بسم الله الرحمن الرحیم درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری 22 دی 1395.

بحث سر این بود که آیا می شود قاتل عمدی را عفو کرد یا قصاص کرد بدون اینکه نسبت به دینی که بر عهده اش است کاری کرد. دو تا عبارت از نهایه ما نقل کرده بودیم یک مقداری این عبارت ها ممکن بود با هم دیگر منافات داشته باشد. عبارت اولش صریحا این بود که در مورد قود، شرط قصاص و قود این است که یضمن الدین عن صاحبهم. بعد دارد، فان لم یفعلوا ذلک لم یکن لهم القود علی حالٍ و جاز لهم العفو بمقدار ما یصیبهم. خب شهید اول در غایه المراد جلد 4 صفحه 327 از این عبارت این جور فهمیده است که در عفو لازم نیست که ضمان باشد. در قود این جور هست. ولی خب عبارت نهایه صفحه 619 صریح بود که شرط عفو هم این است که باید اصحاب الدین را راضی کنند. این دو تا عبارت را چجوری می شود با هم دیگر جمع کرد؟ یک معنایی در مفتاح الکرامه برای عبارت اول کرده است اگر آن معنا را عبارت اول را بکنیم کاملا اینها با هم دیگر متفاوت می شوند. در مفتاح الکرامه دارد که جاز لهم العفو بمقدار ما یصیبهم، عبارتش را از «لعله اراد انه ان کانت الدیه ازید من الدین جاز لهم العفو بمقدار نصیبهم الزائد». بمقدار ما یصیبهم، یعنی مقدار دین که هیچی، آن به مقدار زائدش، آن مقدار را می توانند عفو کنند و الا به مقدار دین باید برای دین صرف شود یا با ضمان و امثال اینها. اگر این باشد که دقیقا مؤکد مطلب نهایه 619 است. علی ای تقدیر این عبارت قابل حمل است که مراد از جاز لهم العفو، یعنی عفو با ضمان. معلوم نیست مرادشان این جاز لهم العفو عطف به آن خطرف باشد. فان لم یفعلوا ذلک لم یکن لهم القود علی هذه المجاز لهم العفو را یک موقعی ما عطف به جزا می گیریم که خب صریح است که اگر ضمان هم نداشته باشد عفو جایز است. ولی اگر نه، عطف به او نگیریم و عطف به اصل مطلب بگیریم، جاز لهم العفو یعنی عفوشان جایز است. حالا عفوشان جایز است آیا همین جوری جایز است یا آن هم مثل قصاص جایز است آن یک مقداری ابهام دارد. می شود عبارت را یا با تفسیر مرحوم صاحب مفتاح الکرامه یا با این مطلبی که ما عرض می کنیم هماهنگ کرد با عبارت دوم نهایه. در مبسوط هم ابتدا مبسوط جلد 7 صفح 56 ابتدا می گوید که لازم نیست ضمان کنند و اینها. بعد عبارتی دارد «و الذی رواه اصحابنا» اینکه اگر می خواهند عفو کنند و قود کنند باید ضامن حقّ غرما شوند. به نظر می رسد که مجموعا ایشان این جوری می خواهد بگوید که اگر روایت نبود علی القاعده می خواستیم مشی کنیم واجب نبود ضمان. چون عمومات اقتضا می کند که ورثه حقّ قصاص داشته باشند حقّ عفو داشته باشند و حقّ دیّان در مرتبه بعد می آید که با قاعده این روایت نیست. ولی خب روایت دارد ما بر طبق روایت عمل می کنیم. عبارت مبسوط هم مجموعا با همان عبارت های نهایه و دو تا عبارت نهایه هماهنگ است. یک عبارت دیگری اینجا هست آقایان به این عبارت هیچ کسی توجه نکرده است. من همین جوری به آن برخورد کردم ممکن است این عبارت هم ناظر به این بحث باشد. در وسیله ابن حمزه صفحه 281 یک عبارتی دارد می گوید

الكفالة ضربان

در بحث کفالت

كفالة بالعقد و كفالة تلزم بغير عقد.

بعد کفالتی که به غیر اقدر هست را این جوری توضیح می دهد

و أما ما هو في حكم الكفالة مما يلزم بغير عقد فتخلية القاتل من يد ولي الدم و تخلية المستدين من يد من له الدين و يلزمه التسليم إليهما أو الدية و الدين

می گوید که اگر کسی که کأنه دین دارد، این را باید به دست دائن سپرد و حالا یا اینکه دیه و دین را ادا کرد. شاید اطلاق این عبارت قاتل عمدی را هم شامل می شود این قاتل خطایی که قطعا داخل در این است. اگر بگوییم که اطلاقش قاتل عمدی هم شامل می شود مربوط به بحث ما خواهد بود. به هر حال عبارت این است دیگر. علی أی تقدیر حالا من یک جمع بندی یک مقداری هم می بخشید امروز من دیر آمدم می خواستم اینها را جمع کنم دیشب پدر خانمم مرحوم شد یک مقداری نرسیدم که بحث ها را درست جمع کنم صبح تا جمع کردم طول کشید. نهایتا یک سری افرادی هستند که می گویند قصاص و عفو من دون ضمانٍ، هر دو هم در مورد قصاص و هم عفو می گویند که شرطش این است که باید ضمان باشد. نهایه هست مبسوط، دو جای نهایه، مبسوط، مهذّب، جامع الشرایع. بعضی از آقایان دیگر فقط در مورد قصاص گفته ند که من دون ضمانٍ جایز نیست. کافی حلبی، غنیه ابن زهره، اصباح الشیعه کیدری و محمد بن معدی العلوی که مرحوم شهید اول از ایشان نقل می کند. این هم یکی. در شهید اول از صهرشتی هم، ایشان از صهرشتی هم همین مطلب مبسوط را نقل کرده است. حالا عبارت صهرشتی در دست ما نیست آن هم باید به آن قسم اول اضافه کنیم. از ابن جنید هم عفو من دون ضمانٍ نقل شده است. در مورد قصاص چیزی از ایشان نقل نشده است. آن چیزی که علامه در مختلف از ایشان من دیدم که نقل کرده است در مورد عفو گفته است که ابن جنید عفو را من دون ضمانٍ جایز نمی داند. یعنی قبل از ابن ادریس ما هیچ کسی را ندیدیم که در این مسئله صریحا ان قلت کرده باشد. اولین کسی که در این مسئله ان قلت کرده است ابن ادریس است در سرائر که قائل به جواز عفو هم قصاص شده است بعد از آن خیلی ها حرف ابن ادریس را پذیرفته اند. محقق در شرایع هست و در مختصر نافع و در ظاهر نکت النهایه است، علامه در تحریر، تذکره، مختلف، منتهی، قواعد، ارشاد، تبصره، تنها کتابی از علامه که فتوا نداده است تلخیص المرام است که فقط گفته است در مسئله خلاف است. بعد از ایشان هم ایضاح الفوائد، تنقیح رائع، معالم الدین ابن قطان، مهذب بارع، مختصر فی شرح مختصر ابن فهد و دیگر آثار متأخر که فراوان هست. خب این نقل اقوالی که در این مسئله هست.

در مفتاح الکرامه یک تعبیراتی دارد، مفتاح الکرامه می گوید، حالا من عبارت مفتاح الکرامه را بخوانم، در مفتاح الکرامه جلد 15 صفحه 23، می گوید که اینکه می شود وارث بدون ضمان دین عفو کند یا قصاص کند اینجا می گوید که «هو ظاهر کلام المبسوط أو صحیحه». می گوید ظاهر کلام مبسوط یا صریحش این مطلب است. که ما عرض کردیم ولو مبسوط ابتدائا همین جور دارد ولی با توجه به آن ذیلش که و الذی رواه اصحابنا که خود مفتاح الکرامه بعد اشاره می کند که و الذی رواه اصحابنا در مفتاح الکرامه هست. ظاهرا ایشان می خواهد آن قول اول را طبق قاعده بگوید و این قول دوم را بر اساس تعبّد و روایت خاص. یک نکته کلی عرض کنم، مرحوم شیخ طوسی در مبسوط به خصوص وگاهی اوقات هم در خلاف اینگونه است. گاهی اوقات یک فتوایی را نقل می کنند بعد می گویند که اگر این جور بگوییم خوب است. آن مطلب اولی چیست و این مطلب دومی چیست؟ گاهی اوقات به نظر می رسد که ایشان ابتدا مطلب را بر طبق مثلا آن کتاب اصلی که محور بوده است بر اساس آن نقل می کند بعد فتوای خودش را بعد از او ذکر می کند. مبسوط به احتمال زیاد خیلی از فتواهایش، محور اصلی اش فتواهای شافعیه است. کتاب مبسوط من فکر می کنم بعضی از شروح کتاب الأمّ شافعی محور اصلی این کتاب بوده است. متأسفانه این شروح در دست نیست و نمی شود خیلی بیشتر از این این مطلب را باز کرد یعنی تحقیق کرد و اینها. ولی کتاب های شیخ طوسی از جهت نظم و ترتیب بر اساس نظم و ترتیب شافعیه بوده است. به همین جهت است که سُبکی در طبقات الشافعیه شیخ طوسی را جزو شافعی شمرده است چون اینها اهل تسنن نظم و ترتیب کتاب های فقهی شان، فرق مختلفشان مختلف است. حنفی یک جور دارد شافعی یک جور دارد مالکی، حنبلی، هر کدامشان نحوه باب بندی و تنظیم مطالبشان مختلف است. ظاهرا شیخ طوسی این تنظیم و تبویب اولیه کتابش بر اساس تنظیم شافعیه بوده است و اینها با دیدن کتاب خیال کرده اند که جزو شافعیه بوده است. خراسان هم که زادگاه شیخ طوسی بوده است آنجا شافعیه حاکم بوده اند و غالبشان شافعی بودند و امثال اینها و نقل قول از شافعیه از چیزهای خاص زیاد در چیز هست اینکه گفتم بعضی از شروح کتاب الأم و حواشی کتاب الأم، از آنها زیاد نقل می کند شیخ طوسی. آن کتاب هایی که ایشان نقل می کند خیلی هایش در دست نیست. یعنی من در اختیار ندارم. شاید چاپ شده باشد و من خبر نداشته باشم امثال اینها. این است که من تصور می کنم که ممکن است ما نحن فیه هم ابتدائا مرحوم شیخ طوسی بر اساس همان نظری که شافعیه داشتند که طبق قاعده هم بوده است. همان نظر شافعیه را اول ذکر کرده است که طبق قاعده هم هست ولی بعد در واقع و الذی رواه اصحابنا می خواهد بگوید که هر چند قاعده اقتضا می کند که ما حرف آنها را مشی کنیم ولی این قاعده، قاعده است دیگر. قاعده اگر تعبد خاص باشد باید از آن قاعده رفع ید کنیم. این است که نهایتا ما کلام مبسوط نه تنها ظاهر در این قول هست یا صریح بعد تعبیر می کند که صریح این مطلب هست. نه اصلا صریح این مطلب نیست و دقیقا برعکس هست که ظاهرش مجموعا این است که ایشان قائل هست که شرط عفو و قصاص ضمان هست. در ضمان هم در جلسه قبل عرض کردم که جمع بین عبارت های مختلف نهایه اقتضا می کند که مراد از ضمان، عقد ضمان باشد. یعنی ضمانی که باید با دائن بسته شود و قبول دائن را داشته باشیم. خلاصه آن من له الدین را راضی کند این جور اقتضا می کند. عبارت های علمای دیگر را بعضی هایشان همان بحث رضایت را مطرح کرده اند مثل جامع للشرایع و بعضی هایشان ابهام دارد شاید آنها هم صلاحیت حمل بر این معنا دارند پس خیلی روشن نیست که ما بگوییم که بدون اداء دین به معنای ولو به نحو اینکه کاری کنیم که ذمه میت، بدون بری الذمه شدن میت، این جوری تعبیر کنیم بدون بری الذمه شدن میّت ورثه بتواند آن قاتل را قصاص کند یا قاتل را عفو کند. این مجموع نکاتی که از این مطلب استفاده می شود. ولی عرض کردم در این مسئله، یک نکته دیگر را هم قبل از آن عرض کنم، در مفتاح الکرامه یک تعبیری دارد ایشان می گوید که از بعضی ها اجماع نقل می کند می گوید اجماع در اینکه اجماع هست که ورثه می تواند عفو یا قصاص کند من دون ضمانٍ. می گوید الاجماع ظاهر السرائر أو صریحها. من خیلی اجماع از سرائر و صریحه و امثال اینها نفهمیدم. شما عبارت های سرائر را مراجعه کنید ایشان می خواهد بگوید که این روایت هایی که وارد شده است با قواعد مسلمه ناسازگار است. نه قواعدی که فتوای طایفه هم بر طبق آنها هست. تکیه ایشان این است که این روایت با قواعد مسلمه شرعیه مخالف است. از آن اجماع در نیاوردم. کما انّه اجماع ظاهر نکت النهایه. می گوید که ظاهر نکت النهایه هم اجماع است. این را من نفهمیدم نمی دانم که از کجا ایشان این اجماع را آورده است. حالا شما ملاحظه فرمایید ببینید از جایی اجماع و امثال اینها در می آید یا نمی آید. من فرصت نکردم اینها را یک بار دیگر مراجعه کنم تا آن جایی که از قبل یادم هست نه از نکت النهایه یک اجماعی برداشت کردم و نه از مختلف. حالا ببینید من هم دوباره مراجعه می کنم ببینم از نکت النهایه و مختلف جایی اجماعی چیزی به دست می آید یا نمی آید. علی أیّ تقدیر ایشان بعد در ادامه می گوید که در مسئله مخالفین زیادی ذکر می کند می گوید

و المخالف ابو علی

ابو علی یعنی ابن جنید

و القاضی

یعنی ابن ورّاج

و التّقی

یعنی کیدری یعنی صاحب اصباح الشیعه و

و صفی الدین محمد بن معد الموسوی حیث قالوا فیما حکی عنهم ان لیس للأولیاء القود الا بعد ضمان الدیون

من در مورد ابو علی که بان جنید هست ندیدم مسئله قود را. آن که علامه آن جور که از قبل یادداشت کردم بود، در مورد قصاص نبود در مورد عفو بود و دیگران، قاضی، تقی، کیدری، آنها بله در مورد قود است. ولی در مورد ابو علی ابن جنید، در مورد عفو است. البته یک عبارتی ایشان دارد که این عبارت آیا واقعا همین جور است نمی دانم. ایشان می گوید

و ليعلم أنّ القائل بعدم جواز القود بدون الضمان لعلّهم لا بدّ لهم أن يقولوا بالأولوية و نحوها بعدم جواز العفو بدونه أيضا،

یک نوع اولویتی می خواهد قائل شود که اگر ما قود را جایز ندانستیم بدون ضمان، عفو هم باید جایز نباشد. اما حالا واقعا اولویت هست یا نیست خیلی این مسائل روشن نیست. این مسائل تعبدی است. این مسائل تعبدی را با اولویت خاصی اینجا، در حالی که اولویتی هم نیست، شارع مقدس ممکن است مایل باشد عفو انجام شود یعنی قصاص را اگر بخواهند انجام دهند یک مقداری سخت گیری کرده باشد که همه جا قصاص نشود ولی عفو اجازه داشته باشند عفو کنند. خیلی اولویتی ندارد اگر شارع مقدس گفته باشد که اگر می خواهید قصاص کنید، اگر شارع مقدس می گوید که اگر می خواهید قصاص کنید حتما باید اول دین را ادا کنید، این لازمه اش این نیست که شارع مقدس اجازه عفو نداده باشد. شارع مقدس ممکن است بخواهد اشخاص راحت تر عفو کنند. به خاطر همین

سؤال:

پاسخ: اگر برعکس نباشد این طرف چطور اینجوری ایشان به اولویت و امثال اینها مشی کرده است من نمی دانم. ظاهر عبارت شهید اول هم این است که آن را خیلی روشن تلقی می کند که کأنه قصاص اگر بحثی هست عمدتا در مورد قصاص هست ولی عفوش را کأنه معمول آقایان کسانی که قائل هستند که عفوش هم مشروط به ضمان هست را ایشان فقط یکی دو نفر را نقل می کند. عمدتا بحث را روی این برده است که آیا قصاص بدون ضمان امکان پذیر هست یا نیست. در کتاب های محقق و علامه و اینها بحث را روی قصاص برده اند. کأنه عفو را مفروق عنه گرفته اند که عفو مشروط نیست. حالا اینها نقل اقوال علما بود. ولی اصل قضیه این است که اینها اولا اجماعی در مسئله نیست. هیچ اجماعی در مسئله نیست این ها هم اختلاف اقوال هست. علما هم نظراتشان بر اساس نحوه برداشتشان از روایات هست. آیا روایت را معتبر می دانند یا نمی دانند. محقق حلی اشکال سندی می کند نمی دانم بعضی از آقایان دیگر اشکال دلالی و اضطراب متن می کنند و چیزهایی که بعد می خوانیم. عمده محور روایات مسئله است چیزی بیشتر از روایات ما نداریم. مثلا یک ارتکازی وجود داشته باشد در خصوص عفو یا در خصوص قصاص و امثال اینها. باید دید که چطوری روایات را اولا روایت از جهت سندی چه شکلی است و ثانیا روایت از جهت مفاد و متن چه مفادی استفاده می شود. این است که بحث هایش این است دیگر بیشتر از این به اقوال و اینها خیلی نباید در نتیجه گیری بحث ما اثر گذار نیست. روایات مسئله را باید بررسی کرد ببینیم مجموعا از روایات چه استفاده می شود.

سؤال:

پاسخ: آن هم باید در همان روایات مسئله در موردش صحبت کرد که آیا از ضمانی که در روایات هست چگونه استفاده می شود. آن را باید در روایات حالا آنجا ممکن است از کلمات فقها استفاده کنیم برای فهم ضمان در روایات. این مقدار کلمات فقها می تواند برای ما راهگشا باشد. ولی علی أی تقدیر غرض من این است که عمدتا بررسی خود روایات مسئله است. از روایات یک چیزی شاید استفاده بشود که در کلمات این فقها نوعا نیست. ولی از کلمات شاید صدوق این جور استفاده شود. این را روایاتش را می خوانیم شاید بشود یک تفصیل دیگری در مسئله داد. ما بگوییم قصاص را حق ندارند الا بالضمان ولی عفو را حق دارند ولی اگر عفو کردند ذمه شان مشغول می شود. یعنی این ضمانی که در عفو هست ضمان خود به خود است. ولی آن ضمانی که در قصاص هست عقد الضمان است یعنی باید راضی کنند چیز را آن طرف را. ولی اگر عفو کنند رضایت آنها شرط نیست. عفو کنند عفو واقع می شود ولی ذمه شان مشغول می شود. خود به خود ذمّه میّت فارغ می شود و ذمّه اینها مشغول می شود. این ممکن است از بعضی از روایات این مطلب استفاده شود. شما روایت را ملاحظه فرمایید بحثش را انشاءالله شنبه دنبال می کنیم.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد