**این جزوه صرفا جهت مباحثات روزانه است**

**باسمه تعالی**

درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری **چهارشنبه : 22/10/1395**

13951022- رفع تهافت کلمات شیخ طوسی; در مساله

**رفع تهافت کلمات شیخ طوسی; در مساله**

بحث ما در این مساله بود که آیا می­توان قاتل عمدی را عفو و قصاص کرد بدون آنکه نسبت به دینی که بر عهده اوست کاری انجام داد یا نمی­توان؟ در جلسات گذشته دو عبارت از نهایه نقل شد که ممکن است این عبارات منافات با یکدیگر داشته باشند؛ عبارت اول ایشان چنین بود:

**لم یکن لأولیائه القود، إلّا بعد أن یضمنوا الدّین عن صاحبهم. فإن لم یفعلوا ذلک، لم یکن لهم القود علی حال، و جاز لهم العفو بمقدار ما یصیبهم**[[1]](#footnote-1)**.**

یعنی شرط قصاص و قود **یضمن الدین عن صاحبهم** می­باشد. شهید اول در توضیح این عبارت فرموده­اند: ضمان در عفو لازم نیست بلکه تنها قود مشروط به ضمان است[[2]](#footnote-2). اما در بخش دیگری از نهایه صریحا به این مطلب تصریح شده که در عفو نیز باید **اصحاب الدین** را راضی کنند[[3]](#footnote-3). جمع این دو عبارت شیخ; به چه صورتی ممکن است؟ در کتاب مفتاح الکرامه عبارت اول شیخ; به گونه­ای معنا شده که تهافت این دو معنا کاملا مرتفع خواهد شد. در مفتاح الکرامه چنین آمده است:

**و جاز لهم العفو بمقدار ما یصیبهم. و لعلّه أراد أنّه إن کانت الدیة أزید من الدین جاز لهم العفو بمقدار نصیبهم الزائد**[[4]](#footnote-4)

یعنی عفو تنها نسبت به مقدار زائد بر دین ممکن است اما به مقدار دین باید در دین صرف شده و یا با ضمان تضمین گردد. در صورتی که عبارت شیخ; به این صورت تفسیر شود، موکد عبارت دیگر ایشان خواهد بود. اگر **ما جاز لهم العفو** را عطف بر جزاء دانستیم در این صورت کلام ایشان صریح در این خواهد بود که اگر ضمان هم نباشد عفو جایز خواهد بود، اما اگر عطف بر جزاء نباشد بلکه عطف بر اصل مطلب باشد در این صورت معنای عبارت این خواهد بود که عفو هم جایز است لکن در این صورت آیا جواز عفو مانند قصاص است [ که باید با ضمان همراه باشد یا چنین نیست ]؟ عبارت ایشان ابهام دارد. این ابهام یا با تفسیر مفتاح الکرامه و یا با تفسیری که ما عرض می­کنیم مرتفع بوده و با عبارت دیگر شیخ; هماهنگ خواهد بود.

در کتاب مبسوط نیز ابتداءاً وارد شده که ضمان لازم نیست اما در ادامه و در ذیل « **و الذی رواه اصحابنا** » می­فرمایند: در عفو و قود باید حق غرماء تضمین شود[[5]](#footnote-5). به نظر می­رسد ایشان می­­خواهند بفرمایند: در صورتی که روایتی در مقام وجود نداشته باشد، مقتضای قاعده این است که در عفو، ضمان واجب نیست. زیرا مقتضای عمومات این است که ورثه حق قصاص و عفو دارند، و حق دیّان مربوط به مرحله بعد می­باشد. این مطلب طبق قاعده است لکن در مقام روایتی وجود دارد که ما باید طبق آن روایت عمل نماییم. لذا عبارت ایشان در مبسوط با عبارت­های ایشان در نهایه هماهنگ خواهد بود.

عبارت دیگری در مقام وجود دارد که ممکن است به این بحث ناظر باشد لکن فقهاء به آن توجه نکرده­ و بنده اتفاقی به آن برخورد نمودم. در وسیله ابن حمزه; چنین آمده است:

**و الکفالة ضربان کفالة بالعقد و کفالة تلزم بغیر عقد**

ایشان در توضیح کفالت به غیر عقد می­گویند:

**و أما ما هو فی حکم الکفالة مما یلزم بغیر عقد فتخلیة القاتل من ید ولی الدم و تخلیة المستدین من ید من له الدین و یلزمه التسلیم إلیهما أو الدیة و الدین‌**[[6]](#footnote-6)

اگر کسی دین دارد یا این را باید به دست دائن سپرد و یا آنکه باید دیه و دین او را اداء کرد. قتل خطایی قطعا داخل در این عبارت می­باشد اما اگر بگوییم اطلاق این عبارت شامل قاتل عمدی نیز می­شود، در این صورت مربوط به بحث ما خواهد بود.

خلاصه اینکه برخی از فقهاء فرموده­اند شرط قصاص و عفو، ضمان می­باشد؛ این مطلب در نهایه ، مبسوط ، مهذب و جامع الشرایع وارد شده و شهید اول; این قول را از صهرشتی; نیز نقل می­نماید[[7]](#footnote-7). اما برخی از فقهاء تنها قصاص را مشروط به ضمان کرده­اند؛ این سخن در کافی حلبی;، غنیه ابن زهره; اصباح الشیعه کیدری; آمده و شهید اول; از محمد بن معد العلوی; نیز نقل فرموده­اند[[8]](#footnote-8). از ابن جنید; نیز تنها عفو **من دون ضمان** نقل شده اما نسبت به قصاص، از ایشان مطلبی نقل نگردیده است[[9]](#footnote-9).

**مخالفت ابن ادریس با شیخ طوسی;**

ما قبل از ابن ادریس; کسی را ندیده­ایم که در این مساله صریحا اشکال کرده باشد. اولین کسی که در این مساله اشکال کرده ابن ادریس; در سرائر است که هم قائل به جواز عفو و هم قائل به جواز قصاص شده است. بعد از ابن ادریس; بسیاری از فقهاء کلام ایشان را پذیرفته­اند. محقق; در شرایع، مختصر النافع و ظاهر نکت

النهایه، و علامه; در تحریر، تذکره، مختلف، منتهی، قواعد، ارشاد و تبصره این قول را اختیار فرموده است و تنها در تلخیص المرام به این قول فتوا نداده و این مساله را اختلافی دانسته­اند. بعد از ایشان هم در ایضاح الفوائد، تنقیح الرائع، معالم الدین ابن قطان;، المهذب البارع، المقتصر فی شرح المختصر ابن فهد; و در سایر آثار متاخرین این مطلب به وفور پیدا می­شود. در مفتاح الکرامه آمده: ظاهر مبسوط و یا صریح عبارت ایشان این است که وارث می­تواند بدون ضمان دین، عفو و یا قصاص کند[[10]](#footnote-10). اما کلام ایشان صحیح نیست زیرا اگر چه در ابتدای مبسوط این مساله به همین صورت وارد شده و آن را طبق قاعده دانسته­اند لکن در ذیل عبارت **و الذی رواه اصحابنا** قول دیگر را بر اساس تعبد و روایت خاص می­دانند.

شیخ طوسی; در مبسوط و گاها در خلاف، در بعض موارد فتوایی را از شافعیه نقل کرده و آن را می­پسندد [ اما در ادامه آن نظر را رد می­نماید ]. این روش ایشان به این جهت است که ایشان کتابی از شافعیه را به عنوان محور اصلی بحث قرار داده و بر اساس آن بیان مطلب می­فرمایند، و در ادامه فتوای خود را ذکر می­کنند[[11]](#footnote-11). بنده تصور می­کنم در ما نحن فیه نیز مرحوم شیخ; ابتدائا بر اساس نظر شافعیه ( که طبق قاعده می­باشد ) نظری را مطرح می­کنند اما در ادامه در ذیل **والذی رواه اصحابنا** که تعبد خاص است از آن قاعده رفع ید می­نمایند. لذا اینکه در مفتاح الکرامه آمده کلام مبسوط ظاهر و حتی صریح در این معنا است، چنین نبوده و بلکه کاملا به عکس می­باشد، یعنی به نظر می­رسد شیخ; در مجموع قائل به این هستند که ضمان شرط عفو و قصاص می­باشد.

در جلسه گذشته نیز عرض شد که مقتضای جمع بین عبارتهای متفاوت نهایه این است که مراد از ضمان، عقد ضمان می­باشد، یعنی مقتضای جلب رضایت **من له الدین** این است که ضمانی باید با دائن بسته شده و دائن قبول نماید. در عبارات سایر علماء (مانند جامع للشرایع ) بحث رضایت مطرح شده اما عبارت برخی از فقهاء مبهم است و ممکن است آن عبارات نیز صلاحیت حمل بر این معنا را داشته باشند. بنابراین چندان روشن نیست که بدون بریء الذمه شدن میت بتوان قاتل را قصاص و یا عفو نمود.

در کتاب مفتاح الکرامه چنین آمده است که، اجماع بر این مطلب نقل شده که ورثه می­توانند بدون ضمان عفو و یا قصاص نمایند. ایشان می­فرماید: **الاجماع ظاهر السرائر أو صریحها**[[12]](#footnote-12). لکن بنده با مراجعه به سرائر اجماعی از آن ندیدم. در سرائر چنین آمده که روایتهایی ناسزگار با قواعد مسلمه در مقام وجود دارد اما

ایشان نفرموده که این قواعد مطابق فتوای طایفه نیز می­باشد، لذا بنده اجماع را از کلام ایشان برداشت نمی­کنم. در ادامه مفتاح الکرامه چنین آمده است: **کما انّه اجماع ظاهر نکت النهایه و کذا المختلف.** این اجماعاتی که ذکر شده روشن نیست و آنگونه که از گذشته به یاد دارم نه در نکت النهایه و نه از مختلف چنین اجماعی برداشت نمی­شود.

مفتاح الکرامه در ادامه مخالفین زیادی را در این مساله ذکر می­کند. ایشان می­فرماید:

**و المخالف أبو علیّ** ( ابو جنید ) **و القاضی** ( ابن براج ) **و التقی** ( ابو الصلاح حلبی ) **و الکیدری** ( صاحب اصباح الشریعه ) **و صفیّ الدین محمّد بن معد العلوی**[[13]](#footnote-13) **حیث قالوا فیما حکی عنهم: أن لیس للأولیاء القود إلّا بعد ضمان الدیون ...**

بنده نسبت به ابو علی که همان ابن جنید; است مساله قود را ندیدم بلکه همانطور که علامه; فرموده­اند ابن جنید; نسبت به عفو، این مساله را بیان نموده­اند. البته کلام صاحب مفتاح; نسبت به قاضی;، تقی; و کیدری; صحیح می­باشد. ایشان در ادامه می­فرماید:

**و لیعلم أنّ القائل بعدم جواز القود بدون الضمان لعلّهم لا بدّ لهم أن یقولوا بالأولویة و نحوها بعدم جواز العفو بدونه أیضا**

ایشان می­فرماید اگر ما قود بدون ضمان را جایز ندانیم به طریق اولی عفو بدون ضمان نیز جایز نخواهد بود. لکن اولویت در مساله روشن نیست زیرا مساله تعبدی می­باشد. علاوه بر اینکه اولویتی هم در اینجا وجود ندارد زیرا ممکن است شارع مقدس نسبت به انجام قصاص سختگیری کرده و مایل به انجام عفو باشد. به عبارت دیگر لازمه مشروط بودن قصاص به پرداخت دین، عدم اجازه عفو نیست. ظاهر عبارت شهید اول; نیز این است که بحث مربوط به عفو را خیلی روشن تلقی می­کنند و گویا عمده بحث را تنها در قصاص جاری می­دانند؛ ایشان تنها از یک و یا دو نفر از فقهاء قول به مشروط بودن عفو نسبت به ضمان را نقل می­کند و بحث را عمدتا در این مساله می­دانند که آیا قصاص بدون ضمان امکان پذیر است یا نه. در کتب محقق; و علامه; نیز تنها صورت قصاص مطرح شد است و گویا صورت عفو را **مفروغ عنه** گرفته­ و آن را مشروط به ضمان ندانسته­اند.

**اهمیت روایات مساله**

بنابراین اجماعی در مساله وجود نداشته و اقوال مختلفی در مقام موجود است. نظر علماء نیز بر اساس نحوه برداشت آنها از روایات و اعتبار و یا عدم اعتبار روایات می­باشد. محقق حلی; در این روایات اشکال سندی کرده و برخی از فقهاء نیز اشکال دلالی نموده­اند و متن روایت را مضطرب می­دانند. اشکالات دیگری

نیز نسبت به روایات وجود دارد که باید مورد بررسی قرار گیرد. لذا عمده مباحث، روایات می­باشد و بیش از روایات امر دیگری ( مانند ارتکاز نسبت به خصوص عفو و یا قصاص )در مقام وجود ندارد. در نتیجه ابتدا باید روایات از جهت سندی مورد بررسی قرار گرفته و در ادامه متن و مفاد آنها مورد لحاظ قرار گیرد لکن **علی ای حال** اقوال فقهاء در نتیجه­گیری بحث اثر گذار نیست[[14]](#footnote-14).

**تفصیل دیگری در مساله**

ممکن است از روایات مفادی استفاده شود که نوعا در کلمات فقهاء موجود نیست و تنها از کلمات صدوق; قابل برداشت است، لذا ممکن است تفصیل دیگری در مساله داد. به این نحو که بگوییم قصاص بدون ضمان ممکن نیست اما عفو بدون ضمان امکان دارد لکن در صورت عفو ذمه آنها مشغول خواهد شد. به عبارت دیگر ضمانی که در قصاص وجود دارد، عقد الضمان است و باید دائن راضی شود، اما نسبت به ضمانی که در عفو وجود دارد رضایت دائن شرط نیست و با عفو، ذمه میت خود به خود فارغ شده و ذمه ورثه مشغول خواهد شد. ممکن است این تفصیل از بعض روایات استفاده شود که در جلسه بعد بررسی خواهد شد.

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

محققین گرامی می توانند همه روزه دروس استاد (حفظه الله) را در کانال های ذیل پیگیری نمایند.

(فقه)https://telegram.me/mjshobeiri

(اصول الفقه) https://telegram.me/mjshobeiri2

1. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: 309 [↑](#footnote-ref-1)
2. و قال ابن الجنيد و الشيخ في النهاية: ليس للأولياء القصاص إلّا بعد ضمان الدين، و لهم العفو. و في المبسوط: روي أنّ لهم منع الوارث من العفو و القصاص حتّى يضمن الدين. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، ج، ص: 327 [↑](#footnote-ref-2)
3. فإن كان قد قتل عمدا، و أراد أولياؤه القود أو العفو، لم يكن لهم ذلك إلّا بعد أن يرضوا أصحاب الدّيون أولا. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: 619 [↑](#footnote-ref-3)
4. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)؛ ج، ص: 230 [↑](#footnote-ref-4)
5. المبسوط في فقه الإمامية، ج، ص: 56 [↑](#footnote-ref-5)
6. الوسيلة إلى نيل الفضيلة؛ ص: 281 [↑](#footnote-ref-6)
7. ما به عبارات صهرشتی دسترسی نداریم. [↑](#footnote-ref-7)
8. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، ج، ص: 327 [↑](#footnote-ref-8)
9. آنچه که علامه; در مختلف از ایشان نقل کرده است مربوط به عفو می­باشد یعنی ایشان عفو من دون ضمان را جایز نمی­دانند. [↑](#footnote-ref-9)
10. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ج، ص: 229 [↑](#footnote-ref-10)
11. محور اصلی کتاب شیخ; فتواهای شافعیه می­باشد. بنده گمان می­کنم بعض از شروح کتاب الام شافعی محور اصلی ایشان بوده است. متاسفانه این شروح در دست نیست و نمی­توان بیش از این مطلب را تحقیق کرد. کتابهای شیخ طوسی; از جهت نظم و ترتیب بر اساس نظم و ترتیب شافعیه بوده و به همین جهت سُبکی در طبقات الشافیه شیخ طوسی; را جزو شافعی­ها بر شمرده است. زیرا نظم و ترتیب کتب اهل سنت در فرق مختلف متفاوت بوده و تبویب و تنظیم هر یک از حنفی و مالکی و شافعی و حنبلی مختلف می­باشد. ظاهرا تبویب و تنظیم اولیه کناب شیخ طوسی; بر اساس تنظیم شافعیه بوده و آنها با دیدن این کتاب گمان کرده­اند که ایشان نیز از شافعیه می­باشد. شافعیه در زادگاه شیخ طوسی; یعنی خراسان، حاکم بوده و غالب آنها شافعی بوده­اند. از آنجا که شیخ طوسی; در موارد متعددی از شروح و حواشی کتاب الام نقل قول می­کند، به نظر می­رسد مبنای شیخ; بر اساس آن کتاب بوده است. بسیاری از کتابهایی که شیخ; از آنها نقل می­کند در دسترس نیست البته ممکن است چاپ شده باشد اما بنده از آن اطلاع ندارم. [↑](#footnote-ref-11)
12. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ج، ص: 229 [↑](#footnote-ref-12)
13. استاد به جای العلوی ، الموسوی قرائت نمودند. [↑](#footnote-ref-13)
14. از بحث­های دیگری که در مساله وجود دارد بحث مربوط به معنای ضمان است که برای روشن شدن معنای آن می­توان کلمات فقهاء راه­گشا بوده و باید از آنها استفاده کرد. [↑](#footnote-ref-14)