**این جزوه صرفا جهت مباحثات روزانه است**

**باسمه تعالی**

درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری **یکشنبه : 26/10/1395**

**13951026- تبیین کلام صاحب جواهر**

**تبیین کلام صاحب جواهر;**

در جلسه گذشته مروری کلی بر مساله انجام گرفت، اما لازم است کلمات علماء توضیح داده شود. ما ابتدا عبارت جواهر را شروع کرده و توضیحاتی نسبت به عبارات ایشان بیان می­نماییم. محقق; در شرایع فرموده است:

**هل للورثة استیفاء القصاص من دون ضمان ما علیه من الدیون قیل نعم تمسکا ب‍الآیة و هو أولی و قیل لا و هو مروی**[[1]](#footnote-1)

مرحوم محقق; بدون ضمان دین، حق قصاص را برای ورثه ثابت می­داند. صاحب جواهر; در جلد 42 صفحه 313 در شرح کلام محقق; می­گوید:

**و هل للورثة استیفاء القصاص من دون ضمان ما علیه من الدیون التی لا ترکة عنده فی مقابلها؟**

در صورتی که میت ترکه­ای ندارد تا دیون از آن اداء شود، این مساله مطرح است.

**قیل و القائل ابن إدریس و من تأخر عنه، بل عن ظاهر الأول أو صریحه الإجماع و إن کنا لم نتحققه: نعم**

ایشان می­فرماید: ظاهر بلکه صریح کلام ابن ادریس; ادعای اجماع در مساله است اما این اجماع برای ما محقق نیست. لکن کلام صاحب جواهر; صحیح نیست زیرا در سرائر بر این فرع ادعای اجماع نشده بلکه اجماع مدعی شده در مساله **قتل العمد یوجب القصاص و القود دون الدیه** می­باشد که مطلب صحیحی است. اما آیا ورثه می­توانند بدون ضمان، قصاص را اجراء کنند یا نه؟ ایشان نسبت به این مساله ادعای اجماعی نکرده­اند. ما سابقا به دو بخش از سرائر آدرس دادیم که بخش دوم صریح در وجود اختلاف اقوال در مساله می­باشد. ایشان می­فرماید قواعد کلی در مقام وجود دارد که لازمه آن قواعد کلی این است که ما حق قصاص را نسبت به ورثه ثابت ­بدانیم. اما روایتی که در مساله وجود دارد، خبر واحد است که ایشان خبر واحد را حجت نمی­دانند. بنابراین در این مساله ادعای اجماعی صورت نگرفته است.

**تمسکا ب‍الأصل و العمومات التی منها الآیة**

ظاهر کلام ایشان این است که این اصل غیر از **اصالة العموم** بوده و **العمومات** تفسیر اصل نیست بلکه وجه دیگری در مساله می­باشد. اینکه ایشان این اصل را در مقابل عمومات ذکر کرده­اند وجه خاصی ندارد و بنده نمی­دانم در اینجا چه اصلی ممکن است وجود داشته باشد. زیرا بحث **ضمان ما علیه** که در اینجا وجود دارد ضمان تکلیفی نیست بلکه بحث در این است که ما نمی­دانیم حقی که برای ورثه جعل شده آیا به نحو موسع جعل گردیده یا مضیق جعل شده است؟ بلکه امکان دارد بگوییم اصل بر این است که این حق به نحو موسع جعل نشده، زیرا قطعا این حق در صورت ضمان وجود دارد اما در صورت عدم ضمان ما شک می­کنیم که آیا چنین حقی جعل شده یا نه، و لذا اصل عدم جعل را جاری می­سازیم. بنابراین دلیل عمده همان عمومات می­باشد.

**و هی «فَقَدْ جَعَلْنٰا لِوَلِیِّهِ سُلْطٰاناً» و غیرها من الکتاب و السنة و هو أولی بل أصح**

تعبیر "**اولی**" از محقق; می­باشد و صاحب جواهر; کلمه "**بل اصح**" را اضافه نموده­اند. اضافه کردن تعبیر **بل اصح** تعبیر خوبی نیست. زیرا کلمه **اولی** در بعض موارد به فعل نسبت داده شده و گفته می­شود، آن کار اولی می­باشد؛ معنای این جمله این است که فعل مستحب بوده و واجب نیست. اما در بعض موارد کلمه **اولی** به قول و نظریه نسبت داده شده و نظریه­ای اولی دانسته می­شود؛ در این صورت کلمه **اولی** به همان معنای **اصح** خواهد بود و با آن تفاوتی نخواهد داشت لذا کلمه "**بل**" در اینجا جایی ندارد.

**و لا ینافی ذلک کون الدیة ترکة لو أخذت، کما هو واضح.**

ایشان می­فرماید: اینکه شارع دیه را در حکم ترکه قرار داده و فرموده دیون و وصایا از آن خارج می­شود، منافات با این ندارد که اگر دیه اخذ نشد، حق قصاص منتفی باشد. زیرا این دو حکم جدای از هم بوده و دو بحث مستقل می­باشند. لکن مرحوم ابن ادریس; این دو بحث را لازم و ملزوم یکدیگر قرار داده است. گویا ایشان تصور نموده از آنجا که در قتل عمد ابتدائا دیه مطرح نبوده بلکه شارع حق قصاص را برای آنها قرار داده است، بنابراین اگر بعدا به جای قصاص، دیه گرفته شد، این دیه حق ورثه بوده و صرف در دیون میت نمی­شود. به عبارت دیگر این دو حکم از یک باب می­باشد یعنی از آنجا که دیه اولا و بالذات بر ذمه قاتل نمی­آید، در صورتی که بعدا دیه اخذ شد، دیّان نسبت به آن حقی نخواهند داشت. لکن چنین ملازمه­ای وجود ندارد و لذا ممکن است ما قائل شویم که دیه ابتدائا حق ورثه نیست، اما در صورتی که دیه گرفته شد، حکم ترکه را پیدا می­کند. به عبارت دیگر دیّان در مرتبه اول حقی ندارند اما ممکن است بعدا حقی برای آنها ثابت شود.

**و قیل و القائل الشیخ فی النهایة لا یجوز، بل فی غایة المراد حکایته عن أبی علی** (ابن جنید) **و القاضی** (ابن براج) **و أبی الصلاح و ابن زهرة و الصهرشتی و الکیدری و صفی الدین محمد بن معد العلوی،**

ایشان عبارت غایة المراد را صحیح نقل نکرده است چرا که در غایة المراد تفکیکاتی وجود دارد. صهرشتی; جزو کسانی است که مطابق قول شیخ طوسی; در مبسوط مشی کرده و ضمان را شرط عفو می­داند. البته از این جهت که اینها قصاص بدون ضمان دیون را جایز نمی­دانند مشترک بوده و صاحب جواهر; به همین علت آنها را مشترک ذکر می­نماید.

**بل فی الدروس نسبتة إلی المشهور، بل عن الغنیة الإجماع علیه.**

اجماعاتی که در غنیه وجود دارد اصلا قابل اعتماد نیست و تقریبا ابن زهره; در همه مسائل ادعای اجماع نموده در حالی که بیشتر آنها محل خلاف هستند. فلذا نمی­توان بر این اجماعات تکیه کرد. البته این مطلب صحیح است که ما قبل از غنیه هیچ فتوای صریحی بر خلاف این مطلب غنیه ندیده­ایم و ابن ادریس;(که بعد از غنیه است) اولین کسی می­باشد که در مساله مناقشه کرده­ است، اما با این حال نمی­توان مدعی لا خلاف و یا اجماع شد. زیرا برخی از فقهاء مانند ابن حمزه; در وسیله[[2]](#footnote-2) و سلّار در مراسم اصلا متعرض این مساله نشده­اند. این اجماعات (مانند اجماع مساله مورد بحث) ممکن است اجماع بر قواعد باشد؛ یعنی مثلا از آنجا که ایشان در مساله روایاتی دیده و آنها را حجت دانسته­ است، گمان کرده­اند که همه فقهاء طبق آن عمل خواهند نمود، در حالی که ممکن است برخی فقهاء روایات را سندا ضعیف دانسته و یا برخی خبر واحد را اساسا حجت ندانند.

**و کیف کان ف‍هو مروی فی‌خبر أبی بصیر عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی الرجل یقتل و علیه دین و لیس له مال فهل للأولیاء أن یهبوا دمه لقاتلة؟ فقال: إن أصحاب الدین هم الخصماء للقاتل، فان وهب أولیاؤه دمه للقاتل فجائز و إن أرادوا القود فلیس لهم ذلک حتی یضمنوا الدیة للغرماء»**‌ **إلا أنه مع موافقتة للعامة ضعیف**

ایشان نسبت به این روایت چند اشکال مطرح می­کند. اشکال اول این است که این روایت موافق عامه می­باشد. لکن موافقت عامه ابتدائا یک روایت را از حجیت نمی­اندازد، بلکه در صورتی که در مساله روایت معارضی وجود داشته باشد، بعد از استقرار تعارض، بحث موافقت عامه به عنوان مرجح (مرجح دوم و یا سوم) مطرح خواهد بود. لذا اینکه ایشان بحث موافقت عامه را ابتدائا مطرح نموده، چندان لطیف نیست. بنده گمان می­کنم ایشان این موافقت عامه را به عنوان دلیل ردّ نیاورده است بلکه لحن کلام ایشان این است که احتمال

تقیه در مقام وجود دارد لذا ایشان این را به عنوان مویدی برای نفی قرار داده­اند. به عبارت دیگر در موافقت عامه زمینه تقیه وجود دارد و لذا ممکن است ما آن را بر تقیه حمل کنیم.

اشکال اول[[3]](#footnote-3) ایشان ضعف سند روایت از جهت محمد بن اسلم است که بحث آن گذشت.

**لا یصلح للخروج عن عموم الأدلة و إطلاقها، کما اعترف به المصنف فی النکت**

آیا این عبارت ایشان دلیل دوم است یا مکمل دلیل اول می­باشد؟ اگر بگوییم این روایت صلاحیت مخصصیت نسبت به عمومات و مقیدیت نسبت به اطلاقات را ندارد، در این صورت این کلام ادامه **ضعیفٌ** خواهد بود. اما اگر بگوییم از آنجا که تنها یک روایت مخالف عمومات بیان شده چنین صلاحیتی نسبت به آن ثابت نمی­شود، در این صورت دلیل دوم و دلیل مستقلی خواهد بود. زیرا یک بحثی وجود دارد که آیا با یک روایت می­توان عمومات و اطلاقات را تقیید کرد یا نه؟ ممکن است نظر ایشان این باشد که اگر چنین قضیه­ای صحیح بود، نباید تنها یک روایت وجود داشته باشد بلکه باید روایات متعددی بیان می­گردید. گویا عدم ورود روایات متعدد در مساله قرینه بر این است که این روایت، روایت معتبری نیست. اما از آنجا که این مساله چندان مساله مهمی نبوده و مورد ابتلاء و شایع نمی­باشد، لازم نیست که روایات متعددی وارد شود. بلی اگر این مساله مورد ابتلاء و شایع بود باید ادله­ی زیادی بر آن اقامه می­شد. به همین جهت به نظر می­رسد این دلیل ایشان دلیل مستقلی نیست بلکه مکمل **ضعیفٌ** می­باشد.

**بل عنه فیها نسبة قول الشیخ إلی الندرة.**

یعنی محقق حلی; در نکت النهایه، قول شیخ; را به ندرت نسبت داده است. لکن این مطلب درست نیست و ایشان قول شیخ; را به ندرت نسبت نداده بلکه این روایت ابی بصیر را به ندرت نسبت می­دهد و روایت را نادر می­داند[[4]](#footnote-4). همانطور که قبلا بیان شد ایشان می­خواهد بگوید اگر چه این روایت نقلیات مختلفی دارد و در کتاب فقیه و جاهای مختلف تهذیب وارد شده است اما از آنجا که در اصل سند همه این نقلیات محمد بن اسلم وجود دارد، دیگر مفید نخواهد بود. روایات دیگری که در سند آنها محمد بن اسلم نیست مضر به این کلام نمی­باشد. چرا که آن نقلیات شاهد شیخ; نبوده است. در سند نقلیاتی که شیخ; می­تواند به آنها استدلال نماید، محمد بن مسلم قرار دارد.

ندرت در کلام محقق; که می­فرماید: **الروایة ضعیفة السند نادرة** به این معنا نیست که به آن عمل نشده، بلکه به این معناست که این روایت کم نقل شده است، چنانچه در کشف الرموز این معنا تصریح شده و

فرموده­اند: **و الروایة** **نادرة الورود ضعیفة السند**[[5]](#footnote-5). صاحب جواهر; در ادامه به این مطلب نکت النهایة تاکید می­کند.

**و عن الطبرسی**[[6]](#footnote-6) **حمله علی ما إذا بذل القاتل الدیة، فإنه یجب حینئذ قبولها، و لا یجوز للأولیاء القصاص إلا بعد الضمان، فان لم یبذلها جاز القود من غیر ضمان. و فیه- مع أنه خرق للإجماع المرکب-**

ایشان می­فرماید قول مرحوم طبرسی; کاملا خرق اجماع مرکب می­باشد و گویا در مساله هیچ کس تفصیل نداده است یعنی یا به طور مطلق گفته شده ورثه بدون ضمان نیز حق قصاص دارند و یا گفته­اند که بدون ضمان حق قصاص وجود ندارد. لکن تعبیر خرق اجماع در اینجا عجیب است زیرا در مساله دو قول بوده که یکی از آنها متعلق به ابن ادریس; است در حالی که ابن ادریس; متاخر از ابو منصور طبرسی; می­باشد. بنابراین در زمان ابو منصور طبرسی; تنها یک قول وجود داشته است. اگر قول شیخ; مورد پذیرش ایشان باشد دیگر نیازی به تعبیر خرق اجماع مرکب نیست! تا زمان ابو منصور طبرسی; تنها یک قول وجود داشته و اگر کسی این اجماع را خرق نموده باشد، آن ابن ادریس; خواهد بود. یعنی در این صورت باید گفته شود، تنها دو قول در مساله وجود دارد که یکی از آنها متعلق به طبرسی; (قول به تفصیل) و دیگری متعلق به شیخ; (توقف قصاص بر ضمان دیه مطلقا) می­باشد. بنابراین رد کلام طبرسی; به خرق اجماع جالب نیست.

**أنه لا فرق بین البذل و عدمه بالنسبة إلی عموم الأدلة،**

مرحوم طبرسی; قائل به تفصیل شده و بین بذل و عدم بذل فرق گذاشته است. لکن ما یا روایت موجود در مساله را قبول می­کنیم که در این صورت باید ضمان به صورت کلی انجام گیرد و یا روایت را نپذیرفته و به عمومات تمسک می­کنیم که در این صورت نیز تفصیل بین بذل و عدم بذل وجود ندارد. به تعبیری دیگر[[7]](#footnote-7) این جمع ایشان متوقف بر شاهد جمع می­باشد و اگر ما بخواهیم دسته­ای از روایات متعارض را به نحوی و دسته دیگر را بر وجهی دیگر حمل کنیم، باید شاهد بر جمع داشته باشیم و در غیر این صورت جمع تبرعی خواهد بود.

**نعم الخبر المزبور مختل المتن باعتبار فرقه بین الهبة و بین القود، فجوز للوارث الأول دون الثانی، و هما معا مشترکان فی تفویت حق الدین**

ایشان می­فرماید: مشکل مساله امر دیگری می­باشد. مشکل این است که این خبر با غض نظر از ضعف سند آن، از جهت متنی هم مختل است. در چاپ قبلی جواهر **مختلف المتن** وارد شده که آن درست نیست، بلکه صحیح **مختل المتن** می­باشد. البته این روایت **مختلف المتن** هم هست چرا که به صور مختلف نقل شده لکن صاحب جواهر; در اینجا بر روی **مختل المتن** تکیه دارد نه اختلاف در متن آن.

ایشان می­فرماید: در این روایت وارد شده که در هبه ضمان لازم نیست اما قود بدون ضمان جایز نمی­باشد. این دو چه فرقی با هم دارند؟ زیرا در هر دو صورت حق دین[[8]](#footnote-8) تفویت می­شود. این کلام ایشان مطلب زیبایی نیست، زیرا مثلا شخصی کرامت نفس نشان داده و از حق قصاص خود می­گذرد، در این صورت ممکن است شارع به سبب کرامت نفس او دین را بر عهده او نگذارد. اما اگر کسی بخواهد قصاص کرده و حق خود را استیفاء نماید، ممکن است شارع اداء دین را بر عهده او بگذارد.

قبل از صاحب جواهر; مرحوم ابن فهد حلی; در مهذب البارع فرموده این روایت اضطراب متنی دارد اما توضیحی نسبت به این اضطراب نمی­دهد. احتمال دارد وجوهی را که صاحب جواهر; به عنوان اضطراب متن بیان کرده، در نظر ابن فهد; نیر بوده باشد.

**بل و باعتبار قوله (علیه السلام) فیه: «إن أصحاب الدین هم الخصماء» المناسب لتفریع عدم جواز الهبة.**

ایشان اشکال دومی به روایت کرده و می­فرماید: **اصحاب الدین هم الخصماء** یعنی اصحاب دین نسبت به قاتل حق داشته و مدعی هستند. با توجه به اینکه آنها مدعی هستند اگر اولیاء دم، قاتل را ببخشند، در این صورت کلمه **جائزٌ** موجود در روایت نمی­تواند تفریع جمله سابق باشد. اگر در روایت آمده بود که آنها باید کاری انجام دهند که دین اداء شود، در این صورت تفریع **جائز** صحیح بود ولی چنین بیان نشده است. به عبارت دیگر در روایت آمده از آنجا که اصحاب دین نسبت به قاتل حق دارند، نتیجه حق داشتن آنها جواز بخشش است؛ در حالی که این تفریع صحیح نیست. اما اگر روایت به این صورت بیان می­شد و وجوب تضمین را بر آن تفریع کرده و می­فرمود اگر ولی دم قصد بخشش داشت باید حق دیان را بدهد تا بتواند ببخشد، این مشکل مرتفع می­شد. لکن با این بیان موجود در روایت مفرع و مفرع علیه با یکدیگر ارتباطی نخواهند داشت.

در جواب عرض می­کنیم در تفریع لازم نیست **مفرّع علیه** ، **تمام العله** باشد بلکه ممکن است مفرع علیه جزء العله باشد. زیرا دیان بر ذمه قاتل حقّی دارند و اگر کسی بدون اینکه کرامت نفسی داشته باشد بخواهد قاتل را قصاص کرده و با استیفاء حقش تشفی خاطری حاصل نماید، باید حق دیان را بپردازد.

این دو جمله با هم و مجموعا تفریع شده و در واقع تفریع مربوط به قسمت دوم می­باشد. یعنی در صورت قصاص از آنجا که دیان نسبت به قاتل حق داشته و اولیاء دم کرامت نفس از خود نشان نداده­اند، مقتضی اینکه دین به ذمه اولیاء دم منتقل شود موجود بوده و مانع نیز مفقود می­باشد. اما در صورت بخشش و هبه با اینکه مقتضی موجود است (به اینکه آنها خصماء بوده و حق دارند) اما از آنجا که شخص کرامت نفس به کار برده، در مقام مانع وجود دارد یعنی مناسب است که شارع در حق او ارفاق کرده و دین را بر ذمه آنها قرار ندهد. به عبارت دیگر به کسی که هبه می­کند باید جایزه داد نه آنکه او را به تکلیفی موظف کنند.

با توجه به آنچه گذشت می­گوییم در فاء تفریع علیت تامه لازم نیست، بلکه همین مقدار که مقتضی وجود داشته باشد، کافیست. به عبارت دیگر در هر دو صورت قصاص و هبه مقتضی وجود دارد اما در یکی از آنها (هبه) مانع وجود داشته و مقتضی بلا اثر خواهد بود.

ادامه کلام صاحب جواهر; در جلسه بعد بررسی خواهد شد. کلام مرحوم آقای خویی; نیز نیاز به توضیحاتی دارد که فردا درباره آن بحث خواهیم کرد.

**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. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج، ص: 216 [↑](#footnote-ref-1)
2. البته سابقا عبارتی از ابن حمزه; بیان شد لکن عبارت ایشان در مطلب ما روشن نبود. علت اینکه ما در سابق کلام ابن حمزه را نقل کردیم به جهت اطلاق محتملی بود که در عبارت ایشان وجود داشت، هر چند اطلاق آن عبارت هم چندان واضح نبود. [↑](#footnote-ref-2)
3. از آنجا که استاد موافقت عامه را دلیل مستقلی ندانستند، ضعف سند را به عنوان دلیل اول ذکر می­نمایند. [ مقرر ] [↑](#footnote-ref-3)
4. ثمَّ الذي أقوله: أن الرواية ضعيفة السند، نادرة، فلا تعارض الأصول. نكت النهاية؛ ج، ص: 29 [↑](#footnote-ref-4)
5. همان [↑](#footnote-ref-5)
6. معمولا از طبرسی به قول مطلق، صاحب مجمع البیان; اراده می­شود. اما چنانچه در غایه المراد آمده مراد از آن در اینجا ابی منصور طبرسی; صاحب احتجاج است که کتاب فقهی او الکافی نام دارد. این مساله در کتاب الکافی ایشان بیان گردیده است. [↑](#footnote-ref-6)
7. احتمالا این تعبیر در ریاض آمده است. [↑](#footnote-ref-7)
8. اگر حق دیان گفته می­شد بهتر بود. [↑](#footnote-ref-8)