**این جزوه صرفا جهت مباحثات روزانه است**

**باسمه تعالی**

درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری **سه شنبه: 11/8/95**

**13950811- وجه دهم**

بحث ما راجع به بررسی ادله و وجوهی بود که بر عدم عمومیت روایت **عمد الصبیّ و خطأه واحد** اقامه شده بود. علاوه بر وجوهی که در جلسات قبل ذکر شد، سه دلیل دیگر بر اختصاص روایت فوق به باب جنایات و یا لا أقل عدم ظهور آن در تعمیم، بیان شده است که یک وجه مشترکی، این سه دلیل را به یکدیگر پیوند می دهد. وجه مشترک آنها این است که در هر سه دلیل، خاص بودن معنای عمد الصبی در روایت **عمد الصبیّ خطأ تحمله العاقلة**، به روایتی که مذیّل به ذیل تحمله العاقلة نیست، سرایت داده شده تا خاص بودن و لا اقل، مجمل بودن **عمد الصبیّ** در آن روایت غیر مذیّل نیز ثابت شود. وجه افتراق این سه دلیل از یکدیگر آن است که هر کدام، از یک زوایه، خاص بودن روایت **عمد الصبی خطأ تحمله العاقله** را اثبات می کند. دلیل اول، همان وجه نهمی بود که در جلسه قبل توضیح دادیم. وجه نهم این بود که با وجود اینکه مرجع ضمیر **تحمله** در این روایت، عنوان عام **عمد الصبی** هست ولی مسلّما عاقلة، عمد الصبی را علی وجه الاطلاق، تحمل نمی کند بلکه فقط در باب جنایات متحمل عمد الصبی می شود. رجوع ضمیر **تحمله** به **عمد الصبیّ** که یک عنوان عام می باشد، کاشف از این مطلب است که در کلمه عمد، یک نوع معهودیتی وجود دارد و به اعتماد آن معهودیت، کلمه عمد بر خصوص جنایت عمدی اطلاق می شود. این معهودیت، منشأ می شود که حتی در روایتی که آن ذیل **تحمله العاقلة** را هم ندارد، قیدی برای **عمد الصبی** ذکر نگردد و به اختصاص این عنوان به باب دیات تصریح نشود.

**وجه دهم**

وجه دهم وجهی است که در کلام حاج آقا بیان شده است. عبارتی از شرایع و قواعد علّامه هم فی الجمله به این وجه اشاره کرده است. ایشان می فرماید: در روایت عمد الصبی خطأ تحمله العاقله، مراد از خطا، خطای محض است نه مطلق غیر عمد. در باب جنایات ما سه نوع قتل داریم. قتل عمد، قتل شبه عمد، یا شبه خطا و قتل خطای محض. در مورد قتل شبه عمد و خطای محض، که در مقابل عمد هستند، عنوان جامع خطا، صدق می کند. آن قسمی که در مورد آن، بحث تحمّل عاقله مطرح می شود، خطای محض است. بنابراین در روایت عمد الصبی خطأ، خطای به معنای اخص اراده شده است. نه خطا به معنای اعم که در مقابل عمد قرار می گیرد. تنها جایی که خطا به معنای اخص، حکم دارد، باب جنایات است. در فقه، باب دیگری نداریم که خطای به معنای اخص حکم داشته باشد. پس روایت عمد الصبی خطأٌ، در واقع به معنای عمد الصبی خطأٌ محض می باشد. تعبیر عمد الصبی خطأٌ محض، در شرایع محقق[[1]](#footnote-1) و

قواعد علامه[[2]](#footnote-2) ذکر شده و شروح شرایع و قواعد هم به تبع آنها، از این تعبیر استفاده نموده اند. این عبارت محقق و علامة در واقع اشاره به این مطلب است که تحمّل عاقلة مختص به خطای محض است نه مطلق خطا.

**مناقشه حاج آقا در وجه دهم**

حاج آقا پس از بیان این تقریب، اشکالی را بر آن مطرح می کنند. این اشکال مبتنی بر یک مقدمه است که آن را توضیح میدهیم: در میان فقهاء، یک بحثی مطرح است و آن اینکه که آیا تحمل عاقله، در مطلق خطاست چه خطایی که شبه عمد باشد و چه خطایی که خطای محض باشد، یا اینکه اختصاص به خطای محض دارد؟ ابو الصلاح حلبی قائل است که تحمل عاقله در مطلق خطاست. حاج آقا می فرمایند: ما بر خلاف مشهور نظر ابو الصلاح حلبی را پذیرفتیم و طبق این مبنا دیگر استدلال ما بلا وجه خواهد بود. چون طبق نظر ما، تحمّل عاقله هم در خطای محض است و هم در شبه عمد.

فرق بین خطای محض و شبه عمد در این است که در خطای محض اصلا ذمّه خود قاتل مشغول نمی شود ولی در شبه عمد، هم ذمّه خود قاتل مشغول است و هم ذمه عاقله. پس خطای محض و شبه عمد، در تحمل عاقله مشترک هستند. البته آقای خوئی نظری بر خلاف نظر هر دو گروه دارند.

در روایت عمد الصبی خطأٌ تحمله العاقله، اگر بگوییم که تحمله العاقله ناظر به بیان یک حکم تکلیفی بوده و تنها در صدد بیان این مطلب است که آن کسی که تکلیفاً وظیفه دارد دیه را بپردازد، عاقله هست. اما دیگر کاری با این مطلب ندارد که ایا علاوه بر عاقلة، شخص دیگری هم مشغول الذمه می شود یا نه. در این صورت، مطابق با مبنای حاج آقا خواهد بود.

ولی اگرکسی از این روایت، اینگونه استظهار کند که در عمد صبی، وضعا و تکلیفا، غیر عاقلة وظیفه ای ندارد و تمام وظیفه بر عهده عاقله می باشد در این صورت باید، خطأ در این روایت را به معنای اخصّ آن یعنی خطای محض بگیریم. چون بنا بر مبنای حاج آقا، در شبه عمد، قاتل هم مشغول الذّمه می شود.

بنابراین بحث، مبتنی بر آن است که ما از روایت چه استظهاری کنیم. انصاف آن است که استظهار معنایی غیر از معنای حاج آقا مشکل است. گرچه من نمی خواهم صرفا معنای حاج آقا را استظهار کنم و بگویم حتما روایت ناظر به بیان حکم تکلیفی تحمّل عاقله بوده است و نسبت به بیان حکم غیر عاقله وضعا یا تکلیفا سکوت دارد. ولی به هر حال این احتمال وجود دارد که روایت، صرفا ناظر به این جهت باشد که در عمد صبی، عاقله، تحمّل خطا می کند. اما دیگر کاری به این بحث ندارد که آیا غیر عاقله هم مشغول الذمه می شود یا نه. مجرد این احتمال باعث می شود که نشود به این روایت تمسک کرد و بگوییم حتما روایت به یک معنای خاصی است. اما اگر استظهار کسی این بود که این روایت ناظر به این جهت هست که فقط عاقله وظیفه دارد و هیچ شخص دیگری، حتی در طول عدم پرداخت دیه توسط عاقله، مشغول الذمه نمی شود و وظیفه ای به عهده اش نمی آید (در قتل شبه عمد اگر عاقله دیه را نپردازد، خود قاتل وظیفه دارد آن را بدهد) طبیعتا باید خطا در این روایت را به معنای خطای محض بگیرد.

سؤال: ما حتی اگر در این روایت، خطا را به معنای عام آن بگیریم، باز هم مراد جنایت خواهد بود و روایت به باب جنایات اختصاص پیدا می کند. پاسخ: نه، بحث این است که این عمد الصبی و خطا یک معنای ویژه ای دارد. این

معنای خاصی را اگر سرایت دهیم به روایت، دیگر نمی شود تعمیم استفاده کرد. اگر قائل شویم، مراد از روایت عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة، این است که عمد الصبی خطأ محض تحمله العاقله و به قرینه ای این معنا را به روایت عمد الصبی و خطأه واحد، سرایت بدهیم، دیگر این روایت دلالتی بر تعمیم ندارد. بعبارة اخری، روایت به این معنی خواهد بود که عمد الصبی و خطأه المحض واحد که طبیعتا مختص به باب جنایات می شود.

**وجه یازدهم**

یک وجه دیگری که حاج آقا اشاره فرمودند این است که بحث تحمّل عاقله در مطلق جنایات نیست. در خصوص قتل و ما بحکم القتل است یعنی جراجات موضحه و ما فوقها. موضحه به جراحتی می گویند که استخوان را آشکار سازد. اما جنایاتی را که در حد موضحه نیست، عاقله تحمل نمی کند. بنابراین، مراد از عمد و خطای صبیّ یک معنای خاصی است و (قتل و ما بحکم القتل) و نمی توان معنای عامی را از آن استفاده نمود.

**سرایت معنای خاص روایت مذیّل به روایت غیر مذیّل**

همچنانکه در ابتدای مباحث عرض کردیم، وجه نهم و دهم و یازدهم یک مقدمه مشترک دارند و آن، این است که وقتی در این روایت مذیّل، معنای خاصی از عمد و خطا اراده شده بود، در روایت غیر مذیّل هم یا همان معنا اراده شده و یا لا اقل مجمل است. اما به چه بیان این معنای خاص را از روایت مذیّل به آن روایت غیر مذیّل سرایت بدهیم؟ بیانات مختلفی توسط حاج آقا و دیگر بزرگان مطرح شده که به توضیح آنها می پردازیم:

**تقریب اول**

این بیان در کلمات حاج آقا وارد شده است. ایشان می فرماید ما اگر این دو روایت – مذیّل و غیر مذیّل – را به عرف متعارف بدهیم، از عمد و خطأ در این دو روایت، یک معنای واحد می فهمد. بنابراین وقتی عمد و خطا در روایت مذیّل به یک معنای خاص بود، در روایت غیر مذیّل هم به یک معنای خاص بکار رفه است. البته ممکن است این بیان برای بعضی افراد قابل قبول نباشد. زیرا قبول آن یک مقداری بستگی به اطمینان شخصی افراد دارد.

فلذا نمی توان استدلال را بر اساس بحث عرف متعارف، به همین جهت ما خیلی بر روی این بیان تکیه نمی کنیم. این بیانی است که در لا به لای فرمایشات ایشان وارد شده و خود حاج آقا هم بر روی بیان دیگری تکیه کرده اند.

**تقریب دوم**

این تقریب در فرمایشات مرحوم امام آمده است. ایشان می فرمایند: از اینکه در روایت مذیّل، بدون قرینه از کلمه عمد یک معنای خاص اراده شده، استفاده می شود که یک نوع معهودیتی در معنای این کلمه وجود دارد. این معهودیت، منشأ شده است که کلمه عمد را مطلق بگذارند و از آن یک معنای خاصی را اراده کنند. فلذا احتمال قوی وجود دارد که در آن روایت عمد الصبی و خطأه واحد هم به همین معهودیت اعتماد شده باشد. البته عبارت مرحوم امام مشخص نمی کند که نتیجه تقریب ایشان، اجمال روایت عمد الصبی و خطأه واحد است یا ظهور آن در یک معنای خاص.

**و أمّا حسنة محمّد بن مسلم، فهی و إن کان لها إطلاق، و مقتضی الصناعة لزوم الأخذ بإطلاقها؛ لعدم التنافی بینها و بین غیرها، لکونهما مثبتین، لکن ورود جمیع الروایات المتقدّمة و غیرها- الواردة فی**

**المجنون و الأعمی فی مورد الجنایة، و کون الحکم فیها معهوداً، یوهن الإطلاق؛ لقوّة احتمال اتّکال المتکلّم علیٰ تلک المعهودیّة فلم یذکر القید.**[[3]](#footnote-3)

**کلام شهید صدر**

مرحوم شهید صدر می فرمایند: اگر در دلیلی، احتمال بدهیم یک قرینه منفصله ای وجود دارد که باعث می شود مراد جدی متکلّم، غیر از آن مراد استعمالی او باشد، اصاله الظهور نافی احتمال قرینه منفصل خواهد بود. زیرا ظهور منعقد شده است و اصاله الظهور می گوید که ظهور حجت است و حجیت ظهور احتمال قرینه منفصل را نفی می کند.

ولی اگر در کلام، احتمال قرینه متصله وجود داشته باشد، نمی توانیم به وسیله اصاله الظهور، آن احتمال را نفی کنیم. زیرا اصاله الظهور، فرع انعقاد ظهور است و با احتمال قرینه متصل نمی توانیم انعقاد ظهور را احراز کنیم. حال سوال اینجاست که در این موارد، چگونه می توان احتمال قرینه متصل را نفی کرد؟ ایشان در حلّ این مشکل می فرماید: قرینه متصل دو گونه است. یکی قرینه متصله ای که در همان مجلس تخاطب وجود داشته است: مثلا امام علیه السلام با دست شان اشاره ای کرده اند و یا با لحن خاصی صحبت نموده اند و یا با قیافه و حرکت دست و امثال اینها یک معنای خاصی را فهمانده اند، در این موارد، وظیفه و دأب راوی این بوده است که آن معانی را منتقل کند. اگر واقعا چنین قرائنی در مجلس تخاطب وجود داشته و راوی آن ها را منتقل نکرده باشد، خطایی از راوی رخ داده است. اصالة عدم خطا راوی این مطلب را نفی می کند.

البته تعبیر ایشان این است که در چنین مواردی، یک نوع شهادت سلبیه ای از راوی وجود دارد. یعنی در واقع راوی شهادت می دهد که در مجلس تخاطب، هیچ گونه قرینه ای وجود نداشته است. البته به نظر ما تعبیر اصاله عدم خطا اصحّ و أدقّ از تعبیر به شهادت سلبیه می باشد. اساسا نکته حجیت شهادت سلبیه، همان اصاله عدم خطا است. شهادت سلبیه به این معناست که راوی ملتفت به عدم وجود قرینه بوده است. ولی اصالة عدم خطا به این معناست که اگر قرینه ای وجود داشته باشد، راوی آن را ذکر می کند و به وجود آن قرینه شهادت اثباتی می دهد. وجود قرینه در مجلس تخاطب و عدم شهادت اثباتی راوی نسبت به آن قرینه به معنای خطای راوی در نقل است. حتی اگر اصلا متوجه وجود آن قرینه نشده باشد.

خلاصه آنکه اگر آن قرینه متصله، قرینه ای باشد که مخصوص مجلس تخاطب بوده است، چه قرینه لفظیه، چه قرینه حالیه ای که کاللفظیه است، با اصاله عدم الخطاء یا با شهادت سلبیه می توان احتمال وجود این قرائن را نفی کرد.

نوع دوم از قرینه متصله، قرائن عامه، یعنی فضا و ارتکاز عامی است که باعث می شود یک لفظ به معنای خاصی منصرف بشود. نقل این قرینه و فضا و ارتکاز عام، وظیفه راوی نبوده و هیچ دأبی هم بر انتقال آن نداشته و بالاتر آنکه، عدم انتقال این قرائن، به عنوان خطا، تلقی نمی شود و اصلا التفات نوعیه به این مسائل و قرائن وجود نداشته است. زیرا غالبا به تأثیر یک فضا و ارتکاز عام در شکل گیری ظهور توجه نمی شود. شهید صدر می فرماید در این نوع قرائن متصله، نه اصاله عدم خطا جریان دارد و نه می توان به شهادت سلبیه تمسک نمود. اگر انسان بواسطه یکسری قرائن شخصیه، نسبت به عدم وجود یک فضا و ارتکاز خاص اطمینان حاصل کند، فبها و احتمال ارتکاز مانع تمسّک به روایت می شود.

**مناقشه در کلام شهید صدر**

به نظر ما این مطلب شهید صدر بر خلاف ارتکاز عقلایی است. یعنی عقلاء در نحوه مشی به مجرد احتمال ارتکاز اعتنا نمی کنند. اگر بیان شهید صدر را بپذیریم، خیلی از مسائل ولو به جهت یک نوع انسداد صغیر، زیر سوال می رود.[[4]](#footnote-4) بله اگر احتمال وجود ارتکاز به حدی قوی باشد که سبب حصول ظن بشود عقلاء به آن توجه می کنند. ولی اگر مجرد احتمال ارتکاز مانع باشد، به طور کلی حجیت ظواهر زیر سؤال می رود در حالی که ما از ادله معتبر استفاده می کنیم که ظواهر برای ما هم حجت است. حجیت ظواهر برای ما، این احتمالات را نفی می کند.

**اصالت عدم نقل**

یک اصلی در کلام آقایان مطرح می شود به نام اصاله عدم نقل. بدین معنی که اصل این است که آن معنایی که یک لفظ در زمان صدور داشته، به معنای دیگری نقل پیدا نکرده باشد. تعبیر دقیق تر از این اصل بنا بر آنچه که در کلام مرحوم آقای صدر وارد شده است، اصاله ثبات ظهور می باشد. اصل این است که آن ظهوری که برای الفاظ روایات در زمان صدور نص وجود داشته، آن ظهور هم الآن هم موجود باشد. اصالة ثبات ظهور، یک اصل عقلایی است.

اگر در زمان صدور نص، قرائن عامی وجود داشته که ظهور الفاظ را به یک نحو خاصی شکل می داده است، عدم انتقال آن قرائن عام، بر خلاف اصل عقلایی اصاله ثبات ظهور است. البته این نکته را هم توجه کنید که این اصل عقلایی، به مناط اماریت و کاشفیت است. یعنی در صورت وجود قرینه بر از بین رفتن ثبات ظهور. دیگر عقلاء به این اصل تمسک نمی کنند.

بنابر این صرف احتمال ارتکاز مانعیت ندارد ولی در مواردی که احتمال ارتکاز و قرینه عامه متصله، یک احتمال قوی باشد، دیگر نمی توان به اصالت ثبات ظهور تمسک نمود. مرحوم امام می فرماید: **لقوّة احتمال اتّکال المتکلّم علیٰ تلک المعهودیّة**. این تعبیر خوبی است. اگر این احتمال بر ارتکاز عام به قدری قوی باشد که آن اماره نوعیه اصاله ثبات را از بین ببرد، وجه قابل استنادی است. آن جاها به آن اعتماد نمی شود. حالا باید دید که آیا واقعا در این جور موارد از آن جور روایاتی که مذیّل هست، می توانیم روایت های غیر مذیّل را این احتمال را استفاده کرد یا خیر.

**و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد**

1. . و كذا الصبي لا يقتل بصبي و لا ببالغ أما لو قتل العاقل ثم جن لم يسقط عنه القود (و في رواية: يقتص من الصبي إذا بلغ عشرا: و في أخرى: إذا بلغ خمسة أشبار و يقام عليه الحدود) و الوجه أن عمد الصبي خطأ محض يلزم أرشه العاقلة حتى يبلغ خمس عشرة سنة. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج4 ص 200 [↑](#footnote-ref-1)
2. . و الصبيّ لا يقتل بعاقل و لا غيره و لا بمثله، و روي «أنّه يقتصّ من الصبيّ إذا بلغ عشرا»، و روي «خمسة أشبار، و يقام عليه الحدود». و الأقرب أنّ عمد الصبيّ خطأ محض يلزم جنايته العاقلة حتّى يبلغ. قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام، ج3 ص 609 [↑](#footnote-ref-2)
3. . کتاب البیع، ج2 ص 35 [↑](#footnote-ref-3)
4. . آیات قرآنی و روایات برای ما هم حجت قرار داده شده اند. حدیث ثقلین می گوید که قرآن و روایات تا روز قیامت حجت است. اعتنا به هر احتمال ارتکازی، بر خلاف حجیت قرآن و سنت است که بواسطه روایات مسلم من جمله حدیث ثقلین برای ما ثابت شده است. این کاشف از آن است که مسأله احتمال ارتکاز عام، به آن سعه ای که آقای صدر فرموده اند، نیست. بلکه باید یک تضییقی برای این مسأهل قائل شد. البته معلوم نیست که خود شهید صدر هم مجرد احتمال ارتکاز را مانع بداند. شاید مراد ایشان یک احتمال قابل توجه معتنی به بوده است. [↑](#footnote-ref-4)