



## درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبیٰ نورمفیدی

موضوع کلی: القول فیما یجب فیہ الخمس - السابع: الحلال المختلط بالحرام ...

تاریخ: ۱۹ آذر ۱۳۹۶

موضوع جزئی: فروع - فرع دوم - بررسی قول اول (تخلص عن الجمیع)

مصادف با: ۲۱ ربیع الاول ۱۴۳۹

سال هشتم (سال پنجم خمس)

جلسه: ۲۵

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

### خلاصه جلسه گذشته

در مورد فرع دوم گفته شد اقوال و احتمالاتی وجود دارد. احتمال اول این بود که اگر مقدار مال معلوم است و صاحب مال هم اجمالاً معلوم است، یعنی بین چند نفر محصور است؛ در این صورت تخلص عن الجمیع باید صورت بگیرد. دلیل این مطلب هم ذکر شد. اشکالی که به این دلیل وارد شده، بیان گردید.

محصل دلیل این بود که چون اشتغال یقینی حاصل شده، باید با راضی کردن جمیع کسانی که احتمال ملکیت آنها داده می‌شود، یقین به فراغ ذمه پیدا کرد. یعنی به همه آن افراد این مقدار را بدهد تا راضی شوند.

اشکال شد که این راه مستلزم ضرر علی من بیده المال است. عرض شد به این اشکال پاسخ‌هایی داده شده است. یک پاسخ مرحوم آقای خوبی به این اشکال داده‌اند. عرض شد این پاسخ به نظر ما تمام است؛ هر چند بعضی الأعلام به این پاسخ محقق خوبی هم اشکال کرده بودند اما ما اشکال ایشان را جواب دادیم. نتیجه این شد که پاسخ اول به اشکال لزوم ضرر علی من بیده المال، قابل قبول است.

### پاسخ دوم (آقای حکیم)

پاسخ دوم را مرحوم آقای حکیم داده‌اند. ایشان فرموده درست است که تخلص عن الجمیع ممکن است موجب ضرر علی من بیده المال باشد؛ چون این که به این شخص گفته شود به هر سه نفر، این مقدار را باید بپردازد، معنایش این است که به او ضرر تحمیل شده و سه برابر آنچه که از مال غیر نزد او بوده باید بپردازد. اما این ضرر معارض با ضرری است که در صورت عدم ارضاء جمیع، متوجه مالک واقعی می‌شود. یعنی اگر ما این شخصی که مال او با حرام مخلوط شده را مکلف نکنیم که به همه کسانی که احتمال می‌دهد این مال حرام متعلق به آنها باشد، این مال را بپردازد؛ مثلاً بخواهد از طریق قرعه به یک نفر بدهد یا از طرف مالک صدقه بدهد، نتیجه‌اش این است که مالک واقعی که یکی از این سه نفر است، به مال خودش دسترسی پیدا نکند؛ لذا این هم برای مالک ضرر است و این ضرر در مقابل آن ضرر قرار می‌گیرد. بنابراین اشکالی ندارد؛ اگر حکم به تخلص عن الجمیع می‌شود [یا فتواً یا احتیاطاً] و گفته می‌شود باید به همه افرادی که ملکیت آنها محتمل است این مال را بپردازد، موجب ضرر بر من بیده المال بشود چون اگر این کار را نکند، ضرر متوجه شخص دیگری می‌شود. پس این ضرر در مقابل آن ضرر قرار می‌گیرد و لذا چاره‌ای نیست جز این که ما به این راه تن دهیم و این شخص را موظف کنیم به این که به این افراد که محتملاً یکی از آنها مالک این مال است، این مال را بپردازد.

## اشکال بعضی الاعلام به آقای حکیم

بعضی الاعلام اشکالی به آقای حکیم کرده‌اند و آن اشکال این است که اساساً این جا ایقاع المعارضه بین الضررین درست نیست. اصلاً معنا ندارد که بگوییم در مقابل این ضرر، یک ضرر دیگر است. از یک طرف می‌بینیم تکلیف [چه وجوباً و چه احتیاطاً] به این که به همه این افراد این مال را بدهد، ضرری است. این شخص ۹۰۰ هزار تومان مال غیر با اموالش مخلوط شده؛ الان هم احتمال می‌دهد که مالک یکی از این سه نفر باشد: زید بن بکر، زید بن عمرو، زید بن خالد؛ یقین دارد که یکی از این هاست اما نمی‌داند کدام است. روشن است که اگر به او بگوییم به هر یک از این‌ها نفری ۹۰۰ هزار تومان بدهد، در حقیقت باید سه برابر مقدار حرام و مقداری که متعلق به غیر است بپردازد.

این ضرر، یک ضرر واقعی و قطعی است. از آن طرف ندادن این مقدار به این سه نفر، آیا ضرری را متوجه مالک می‌کند یا خیر؟ ما در این طرف آن‌چه که داریم این است که مالک واقعی را راضی کنیم. مالک واقعی یکی از این سه نفر هستند؛ ارضاء مالک واقعی (یعنی راضی کردن آن کسی که حقیقتاً مالک است)، در واقع برای جبران ضرری است که متوجه او شده. ۹۰۰ هزار تومان از مال او خارج شده و در اختیار دیگری قرار گرفته. الان که می‌خواهیم او را راضی کنیم، این ارضاء مالک و ایصال مال به مالک واقعی، در واقع تدارک و جبران ضرری است که متوجه او شده است. اینگونه نیست که اگر او را راضی نکنیم، ضرر باشد. فرق است بین وجوب تدارک ضرر و بین نفی حکم ضرری. قاعده لاضرر و حدیث لاضرر، در واقع نفی حکم ضرری می‌کند. می‌گوید حکم ضرری در شریعت جعل نشده است. این مقتضا و مفاد دلیل لاضرر است. اما ارضاء مالک واقعی یک حکم برای تدارک ضرر است. اگر می‌گوییم باید به این مالک مبلغی داده شود، در حقیقت کأنّ عبارة اخرى آن این است که یجب تدارک الضرر. اگر به این حکم عمل نشود، آیا می‌توان گفت مشمول لاضرر است؟ پس فرق است بین نفی حکم ضرری و عدم تدارک ضرر.

اشکالی که ایشان به دلیل مرحوم آقای حکیم دارند این است که اساساً اینگونه نیست که ما دو ضرر داشته باشیم که این دو ضرر، هر دو به وسیله حدیث لاضرر نفی شود. حدیث لاضرر، ضرری را نفی می‌کند که از ناحیه جعل حکم شرعی پدید آمده باشد [طبق نظر مشهور]. مفاد لاضرر این است که در شریعت هیچ حکمی که از ناحیه آن حکم ضرری متوجه مکلف شود، جعل نشده است. چنانچه حکم حرجی جعل نشده است. پس اگر جایی حکم ضرری وجود داشت، به وسیله لاضرر برداشته و رفع می‌شود. الان در این جا وجوب تخلص عن الجميع در واقع ضرر است و ضرری را متوجه من بیده المال می‌کند. اما در مقابل، اگر مالک واقعی را راضی نکنیم، با چه مخالفت کرده‌ایم؟ اگر به این سه نفر پول ندهیم و فقط به یک نفر بدهیم، نتیجه این می‌شود که به حکم وجوب تدارک ضرر، عمل نکردیم. اگر مالک واقعی راضی نشود، معنایش این نیست که عدم ارضاء مالک واقعی، یک حکم ضرری باشد. فو قش این است که به وجوب تدارک ضرر عمل نکرده‌ایم.

بنابراین در ناحیه مالک واقعی، حکم ضرری نیست تا بخواهد مشمول حدیث لاضرر شود و نهایتاً بین این دو، معارضه صورت بگیرد. (فعلاً از زاویه‌ای که محقق حکیم فرموده که بین دو ضرر می‌خواهد معارضه ایجاد کند و پاسخ اشکال را بدهد، بررسی می‌کنیم و الا ما اصل شمول لاضرر را نسبت به وجوب تخلص عن الجميع قبول نداشتیم و عرض شد جواب

مرحوم آقای خوبی تمام است. آن جا می گوید این مربوط به مقام امتثال است و نه مقام تشریح و اصلاً لاضرر کاری ندارد به ضررهایی که در مقام امتثال و از ناحیه احتیاط پدید می آید).

سؤال:

استاد: عنوان اشکال ایشان این بود: عدم ارضاء مالک واقعی أيضاً ضرراً علیه فیعارض بضرر المالك. می خواهیم ببینیم آیا واقعاً عدم ارضاء مالک واقعی، ضرر بر اوست تا با لاضرر برداشته شود؟

سؤال:

استاد: ایشان تعارض بین ضررین را مطرح می کند. ایشان معتقد است حکم چه واقعی و چه ظاهری، هر دو با لاضرر برداشته می شود در حالی که ما این را قبول نداریم. عرض شد آن چه که با لاضرر برداشته می شود، حکمی است که به مقام تشریح مربوط است. این که در مقام امتثال، با وجود علم اجمالی عقل ما را ملزم به احتیاط کند، این اصلاً حکم شرعی نیست. حکم مجعول از ناحیه شارع نیست. در جلسه گذشته هم عرض شد که اگر قرار باشد این حکم با لاضرر برداشته شود، باید در تمام موارد علم اجمالی که عقل ما را ملزم به احتیاط می کند، گفته شود لاضرر آن احتیاط را برمی دارد؛ در تمام موارد اینطور است؛ چه مالی و چه غیر مالی. هر جایی که علم اجمالی باشد، چون علم اجمالی منجز است، حکم به احتیاط می کنیم. یعنی عقل ما را ملزم به احتیاط می کند؛ احتیاط یعنی اتیان به جمیع اطراف. این ضرر هست یا نیست؟ طبق نظر بعضی الأعلام، پس باید همه موارد علم اجمالی، مشمول لاضرر شود. هر جایی که در آن جا علم اجمالی داریم و عقل ما را ملزم به احتیاط می کند، باید با لاضرر برداشته شود در حالی که نمی توان به این مطلب ملتزم شد. لذا ما در آن جا اشکال ایشان را رد کردیم و گفتیم پاسخ مرحوم آقای خوبی تمام است. چون لاضرر فقط احکامی را که در شرع جعل شده و مستلزم ضرر باشد برمی دارد. ولی ایشان اعم می داند و می گوید اطلاق لاضرر هم شامل احکام واقعی و هم شامل احکام ظاهری می شود؛ مثل احتیاط. ما اصل مبنای ایشان را رد کردیم. لذا طبق آن مبنا، این جا وجوب تخلص عن الجمیع یک حکم قابل رفع به وسیله لاضرر هست اما مسأله عدم ارضاء مالک واقعی، یک حکم ضرری نیست که با لاضرر برداشته شود. باید دید خود ارضاء المالك چیست؟ در حقیقت ارضاء المالك، تدارک الضرر است. اگر ارضاء المالك، تدارک الضرر است، عدم ارضاء المالك دیگر حکم ضرری نیست. همه اشکال ایشان در این بخش است که تعارض بین الضررین در این جا حاصل نمی شود تا شما از این راه بخواهید آن اشکال را برطرف کنید.<sup>۱</sup>

#### بررسی اشکال بعضی الأعلام

به نظر ما این اشکال به مرحوم آقای حکیم وارد است. قبول داریم که از این طریق نمی شود آن اشکال را پاسخ داد.

سؤال:

استاد: شاید نظر شما به همین جواب سومی است که عرض خواهد شد.

بحث این است که ما راجع به یک مدعایی بحث می کنیم. صورت مسأله این است که کسی مقداری از مال غیر با مال او مخلوط شده، مقدار را می داند و صاحب مال برای او معلوم است اما نه دقیقاً بلکه می داند که یکی از این سه نفر است. این

<sup>۱</sup>. کتاب الخمس، شاهرودی، ج ۱، ص ۳۳۹.

الان می‌خواهد از این مشکل و این بن بست خودش را رها کند. بعضی [از جمله امام] گفته‌اند در درجه اول اگر امکان دارد، باید احتیاطاً از آن چند نفری که احتمال می‌دهد مالک بین آن‌ها باشد، آن‌ها را راضی کند. نهایت این است که به هر کدام از آن‌ها، مساوی مقدار مال را بدهد. مثلاً ۹۰۰ هزار تومان مال غیر در اموال اوست، به این سه نفر هر یک نفری ۹۰۰ هزار تومان بدهد. در این جا مهم‌ترین اشکالی که به ذهن می‌رسد این است که این مستلزم ضرر است. این راه قابل قبول نیست. چون مستلزم ضرر بر من بیده المال است و حدیث لاضرر این را نفی می‌کند. پس این راه اساساً کنار می‌رود. این اشکالی است که به این راه حل وارد شده است.

عرض شد که به این اشکال چند جواب داده شده است. یک جواب آقای خوبی داده‌اند که ما این جواب را پذیرفتیم. آقای خوبی فرمودند لاضرر فقط احکامی را که ضرری باشند، تشریح آن را نفی می‌کند. می‌گوید در شریعت احکام ضرری جعل نشده است. لذا مربوط به مقام تشریح است اما مربوط به مقام امتثال نیست. این که عقل ما یک جایی بگوید تو برای این که خودت را راحت کنی، باید احتیاط کنی؛ این ضرری نیست که با لاضرر برداشته شود.

سؤال:

استاد: منافات نیست. یک حکم شرعی برای امتثال است و مقام امتثال یک مقتضیاتی دارد.

سؤال:

استاد: عرض بنده این بود که ما یک حکم شرعی داریم به عنوان وجوب ردّ المال الی صاحبه؛ وجوب دادن مال غیر به صاحبش، ضرری است؟ نه؛ این ضرری نیست. ولی چون من علم اجمالی به وجود مالک بین این سه نفر دارم، عقل من می‌گوید باید احتیاط کنی و به هر سه نفر این مقدار را بدهی. چون علم اجمالی دارم و علم اجمالی منجز است. می‌گوید اشتغال یقینی مستدعی فراغ یقینی است. عقل در چهارچوب امتثال همان حکم شرعی این را به من می‌گوید. عقل کیفیت امتثال همان حکم شرعی را در این جا بیان می‌کند.

سؤال:

استاد: می‌گوییم یک حکم شرعی داریم به عنوان وجوب اعطاء مال الغیر الی صاحبه. این حکم شرعی است. ضرری نیست. در این شرایط خاص، من علم اجمالی دارم به وجود مالک بین این سه نفر. علم اجمالی هم منجز است. به حکم عقل من باید احتیاط کنم و احتیاط به این است که به هر سه نفر این مقدار را بدهم. این جا عقل در واقع کیفیت اجرای آن حکم شرعی را برای من بیان کرده است. این که می‌گوییم مربوط به مقام امتثال است، یعنی عقل اگر حکم به احتیاط کرده و لزوم اتیان به جمیع اطراف را برای من بیان کرده، یعنی نحوه امتثال همان حکم شرعی. عقل می‌گوید اگر می‌خواهی آن حکم شرعی را اتیان کنی، این جا باید اینگونه اتیان کنی. لذا هیچ تنافی بین این‌ها نیست.

سؤال:

استاد: قاعده لاضرر و حدیث لاضرر، تشریحی احکام ضرری یا نفی می‌کند. می‌گوید در شرع، حکمی که مستلزم ضرر بر مکلف باشد نداریم. شارع چنین حکمی جعل نمی‌کند. لاضرر به حکم عقل به لزوم احتیاط کاری ندارد، چون اصلاً ربطی به شرع ندارد. کیفیت امتثال و نحوه امتثال که این جا به نحو احتیاط است، ربطی به شارع ندارد. شارع به ما دستور داده و از

ما خواسته که آن را انجام دهیم. انجام آن چگونه است؟ به احتیاط است. حالا این که این احتیاط مستلزم ضرر است یا نه، این را لا ضرر بر نمی‌دارد.

عرض شد که به نظر ما این مبنا صحیح است؛ هر چند به نظر بعضی اعلام، لا ضرر حتی آن را برمی‌دارد. ولی مهم‌ترین تالی فاسد همان است که عرض شد که اگر قرار باشد لا ضرر حتی شامل احکام ظاهری و شامل حکم عقل و احتیاط شود، پس باید در تمام مواردی که ما علم اجمالی داریم و عقل ما حکم به احتیاط می‌کند، به استناد لا ضرر این حکم عقلی باطل شود؛ چون فرض این است که این هم برداشته می‌شود. لذا ما اطلاق رفع و نفی در حدیث لا ضرر را قبول نکردیم. جواب دوم، جواب مرحوم آقای حکیم است که ایشان اشکال لزوم ضرر را با ضرر معارض آن حل کرده است. گفته‌اند درست است که تکلیف به تخلص عن الجمیع، مستلزم ضرر هست ولی از این طرف ندادن آن به همه، موجب یک ضرر بر مالک است. لذا این دو ضرر با هم معارضه می‌کنند، اصل حکم به قوت خود باقی می‌ماند. این را هم عرض کردیم که پاسخ تمامی نیست.

#### **پاسخ سوم (بعضی اعلام)**

پاسخ سوم به این اشکال، این است که این جا اساساً جای تمسک به لا ضرر نیست. چون من بیده المال و کسی که مال حرام در دست اوست و مال حرام با اموال او مخلوط شده، خودش به این کار اقدام کرده و چون خودش اقدام کرده بر تصرف در مال غیر و اخذ مال غیر، باید جزایش را هم ببیند! اقدام او به اخذ مال غیر و مخلوط شدن مالش با مال غیر، در واقع اقدام بر یک ضرری بر علیه خودش است. اگر ضمانی برای او حاصل شود، این ضمان در واقع ضمان ناشی از وجوب اداء مال غیر و وجوب اعطاء مال غیر به صاحبش است.

اگر می‌گوییم که واجب است این شخص احتیاط کند و به هر سه نفر، نفری ۹۰۰ هزار تومان بدهد، این در حقیقت جزای اعمال خودش را می‌بیند. کسی که خودش بر اخذ مال غیر اقدام کرده، باید بداند اگر روزی فراموش کرد که مشخصاً چه کسی مالک است، باید به همه کسانی که احتمال ملکیت آن‌ها را می‌دهد، این مال را بپردازد.

پس این ضرر در واقع ضرر ناشی از حکم شرعی نیست. ضرری است ناشی از اقدام خود این شخص که عدواناً در مال غیر تصرف کرده است و این ضرر با لا ضرر برداشته نمی‌شود. ضرری با لا ضرر برداشته می‌شود که از ناحیه شارع بر مکلف تحمیل شود. اگر از ناحیه شارع یک حکمی جعل شود و بخواهد ضرری را متوجه مکلف کند، لا ضرر این را برمی‌دارد و می‌گوید ما در اسلام حکم ضرری نداریم. اما اگر ضرر ناشی از اقدام خود شخص است و خودش به دست خودش باعث شده که چنین ضرری متوجه خودش شود، این با لا ضرر برداشته نمی‌شود.<sup>۱</sup>

#### **بررسی پاسخ سوم**

این جواب را بعضی داده‌اند؛ لکن این جواب فی الجمله درست است و نه بالجمله. چون فقط در صورتی می‌شود این جواب را پذیرفت که من بیده المال غاصب باشد؛ یعنی عمداً مال غیر را تصرف کرده باشد تا بگوییم اقدام او مساوی با این ضرر است. اما همه جا اینگونه نیست. به نظر ما این پاسخ تمام نیست.

<sup>۱</sup>. کتاب الخمس، شاهرودی، ج ۱، ص ۳۳۹.

چون این پاسخ در مورد بخشی از مسأله تمام است و آن جایی است که کسی برود و مال دیگری را عدواناً غصب کند تا بعد بگوییم ضمان مال غصبی، این است که آن مال را ادا کند ولو خسارت و ضرری متوجه او شود.

اما شما فرض کنید که کسی عمداً این کار را نکرده است؛ مثلاً یک خروار گندم برای خودش است و یک خروار گندم دیگر برای غیر است که با فاصله در کنار خروار خودش ریخته است. طوفان و باد آمده و این دو را با هم مخلوط کرده است. این جا اگر مال غیر با مال او مخلوط شده، ناشی از ید عدوانی و اقدام او بر ضرر نبوده تا الان بگوییم کسی که این کار را کرده، باید فکر این جا را هم می‌کرد که چنانچه مالک را فراموش کرده، باید احتیاط کند و به همه بپردازد. این شخص که خودش این گندم‌ها را با هم مخلوط نکرده است. لذا پاسخی که ایشان داده‌اند، متکفل حلّ مشکل در بخشی از فرض این مسأله می‌شود. یعنی فی الجمله می‌توانیم بگوییم این پاسخ تمام است اما بالجمله تمام نیست.

سؤال:

استاد: حرمت تکلیفی یک بحث دیگر است. اگر مال غیر در مال ما بیاید، حرام است یا نه؟ دو تا مال با هم مخلوط شده، اگر مال غیر باشد، مال حرام می‌شود. یعنی لایجوز التصرف فیه، لایجوز بیعه. مال حرام یعنی مال غیر. اصلاً در فرض دوم این را ندارد که به ید عدوانی باشد. لذا این جواب به نظر ما تمام نیست.

**پاسخ چهارم**

جوابی که می‌تواند مسأله را حل کند، یا همان جواب مرحوم آقای خوئی است. یا اینکه بگوییم به طور کلی ما در مورد لاضرر عقیده‌ای داریم که اساساً لاضرر ربطی به حکم شرعی ندارد؛ لاضرر یک حکم حکومتی است. این را امام در باب لاضرر فرموده‌اند برخلاف مشهور که معتقدند لاضرر نفی احکام ضرری در شریعت می‌کند. نه، اصلاً لاضرر یک حکم سلطانی و حکومتی است؛ هیچ ربطی به حکم شرعی ندارد. اگر این مبنا را بپذیریم، دیگر جای این اشکال نیست.

«الحمد لله رب العالمین»