



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جلسه پنجم؛ یکشنبه ۱۳۹۴/۶/۲۹

نقد اشکال دوم شیخ رحمته بر استدلال به حدیث رفع قلم از صبی

عرض می‌کنیم اشکال دوم شیخ رحمته بر کلام مستدلین به روایت «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» وارد نیست؛ چراکه ایشان فرمودند مشهور بر السنه‌ی فقهاء این است که احکام وضعیه مشترک بین بالغین و غیر بالغین به نحو موجب‌ی کلیه است، در حالی که آنچه مشهور است این که بعضی احکام وضعیه در حق غیر بالغین جاری است یعنی به نحو موجب‌ی جزئی. و بین این دو تفاوت زیادی است.

بنابراین این که مرحوم شیخ رحمته به نحو موجب‌ی کلیه می‌خواهند بفرمایند احکام وضعیه نسبت به صبی هم جاری است، می‌گوییم چنین نیست. مضافاً به این که باید دید در بعضی موارد که احکام وضعیه در حق صبی جاری است، آیا این احکام براساس نکته‌ای جاری است و یا این که نکته‌ی خاصی ندارد؟!

به نظر می‌رسد نکته‌ای در جریان بعضی احکام وضعیه نسبت به صبی وجود دارد که آن نکته در ما نحن فیه موجود نیست، و آن این که اگر نفس وجود موضوع، مستتبع حکم باشد به گونه‌ای که اراده و اختیار فرد دخیل نباشد و حتی در بعضی موارد مستند به او هم نباشد، این گونه احکام وضعیه در حق صبی هم جاری است؛ مثلاً جنابت که مرحوم شیخ مثال زدند، موضوعش «فعل فرد بما هو فعل فرد» نیست، بلکه -

۱. هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۲۵۰:

هذا و لكن ینتجہ علی ما ذکره قدس سره بآنہ إن أراد من الأحكام الوضعیة التي نسب عدم اختصاصها بالبالغین جميعها ففيه أنه ینافی نسبة فساد عقود الصبی و إيقاعاته إلى المشهور فی صدر العنوان و إن أراد منها بعضها قبال اختصاص کلها بهم فهو حق متین و لکنه لا یجدی فیما هو بصدده من إثبات صحۃ بیعه و عقده

✓ الحاشیة الأولى علی المكاسب (للخوانساری)، ص ۵۵:

همان طور که در روایات^۱ وارد شده - موضوعش التقاء ختائین است که یک واقعه‌ی خارجی است و عمد و

قوله (ان المشهور على الألسنة الخ)

لبس الغرض ثبوت تلك الشهرة في جميع الاحكام الوضعية حتى في البيع و الاجارة و النكاح و الطلاق و غيرها مما يعتبر فيه القصد بل الغرض هي الشهرة في ثبوت الاحكام الوضعية التي لا تتوقف على القصد كالطهارة و النجاسة و الحدث و الجنابة و الضمان بالاتلاف و اليد و غير ذلك و يشهد لما ذكرنا قوله فلا مانع من ان يكون عقده سببا كما يكون جنابته سببا ثم الغرض من هذا الوجه ان إرادة رفع جميع الاحكام يلزمه على المشهور تخصيص الأكثر فليس المراد الا رفع خصوص المؤاخذه

✓ حاشية المظفر على المكاسب، ج ١، ص ٩٧:

لكن غير خفي على اللبيب أن ظاهر رفع القلم عن الصبي، و المجنون، و النائم في الأفعال التي لو لا كونه صبيا أو مجنونا أو نائما كان مكلفا بها، فرفعها لمكان نومه أو جنونه، أو صباه، و هي عبارة عن الأفعال القصدية منه التي من شأنها أن تكون قصدية، و يترتب عليها الأحكام لمكان كونها قصدية.

و أما الأفعال الغير القصدية التي يترتب عليها الحكم، لمكان صرف وجودها، لا لمكان كونها قصدية، كالإتلاف و الجنابة التي يترتب عليها الحدث و سائر الأحكام الوضعية، فهي غير مشمولة للدليل أصلا حتى انها خارجة، و هذا بخلاف مثل العقد الذي هو فعل قصدي، لا يترتب عليه أثره إلا بالقصد، فكما أن النائم أو المجنون لا أثر لعقده، فكذلك الصبي.

و التفرقة بأن الصبي يمكن أن يتأتى منه القصد بخلاف أخويه، لا تجدى بعد أن كان الدليل فيها بمساق واحد، فيدل على أن الصبي كالنائم و المجنون في مسلوبية العبارة و القصد.

✓ حاشية كتاب المكاسب للأصفهاني، ط - الحديثة، ج ٢، ص ١٣:

قوله قدس سره: (إن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست .. إلخ).

ثبوت الحكم الوضعي في حق غير البالغ أحيانا - في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق - صحيح و لعله مراد المشهور. و أمّا جريان الأحكام الوضعية مطلقا في حق غير البالغ على حد جريانها في حق البالغ فلا، كيف و المشهور على فساد عقوده و إيقاعاته إلا وصيته و تدبيره، و من الواضح عدم كفاية تلك الموجبة الجزئية لما هو قدس سره بصدده من إثبات صحة بيعه و غيره، و لو في صورة إذن الولي، أو صحته اقتضاء و تأهلا، من حيث تأثير عقده و عدم كونه مسلوب الأثر.

نعم، يختلف حال ما ثبت في حقه من الوضع، فتارة يكون تخصيصا لعموم رفع القلم عنه مطلقا كالوصية و التدبير و شبههما، و اخرى لا يكون تخصيصا كضمانه بإتلافه و جنابته و نجاسته و طهارته و أشباهها، فإن الظاهر من رفع القلم عنه و عن المجنون و النائم رفع ما يكون منوطا بالشعور و الاختيار و العقل و كماله.

و أمّا ما يثبت في حق البالغ الكبير و لو صدر عنه لا عن شعور و اختيار و اعمال رأى و نظر كإتلافه المضمن بأى وجه اتفق، أو السبب الموجب لجنابته و نجاسته و طهارته، فمثلها غير منوط بالعقل و كماله، و لا بشعور و اختيار فلا يعمه حديث رفع القلم حتى يكون ثبوتها في حق الصغير تخصيصا له.

١. الكافي، ج ٣، باب ما يوجب الغسل على الرجل و المرأة، ح ٢، ص ٤٦:

عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن إسماعيل قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يجامع المرأة قريبا من الفرج فلا ينزلان متى يجب الغسل فقال إذا التقى الختان فقد وجب الغسل فقلت التقاء الختائين هو غيبوبة الحشفة قال نعم.

✓ همان، ح ٣:

و بهذا الإسناد عن أحمد بن محمد بن الحسن بن علي بن يقطين عن أخيه الحسين بن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يصيب الجارية البكر لا يفضي إليها و لا ينزل عليها أو يغسل و إن كانت ليس ببكر ثم أصابها و لم يفض إليها أو يغسل قال إذا

سهو در آن دخیل نیست؛ یعنی حتی اگر سهواً و بدون هیچ قصدی و با قهر دیگری التقاء ختائین رخ دهد، فرد جنب شده و آثار جنابت از جمله وجوب غسل، حرمت مسح مصحف و ... بر آن مترتب می‌شود.

نجاست نیز چنین می‌باشد؛ مثلاً اگر قطره‌ی بولی به سبب باد بر بدن یا لباس صبیّ اصابت کند، بدن یا لباس او نجس می‌شود، و حتی واضح‌تر از این اگر نجاست بر روی جمادات مانند سنگ هم بیفتد، آن شیء نجس می‌شود. پس موضوع نجاست، اصابت نجاست می‌باشد ولو آن‌که مستند به متنجس نباشد.

«ضمنان» هم چنین است و نفس اتلاف، موضوع ضمان است؛ مثلاً در بعض روایات^۱ و نیز فتوای فقهاء^۲ بیان شده که اگر دایه در حالی که خواب است، بر روی بچه بچرخد و طفل تلف شود، ضامن دیه‌ی اوست، با این‌که چه بسا خواب او آن‌قدر عمیق باشد که هیچ‌گونه قصدی برای او متصور نباشد. و یا این‌که فرد

وَقَعَ الْخِتَانُ عَلَى الْخِتَانِ فَقَدْ وَجِبَ الْغُسْلُ الْبِكْرُ وَغَيْرُ الْبِكْرِ.

۱. الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۷، باب النوادر، ح ۲، ص ۳۷۰.

عَنْهُ [عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ خَالِدٍ] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أُسْلَمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ الْجَهْمِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام:
أَيُّمَا ظُئِرَ قَوْمٌ قَتَلْتُ صَبِيًّا لَهُمْ وَ هِيَ نَائِمَةٌ فَانْقَلَبْتُ عَلَيْهِ فَقَتَلْتُهُ فَإِنَّ عَلَيْهَا الدِّيَةَ مِنْ مَالِهَا خَاصَّةً إِنْ كَانَتْ إِنْمَا ظَاءَرَتْ طَلَبَ الْعِزِّ وَالْفَخْرِ وَإِنْ كَانَتْ
إِنْمَا ظَاءَرَتْ مِنَ الْفَقْرِ فَإِنَّ الدِّيَةَ عَلَى عَاقِلَتِهَا.

✓ تهذیب الأحکام، ج ۱۰، بابُ ضَمَانِ النَّفْسِ وَغَيْرِهَا، ح ۵، ص ۲۲۲.

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ خَالِدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أُسْلَمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ الْجَهْمِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام:
أَيُّمَا ظُئِرَ قَوْمٌ قَتَلْتُ صَبِيًّا لَهُمْ وَ هِيَ نَائِمَةٌ فَانْقَلَبْتُ عَلَيْهِ فَقَتَلْتُهُ فَإِنَّ عَلَيْهَا الدِّيَةَ مِنْ مَالِهَا خَاصَّةً إِنْ كَانَتْ إِنْمَا ظَاءَرَتْ طَلَبًا لِلْعِزِّ وَالْفَخْرِ وَإِنْ كَانَتْ إِنْمَا ظَاءَرَتْ مِنَ الْفَقْرِ فَإِنَّ
الدِّيَةَ عَلَى عَاقِلَتِهَا.

۲. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۷۵۷.

و متى انقلبت الظئر علی الصبیّ فی منامها، فقتلته، فإن كانت إنما طلبت المظاهرة للفخر والعزّ، كان علیها الدیة فی مالها خاصّة، و إن كانت
إنما فعلت للحاجة، كانت الدیة علی عاقلتها.

و من نام، فانقلب علی غیره، فقتله، فإن ذلك شبیه العمد، تلزمه الدیة فی ماله خاصّة، و لیس علیہ قود.

✓ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، ص ۳۶۵.

و قد روی انه متى تقلبت الظئر، علی الصبیّ فی منامها، فقتلته، فإن كانت إنما فعلت ذلك للفقير والحاجة، كانت الدیة علی عاقلتها، و ان
كانت إنما طلبت المظاهرة، للفخر والعزّ كان علیها الدیة فی مالها خاصّة.

و روی ان من نام، فانقلب علی غیره فقتله، كان ذلك، شبیه العمد، يلزمه الدیة، فی ماله خاصّة، و لیس علیہ قود.

✓ تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)، ج ۵، ص ۵۲۸.

النائم إذا انقلب علی غیره فأتلفه قیل: یضمن فی ماله و قیل: الضمان علی العاقلة و هو أقوى، و اضطرب ابن إدريس هنا.

و لو انقلبت الظئر علی الطفل فقتلته فإن كانت طلبت بالمظاهرة الفخر لزمها الدیة فی مالها، و إن كانت طلبت ذلك للحاجة و الضرورة،
فالدیة علی العاقلة.

و عندی فی هذا التفصیل نظر لأنّ فعل النائم إن كان خطأ، فالدیة علی العاقلة علی التقديرین و إن كان شبیه العمد، فالدیة فی ماله علی
التقديرین، فالتفصیل لا وجه له.

دستش را بدون قصد بالا بیاورد و به سبب آن حادثه‌ای رخ دهد که موجب فوت یا جراحت دیگری شود، با این که فرد قصد نداشته و این اتفاق خطائی محض بوده، ضامن دیه می‌باشد.^۱

بنابراین در این موارد - که عمدۀ همین سه مورد است - که قصد و اراده هیچ گونه دخالتی در ترتب حکم وضعی ندارد، ما قبول می‌کنیم که آن حکم وضعی اختصاص به بالغین ندارد و شامل صبی هم می‌شود، اما این نمی‌تواند دلیل بر این باشد که احکام وضعیه‌ای که نیاز به قصد و اراده دارد، مانند إنشاء عقد و ... شامل صبی و غیر بالغ هم شود؟! اصلاً در ذات إنشاء، ارادی بودن نهفته است و منشی تا قصد نکند، إنشاء محقق نمی‌شود، لذا نمی‌توان گفت این گونه احکام وضعیه شامل صبی هم می‌شود.

بنابراین جواب مرحوم شیخ رحمته الله نمی‌تواند استدلال مستدلین به روایت «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» را خراب کند و اطلاق روایت در این که قلم تشریح اعم از تکلیفی و وضعی در حق صبی رفع شده، هم‌چنان به قوت خود باقی است. بله، بعض احکام وضعیه، تخصیصاً یا احتمالاً تخصیصاً از تحت اطلاق روایت خارج است، اما سایر احکام وضعیه از جمله [صحّت و نفوذ] إنشاء، نسبت به صبی برداشته شده است.

اشکال سوم شیخ انصاری رحمته الله بر استدلال به روایت «رفع القلم عن الصبی»

مرحوم شیخ^۲ می‌فرماید سلّمنا که روایت «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» اطلاق دارد و دلالت بر رفع قلم تشریح اعم از وضعی و تکلیفی نسبت به صبی دارد و بیان می‌کند که صبی مسلوب العبارة است، اما مانعی ندارد که فعل غیر بالغ، موضوع برای احکام مجعوله در حق بالغین باشد، کما این که یک امر تکوینی می‌تواند موضوع حکم برای بالغین باشد اما نسبت به غیر بالغین جاری نباشد؛ مثلاً شارع بگوید «هرگاه خورشید به زوال رسید، نماز ظهر واجب می‌شود» که زوال خورشید یک امر تکوینی است و هیچ قصدی در آن دخیل نیست اما موضوع وجوب صلات بر مکلفین است. عقد صبی نیز چنین است؛ یعنی مادامی که

۱. در این مثال، فعل به گونه‌ای مستند به فاعل است اما اصلاً به عنوان یک فعل اختیاری برای آن فاعل تلقی نمی‌شود و خطایی محض است.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۷۸:

و أما حدیث رفع القلم، ففيه: أوّلاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذه ...

و ثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتّى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّ البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

و بالجملة، فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي، و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكي، المعتضد بالشهرة العظيمة، و إلّا فالمسألة محلّ إشكال؛ و لذا تردّد المحقق في الشرائع في إجارة المميّز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية، و استشكل فيها في القواعد و التحرير.

صبیّ بالغ نشده هر چند خودش هیچ حکمی اعم از تکلیفی و وضعی ندارد، اما مانعی ندارد إنشاء او که یک امر خارجی است موضوع حکم تکلیفی برای بالغین باشد، کما این که وقتی که صبیّ بالغ شد، فعلش موضوع حکم تکلیفی برای خودش و سایر بالغین است.

بنابراین إنشاء صبیّ می تواند موضوع حکم تشریحی برای بالغین باشد، در نتیجه اگر عقدی را صبیّ انشاء کرد و ولیّ قبلاً اذن داده بود و یا این که اجازه کرد، اثر بر آن مترتب می شود، هم چنین اگر صبیّ بالغ شود، اثر نسبت به خودش هم مترتب می شود.^۱

مناقشه در جواب سوم شیخ انصاری رحمته الله

عرض می کنیم درست است که فعل صبیّ نیز می تواند موضوع حکم برای مکلفین باشد - مثل این که صبیّ در مسجد بول کرده و آن را نجس کند که فعل او موضوع وجوب تطهیر برای مکلفین است - اما بحث در این است که آیا انشاء صبیّ می تواند بیع را محقق کند تا احکام آن نسبت به بالغین مترتب شود یا نه؟ به تعبیر دیگر از یک طرف روایت دلالت می کند که قلم تشریح اعم از وضعی و تکلیفی، نسبت به صبی برداشته شده است و از طرف دیگر زمانی فعل صبیّ - یعنی إنشاء که یک امر وضعی است - می تواند موضوع برای سایر بالغین درست کند که شارع آن را الغاء نکرده باشد، در حالی که روایت بیان می کند شارع مقدس إنشاء صبیّ را الغاء کرده است. بنابراین نمی توانیم بگوییم فعل صبیّ که نیاز به قصد دارد، موضوع حکم برای دیگران قرار می گیرد.

خلاصه ی بحث تا این جا این شد که برخی برای اثبات مسلوب العبارة بودن صبیّ و در نتیجه بطلان عقدی که ولیّ تمام مقدمات آن را انجام داده باشد و صبیّ فقط وکیل در إنشاء عقد باشد، به روایت «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» تمسک کردند. در مقابل، مرحوم شیخ رحمته الله سه اشکال به استدلال آن ها وارد کردند که بیان کردیم هیچ کدام از این اشکالات تمام نیست، اما آیا می توان از این استدلال پاسخ داد و یا این که باید به آن ملتزم شد؟

مناقشه ی مختار بر استدلال به روایت «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم»

عرض می کنیم ما نسبت به این استدلال که صبیّ کلاً از صحنه ی تشریح محو است، ابتدا یک مبعّد ذکر

۱. فرق اشکال دوم و سوم مرحوم شیخ در این است که در اشکال دوم می فرماید مانعی ندارد صبیّ مشمول احکام وضعیه باشد و شارع إنشاء او را قبول کند، اما در وجه سوم می فرماید إنشاء او بما هو إنشاء پذیرفته نمی شود، بلکه به عنوان موضوعی که احکام برای بالغین درست می کند، در ادله أخذ شده است.

می‌کنیم و سپس اشکال وارد بر آن را بیان می‌کنیم.

مبَعْد این است که مسلماً بعض احکام وضعیه در حق صبیّ ثابت است و ادله نیز بر آن دلالت دارد، از جمله این که وصیت صبیّ مورد پذیرش است، تدبیر صبیّ مقبول است یعنی می‌تواند به عبدش بگوید «أنت حرٌّ دبر وفاتی»، حجّ صبیّ و بلکه سایر عبادات او صحیح است، صبیّ می‌تواند مالک باشد؛ چراکه ملکیت همیشه امر اختیاری نیست و غیر اختیاری آن قطعاً برای صبیّ وجود دارد، هم‌چنین صبیّ می‌تواند همسر باشد و ... بنابراین معلوم می‌شود که صبیّ از صحنه‌ی تشریح محو نیست. و این که بگوییم این موارد یا بعض آن تخصیصاً از شمول روایت خارج شده، این حرف بعید غایته؛ چراکه لحن روایت که می‌فرماید «رفع القم عن الصبی حتّی یحتلم و عن المجنون حتّی یفیک و ...» با تخصیص سازگار نیست، لذا معلوم می‌شود که این روایت مبارکه از ابتدا اطلاق یا عمومی نسبت به تمام احکام صبیّ ندارد بلکه همان‌طور که شیخ فرمودند یا باید منحصر به رفع احکام تکلیفیه کنیم و یا رفع مؤاخذه‌ی خارجیّه و یا شبه آن.

اما اشکال عمده‌ی این استدلال آن است که هرچند اصل قضیه از واضحات حدیث و تاریخ بین شیعه و سنی است و همه قبول دارند که امیرالمؤمنین علیه السلام در ردّ حکم عمر به رجم مجنونه‌ی زنا کار، مطالبی را بیان فرمودند، اما نمی‌توان به خصوصیات و الفاظ این روایت اعتماد کرد؛ چراکه این روایت [و نیز روایات دیگر که این مضمون را دارند، هیچ کدام] سند تام ندارد [و اکثر آن‌ها مرسله می‌باشد].

بنابراین احتمال دارد این روایت با این الفاظ از معصوم علیه السلام صادر نشده باشد بلکه روات عمدتاً یا سهواً کلمه یا عبارتی را کم یا زیاد کرده باشند [به گونه‌ای که مغیّر معنا باشد].

شاهد این مطلب، روایت دیگری است که در این زمینه وجود دارد و متفاوت با این روایت است.

روایت چنین می‌باشد:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ سَنَادَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ
عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام عَنْ عَلِيِّ عليه السلام قَالَ: لَا حَدَّ عَلَى مَجْنُونٍ حَتَّى
يُفِيقَ وَلَا عَلَى صَبِيٍّ حَتَّى يُدْرِكَ وَلَا عَلَى النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ.
وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلًا.^۱

این روایت بیان می‌کند که «حدّ» از این سه دسته برداشته شده است؛ نه این که قلم تکلیف - اعم از وضعی و

۱. همان، ج ۲۸، کتاب الحد و التعزیرات، ابواب الحدود، باب ۸، ح ۱، ص ۲۲ و تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۵۲.

تکلیفی - از آن‌ها مطلقاً برداشته شده و مسلوب العبارة باشند. بنابراین هرچند اصل قضیه قطعی است که از امیرالمؤمنین علیه السلام صادر شده است، اما نمی‌توان به خصوصیات آن ملتزم شد بلکه باید به قدر متیقن آن اکتفاء کرد و قدر متیقن آن، رفع حدّ از این سه دسته است.

بنابراین آنچه که می‌توان نسبت به روایت «رفع القلم عن الصبیّ حتّیّ یحتلم» ملتزم شد این است که حدّ از صبیّ برداشته شده است، اما روایت دلالتی بر مسلوب العبارة بودن و بطلان إنشاء صبیّ در صورتی که ولیّ سایر مقدمات عقد را انجام داده باشد ندارد.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی