبارت است از: توقف کامل و غیر قابل برگشت عملکرد مغز. مرگ مغز، به طور قطع می تواند سبب توقف غیر قابل برگشت گردش خودکار فعالیت های بدن و تنفس گردد.

کشورهایی مثل برزیل، آرژانتین، کلمبیا، ونزوئلا، شیلی معیارهایی مشابه آمریکا و کانادا دارند و مرگ مغزی از حمایت قانونی برخوردار است. البته، در چین با تعیین مرگ مغزی مخالف هستند و بر این باورند که روحی که اعضایش را از دست داده است، ممکن است انتقام بگیرد.

سوئد نیز در سال ۱۹۹۵ قانونی را به تصویب رساند که در مورد اعضای زیستی و مواد بدن برای استفاده پیوندی می توان از موافقت اولیای قانونی آنها بهره گرفت.

شرایط احراز مرگ مغزی

برای احراز مسلم مرگ مغزی، چهار کارشناس خبره باید در مرحله تشخیص اظهار نظر کنند. در مرحله بعد، این تشخیص باید به تایید متخصصین پزشکی قانونی برسد. یعنی تشخیص



دو مرحله‌ای است و بعد احراز سالم بودن اعضای بیماران فوت شده یا مبتلایان به مرگ مغزی است که این کار کارشناسی است و بالاخره قانون گذار ما برداشتن عضو از بیماران فوت شده یا بیمارانی که طبق نظرات کارشناسان خبره مرگ مغزی آنها مسلم بوده را منوط به وصیت بیمار یا ولی میت دانسته و در تبصره ۳ با مستثنا نمودن پزشکان عضو تیم پیوند جهت جراحات وارده بر میت، حکم عام قانون دیات در خصوص دیه ی جنایت بر مرده را تخصیص زده است.

ماده ۱ آیین نامه اجرایی قانون پیوند اعضای بیمار فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم شده، مقرر میدارد که مرگ مغزی عبارت است از قطع غیر قابل برگشت کلیه فعالیت‌های مغزی، کرتیکال یا قشر مغز، .. ساپکرتیکال یا لایه پر قشر مغز و ساقه مغزی به طور کامل.

تبصره این ماده نیز شرایط احراز مرگ مغزی و شرایط و معیارهای آن را گفته که توسط وزارت بهداشت و طبق دستور العملی تعیین می‌شود و در اختیار متخصصین و صاحب نظران این حوزه قرار می‌گیرد.

بنابراین، از منظر حقوقی نتیجه می‌گیریم که اولاً: در مقابل این دو دیدگاهی که در میان قوانین و مقررات کشورهای مختلف وجود دارد: یک‌دسته مرگ مغزی را مرگ قطعی می‌پندارند و دسته‌ای دیگر آن را مرگ نمی‌پندارند. به نظر می‌آید که در واقع، رویکرد سوم می‌تواند راهگشای ما در این



مسئله و بسیاری از مسائل مشابه باشد.

من اعتقاد دارم طبق فرمایش آیت الله قائنی، مرگ مغزی نه مرگ است نه حیات. یک وضعیت خاص است. به این معنا که تحولات علمی جدید زمینه‌ای را فراهم کرده برای اینکه ما رویکرد جدیدی را نسبت به این گونه مسائل اتخاذ کنیم. اگر ونتیلاتور نبود، مسلماً مثل چند دهه قبل از ما، مبتلایان به مرگ مغزی دفن می‌شدند. این دیدگاه به هیچ وجه در تعارض با دیدگاه پزشکان و کسانی که قصد خدمت شایسته به بیماران را دارند، نیست. بلکه تقویت کننده هدفی است که آنها در جستجوی آن هستند.

اگر چنین فردی مرده قطعی تلقی می‌شد. مسلماً ما باید قائل به نتایج آن هم باشیم. از همین لحظه همسر او می‌تواند عده وفات را نگه دارد و از همین لحظه ارث و میراث او را می‌شود تقسیم کرد. لذا تحولات علمی یک بستر و زمینه جدیدی را ایجاد کرده و بایستی متناسب با این مسائل، رویکردهای قانونی و فقهی را برای برون رفت از آن چالش‌ها فرا روی جامعه گذاشت. ما در بحث پیوند اعضا در جمع گروهی از پزشکان و صاحب نظران شورای عالی بودیم که من دیدم بین دو دسته از این متخصصین اختلاف شده، بین شخصیت‌های برجسته مثل آقای ولایتی و سیم فروش که آقای ولایتی می‌گفتند که مرگ مغزی مرگ نیست و آقای سیم فروش می‌گفتند نه مرگ مغزی مرگ مسلم است. نظر من در آنجا این بود که مرگ مغزی نه

مرگ قطعی است نه حیات؛ یک وضعیت خاص است. لذا قانونگذار به صراحت گفته: قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم است. این تفکیک، و اینکه دو ممیزه را قانون بیان می‌کند مبین این واقعیت است که به هر حال قانونگذار توجه داشته که این دیدگاه عرف متخصصین است. در مورد بیماران فوت شده، می‌شود از اعضا آنها مثل قرنیه تا ۲۴ یا حتی ۴۸ ساعت برای پیوند استفاده کرد. بنابراین، این رویکرد می‌تواند راهگشای خیلی از مشکلات ما باشد. اتفاقاً تقویت این نظر قانونی در مورد مرگ مغزی، می‌تواند جان صدها نفر را نجات دهد. یعنی، اگر در مقابل ما قائل به مرگ قطعی باشیم، ممکن است به یکباره و بر اساس فتوای فقها، بتوانیم دستگاه‌ها را قطع کنیم و دفنش کنیم. ولی وقتی وضعیت خاص در نظر بگیریم تا یک یا دو هفته ما زمان داریم و می‌توانیم بر اساس این معیار از اعضای پیوندی این افراد استفاده کنیم. البته قانون در این زمینه نواقصی دارد.

در تمام کشورهای اسلامی مقوله مرگ مغزی پذیرفته شده و آن را مرگ طبیعی با آثار و پیامدهای خود می‌دانند و رویکرد برداشت اعضای پیوندی نیز منعطف به این قضیه است.

حیات نباتی که استاد قاننی فرمودند، صرفاً به معنای زنده بودن این شخص که موضوع برای قتل یا موضوعات دیگر باشد نیست بلکه حیات ایشان، حیات ارگان‌ها و اعضا است. اگر یک قلب یا شش را بردارید از سردخانه مخصوص خودش یا در

دستگاهی با توجه به گردش خون و سایر وسایل می شود نگاهاش داشت ولی به این شخص دیگر زنده گفته نمی شود. این قلب یا شش یا اعضا دیگر در خود این بدن نیز در اثر جریان خونی که از خارج و از یک دستگاه خارجی به آن اتصال پیدا شده برای برداشت اعضای آن نگه داری می شود.

سؤال و پاسخ

اگر شما قائل به تفصیل می شوید و در هر موردی، حکمی را جاری می کنید، پس آن ساماندهی و تمرکز لازم در بحث مرگ مغزی صورت نگرفته و موضوعات عوض شده است. ولذا یک تعارض بدوی به وجود می آید. آن را چگونه حل می کنید؟

استاد قائمی: آنچه را در این رابطه عرض کردم باید تکرار کنم: بین مفهوم قتل و مفهوم اعدام مطلق حیات فرق است. شما اگر یک حیات نباتی را در یک درخت معدوم کنید اعدام حیات کردید، منتها اعدام حیات نباتی؛ ولیکن آن معیاری که در رابطه با قتل است اعدام حیات نباتی نیست و لذا اگر کسی گیاهی را معدوم کرد، عنوان قتل گیاه صادق نیست، ضمن اینکه اعدام حیات دو مصداق دارد: یک حیات حیوانی و یک حیات نباتی و معیار در صدق قتل اعدام مطلق حیات نیست بلکه اعدام حیات مطلق است که به تعبیری دیگر حیات حیوانی نیز لحاظ شود.

لذا آنجا که حکمی بر عنوان موت بار شده ممکن است در

رابطه با مرگ مغزی بار نشود. ولی آنجایی که حکم بر عنوان قتل بار شده در این مورد صادق نخواهد بود. و بر همین اساس بحث پیوند اعضا، یعنی کسی که اعضای این شخص را برمی دارد و مباشر در از بین بردن حیات بقیه اعضای او که حیات نباتی است خواهد بود، قتل راجع به این شخص صادق نیست.

بحث اینکه آیا حفظ این حیات واجب است یا نه؟ بحث دیگری است؛ یعنی اینکه ضمن اینکه اگر کسی این کار را کرد قاتل محسوب نیست. اما آیا حفظ این حیات واجب است یا نه؟ یعنی پزشک یا ولی شخص آیا واجب است این حیات نباتی را نگه دارد و تا حدی که امکان دارد، دوام آن را متصدی باشد یا نه؟ احکام حیات را به طور مطلق نمی شود بار کرد.

اینکه حفظ حیات انسانی در موارد خاصی واجب است، اقتضا نمی کند که همان جا این حکم ثابت باشد، دلیلی نداریم که حفظ این حیات نیز لازم باشد. بلکه با تعارض حفظ حیات دیگران که حفظ حیات دریافت کنندگان اعضا پیوندی است دلیل وجوب حفظ حیات آن در یافت کننده حاکم است. چرا که آن شخصی که گیرنده است آن حیات انسانی را داراست منتها دوام حیات او وابسته به پیوند است. حفظ حیات او موقوف بر مقدمه ای است که عبارت است از گرفتن عضو پیوندی از شخص مرگ مغزی یا شخص مرده ی مطلق که بحث پیوند قرنیه از آن مصادیق است. ولذا، هیچ محذوری از نظر فنی و فقهی و از نظر صناعت در این تفصیلی که گفته شد نیست که

برخی از احکام مرگ بار است و برخی از احکام حیات بار است؛ یعنی هنوز فرض کنید شخصی که در مرگ مغزی است او را نباید دفن کرد و این شخص استفاده از اعضای او که در حیات مطلق جایز نبود در این مورد جایز است این تفصیل مانع و محذوری در آن نیست.

بحث اینکه آیا رضایت خود شخص در این جهت دخیل است یا رضایت ولی او در این جهت دخیل است؟ قانونگذار در اینجا کمال احتیاط را خواسته بکند در رعایت این جهت.

من خودم معتقدم که در قضیه مشروعیت این کار، رضایت شخص از نظر فقهی لزومی ندارد. البته اینکه طرف منع کند باید طبق وصیت او عمل کرد. ولی اگر این کار را منع نکرده، مثلاً در تصادفات که اتفاقی افتاده و نه وصیتی نسبت به انجام داشته و نه منع از انجام داشته، ما از نظروضوابط فقهی خودمان مانعی نداریم.

لذا، اصولاً اگر این کار ممنوع است با رضایت هم مشروعیت آن شکل نمی‌گیرد، چون رضایت یعنی وصیت به یک امری، که وصیت یکی از شرایط نفوذش مشروعیت مطلق وصیت است.

من اگر وصیت کردم که کار نامشروعی را بکنند با وصیت من، نامشروع، مشروع نمی‌شود. لذا از نظر فنی، در فرض عدم وصیت یا عدم منع در حال حیات، مقتضای قاعده، جواز انجام آن است ضمن اینکه این قانون هر چه خواسته رعایت احتیاط کند ولی به

نظر می‌رسد خلاف احتیاط عمل کرده: چون که فرض بر این است که اگر حفظ حیات گیرنده عضو واجب است، دیگر احتیاط به رعایت شخص مبتلا به مرگ مغزی جایی ندارد.

رضایت ولی هم که در قانون مورد اشاره قرار گرفته به نظر می‌رسد نقشی ندارد. یعنی اگر ولی شخص مبتلا به مرگ مغزی اجازه ندهد باز مقتضای قاعده و صناعه، جواز انجام آن کار است. یعنی نظر او، از نظر فقهی و حتی منع او نباید کار ساز باشد. گرچه در قانون هم آمده و به اعتبار قانون ما از این جهت چیزی نمی‌گوییم. ولی اینجا فعلا جایگاه علم است، یعنی از نظر علمی این قانون قابل تغییر و قابل بررسی مجدد و از نظر مجاری قانون قابل تغییر به نظر می‌رسد.

نظریه رضایت مفروض در دنیا

دکتر عباسی: امروزه در دنیا دو رویکرد در خصوص پیوند اعضا و مرگ مغزی وجود دارد:

۱. رویکرد رضایت مفروض است. یعنی اصل بر این است که شما می‌توانید از این اعضا و جواح استفاده کنید مگر اینکه فرد وصیت کند که از انجام آن خودداری شود.

۲. شما حق ندارید به این بدن دست بزنید مگر آنکه او وصیت کرده باشد و یا کارت اهدا را پر کرده باشد. اکثر کشورهای غربی محور دوم را انتخاب کردند؛ یعنی چون حتما رضایت او لازم است.

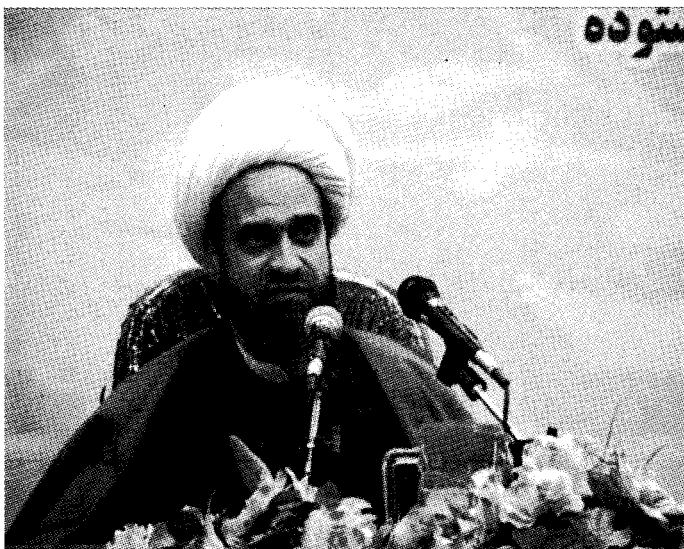
برخی از کشورهای شرقی و کشورهایی که در صدد این بودند که مشکلات خودشان را از این حیث مرتفع کنند رضایت مفروض را پذیرفتند. ما در ایران امروزه، ۱۰۰۰۰ پیوند قرنیه احتیاج داریم که از طریق استجازه ۲۰۰۰ تا تامین می‌شود اگر دیدگاه آیت الله قاضی تقویت شود و یک بستر و زمینه‌ای برای اصلاح قانون فراهم شود راهگشای بسیاری از مشکلات فراروی جامعه پزشکی ما خواهد بود.

سخنان پایانی دبیر جلسه

به هر حال، انگیزه و هدف ما از این گونه همایش‌ها همین است که نواقص این نوع از قوانین بررسی، آسیب شناسی و اصلاح شود. لذا خود حقوق دانان عزیز با توجه به مبانی فقهی باید پیشنهاد جدیدی را آماده کنند تا با مشورت فقها، در اختیار کمیسیون پزشکی و حقوقی مجلس قرار گیرد و اگر نواقصی دارد به صورت مستند، بررسی و تحقیق شود؛ تا بتوانیم این ماده را به سمتی ببریم که کاربردی تر و اجرایی تر شده و به نفع وضعیت سلامت و صحت جامعه اسلامی ایران عزیزمان باشیم.

در پایان از حضور اساتید گرانقدر، آیت الله قاضی و دکتر عباسی و نیز از مهمانان عزیز در این جلسه سپاسگزاریم.





مرگ مغزی؛
با رویکرد فقهی - حقوقی (۲)

نظریه پرداز: دکتر محمود عباسی
ناقد: حجت الاسلام والمسلمین جعفر بستانی نجفی

۱۳۹۱ / ۰۲ / ۱۳

دبیر علمی جلسه (کریمی‌نیا): بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله
 وصلى الله على محمد و آله طاهرين با نام و یاد خداوند متعال و
 تحت توجّهات حضرت ولیعصر (عج) امروز سیزدهم اردیبهشت
 ۱۳۹۱ دومین جلسه از نشست علمی با موضوع مرگ مغزی از
 رویکرد فقهی و حقوقی را در مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام و با
 حضور اساتید معظم جناب حجت الاسلام و المسلمین آقای
 بستانی نجفی و فاضل ارجمند جناب دکتر محمود عباسی برگزار
 می‌کنیم. از حضور عزیزان دعوت می‌کنیم که به جایگاه تشریف
 بیاورند با ذکر صلوات بر محمد و آل محمد.

گرامی می‌داریم روز معلم و سالروز شهادت استاد شهید
 آیت الله مطهری و این روز را به همه اساتید و معلمین تبریک
 عرض می‌کنیم و همین طور گرامی می‌داریم یاد و خاطره فقیه
 گرانقدر، بنیانگذار مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، مرحوم حضرت
 آیت الله العظمی فاضل لنکرانی و برای روح آن عزیز علو
 درجات را از خداوند متعال خواستاریم. و همین طور تشکر



می‌کنیم از ریاست مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی که با همت ایشان این گونه نشست‌های علمی در مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام برگزار می‌شود. و همین طور تشکر از معاونت پژوهش مرکز فقهی جناب آقای دکتر مقدادی و سایر عزیزان که برای برگزاری این جلسات زحمات زیادی را متحمل شده‌اند. از حضور اساتید معظم جناب آقای دکتر عباسی که قبول زحمت کردند برای بار دوم در این نشست علمی حضور پیدا کردند تشکر می‌کنیم.

اشاره‌ای بکنم به مباحثی که در جلسه قبل مطرح شد برای اینکه ارتباط این جلسه با جلسه قبل روشن بشود در جلسه قبل اساتید معظم اشاره کردند که یکی از مباحث جدید و نوپیدا مسئله مرگ مغزی و همین طور پیوند اعضاست و این مسئله در فقه ما با این توصیفات امروزی مطرح نبوده و فقهای ما بر اساس علم روز و طبق اجتهاد خودشان باید مباحث فقهی این مسئله را برای مخاطبین خودشان بیان بکنند. اهمیت پیوند اعضا برای هیچ کس مخفی نیست. عده‌ای از افراد به دلیل صدماتی که در تصادف‌ها یا حوادث دیگر برای آنها اتفاق می‌افتد نیازمند عضوی هستند که این عضو فقط و فقط از طریق پیوند اعضای بدن انسان‌های دیگر ممکن هست. و البته مرگ مغزی این بستر را فراهم کرده تا بتوان از عضو افرادی که در وضعیت مرگ مغزی هستند، برای پیوند به بیماران استفاده کرد. دوستان ما در جلسه قبل به این نکته اشاره کردند که

حدود ده هزار نفر متقاضی در سال برای قرنیه چشم وجود دارد که فقط حدود دو هزار نفر از اینها می‌توانند از پیوند قرنیه چشم بهره‌مند بشوند و البته ده‌ها هزار نفر از افرادی که نیازمند عضو هستند به دلیل نداشتن عضو اهدایی و نبود این عضو اهدایی با مرگ و زندگی دست و پنجه نرم می‌کنند و چه بسا به خاطر همین معضل و مشکل فوت بشوند. اشاره شد به روند حقوقی و قانونی پیوند اعضا و مرگ مغزی در کشورهای اسلامی و غیر اسلامی و این نشان می‌دهد که یک رویکرد بین‌المللی نسبت به این مسئله برای پاسخگویی به نیازهای روزافزونی که در بحث پیوند اعضا مشاهده می‌شود. و البته در ارتباط با مرگ مغزی حضار و دوستان عزیز در جلسه قبل شاید حضور داشته باشند که به این نتیجه رسیدند که مرگ مغزی مرگ طبیعی محسوب نمی‌شود و ما نمی‌توانیم به افرادی که دچار این عارضه شدند میت یا مرده اطلاق کنیم در حقیقت برزخی بین حیات و زندگی هست و این نظر هم نظر فقها هست. عده زیادی از فقها و برخی از حقوقدانان در مقابل پزشکان معتقدند مرگ مغزی مرگ طبیعی است و صرفاً قلب یا اعضای دیگر به وسیله دستگاه حرکاتی دارند که حرکات نباتی یا حیات نباتی هست. سخنران فقهی جلسه قبل اشاره فرمودند به مسئله احکام شرعی که این احکام شرعی دائرمدار موضوعاتی است که بایستی این موضوعات اجراز شوند تا احکام بر آنها بار شود در مورد اینکه مبنای موضوعات



چیست دو دیدگاه از سوی سخنران فقهی مطرح شد. دیدگاهی که معتقد است مبنای موضوعات عرف عام یا طولی مردم است و مبنای دیگر که در اینجا عرف متخصص یا تشخیص پزشکی را مبنا قرار می‌دهد به این معنا که اگر ما به عرف عام یا توده مردم مراجعه کنیم در مورد اینکه آیا مرگ مغزی مرگ طبیعی هست یا نه یک دیدگاهی دارند یک نظری دارند و اگر به پزشک و تشخیص اطبا مراجعه کنیم. دیدگاه دیگر اینکه از بین این دو تا مبنا کدام را انتخاب بکنیم و اختیار بکنیم با توجه به توضیحاتی که سخنران فقهی بیان کردند، مشخص شد که مبنا فقط تشخیص عرف و تشخیص توده مردم است و ما نمی‌توانیم برای تشخیص موضوعات در ارتباط با مرگ مغزی به عرف متخصص مراجعه کنیم. نتیجه‌ای که گرفته شد از آنجایی که عرف مردم و توده چنین فردی را فاقد حیات نمی‌دانند و از لحاظ فقهی نیز این افراد را میت یا مرده تلقی نمی‌کنیم. با این مقدمه وارد مباحث اصلی می‌شویم در واقع در این جلسه در ارتباط با آثار و احکام مرگ مغزی گفتگو خواهیم کرد و بنا نیست که دیگر حول و حوش خود موضوع مرگ مغزی که آیا مرگ هست یا نه بحث کنیم. چون این مسئله به طور کامل در جلسه قبل مطرح شده دیگر در این جلسه وارد توضیحات این مطلب نمی‌شویم. از جناب حجت الاسلام والمسلمین آقای بستانی نجفی درخواست می‌کنیم که بحث خود را شروع کنند و این سؤال را از محضر

ایشان داریم که دو دیدگاه کلی فقهی در خصوص شناخت موضوع مرگ مغزی وجود دارد: دیدگاه اول که احاله به عرف عام می دهد و دیدگاه دوم که تشخیص عرف خاص یا پزشکان را مبنا قرار می دهد در واقع سؤال از محضر استاد این هست که اولاً دیدگاه خودتان و نظر خودتان در این ارتباط چیست؟ شما کدام مبنا را قبول دارید؟ و ثانیاً اگر چنانچه عرف در این مسئله متحیر باشد و دیدگاه واحدی از سوی عرف عام ارائه نشود و همین طور تشخیص قاطعی از سوی پزشکان برای این مسئله وجود نداشته باشد وظیفه مکلف نسبت به احکام شرعی، اعم از احکام تکلیفی و وضعی چیست؟ آن احکامی که مترتب بر مردگان مغزی است مانند احکام تجهیز، حقوق مالی مثل انتقال اموال به ورثه، پرداخت نفقه، حال گشتن دیون و همین طور احکام دیگر مانند ولایت، وصایت و قیومیت. استفاده می کنیم از سخنرانی جناب حجت الاسلام بستانی به برکت صلوات بر محمد و آل محمد.

حجت الاسلام والمسلمین جعفر بستانی نجفی: بسم الله الرحمن الرحیم. جلسه قبل حاضر نبودم، ولی سی دی آن را ملاحظه کردم دو دیدگاه در مسأله مطرح شد که خود به نظر می گیر دارد. تا همین را تا حدی باز نکنیم نمی شود چیزی گفت. دو دیدگاهی که مطرح شد یا نظر متخصصان یا نظر عامه مردم اگر بخواهیم صحت و سقم این ادعا را بدانیم باید مقدمه ای را مطرح کنیم. اگر بخواهیم برسیم به حکم شرعی یک روایی دارد

روالش این است که اول نگاه کنیم به صاحب این مصطلح از شریعت رسیده یا از فلان متخصص رشته فیزیک یا شیمی یا غیر آن ببینیم صاحب این رشته چه تعریفی می‌دهد. اگر تعریف خاصی داد اخذ به آن می‌کنیم. در محل بحث صاحب ف شرع است لذا خود شریعت باید برایمان بیان کند که ابتداءً مرگ مغزی که موضوع احکام قرار گرفته چیست هرچند مرگ مغزی از موضوعات عرفی است از مخترعات شرعیه نیست ولی گاهی شارع در موضوعات دخالت کرده قیدی اضافه کرده شرطی زده جزئی زیاد یا کم کرده اول باید صاحب اصطلاح را ببینیم خودش چه تعریفی داده اگر تعریفی نداد می‌رویم سراغ عرف عام چرا چون شارع با عرف عام صحبت می‌کند و زبان جدیدی نیاورده لذا باید مردم زبانش را بفهمند بر این اساس باید ببینیم برداشت عرف عام از کلمه مرگ چیست؟ اگر متفاهم عرف عام را نفهمیدیم می‌رویم سراغ لغت، نه به عنوان اینکه خودش موضوعیت دارد بلکه مقابل عرف عام بلکه به جهت این است که لغت حاکی از عرف عام است نهایت لغوی دو جور است یک وقت نقال از کتاب‌های قبلی است جمع می‌کند و کتاب لغت می‌نویسد یک وقت نه مثل مرحوم فیروز آبادی می‌رود داخل بدویها و ارتکازات آنها را به دست می‌آورد و می‌نویسد تا حدی این گونه لغوی حکایت عرف عام زما خودش را می‌کند که زمان او مرتکز ذهنی از این لفظ چی بوده این را می‌گوییم لغت خوب اگر لغت دستان نداد مطلب

را خود لغویون مختلف بودند نتوانستیم بفهمیم اینجا چه کار کنیم لفظ مورد بحث در آیه یا در روایت مجمل می شود ناچاریم که دست از خود دلیل برداریم و سراغ اصول عملیه برویم. روش ما در فقه به این شکل است با مقدمه ای که عرض کردم در بحث خودمان مفهومی داریم «مرگ مغزی» می خواهیم مفهوم را بشناسیم تا احکام شرعی را بر آن مترتب کنیم و براساس آنچه گفته شد ابتداء سراغ صاحب شریعت رفته تا ببینیم چیزی گفته یا نه اگر چیزی نگفته سراغ عرف عام، فرض این است که متفاهم نزد عرف عام مبهم است چون مرگ مغزی یک موضوع جدیدی است لغت هم ندارد اینجا، اینجا باید راه دیگری طی کرد ببینیم عرف چیست؟ موضوعیت دارد چون در آیات و روایات آمده و موضوع احکام هم قرار گرفته ببینیم عرف عام از آن چه می فهمد بعداً تطبیقش می کنیم بر مرگ مغزی که این همان است یا چیز دیگر است. در برخورد با مفاهیم سه حالت داریم یک وقت یقین می کند که متفاهم عرف عام مشتمل بر وجود فلان قیود همه این را می فهمند مختص شخص خاصی نیست. یک وقت یقین می کند به عدم اشتغال بر این قیود و یک وقت مردد می شویم یا بین متباین یا بین اقل و اکثر مفهوم موت از نظر عرفی از قبیل قسم اخیر است قدر متیقنی دارد یعنی یک سری قیودی دارد که اگر محقق بشوند یقیناً در نظر عرف عام معنای قدر متیقن این است که گاهی یقین داریم موت طبیعی محقق شده است. اگر چهار تا قید مثلاً



محقق شوند یقیناً موت صدق می‌کند اما با دو تا هم در نظر عرف موت صدق می‌کند یا نه شک می‌کنیم اگر موت با دو تا محقق بشود آن دو قید دیگر اضافی هستند. کالحجر فی جنب الانسان خواهد بود اما اگر موت هر چهار قید را بخواهد همه آنها دخیل در مفهوم خواهند بود و در این صورت چیزی را که به آن رسیدیم این است که اگر پنج قید بالا باشند حتماً موت است اما اگر کمتر از آن باشند شک می‌کنیم و تطبیق آن بر ما نحن فیه به ملاحظه کردن قیود زیر است قید اول مغز کلا از کار بیفتد به همین شکلی که آقایان تعبیر می‌کنند که هم لایه بیرونی هم لایه درونی ساقه مغز همه‌اش خشکیده و از کار افتاده قید دوم هیچ گونه احساسی ندارد، یعنی هیچ یک از حواسش کار نمی‌کند نه سامعه‌اش نه باصره‌اش و... البته گاهی کار نکردن اینها بالفعل است گاهی تعلیقی است. بالفعل یعنی الآن کار نمی‌کند فی الجملة که این مقدار هم در آدم غشی هست هم در آدم بیهوش هم در آدمی که مرگ مغزی شده هم کسی که در حالت کما رفته بالفعل حواس هیچ کدام کار نمی‌کنند. بلکه بعضی از اینها کار نکردنشان را می‌توانیم به شکل تعلیقی بیان کنیم که اگر مدت زمانی بگذرد دوباره حالتش بر می‌گردد گاهی به دارو می‌شود برگرداند گاهی به بیدار کردن از خواب گاهی به زائل کردن غش از او و گاهی هیپنوتیزم کرده‌اند و نتوانسته‌اند برگرداند به حالت اولیه اینها فعلاً حواس ندارند و درک نمی‌کنند فی الجملة. بلکه بعضی‌ها حالتشان

برمی‌گردد زود یا دیر و بعضی حالتشان بر نمی‌گردد. مثلاً در حالت خواب سریع می‌توانیم آن حالت حواس را بر گردانیم حالت او دیر بر می‌گردد مثل کسی که بیهوش شده یا گاهی در حالت کما است درک کمی دارد می‌گویند آن حس سامعه‌اش کار می‌کند می‌تواند بشنود بقیه حواسش کار نمی‌کند. خلاصه قید دوم موت این است که احساس ندارد قید سوم این‌که بدنش رشد ندارد و قید چهارم این‌که نه تنها احساس ندارد که نشان دهنده این است که روح حیوانی او رفته است حرکت نیز ندارد که نشان دهنده این است که روح نباتی او نیز رفته است مثلاً یک تکه گوشت او را اگر جدا کنید و حرکتی نمی‌کند اما اگر آدم زنده‌ای باشد یک تکه گوشتش را جدا کنند جنب و جوش می‌کند بعداً مثل یک لخته می‌افتد آنجا این یک حالت حرکتی است که اثر روح نباتی است میت در نظر عرف است. قید پنجم این‌که اگر بدن او سه چهار روز دیگر روی زمین بماند شکمش می‌ترکد می‌گندد بعداً کرمک می‌زند این یک مرده است به دید عرف این علامات پنج‌گانه یقیناً محقق موت می‌باشند به این معنی که اگر باشند عرف آن را موت می‌داند ولی همه آنها مقوم مفهوم موت هستند یا موت با بعضی محقق و دیگر قیود اضافی هستند ممکن است مورد شک و تردید واقع شود به هر حال احکام شرعیه تعلق می‌گیرد به مفاهیم عرفیه چون شارع با همین مردم صحبت می‌کند این‌که چه می‌فهمند از این کلمات همان مورد نظر است.

خلاصه از یک طرف باید برویم سراغ عرف عام و از یک طرف دیگر شناخت مفهوم مرگ مغزی در نزد عرف عام مبتنی بر شناخت مفهوم موت است و قدر متیقن از موت نزد عرف عام معلوم است و قدر متیقن از حیات نیز معلوم است یعنی هر پنج قید بالا باشد. این وسط یک مورد مشکوکی می‌ماند و آن جایی است که دو قید وجود دارد مغز دیگر هیچ فعالیتی ندارد. احساس و هوشیاری ندارد دو تا یقینا هست ولی آیا این‌طور هست که تکه گوشت هیچ حرکتی ندارد روح نباتی را ندارد و رشدی ندارد اگر بماند نمی‌گندد اینجاست که شک می‌کند که آیا میت هست یا میت نیست. اگر احراز کنیم این مرده است معلوم می‌شود که دو قید بیشتر نمی‌خواهد بقیه زیادی هستند خلاصه بزنگاه بحث در مرگ مغزی این است که موضوع آن که موت است مشخص شود که چند قید است؟ به نظر می‌آید که عرف عام به فاقد شروط اخیر میت نمی‌گوید و بر فرض شک و تردید بین حداقل و حداکثر است یعنی من نمی‌دانم موت پنج قیدی است یا کمتر شبیه مفهومی مرده بین اقل و حداکثر است و مورد استصحاب حیاة البتة جریان استصحاب در شبیه مفهومی مبنایی است و ما در جای خود ثابت کردیم جریان را و رد کردیم دو اشکال نبود شک و تعارض جعل با عدم مجعول را.

دبیر جلسه: تشکر می‌کنیم از جناب حجت‌الاسلام آقای بستانی به خاطر توضیحات ارزشمندی که در ارتباط با بحث



شناخت مرگ مغزی بیان فرمودند. علی القاعده دوستان ممکن است سؤالاتی داشته باشند ما برای سوالات دوستان هم وقتی را در نظر گرفتیم اگر سؤالات به صورت کتبی ارائه بشود حتماً اینها را در اینجا مطرح می‌کنیم شاید هم یک فرصتی برای سؤالات شفاهی باشد برای اینکه استفاده بکنیم از جناب آقای دکتر عباسی به عنوان مقدمه بنده عرض کنم که در ارتباط با مرگ مغزی یک ماده واحده‌ای داریم که من فقط به صورت مختصر اشاره به این ماده واحده بکنم که بتوانم سؤالاتم را از جناب آقای دکتر عباسی بپرسم. ماده واحده که مربوط به سال ۱۳۷۹ هست می‌گوید بیمارستان‌های مجهز برای پیوند اعضا پس از کسب اجازه کتبی از وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی می‌تواند از اعضای سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان بر طبق نظر کارشناسان خبره مسلم باشد به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولی میت جهت پیوند به بیمارانی که ادامه حیاتشان به پیوند عضو یا اعضای فوق بستگی دارد استفاده نمایند این ماده واحده است که البته دو سه تا تبصره هم دارد که من مختصر عرض می‌کنم که در تبصره یک اشاره کرده که تشخیص مرگ مغزی باید توسط کارشناسان خبره در بیمارستان‌های دولتی صورت بگیرد. در تبصره دو اشاره می‌کند اعضای تیم‌های تشخیص مرگ مغزی نبایستی عضویت تیم‌های پیونددهنده را داشته باشند. و تبصره سه که مهم است اشاره دارد که پزشکان عضو تیم از جهت

جراحات وارده بر میت مشمول دیه نخواهند گردید. حالا سوالاتی که به هر حال در بحث مباحث حقوقی مطرح است یکی این است که چرا شورای نگهبان اساساً در ارتباط با این ماده واحده اظهار نظری نکرد و با سکوت شورای نگهبان این ماده واحده لازم الاجرا شد دوستان اطلاع دارند که مصوبات مجلس به مدت ده روز فرصت هست که از سوی شورای نگهبان اعلام نظر بشود. چنانچه اعلام نظر صورت نگیرد، لازم الاجرا می‌شود و برای اجرا ابلاغ می‌شود. در ارتباط با این ماده واحده شاهد این مسئله هستیم که هیچ اظهار نظری صورت نگرفت و در نهایت، لازم الاجرا شد و این پرسش برای همه مطرح است که چرا شورای نگهبان اظهار نظری در این ارتباط مطرح نکرد. سوال دوم حقوقی که در واقع از جناب آقای دکتر عباسی داریم مسئله نحوه دادرسی محاکم نسبت به اخذ دیه یا قصاص در مواردی که قتل غیر عمد باشد دیه و در مواردی که قتل عمد باشد آیا در محاکم ما حکم به دیه و قصاص صورت گرفته یا فرض کنیم کسی در یک جنایتی تبدیل شده به مرگ مغزی و مبتلا به مرگ مغزی شده می‌خواهیم ببینیم که در این رابطه آیا محاکم ما پرونده و حکمی دارند یا نه؟ و نکته سوم که اگر اشاره بفرمایید و استفاده بکنیم در فرصتی که هست در آیین نامه اجرایی ماده واحده اشاره کرده که منظور از ولی میت وراثت کبیر قانونی است در واقع این تعبیر برای چی آمده چون به هر حال میت

وراثی دارد و این وراث ممکن است صغیر باشد کبیر باشد چرا در خصوص مرگ مغزی قانونگذار تعبیر به وراث کبیر کرده. خیلی متشکر می‌شویم که توضیحات را بفرمایید.

دکتر محمود عباسی: بسم الله الرحمن الرحيم سلام و عرض و ادب احترام دارم خدمت اساتید بزرگوار و حضار گرامی. استفاده کردیم از نقطه نظرات استاد ارجمند جناب حجت الاسلام و المسلمین آقای بستانی. البته پرداختن به این نکاتی که آقای کریمی‌نیا فرمودند، من فکر می‌کنم زمانی میسر و میسر بود که ما ادامه مباحث جلسه گذشته مان را داشته باشیم. در جلسه گذشته تقریباً به یک نقطه اجماعی رسیدیم در ارتباط با مرگ مغزی و دیدگاه‌هایی که به هر حال مطرح شد و اتفاقاً مبتنی بر نظریه کارشناسی هم هست، و این نقطه نظرات راه را باز می‌کرد برای ادامه این مسیر. الان ابتدای این جلسه مطالبی مطرح شد که من فکر می‌کنم که برخی از ابهاماتی که همچنان وجود دارد از حیث موضوع و موضوع شناسی اگر ما این مطالب را نادیده بیانگاریم مسلماً احکامی که بر آن بار می‌شود آن نتایج مطلوبی که باید داشته باشد را نخواهد داشت. در صحبت‌ها و سخنرانی ارزشمند جناب آقای بستانی دو نکته اساسی وجود داشت که به نظر من حداقل از حیث کارشناسی قابل خدشه است. اولین نکته این هست که در هر صورت اینجا عرفی که ملاک عمل قرار می‌گیرد عرف عام نمی‌تواند باشد یعنی عامه مردم نمی‌توانند تشخیص بدهند که این فرد

مبتلا به مرگ مغزی است این نیازمند عرف خاص است فقط متخصصین و پزشکان می‌توانند تشخیص بدهند اگر منظور ایشان صرفاً این هست که نه، آن مرگ قطعی و مرگ شرعی که ما در واقع از آن سخن می‌گوییم مبتنی بر عرف عام است خوب این یک بحث دیگر است چون موضوع بحث ما مرگ مغزی است بنابراین در اینجا عرف و عرفی که مبنای کار قرار می‌گیرد عرف متخصصین هست به هیچ وجه افراد عادی جامعه نمی‌توانند تشخیص بدهند که این فرد مبتلا به مرگ مغزی هست یا نه. نکته دوم اینکه ما باید بین برخی مؤلفه‌ها و مقولات تفاوت قائل بشویم کما، اغما، مرگ نباتی، مرگ مغزی کاملاً با یکدیگر متفاوت هستند. در کما و اغما فرد برمی‌گردد بدون تردید در واقع تحت شرایطی خاص ممکن است برنگردد، ولی در اینجا قاطبه متخصصین می‌گویند که حق نداریم دستگاه را قطع کنیم. هیچ کشوری و هیچ قانونی در این دو حالت اجازه قطع دستگاه را نمی‌دهند. اصلاً چنین چیزی در هیچ کجای دنیا نداریم حتی بیماران و کسانی که ممکن است هفت سال هشت سال ده سال در حال اغما و کما باشند و باز هم چنین وضعیتی داشته باشند. اما نکته اساسی که وجه ممیزه این موضوع است و اگر می‌بینیم که این همه بحث و مناظره دیدگاه‌های مخالف و موافق راجع به آن مطرح می‌شود وجود دارد این است که وضعیت خاص است، در جلسه گذشته عرض کردم کسی که دو سه دهه گذشته مبتلا به مرگ مغزی

می شد دفنش می کردند اساساً کسی تشخیص نمی داد که این مبتلا به مرگ مغزی است. مرگ مغزی می شد به هر حال ممکن بود در فاصله نزدیکی بلافاصله قلبش هم از کار بیفته که این گونه هست. چه چیزی موجب شده که این وضعیت خاص ایجاد بشود. تکنولوژی نجات بخش جامعه بشری شد و زمینه ای را برای پیوند اعضا فراهم کرد. بر مبنای آن ما می توانیم یک بیمار مبتلا به مرگ مغزی را تا دو هفته حداکثر زیر دستگاه نگه داریم و از اعضای پیوندی اش استفاده بکنیم پس به نظر من موضوع کاملاً روشن است مرگ مغزی در واقع وضعیتی است که به هیچ وجه من الوجوه قابل برگشت نیست. اصلاً این طور نیست.

من دیدگاه دانشگاه هاروارد و اکثر کشورهای دیگری که راجع به این موضوع مطرح کردند را خدمتتون عرض می کنم. در تعریف دانشگاه هاروارد که برای نخستین بار مرگ مغزی را در سال ۱۹۶۸ تعریف کرد، می گوید: مرگ مغزی مرگی است که اعمال تنفسی و گردش خون غیرقابل برگشت می شود و یا توقف غیرقابل برگشت تمام اعمال مغز از جمله ساقه مغز را گویند. این تعریف مورد توجه قانون گذاران کشورهای مختلف قرار گرفته و الان قانونگذار ما هم در سال ۷۹ این وضعیت را پذیرفته و بر اساس آن اطلاق می شود. تاکنون حتی یک مورد هم در هیچ کشوری گزارش نشده است که شخص مبتلا به مرگ مغزی برگشته باشد. بنابراین مطلب و نکته اساسی



اینجاست که آیا ما چنین مرگی را که حالا با توجه به بهره‌گیری از تکنیک‌ها و دستگاه‌ها ما می‌توانیم بیمار را به هر حال تا دو هفته نگه داریم. در جاهایی می‌توانیم مرگ مغزی را مرگ قطعی تلقی کنیم. خوب پزشکان جامعه پزشکی در واقع تأکید دارند بر این و دنبال فتوایی می‌گردند که در واقع آقایان فقها بگویند که مرگ مغزی، مرگ قطعی است و همان طور که در جلسه گذشته هم مطرح شد این دیدگاه سومی که در هر صورت می‌گوید به مرگ مغزی وضعیت خاص است، یعنی یک وضعیت خاصی که ما می‌توانیم آن را مرگ مفروض بپنداریم یا مرگ قانونی یعنی قانونگذار بنابر ملاحظات آن را می‌پذیرد چون منافع و آثاری در آن مترتب است و این‌گونه هست و شما می‌بینید به هر حال در اینجا با قواعد عرفی و رایجی که ما درباره تعریف مرگ و معیارهای مرگ قطعی و مرگ شرعی داشتیم این هم‌خوانی ندارد به همین دلیل این تفاوت دیدگاه را ما می‌بینیم دیدگاه کلاسیک و دیدگاه سنتی درباره مرگ مرادف با توقف قلب است و سرد شدن بدن. اما در مرگ مغزی چنین اتفاقی نمی‌افتد مغز از کار افتاده و در آنجا دستگاه اصلی و اساسی برای در واقع فارغ و مرز بین حیات و مرگ بود قلب و توقف آن به معنا و مساوی با مرگ تلقی می‌شد. اما در اینجا در واقع مغز از کار افتاده و در استدلال‌هایی که پیرامون این موضوع مطرح می‌شود می‌گویند به هر حال قلب هم از مغز دستور می‌گیرد و چه چیزی باعث

شده که ما بتوانیم این فرد را نگهش داریم؟ همان دستگاه. اگر
 شما دستگاه را قطع کنید بلافاصله ایست قلبی رخ می‌دهد و
 فرد فوت می‌کند و دفنش می‌کنند. البته من پزشک نیستم ولی
 به هر حال چون در جامعه پزشکی در هر صورت ارتباطاتی که
 داریم و مطالعاتی که در این حوزه داشتیم این دو نکته کاملاً
 مسجل و روشن هست. حداقل از دیدگاه متخصصین در جلسه
 گذشته می‌دانید که برخی از پزشکان و متخصصینی که اتفاقاً
 بانیان اصلی این حوزه هستند حضور داشتند و آنها دنبال همین
 مقوله و این معرفه هستند و بنابراین من فکر می‌کنم موضوع
 یک مقداری عوض می‌شود یعنی اولاً آن بحث عرف خاص.
 دوم اینکه در هر صورت این وضعیتی که در اینجا حاکم هست
 و تفاوتی که با سایر مؤلفه‌های نزدیک به این دارد اینها به هر
 حال باید بازشناسی بشود و از حیث موضوع‌شناسی حداقل
 باید کاملاً روشن باشد تا دیدگاه‌هایی که بر آن مترتب بشود باز
 شود. اما نکته‌ای که در سؤال هم مطرح شد که چرا شورای
 نگهبان سکوت کرد در قبال این مسئله، من فکر می‌کنم به
 همین ابهامات برمی‌گردد. چون شورای نگهبان هم به این نتیجه
 رسید با یک مؤلفه جدیدی که بر اساس قواعد جاری و ساری
 که در سایر حوزه‌های دیگر ما داشتیم، نمی‌توانست اظهار
 نظری بکند البته این برای شورای نگهبان وجود داشت مخالفت
 بکند آن را غیر شرعی بپندارد یا برخلاف قانون اساسی و بعد
 اختلاف بکند با مجلس بیاید در مجمع تشخیص مصلحت نظام

آنجا از منظر مصلحت به موضوع نگاه بشود ولی من فکر می‌کنم که در اینجا با توجه به اینکه همین قدر هم شاید به هر حال از یک طرف نیاز شدید جامعه که آمارها نشان می‌دهد همان طور که جناب آقای کریمی نیا به آن اشاره کردند آمارها نشان می‌دهد که سالیانه ۵۰۰۰ تا من می‌خواهم اصلاح بکنم در کشور ما ده هزار. من جلسه قبل هم عرض کردم که سالیانه ده هزار پیوند قرنیه نیازمندیم که دو هزار تای آن تأمین می‌شود و همین طور در سایر حوزه‌ها صدها هزاران نفر محتاج و نیازمند هستند. عرض کنم که اعضای سایر اعضای رئیسه هستند که در هر صورت پشت درهای بیمارستان محتاج و چشم به راه هستند، اما خوشبختانه در حوزه پیوند کلیه کشور ما یکی از سرآمدهای این حوزه هست و در پیوند کلیه ما مشکل نداریم چون پیوند افراد زنده به زنده را داریم. از آنجا که ارتباطاتی با دادسرا و هم با نظام پزشکی داریم در این حوزه پرونده‌ای نداشتیم که به لحاظ مرگ مغزی و شکایتی که در این حوزه از سوی اولیای قانونی آنها مطرح بشود، ولی اگر هم مطرح بشود دادرسی ما هیچ تفاوتی با سایر موضوعات دیگر ندارد یعنی اگر فرض کنید که یک کسی که در نتیجه تصادف، منجر به مرگ مغزی شده ما مانند سایر مواردی که در آن حوزه‌ها داشتیم، برخورد می‌کنیم. اگر منجر به مرگ او بشود، طبیعتاً در واقع تعمدی باشد، قصاص می‌کنیم. اگر در رانندگی که نه تعمدی در مورد قتل عمد باشد، در آنجا غیر عمد محسوب

می‌شود و هیچ تفاوتی با بقیه موارد نمی‌کند.

کریمی‌نیا: یعنی به نظر شما اگر مرگ مغزی اتفاق بیفتد

باید صبر کنیم بینیم نتیجه چه می‌شود؟

دکتر محمود عباسی: اگر فرد را به بیمارستان ببرند و

وظایف خود را انجام دهند و در آنجا مرگ مغزی اتفاق بیفتد با

حالتی که فرد را به بیمارستان نرساند، متفاوت خواهد بود، ولی

در هر صورت اگر به بیمارستان هم منتقل شود و بعد از دو

هفته فوت کند، به هر دلیلی مانند سایر موارد با او برخورد

خواهد شد.

در خصوص ولی میت، در هر صورت، آنجا که قانونگذار

پیش‌بینی کرده می‌گوید که در واقع فرزندان یا فرزندان کبیر

رضایت می‌دهند در هر صورت قانونگذار در صدد رفع یک

مشکل بوده برای جامعه. بنابراین، چون به هر حال یک

مصلحتی را تشخیص داده و بر اساس این مصلحت این اتفاق

افتاده و مسلماً نتایجی که در جهت بهره‌مندی از این اعضای

پیوندی متوجه جامعه بوده زمینه را ایجاد کرده که قانونگذار به

این دیدگاه برسد و این زمینه را فراهم بکند برای پرداختن به

این موضوع.

حجت الاسلام والمسلمین کریمی‌نیا: تشکر می‌کنیم از

جناب آقای دکتر عباسی. دوستان توجه دارند که جلسه ما

دیگر آن چیزی که برای دادگاه‌های ما نظام پزشکی و

دستگاه‌های اجرایی لازم هست قانون هست و اگر مباحث

فقهی هم مطرح می‌شود در واقع پشتوانه‌ای هست برای قانون و حقوق و همین مباحث فقهی و حقوقی می‌تواند زمینه پیدایش قوانین را داشته باشد. در هر حال ما اینجا دو مقام داریم مقام افتاء و نظریه‌پردازی و مقام قانون و حقوق و آن چیزی که در واقع برای دستگاه‌های ما کار ساز است و قابل استناد است همین حقوق هست و قانون هست به عبارت دیگر پزشکان ما نمی‌توانند استناد کنند به فتوای فقها برای اینکه خودشان را تبرئه کنند یا حق خودشان را اثبات کنند بلکه باید استناد کنند به قانونی که در این ارتباط وجود دارد بنابراین اهمیت قانون برای دستگاه‌های اجرایی و دستگاه‌های دست اندرکار در مسئله پیوند اعضا و مرگ مغزی است. از صحبت‌های دو استاد بزرگوار اگر بخواهیم جمع‌بندی کنیم این به دست می‌آید که فاضل ارجمند جناب حجت‌الاسلام آقای بستانی فرمودند مرگ مغزی مرگ طبیعی نیست و همین نکته را هم البته جناب آقای دکتر عباسی اشاره کردند با این اضافه که ما آن را مرگ حقوقی یا مرگ قانونی می‌دانیم به این معنا که ما فرض می‌کنیم که او مرده و از نظر قانونی و حقوقی او را مرده محسوب می‌کنیم که توجه دارید به آثار این مسئله. در هر حال استفاده می‌کنیم در ادامه جلسه از صحبت‌های حاج آقای بستانی سؤالات قبلی خودمان تکمیل نشد یعنی در واقع آن سؤالات فقهی که در مورد احکام هست باقی ماند احکام تجهیز و حقوق مالی و امثالهم و ما یک سؤال دیگر هم

می‌خواهیم اضافه بکنیم. اگر چنانچه در تصادفات که شبه عمد هست یا اگر جنایتی اتفاق بیفتد و فردی دچار مرگ مغزی بشود از نظر حضرت‌عالی دادگاه چه رأیی را باید نسبت به ضارب صادر بکند آیا قصاص یا دیه و جزئیاتی که اینجا علی‌القاعده مطرح است و استفاده می‌کنیم.

جعفر بستانی نجفی: بسم الله الرحمن الرحيم. بسم الله الرحمن الرحيم. اینکه فرمودند که ما نباید برویم سراغ عرف عام و ملاک عرف خاص است حرف درستی نیست و دلیل آن را گفتیم شارع با مردم صحبت می‌کند با عرف عام، عرف عام از مرگ چه می‌فهمد باید دنبال آن برویم و نخواستم بگویم مرگ مغزی در نظر عرف عام چیست، می‌خواستم ببینم آن چه عرف عام در مورد موت می‌گوید منطبق با موت مرگ مغزی هست یا منطبق نیست از این راه خواستیم برسیم.

پس ملاک عرف عام است در به دست آوردن احکام شرعیه که مورد نظر فقیه است و در محل بحث معلوم شد که حداقل اش این است که نمی‌توانیم بگوییم این شخص مرده است و در نتیجه نمی‌توانیم احکام موت را بر آن مترتب کنیم مؤید آن این است که خود متخصصین به وحدت مطلب نرسیدند. شما بهترین تعریف که تعریف دانشگاه هاروارد هست را نگاه کنید می‌فرماید توقف غیر قابل برگشت اعمال تنفسی و گردش خون بعد دوباره می‌گویند و یا توقف تمام اعمال مغز از جمله ساقه مغز که دارای علائم خاصی است

واضح است که بین دو قسمت عام و خاص مطلق است. اولی‌اش اعمال غیر قابل برگشت اعمالی تنفسی و گردش خود دومی توقف تمام اعمال مغز از جمله ساقه مغز که دارای علائم خاصی است این دایره‌اش اوسع از اولی است.

اولی مربوط به اعمال تنفسی و گردش خون و توقف اینهاست دومی مربوط به نه تمام اعمال مغز که تمام اعمال بدن متوقف می‌شود و چون تنويع بین عام و خاص معنی ندارد پس لابد مراد از یا تردید است و تردید کاشف از عدم وضوح مفهوم برای آنها است.

در جلسه قبل فرمودید تعریفی که آلمانی‌ها دادند گفتند در حکم مرگ است. چرا نگفتند مرگ، گفتند در حکم مرگ است. زائد بر آن شما نقد فرمودید در جلسه‌ای که بودید آقای ولایتی بودند آقای سیم فروش و دیگران آقای ولایتی گفتند مرگ موت نیست که گفته مرگ طبیعی است وقتی بین خودشان اتفاق نیست چطور توقع دارند که ما بیاییم حکمی بکنیم بر موضوع مورد تردید از طرفی در همین جا اگر ملاحظه کنید آقایان می‌گویند که نوعاً بر نمی‌گردد نوعاً یعنی چه کلاً بر نمی‌گردد یا غالباً بر نمی‌گردد.

اگر غالبی است چگونه احراز کنیم که این شخص مصداق غالبی است و علائم حیاتی او بر نمی‌گردند تا بتوانیم حکم به موت او کنیم؟ در هر حال سوال کرده بودند اگر بر اثر تصادفات چه عمد و چه غیر عمد فرد دچار مرگ مغزی گردد

حکم آن چیست؟ اگر مغز بر اثر جنایت از کار بیفتد دیه کامل دارد موت باشد یا نباشد مهم نیست دیه کامل تعلق می‌گیرد می‌ماند. قصاص نیز ندارد چون صلاحیت برای مقابله به مثل ندارد ما نمی‌توانیم بگوییم همان‌طور ضربه بزن که او به تو ضربه زد که همان اثر را داشته باشد اگر او مغز را از کار انداخت شما همان‌طوری بزن که از کار بیندازد این قابل تحقق نیست مثل ضربه‌های دیگر نیست دستش را ببر. این جور جایی نمی‌شود قصاص کرد فقط همان دیه دارد نسبت به آن حکم بعدی همین حالت منجر به موت شد دیه‌اش تکرار و تشدید پیدا نمی‌کند نسبت به دیه کامل. سؤال بعدی که فرض کنید در این مسأله متحیر شدیم نتوانستیم بفهمیم موت است یا نه؟ نه از این باب که پذیرفتم که حد وسط است اصلاً معقول نیست این یا موت است یا حیات است معنی ندارد نه موت باشد نه حیات حد وسط نداریم در هر حال ما می‌گوییم که نه نتوانستیم احراز کنیم نه موت نه حیاتش را این غیر از دیدگاه سوم ادعا شده است. دیدگاه سوم معنا ندارد می‌ماند اینکه در مسأله موت فرض کنیم که متحیر ماندیم متخصص هم نتوانست تشخیص قاطع بدهد. آیا می‌شود از زیر دستگاه بکشیم و ببریم تجهیزش کنیم دفنش کنیم. نمی‌شود این کار را انجام دهیم. حفظ نفس محترمه مادامی که احراز موت نشده واجب است باید این قدر بماند که از قابلیت گردیدن خون بوسیله دستگاه در آن باشد ده روز بعد کمتر بیشتر هر چه

هست. ما حق نداریم این کار را بکنیم از جهت شرعی. چون این میت نیست از نظر ما و احکام بر موت بار شده است لذا اگر کسی آمد با یک شمشیری با یک آلت قتاله این را دو نیمه کرد نمی‌توانیم بگوییم حتما قاتل است چون حیات بر ما محرز نشده است چنانچه موت نیز محرز نشده است نسب به ورثه هم تجهیز او جایز نیست احکام رفته روی موت و موت محرز نیست لذا نوبت به نماز و کفن و دفن نمی‌رسد.

آیا اطلاعات داریم؟

نه اطلاع نداریم.

حفظ ایشان به چه دلیل واجب است؟ اجماع بر وجوب حفظ نفس محترمه داریم تا موت ثابت بشود؟

لذا عموماً فتوا داده‌اند که در مجاعه شما غذا دارید می‌توانید بهش بدهید واجب است بدهید اگر بهش ندادید خودش می‌تواند بیاید بر دارد.

آیا قیاس است؟

قیاس نیست، چون دلیل نیست، دلیل اجماع است.

نسبت به این جهت که فرمودند که ولایت و وصایت و قیمیت چه خواهد بود این اگر ضافه به فاعل است یعنی قیمیت خودشان بله در این حالت بر خودشان قیمیت ندارند و اگر اضافه به مفعول است که در صورت بالغ بودن، بر این‌ها قیمیت نداشته الان هم ندارد و در صورت بالغ نبودن پدر و جد و وصی و حاکم بر او قیمیت داشته ولی

حفظ در حدّ مصلحت او می‌تواند تصرف کند نسبت به مسأله ولد اکبر آنکه اولی به میت است اولی به میراث است. بله موضوع میت است ولی در ما نحن فیه موضوع محرر نیست تا بخواهیم این بحث‌ها را مطرح کنیم. نسبت به این که اگر خودش اجازه بدهد که در حالت مرگ مغزی بتوانند بدنش را تشریح کنند و اجزایش را بردارند برای دیگران آیا چنین اجازه می‌تواند بدهد؟ مشروعیت آن محرر نیست وصیت آن نیز فایده ندارد. بله در یک مورد اگر مریض برائت بدهد نسبت به دکتر فایده دارد روایت نیز دارد آقایان هم عمل کردند به روایت گفتند ضمان نمی‌آورد برای او دیه ندارد برای او اما در مریض است نه در مرگ مغزی لذا برائت او یا اجازه او هیچ فایده‌ای ندارد چون این کار مشروع نیست وصیت او هم فایده‌ای ندارد و اذن او هم هیچ ارزشی ندارد می‌ماند تراحم که مورد سؤال اخیر است فرض کنید که این آقا مرگ مغزی شده است آن آقا هم ولی از اولیا الله تراحم بین اهم و مهم است اینجا کسی مناقشه نمی‌کند که می‌شود عضو این را برداشت ولو اولیاء او اجازه ندهند و این که فرمود جواز کافی است یا اذن قبلی لازم است نه؟ اگر اهم و مهمی در بین باشد اذن نمی‌خواهد و اگر اهم و مهمی در بین نباشد متساوی باشند دلیل نداریم برای این کار، اجازه هم فایده‌ای ندارد و کار را درست نمی‌کند. (صلوات)

دبیر جلسه: تشکر می‌کنیم از جناب حجت الاسلام آقای



بستانی که تقریباً به بیشتر پرسش‌هایی که در این ارتباط مطرح هست پاسخ دادند سوالاتی دوستان داشتند که برخی از این سوالات در صحبت‌های جناب استاد آمده بود و پاسخ آنها مطرح شد علی القاعده جناب آقای دکتر عباسی هم مطالبی خواهند داشت که در این ارتباط توضیح خواهند داد من برای اینکه سوالات حقوقی در این ارتباط را مطرح بکنم و مقدمه‌ای باشد برای صحبت‌های ایشان به این نکته اشاره می‌کنم که این ماده واحده‌ای که در ارتباط با مسئله مرگ مغزی از سوی مجلس تصویب و ابلاغ شده اشکالاتی دارد و مهمترین اشکالش کمبودهایی است که در این ماده واحده و آیین نامه‌هایش مشاهده می‌شود که به هر حال با توجه به حجم گسترده‌ای که در کشور از جهت پیوند اعضا و یا مرگ مغزی وجود دارد به نظر می‌رسد که این ماده واحده و آیین نامه اجرایی که برای آن تدوین شده گویای آن نیازها نیست پاسخ به آن نیازها را نمی‌دهد و کمبودهایی در این ماده واحده و آیین نامه اجرایی مشاهده می‌شود که من به بعضی از اینها اشاره می‌کنم که اگر ایشان پاسخی داشتند جواب خواهند داد یکی اینکه اگر مبنا و پشتوانه اصلی این ماده واحده فتوای امام راحل و مقام معظم رهبری باشد چرا برداشت عضو، مقید به حالت ضرورت یا همان حکم ثانوی نشده و این بحث، به طور مطلق مطرح شده و مقید به ضرورت و یا استراق نشده، اشکال دیگری که می‌خواهم اینجا مطرح کنم. در رابطه با این ماده

واحد، در مورد نحوه شکایت از پزشکان یا تیم جراح ما چیزی را در این مجموعه نمی‌بینیم و سوداگری و قاچاق اعضای بدن که دارد اتفاق می‌افتد و به هر حال دلال‌ها اینجا بازارشان داغ است و اعضا را از افراد می‌گیرند واسطه می‌شوند برای افرادی که نیازمندند و از این طریق سوداگری و قاچاق اعضای بدن اتفاق می‌افتد. مسئله بررسی ضرر و خطر در اهدای عضو این اساساً در این ماده واحد و آیین نامه نیامده که آیا در مواقعی که اهدای عضو با خطر همراه است اساساً در این ارتباط سکوت دارد و مطلبی بیان نشده است. آیا این عضو اهدایی مالیت دارد یا ندارد. مسئله صحت یا بطلان معاملاتی که در این ارتباط انجام می‌شود برای خرید و فروش انجام می‌شود مثلاً کلیه به مبلغ ۷ میلیون تومان و اعضای دیگر همین طور این معاملاتی که انجام می‌شود در مورد صحت یا بطلانش قانونگذار ساکت است و حرفی نزده است همین طور در مورد جواز یا ممنوعیت تشریح یا کالبدشکافی مردگان مغزی برای مطالعه و آموزش باز قانون اینجا ساکت است و حرفی نزده است. در مورد فرض اذن حاکم شرع در جواز برداشت عضو مردگان مغزی آن مردگان مغزی که مجهول الهویه هستند باز اینجا قانونگذار ساکت است و اشکالات دیگری که من در اینجا ادامه نمی‌دهم حتماً ایشان این موارد را اطلاع دارند می‌خواستم ببینم که در این ارتباط واقعاً چه راه چاره‌ای وجود دارد و چه پاسخی برای این مسئله وجود دارد خواهش می‌کنم



در عرض ده دقیقه اگر مطالبتون را بیان بفرمایید که ما بتوانیم سوالات شفاهی هم از حضار جلسه داشته باشیم.

خب تشکر می‌کنم من دو سه نکته را لازم است که در مورد سخنان جناب آقای بستانی عرض کنم ببینید اولاً چون ایشان استناد کردند به تعریف هاروارد، در واقع بین این دو با شرایطی که بیان شده یک نوع مغایرت می‌بینیم من می‌خواهم عرض کنم هاروارد مرگ مغزی را تعریف کرده نه مرگ قطعی را و آن چیزی که در اینجا مؤلفه‌ها و معیارهایی که ما برای مرگ قطعی داریم بیان نشده است. اینجا می‌گوید اگر چنین معیارهایی وجود داشته باشد یک فردی مبتلا به مرگ مغزی است. قانون آلمان هم که در واقع به این استناد کرده دقیقاً درست است خیلی از کشورهای دیگر هم همین کار را کردند قانون آلمان هم می‌گوید که این در حکم مرگ است در حکم مرگ یعنی چه؟ یعنی فرد مبتلا به مرگ مغزی در حکم مرگ قطعی است حالا می‌توانند با شرایطی از اعضای پیوندی اش استفاده کنند این همان دیدگاهی است که تقریباً قانونگذار ما هم پذیرفته است خیلی از قوانین کشورهای دیگر هم پذیرفته‌اند پس بنابراین در تعریف می‌خواهد [البته این تعریف نیست به نظر من] معیارها را بیان می‌کند یعنی معیارهای مرگ مغزی را در هاروارد بیان می‌کند پس بنابراین بین این دو تفاوت وجود دارد که قانونگذاران تفاوت قائل شدند و پزشکان و متخصصین حوزه‌های مختلف هم همین طور. این تفاوت و

اساساً پرداختن یا طرح این موضوع توسط قانونگذاران دلالت بر این می‌کند اگر مرگ مغزی مرگ قطعی بود اساساً چه نیازی هست که ما امشب جلسات این چینی داشته باشیم پس اینکه قانونگذاران متعرضش می‌شوند شرایطی را برایش بیان می‌کنند ویژگی‌هایی را می‌گویند دلالت بر این می‌کند که به هر حال بر اساس ضرورت و مصلحت و نیاز جامعه و مسائلی از این دست برای رفع مشکلات جامعه خواسته‌اند و تدبیر بیندیشند و در خصوص مسئله به اصطلاح پرداخت دیه دقیقاً دیدگاه‌های قانونگذار ما منطبق با موازین شرعی هست و بر اساس اصل چهارم قانون اساسی قوانین و مقررات کشور باید مبتنی بر موازین فقهی باشد یا حداقل مغایرتی با موازین فقهی نداشته باشد، اما یک نکته‌ای که در واقع وجود دارد اگر یک فردی شخصی را عمداً مورد ضرب و جرح قرار دهد، صدمه‌ای به آن وارد کند و این مبتلا به مرگ مغزی بشود یعنی آن آسیب آنچنان باشد که مبتلا به مرگ مغزی بشود اگر عمداً چنین اتفاقی انجام بدهد از نظر قانونی به عنوان قتل عمد تحت تعقیب قرار می‌گیرد و مستوجب قصاص است هیچ تفاوتی نمی‌کند که الان فوت بکند یا ده روز دیگر فوت بکند در هر صورت قتل عمد است و تحت این عنوان هم به اصطلاح هم فرد تحت تعقیب قرار می‌گیرد از نظر قانونی و آن حکمی که من می‌خواستم اشاره بکنم راجع به فرزند کبیر حکم انحصار وراثت همان طوری که اشاره شد به هر حال قانونگذار



خواسته که راهکاری را فراروی جامعه بگذارد که این ضرورت و این نیاز به شکلی فراهم بشود و در واقع تا اینکه بخواهند بروند حالا حکم انحصار وراثت بگیرند و از نظر قانونی هم هیچ تفاوتی بین کبیر و صغیر وجود ندارد در هر صورت در این گونه مواقع همه اعضا اگر در قتل عمد در سایر موارد بایستی رضایت بدهند رضایت یک شخص کفایت نمی‌کند برای اینکه مسئولیت متهم را یا محکوم علیه را ثابت بکند، ما در واقع در این زمینه چند تا ماده قانونی هست که قابل بررسی هست ولی مخصوصاً ماده ۲۱۷ قانون مجازات اسلامی را من قرائت می‌کنم ملاحظه بفرمایید می‌گوید هر گاه جراحتی که نفر اول وارد کرده مجروح را در حکم مرده قرار دهد و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال دیگری کاری را انجام دهد که به حیات او پایان ببخشد اولی قصاص می‌شود و دومی دیه جنایت بر مرده را می‌پردازد. اگر فردی به طور عادی و متعارف مرتکب جنایتی بشود صدمه و آسیب به دیگری وارد نکند مستوجب مجازات هست و باید عرض کنم اگر فرد فوت بکند و از اعضای پیوندی او استفاده بشود به عنوان جنایت بر مرده که باید دیه بپردازد که قانونگذار ما در مصوبه سال ۷۹ یک استثنایی قائل شده و آن قاعده عام و کلی را تخصیص زده و همچنان که در خصوص فرزند کبیر هم باز قانون مدنی را تخصیص زدن قانونگذار در اینجا به همین شکل است. اما در خصوص مطالبی که فرمودند نواقص این قانون

قبل از آن البته به شکایت از پزشکان اشاره بکنم خب شکایتی اگر طرح بشود علیه پزشکان در حوزه خود مرتکب قصور شده‌اند حالا در اینجا باید ببینیم بررسی کنیم که موضوع چی هست از چه منظر در هر صورت در اینجا مسئولیتی متوجه پزشک نیست در ارتباط با مرگ مغزی و اتفاقاتی که افتاده مگر اینکه بر اساس ماده واحده قانونی پزشکان و اطبا قصوری انجام بدهند و تقصیری انجام داده باشند که از آن حیث تابع تعقیب کیفری باشند که در هر صورت اگر تخلف محسوب بشود که سازمان نظام پزشکی هیئت‌های بدوی و عالی و اگر در واقع جرم محسوب بشود محاکم دادگستری صلاحیت رسیدگی دارند اما واقعاً همان طور که جناب کریمی‌نیا اشاره فرمودند ما واقعاً نواقص زیادی داریم بعضی از موارد را اشاره کردند مشکل خرید و فروش اعضا یکی از معضلات بزرگ جوامع بزرگ امروز بشری است برخی از کشورهای حوزه خلیج فارس منبع تأمین اعضای پیوندی هستند برای کشورهای پیشرفته در آسیای مرکزی تقریباً برخی از کشورها اساساً مرکزیت تهیه و تأمین اعضای پیوندی هستند برای کشورهای اروپایی و امریکایی و کشورهای پیشرفته الان وضعیت یکی از متخصصین به نام پزشکی می‌گفت که ایجاد شده که هر عضو پیوندی که شما الان بخواهید سفارش بدهید ظرف ۲۴ ساعت بعد می‌آیند و در مرکز درمانی به شما تحویل می‌دهند یعنی الان وضعیت این طور شده برخی مؤسسات و مراکز غیرقانونی





ایجاد شده‌اند که اساساً کارشان ترافیک و قاچاق انسان و اعضای پیوندی هست از این رو مجامع بین‌المللی به خصوص سازمان اینترپل توجه خاصی در سال‌های اخیر به این حوزه پیدا کرده است. در کشور خودمان این موضوع رهاست، هم از منظر قانونی و هم بی‌توجهی مسئولان. اما در خصوص پیوند کلیه و خرید و فروش کلیه من می‌خواهم عرض بکنم که البته خب این مطلب که مبتنی بر دیدگاه فقها هم هست بحث خرید و فروش مطرح نیست به این شکل. یک فردی کلیه خودش را به یک انسان نیازمندی در واقع اهدا می‌کند بدون اینکه کسی او را بشناسد انجمن حمایت از بیماران کلیوی این فرد را صدا می‌زند و در واقع مبلغی به عنوان هدیه ایثار به او می‌پردازد حالا این مبلغ چهار تومان و هفت تومان ده تومان گاهی کمتر یا بیشتر در هر صورت این اتفاقات دارد می‌افتد من می‌خواهم عرض بکنم که واقعاً یکی از مشکلات که در این حوزه باید به آن پرداخته بشود به خصوص از منظر فقهی و اخلاقی همین مسائل است. یعنی واقعاً یکی از آقایان اطبا همین چند سال قبل رفت در کنگره بین‌المللی همین مسئله را به صورت خرید و فروش بین اعضا مطرح کرد گفت در ایران کلیه خرید و فروش می‌شود و مستندش هم همین بود. به هر حال دستورالعملی که برخی از فتاوی‌ی که مثلاً فروش خون اشکال ندارد یا برخی از این مسائل از این دست و مبنایش واقعاً از نظر سیاسی و اخلاقی سال‌هاست که برخی از این متخصصین

و صاحب‌نظران دارند تلاش می‌کنند که بک جوری به یک شکلی ترمیم بکنند واقعاً بحث خرید و فروش یکی از مشکلاتی است که در این حوزه وجود دارد که من فکر می‌کنم باید راهکاری برایش ترتیب بشود هم در قانون مدنی ما قوانین و مقررات ما و هم از منظر فکری این هست که خیلی از قواعد مربوط به انفس یا به عبارتی خیلی از قواعد مربوط به اموال توقف پیدا می‌کند از طریق انفس یا تعمیم می‌دهیم به حوزه انفس به هر حال این نوع را نمی‌دانم باید یه راهکاری اندیشیده شود. این کار حوزه‌های علمیه است که به این گونه به مسائل پردازد الان شما ببینید همین که یک فردی که می‌آید رحم خودش را در اختیار می‌گذارد برای اینکه یک فرزندی یک جنینی نه ماه در رحم آن باشد تحت عنوان رحم اجاره از آن یاد می‌شود این به نظر شما نقض کرامت انسانی نیست؟ زیر پا گذاشتن اخلاقیات نیست؟ پایین آوردن شئونات یک انسانی که به هر حال کرامت انسانی او فصل الخطاب فقه و حقوق و اخلاق است. خیلی از مشکلاتی که الان داریم که در قانونگذاری نیازمند بازنگری است. در همین زمینه‌هاست که البته برمی‌گردد به راهکارهایی که فقها باید ارائه دهند. الان بر اساس همین دیدگاه‌های فقهی دو تا پایان نامه در دو دانشگاه راجع به یک موضوع واحد راجع به خرید و فروش اعضا دفاع شده هر دو یکی کاملاً استدلال می‌کند بر اساس ادله فقهی که بله این قابل خرید و فروش است یکی نقطه اصل و مقابل آن



در هر صورت باید یک رویکرد سازنده در این زمینه‌ها پیدا کرد و به خصوص مسائلی که واقعاً در این حوزه‌ها مطرح است من جلسه قبل هم عرض کردم یعنی واقعاً الان پیوند قلب و ریه یک کارها و اتفاقات متحورانه‌ای است که در کشور اتفاق می‌افتد و انجام می‌شود. اینها واقعاً نیازمند این هست که قانونگذار وارد عرصه بشود بازنگری بکند یکی از آقایان متخصصین می‌گفت که در واقع انجام عمل پیوند توأمان قلب و ریه به مثابه این است که هواپیمای در حال پرواز هر دو موتور از کار بیفتند و شما در آسمان بخواهید این دو موتور را تعمیر کنید. این عمل در بیمارستان شهدای تجریش انجام می‌شود. به هر حال، باید راهکارهایی برای حمایت قانونی و همین طور رفع مشکلات و چالش‌های جامعه که واقعاً با آن مواجه است تدبیر بشود تا بتواند مشکلات جامعه را برطرف نماید.

دبیر جلسه: بله خیلی تشکر می‌کنیم از جناب دکتر عباسی سوالاتی اینجا به صورت کتبی مطرح شده که بسیاری از اینها توسط سخنرانان محترم پاسخ داده شده و اینها البته بعضی از سوالات جدید هست فرصت نیست چون دقایق آخر هستیم فقط چند تا پرسش شفاهی را فکر می‌کنم آقای باقری خیلی مترصد هستند.

سؤال: کسی که در اثر استرس یا اضطراب دچار ایست قلبی می‌شود، دکترها جواز دفن هم صادر می‌کنند این چه فرقی دارد با کسی که ضربه مغزی می‌شود و آثار حیات در او دیده نمی‌شود چه فرقی می‌کند بین سنکوب و مرگ مغزی؟

دکتر عباسی: عرض کنم که پرداختن به این مولفه‌ها و مقوله‌ها آثار و تبعات فقهی حقوقی و اخلاقی دارد در ارتباط با همین مرگ مغزی اگر ما همین فرد را مرده بینداریم آثار و تبعاتی که دارد که از هم اکنون شروع می‌شود بحث ارث و وصیت و انتقال اموال به ورثه پاک شدن دیون مؤجله حفظ عده وفات به مدت چهار ماه و ده روز از زمان دفن کردن آن فرد انتخاب همسر چهارم در نکاح دائم یا انفساخ معاملات جایزه که اینها می‌تواند منشأ بسیاری از این آثار باشد یا حتی امکان ازدواج با خواهر وی برای زوج در صورتی که اینها نکاتی است که به هر حال مترتب بر این موضوع است و ما نمی‌توانیم بگوییم نکته اساسی در سوال شما همین است یعنی ببینید آنجا که ایست قلبی هست خب ایست قلبی فرد کاملاً مرده است و تمام است باید دفنش کرد. به قول حاج آقا بستانی عرف عام، حال اگر به قول من عرف خاص می‌گویند مرده جواز دفن برایش صادر می‌کنند اما در مرگ مغزی وقتی که این را کشف کردند دیدند که یک آثاری بر آن مترتب است این آثارش این هست که این دستگاه‌ها این زمینه را برای ما ایجاد می‌کند که این فرد را بتوانیم زیر دستگاه نگهش داریم از اعضا و جوارحش استفاده بکنیم برای نجات جان دیگران خب اگر از این منافع کثیره ما صرف نظر کنیم هیچ من می‌توانم جواز دفنش را صادر کنم علت این اختلافات سر همین موضوع است، وگرنه آن فرد هم مثل ایست قلبی در ایست

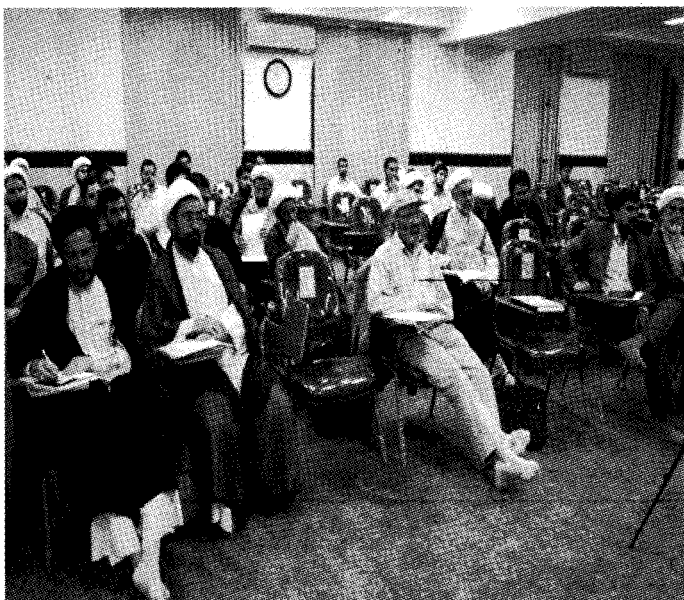
مغزی هم از آن جهت مرده محسوب می‌شود. عرض کردم هیچ کس تاکنون گزارش نکرده که این موردی که حاج آقا می‌فرمایند قطعاً و یقیناً مرگ مغزی نبوده کما بوده اغما بوده برگشته و گرنه مرگ مغزی برگشت ناپذیر است به همین دلیل چون آن منافع کثیره بر آن مترتب است، کشورها راهکارهایی تدبیر کردند. برای اینکه بتوانند از این منافع استفاده بکنند به نفع مردم به نفع جامعه و این هست اراده قانونگذار حالا در کشور ما ابتدا فقها و قانونگذار باید تشخیص بدهد و بر اساس آن راهکارهایی را تدبیر بکنند.

سؤال: آقای دکتر در خصوص ایست قلبی اتفاق افتاده که برگشت حیات به شخص و کارهایی که انجام شده ولی در مسئله سکنه ضربه مغزی امکان برگشتش نبوده

دکتر عباسی: تنها ایست قلبی نیست ببینید یکسری معیارهاست که اینها باید کنار همدیگر باشد تا بگویند که پلک نمی‌زند بدن سرد می‌شود نمی‌دانم ایست قلبی اتفاق افتاده این معیارها را باید کنار همدیگر بگذارید بگوییم بله ممکن است یک کسی چند دقیقه هم بعد از ایست قلبی در هر صورت با دستگاه‌ها و تکنیک‌هایی که در اختیار هست می‌توانند فرد را احیا بکنند بله ممکن است برگشت باشد اگر آن گواهی دفن که در واقع می‌خواهند صادر بکنند این اتفاقات قبل از صدور گواهی دفن است پزشک باید همه این علائم را جمع ببیند آن موقع گواهی و جواز دفن صادر می‌کند.







نشست های علمی مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)



کتابخانه تخصصی
فقه و اصول