## درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری 22 آذر 1395.

بسم الله الرحمن الرحیم و به نستعین، إنه خیر ناصر و معین، الحمدلله رب العالمین و صلّی الله علی سیّدنا و نبیّنا محمد و آله الطاهرین و اللعن علی إعدائهم اجمعین من الان إلی قیام یوم الدّین

## وجه علیت رفع القلم نسبت به تحمله العاقله

توضیحاتی از شیخ انصاری; پیرامون روایت ابی البختری داده شد. ایشان فرمودند باید بین فقرات این روایت ارتباطی وجود داشته باشد. در تصویر این ارتباط، ایشان دو احتمال مطرح کردند­­، یکی از احتمالات این بود که **رفع القلم** علت تحمل عاقله باشد. در تبیین اینکه **رفع القلم** چگونه می­تواند علت تحمل عاقله باشد، ابوی فرموده­اند که **رفع القلم** علت مستقیم نیست بلکه علت با واسطه می­باشد که ما از آن به **علة العلة** تعبیر کردیم. یعنی از آنجا که ملازمه­ای بین عدم ثبوت دیه بر خود شخص و ثبوت آن بر عاقله وجود دارد، در صورتی که شارع مقدس قلم را از صبی برداشته­ باشد، دیه بر عهده صبی نخواهد بود ، و چون دیه بر عهده او نیست، **بالملازمه** بر عهده عاقله قرار خواهد گرفت.

## تفاوت بیان استاد و بیان آیت الله زنجانی حفظه الله

تعبیر ما متفاوت از تعبیر ابوی بود. تعبیر ما چنین بود که لازم نیست علت به صورت **تمام العلة** در نظر گرفته شود بلکه لحاظ آن به نحو **جزء العلة** نیز کافی می­باشد. گفته شد که روح این دو تعبیر واحد است. لکن تعبیر علیت با واسطه که در کلام ابوی آمده به لحاظ حالت اثبات است، یعنی دلیل بر ثبوتِ لازم، دلیل بر ثبوتِ ملزوم و کاشف از ثبوتِ ملزوم نیز می­باشد. توضیح اینکه از طرفی شارع مقدس مواخذه ( به همان معنای عامی که شیخ فرموده است ) را از صبی برداشته است، که لازمه رفع مواخذه از صبی عدم ثبوت دیه بر او می­باشد. از طرفی دیگر بین عدم ثبوت دیه بر صبی و ثبوت دیه بر عاقله تلازم وجود دارد. بنابراین با فرض عدم ثبوت دیه بر صبی، دیه بر عاقله ثابت خواهد شد و لذا علت عدم ثبوت دیه بر صبی، علت ثبوت دیه بر عاقله خواهد بود. اینکه گفته شد علت **احد اللازمین** علت لازم دیگر است، در واقع علت ملزوم نیست بلکه **اثباتا** دلیل بر ملزوم می­باشد. مراد از علت با واسطه که در کلام ابوی آمده همین است.

لکن ما به نحو دیگری تعبیر کرده و گفتیم: برای اینکه دیه بر عاقله ثابت شود چند مقدمه لازم است که با جمع شدن این مقدمات ثبوت دیه بر عاقله نتیجه گرفته می­شود. مقدمه اول اینکه در صورت حدوث قتل، به دلیل **لا یطل مال امرء مسلم** مصلحت اقتضاء می­کند که مسئولیت آن بر عهده کسی قرار بگیرد. مقدمه دوم اینکه قرار دادن این مسئولیت بر عهده صبی و به عبارت دیگر مواخذه صبی مفسده دارد. مقدمه سوم چنین است: آنچه که مسئولیت آن در وهله اول بر عهده صبی است، عاقله صبی اولی به قبول مسئولیت آن می­باشند. با ضمیمه کردن این سه مقدمه به یکدیگر چنین نتیجه می­گیریم که دیه بر عهده عاقله است. **رفع القلم** موجود در این روایت **جزء العلة** بوده و یکی از مقدمات مذکور (عدم ثبوت دیه بر صبی ) را ثابت می­کند. سایر مقدمات نیز در جای خود ثابت شده و در نتیجه ثبوت دیه بر عاقله اثبات می­گردد.

## احتمالات شیخ; نسبت به معلول روایت

مرحوم شیخ در رابطه با معلول این روایت دو احتمال داده­اند : 1- معلول، عدم ثبوت دیه بر صبی باشد. 2- معلول، ثبوت دیه بر عاقله است. طبق احتمال اول یعنی اگر عدم ثبوت دیه بر صبی، معلول باشد، در این صورت علیت موجود در روایت علت تامه و یا به تعبیر حاج آقا معلول مستقیم خواهد بود؛ یعنی رفع مواخذه منشأ عدم ثبوت دیه بر صبی است. اما طبق احتمال دوم یعنی اگر معلول، ثبوت دیه بر عاقله باشد، در این صورت **رفع القلم، جزء العله** و به تعبیر حاج آقا معلول با واسطه و غیر مستقیم خواهد بود. تعبیر ایشان چنین است:

«فان ذکر رفع القلم فی الذیل لیس له وجه ارتباطٍ الا بأن تکون علهً لأصل الحکم و هو ثبوت الدیه علی العاقله»

در اینجا معلول را **ثبوت الدیه علی العاقله** گرفته­اند. اما در ادامه ایشان چنین می­فرمایند:

«و لا یخفی ان ارتباطها بالکلام علی وجه العلیه أو المعلولیه للحکم المذکور فی الروایه، اعنی عدم مؤاخذه الصبی و المجنون بمقتضاء جنایه العمد و هو القصاص علی بمقتضا شبه العمد هو الدیه فی مالهما لا یستقیم...»

ایشان در اینجا معلول را عدم ثبوت حکم عمد در حق صبی گرفته اند. با توضیحاتی که داده شد روشن می­شود که این عبارت­ها با یکدیگر تنافی ندارند.

## عدم اختصاص مواخذه به امور اخروی

مرحوم شیخ; در ادامه می­فرمایند: از آنجا که بین اجزاء این روایت باید ارتباطی وجود داشته باشد ( یا رفع قلم علت برای **تحمله العاقله** و یا **عمدهما خطأ** علت رفع قلم است ) باید رفع قلم را به نحوی معنا کنیم که اختصاص به مواخذه اخری نداشته بلکه شامل مواخذات دنیوی مانند دیه شود. زیرا در صورتی که ما بخواهیم از این روایت عدم مواخذه صبی **لا بالقصاص و لا بالدیة فی ماله** را استفاده کنیم، این معنا با مواخذه اخروی( که ظهور بدوی روایت بوده و شیخ هم ابتداءا به همین معنا گرفته بودند) سازگار نخواهد بود. به همین جهت این امر خود قرینه بر این است که مراد از مواخذه یک معنای اعمیست که شامل این معانی می­شود.

## مسلوب العباره بودن صبی

شیخ می­فرماید: این معنای اعم مؤاخذه در بحث صحت معاملات نیز جریان دارد. یعنی همانطور که در بیع، بایع مواخذه بر مثمن شده و باید مثمن را به مشتری بدهد و مشتری نیز مواخذه بر ثمن شده و باید ثمن را به بایع بپردازد و یا در بحث اقرار **المقر یؤخذ باقراره** و باید آنچه را که اقرار کرده به **مقرّ له** تحویل نماید، همه این مأخوذیت­ها توسط **رفع القلم** برداشته می­شود و لذا صبی هیچ مأخوذیتی نخواهد داشت. عدم این مأخوذیت­ها به معنای بطلان معامله صبی می­باشد. زیرا اگر معامله صحیح باشد، باید این مأخوذیت­ها وجود داشته باشد، و ممکن نیست که معامله­ای صحیح باشد اما این مأخوذیت­ها وجود نداشته­ باشند[[1]](#footnote-1). نتیجه اینکه معنای **رفع القلم** بطلان معامله می­باشد[[2]](#footnote-2).

ممکن است گفت شود این روایت تنها ناظر به اموری است که صبی آنها را بدون اذن ولی خود انجام می­دهد اما این روایت صحت اموری که صبی با اذن ولی انجام می­دهد را نفی نمی­کند. شیخ در پاسخ از این اشکال می­گوید: اطلاق این روایت اقتضاء می­کند که قلم از صبی مطلقا برداشته شده باشد چه صبی مستقلا کاری را انجام دهد و یا به اذن ولی اقدام به عملی نماید، به عبارت دیگر صبی مطلقا مأخوذ نیست چه اذن از ولی داشته باشد یا نداشته باشد.

حال که معامله صبی حتی با وجود اذن از ولی باطل است، این معنا به دست می­­آید که صبی **مسلوب العباره** می­باشد . چون اگر عدم مأخوذیت صبی به صورت عدم مأذون بودن از جانب ولی اختصاص داشت، ممکن بود نکته عدم صحت معامله، محجور بودن صبی باشد. این مطلب مسلم است که صبی محجور است اما بحث در مقام در این جهت است که آیا الفاظ صبی بی اثر و بی خاصیت است؟ و آیا انشاء صبی اثری ندارد؟ در این مقام ما در صدد اثبات **مسلوب العباره** بودن صبی و عدم ترتب اثر بر انشاء صبی هستیم. اگر عدم مأخوذیت صبی تنها در جایی باشد که او مأذون نباشد، در این صورت ممکن است این حکم به دلیل محجور بودن او باشد لذا گفته می­شود که او بدون اذن ولی، حق انجام معامله­ای را ندارد. اما شیخ; می­فرماید: اطلاق این روایت اقتضاء دارد که صبی حتی با اذن ولی هم مأخوذ نیست و این اطلاق وجهی ندارد مگر اینکه گفته شود صبی **مسلوب العباره** می­باشد.

این بحث نیاز به یک تکمله­ای دارد، زیرا ممکن است گفته شود اینکه شما می­گویید صبی مأخوذ به مال نیست، این کلام در صورتی جریان دارد که صبی بخواهد نسبت به اموال خود معامله­ای را انجام دهد، اما اگر صبی نسبت به اموال دیگران عقد بیعی را اجرا کند و تنها مجری صیغه باشد، در این صورت صبی مأخوذ نخواهد بود، بلکه صاحب مال ماخوذ می­گردد. از این رو ما در این جا نیازمند یک القاء خصوصیت عرفیه هستیم. فلذا باید گفت اگر انشاء صبی نسبت به اموال خود اثر نداشته و لفظ او بی اثر باشد، در جایی که نسبت به مال دیگری هم بخواهد معامله­ای انجام دهد، الفاظ او اثری نخواهد داشت. زیرا جایی که معامله برای صبی باشد خصوصیتی را در الفاظ او ایجاد نمی­کند بلکه شارع در تمام موارد الفاظ صبی را **کلا لفظٍ** قرار داده است.

بله اگر نکته عدم صحت معامله محجور بودن صبی بود، در این صورت گفته می­شد الفاظ او نسبت به اموال دیگران اثر دارد. اما با توجه به بیان شیخ; که صبی را **مسلوب العباره** دانستند فرقی بین الفاظ صبی نسبت به اموال خود و بین الفاظ او نسبت به اموال دیگران وجود نخواهد داشت. زیرا عرف بین **مسلوب العباره** بودن صبی نسبت به اموال خود و بین **مسلوب العباره** بودن او نسبت به اموال دیگران، ملازمه می­بیند و خصوصیتی برای آن در نظر عرف وجود ندارد. بنابراین معامله صبی به طور کلی باطل است چه به اذن ولی باشد یا نباشد و چه معامله را نسبت به اموال خود انجام دهد یا نسبت به اموال دیگران. مرحوم حائری; در فقه العقود اشاره به القاء خصوصیت در اینجا کرده­اند[[3]](#footnote-3). البته بعید نیست که بگوییم شیخ; القاء خصوصیت را به دلیل وضوحش بیان ننموده است.

نتیجه اینکه در هر فعلی که در ترتب آن قصد دخالت داشته باشد ( مانند قتل و معامله و ...) قصد صبی **کلا قصدٍ** خواهد بود .

## اشکال مرحوم اصفهانی;

مرحوم اصفهانی; در اینجا اشکالی به شیخ; مطرح نموده­اند. ایشان می­فرماید: مخاطب **اوفوا بالعقود** کیست؟ آیا مجری صیغه مخاطب **اوفوا بالعقود** است یا **من له العقد**؟ ایشان می­گوید آن کسی که باید به عقد وفا بکند **من له العقد** است، در حالی که مجری صیغه **من له العقد** نیست. **من له العقد** کسی است که استقلالا عقد را انجام می­دهد. در صورتی که ولی تمام اختیارات معامله را به صبی واگذار کرده باشد به نحوی که صبی **من له العقد** باشد، در این صورت کلام شیخ درست است و معامله صبی باطل خواهد بود. اما اگر ولی تنها اجازه اجرای صیغه را به صبی داده باشد، در این صورت صبی **من له العقد** نیست بلکه ولی **من له العقد** می­باشد. به همین جهت در این مورد عدم مواخذه صبی منافات با اجرای عقد صبی ندارد چرا که در این معامله **من له العقد** ماخوذ خواهد است نه صبی. فلذا اینکه شیخ فرموده اطلاق روایت صورت اذن ولی را هم شامل می­شود، مشکل را حل نخواهد کرد[[4]](#footnote-4).

## جواب از اشکال

یک بحث مبنایی در اینجا وجود دارد که فقط به آن اشاره می­کنیم و آن اینکه مخاطب **اوفوا بالعقود** چه کسانی هستند؟ آیا مخاطب آن **من له العقد** است یا مالکین و یا افراد دیگر؟ لکن ما در اینجا به نکته دیگری اشاره می­کنیم به این صورت که اگر عقدی صحیح باشد، مالک در قبال عقد وظیفه دارد که مال را باید تحویل بدهد به این معنا که دیگر نمی­تواند در آن مال تصرف نماید و باید آن را به طرف مقابل تسلیم کند و لذا طرف مقابل هم می­تواند آن مال را از او مواخذه نماید. مرحوم شیخ هم روی همین نکته تاکید کرده و فرموده است اگر آن مال، مال صبی باشد و مجری عقد هم خود صبی باشد، باید مالک جدید بتواند مال خود را از صبی مواخذه نماید و از صبی بخواهد که بین او و مالش حائل و مانعی ایجاد نکند. بنابراین شیخ; از همین جهت استفاده کرده و می­گوید لازمه این مطلب عدم صحت معامله است. زیرا اگر معامله صحیح باشد، یک مواخذه­ای برای صبی ایجاد می­شود، حتی اگر آن مواخذه بعد از بلوغ انجام گیرد و یا حتی اگر تحویل مال به **تخلیة السبیل** باشد. زیرا معنای **رفع القلم** این است که عمل صبی **علی الاطلاق** **و لو بعد البلوغ** منشأ مواخذه نمی­شود. **رفع القلم** به این صورت نیست که در زمان کودکی مواخذه نوشته نشده اما بعد از بزرگ شدن طبق آن مواخذه انجام گیرد. بنابراین این اشکال مرحوم اصفهانی; به شیخ; وارد نیست.

## عدم عمومیت رفع القلم نسبت به ضمان

شیخ در ادامه می­فرماید: اگر ما رفع قلم را علت حکم گرفتیم در این صورت یک معنای عامی خواهد داشت به نحوی که هر مواخذه­ای را نفی می­کند. نتیجه این مطلب این است که اگر صبی مالی را اتلاف کرد نباید ضامن آن باشد، در حالی که در اتلاف مال صبی قطعا ضامن است. ممکن است گفته شود که چه اشکالی داد که این مورد از تحت آن حکم عام تخصیص زده شود؟ ایشان در جواب می­گویند اینکه بگوییم روایت ذاتا شامل این موضوع شده اما آن را با تخصیص خارج می­کنیم، بعید است. زیرا اگر مواخذه را به معنایی بگیریم که شامل چنین غرامتهایی بشود و سپس بخواهیم این حکم ظاهر و واضح را تخصیص بزنیم بعید است. بنابراین باید روایت را از همان ابتدا به معنایی بگیریم که شامل این موارد نشود.

ایشان می­فرماید: این اشکال بر ما وارد نمی­شود. زیرا ما دو احتمال و دو توجیه در روایت بیان کردیم : 1- **رفع عنهما القلم** علت باشد، که اشکال مذکور بر این وجه وارد است. 2- **رفع عنهما القلم** معلول **عمدهما خطأ** باشد، که طبق این احتمال و توجیه آن اشکال وارد نخواهد بود. زیرا شیخ; سابقا در توضیح این وجه گفتند در این صورت روایت می­­گوید از آنجا که عمد صبی و قصد او ، قصد ضعیفی است، شارع قلم را از او برداشته است. با توجه به این توضیح رفع قلم اختصاص به احکامی پیدا می­کند که در آنها قصد و عمد معتبر است، اما اتلاف چنین نیست چون اتلاف چه عمدا باشد و چه سهوا و چه خطأ موجب ضمان می­باشد. به عبارت دیگر اگر **رفع عنهما القلم** معلول باشد به جهت مضیق بودن علت، تنها به قسم خاصی از احکام تعلق خواهد گرفت. چون وقتی علت ، عدم قوت اراده صبی باشد، تنها به احکامی مرتبط می­شود که در آنها اراده دخالت داشته باشد. اما احکامی که اراده در آنها دخالتی ندارد مشمول حکم نخواهند بود فلذا از همان ابتدا بحث اتلاف مشمول این روایت نمی­شود.

عبارت شیخ; چنین است:

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكي عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم و لا يخلو من بعد[[5]](#footnote-5)

## اشکال استاد بر مرحوم اصفهانی;

مرحوم اصفهانی; در توضیح عبارت شیخ بیانی دارند که اصلا توضیح آن عبارت نیست. ایشان در ذیل **الا أن یلتزم بخروج ذلک من عموم رفع القلم** می­فرماید: برای خروج این احکام از عموم **رفع القلم** دو وجه در مقام متصور است: 1- تناسب حکم موضوع اقتضاء دارد که این احکام مشمول **رفع القلم** نباشد. 2- وجه دوم ایشان را فراموش کرده­ام. لکن ایشان در هر دو وجه این احکام را تخصصا خارج می­کنند. یعنی ایشان **خروج ذلک من عموم رفع القلم** را خروج تخصصی گرفته­اند، در حالی که این معنای ایشان هیچ بعدی ندارد.[[6]](#footnote-6)

کلمه خروج دو معنا دارد: 1- خارج بودن 2- خارج شدن. آنچه را که شیخ; اراده کرده است خارج شدن است به این نحو که عموم رفع القلمی وجود دارد که این حکم از آن ( تخصیصا ) خارج می­شود. اما آنجایی که از همان ابتدا خارج باشد، به این صورت خواهد بود که عمومی در کار نبوده بلکه توهم عموم بوده است. بیان مرحوم اصفهانی; تخصص را اثبات می­کند و لذا **لا یخلوا من بعد** را هم ایشان توضیح نداده است. توضیح عبارت شیخ باید به صورت تخصیص توضیح داده شود یعنی ما به سبب اجماع این مورد را خارج کنیم. لذا شیخ; می­فرماید : اگر حکم واضحی در مقام وجود داشته باشد و ما بخواهیم آن را با اجماع خارج کنیم، **لا یخلو من بُعدٍ**، زیرا در تخصیص معمولا افراد غیر واضح و خفیّ تخصیص زده می­شود نه افراد واضح. لذا اگر حکم عامی که شامل فرد واضحی است را بخواهیم با اجماع تخصیص بزنیم، بعید می­باشد. بلکه باید حکم را به نحوی بیان کرد که ابتدا شامل آن فرد نگردد.

اینکه چه مقدار از فرمایشات شیخ; صحیح است یا صحیح نیست، در جلسه بعد بررسی خواهد شد.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

1. البته نمی­خواهیم بگوییم که این مأخوذیت­ها باید **بالفعل** ثابت باشد بلکه مأخوذ بودن و لو بعد از بلوغ، کافی در صحت معامله می­باشد. لکن از این روایت چنین استفاده می­شود که صبی حتی بعد از بلوغ هم نسبت به اعمال سابق خود ماخوذیتی ندارد. [↑](#footnote-ref-1)
2. فإذا التزم على نفسه مالًا بإقرارٍ أو معاوضةٍ و لو بإذن الوليّ، فلا أثر له في إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ. فإذا لم يلزمه شي‌ء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلّا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه؛ إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملًا لصورة إذن الوليّ، و قد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته و إخباراته مسلوب الأثر. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج‌3، ص: 283 [↑](#footnote-ref-2)
3. صحّة هذا الكلام مبنية على ان يدّعى انّ الفهم العرفي يستبعد افتراض بطلان عقد الصبي في ماله تحت اذن الولي و إشرافه بنكتة يخصه، بل إمّا ان يكون ذلك بنكتة إلحاق الصبي المميز بغير المميز و سلب عبارته. اذن يبطل حتى العقد الذي يصدر منه بالوكالة عن البالغ في مال البالغ، أو انّه لا يلحق المميز بغيره و لا تسلب عبارته و تكون نكتة بطلان عقده إلحاق الرشيد منهم بغير الرشيد فقه العقود؛ ج‌2، ص: 167 [↑](#footnote-ref-3)
4. بل لسلب الأثر عن فعله الذي لو كان كبيرا لكان مما يؤاخذ به، و من الواضح أنّ المؤاخذ بالعقد و بالوفاء به من له العقد لا مباشر إجراء الصيغة، كبيرا كان أو صغيرا، و كذا بكل التزام و بكل فعل له أثر. و قد مرّ أنّ مجرد إذن الولي لا يوجب الاستقلال في العمل، بل ربّما يكون و ربّما لا يكون، فإذا فوّض إليه أمر المعاملة و تدبير شأنها كسائر الوكلاء المفوضين فلا أثر لفعله، و إذا لم يفوّض إليه شي‌ء، بل كان تدبير شأن المعاملة بنظر الولي و كان الصبي مباشرا لإجراء الصيغة فقط فلا بيع و لا عقد له، و منه تعرف أنّ إطلاق النص لصورة إذن الولي لا يفيد سلب الأثر عن عبارته. حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثة)؛ ج‌2، ص: 23 [↑](#footnote-ref-4)
5. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌3، ص: 284 [↑](#footnote-ref-5)
6. قوله قدّس سرّه: (إلّا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم .. إلخ)

   بأحد تقريبين: إمّا بدعوى أنّ مقتضى مناسبة الحكم و الموضوع، أنّه كل أثر ينوط ترتبه على الفعل بالعقل و كماله و استشعار الفاعل، فهو مرفوع عن المجنون و الصبي و النائم، لفقد العقل في الأول، و فقد كماله نوعا في الثاني، و فقد الشعور في الثالث، فمثل الضمان المترتب على مجرد الإتلاف الغير المنوط بشي‌ء خارج عن عموم الآثار المرفوعة. أو بدعوى أنّ حديث رفع القلم كحديث رفع التسعة عن الأمة وارد مورد الامتنان، فإذا كان رفع القلم امتنانا على الصبي و خلاف الامتنان على الكبير فلا يعمه، إذ لا ترجيح للصغير على الكبير، و بنظيره نقول بثبوت الضمان في الإتلاف خطأ و نسيانا، و عدم رفعه بحديث رفع الخطأ و النسيان. حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثة)؛ ج‌2، ص: 23 [↑](#footnote-ref-6)