



## درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبیٰ نورمفیدی

موضوع کلی: القول فیما يجب فيه الخمس - السابع: الحلال المختلط بالحرام ...

تاریخ: ۱۲ دی ۱۳۹۶

موضوع جزئی: فروع - فرع چهارم - قول یازدهم (نظر مختار) و قول دوازدهم

مصادف با: ۱۴ ربیع الثانی ۱۴۳۹

سال هشتم (سال پنجم خمس)

جلسه: ۴۲

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

### قول یازدهم (نظر مختار)

قول یازدهم که نظر مختار است، با ملاحظه دو امر و توجه به این دو جهت معلوم می‌شود. یعنی در این جا باید دو چیز را در نظر بگیریم که نتیجه آن یک تفصیلی در مسأله است. آن دو جهتی که در این مقام تأثیر دارند، یکی دوران امر بین اقل و اکثر یا دوران بین المتباینین است؛ دوم اینکه جمیع المال تحت استیلاء باشد یا نباشد. این دو جهت، از جهاتی هستند که در اختیار نظر قول حق در مسأله، دخیل هستند. موضوع مسأله مورد بحث این است که یک مال حلال با حرام مخلوط شده و مالک مال حرام معلوم است اما مقدار مال حرام معلوم نیست؛ و بین من بیده المال و مالک مال حرام، صلح و تراضی حاصل نشده است.

#### الف) اکتفاء به اقل در دوران بین اقل و اکثر و استیلاء بر جمیع مال

این جا تارة امر مقداری که معلوم نیست، مردد بین اقل و اکثر است و همه مال تحت استیلاء هست. مثلاً می‌داند مقدار مال حرام یا نصف مال است یا ثلث مال، اجماً می‌داند اما مقدار معلوم نیست؛ مالک هم معلوم است؛ این جا «یکتفی بالاقل»؛ اکتفا به اقل می‌شود.

**دلیل:** دلیل جواز اکتفا به اقل هم این است که تعلق اقل به غیر، یقینی است. لذا ید نسبت به آن مقدار اقل، اماریت ندارد. چون عرض شد «ید امارة الملكية الا ما علم خلافة»؛ مگر یقین به خلاف آن باشد. وقتی یقین داریم که این مقدار اقل متعلق به غیر است، دیگر ید نسبت به آن مقدار اقل حجیت ندارد. مثلاً یقین دارد که ثلث مال متعلق به غیر است ولو در اختیار اوست، اما ید او نسبت به این مقدار اقل حجیت ندارد. اما نسبت به زائد بر اقل، به استناد ید می‌تواند ملکیت را ثابت کند. یعنی تعلق زیاده به غیر را با ید نفی می‌کند. پس اکتفا به اقل قابل قبول است در جایی که امر دایر بین اقل و اکثر است و جمیع مال هم تحت استیلاء اوست.

نکته قابل توجه در این صورت این است که دیگر این جا فرقی بین اینکه جهل من اول الامر بوده یا از ابتدا عالم بوده و سپس جهل عارض شده نمی‌کند. یعنی این جهت تأثیری در مانحن فیه ندارد. چون در بررسی قول دهم معلوم شد که علم مکلف از ابتدای امر با توجه به اینکه بعداً زائل می‌شود و فراموش می‌کند، منجزیت آن باقی نمی‌ماند. این طور نیست که بگوییم چون از اول علم داشته، این علم باعث شده تکلیف گریبان او را بگیرد و به حکم اشتغال یقینی یستدعی الفراغ الیقینی، این جا باید اکثر را بدهد. عرض شد با زوال علم ولو بالتقصیر فی التأخیر، همین که علم به مقدار زائل می‌شود، آن تکلیف هم دیگر منجز نیست.

پس «لا فرق فی ذلك بینما إذا كان الجهل بالمقدار من اول الامر و بینما إذا كان عالماً به ابتداءً ثم طرء الجهل».

هم چنین فرقی نمی‌کند که ید در این جا ید عدوانی باشد یا غیر عدوانی. با توجه به اشکالی که نسبت به قول دهم گفتیم، وجه این امر هم معلوم می‌شود. چون اگرچه ید عدوانی مانع اماریت ید بر ملکیت هست و تردیدی در این نیست؛ اینکه ید، ید عدوانی باشد و غاصبانه بر مالی مسلط باشد، این مانع اماریت ید بر ملکیت است. ولی این در جایی است که آن مقدار غصب و مقدار عدوان، معلوم باشد. ما این جا اساساً در مقدار غصب و عدوان شک داریم؛ لذا وجهی ندارد به خاطر اینکه نسبت به بخشی از این مال عدوان محقق شده و غصب صورت گرفته و به استناد «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال»، پس باید او را مکلف به دفع اکثر کنیم. این چنین نیست؛ گفته شد معنای «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» این است که برای بازگرداندن مقداری که غصب کرده، هر خسارتی را باید تحمل کند؛ نه اینکه بیش از مقداری که غصب کرده باید بپردازد. این نکته مهم از این قسمت بحث است. فرض ما این است که امر دایر بین اقل و اکثر است و نیز استیلاء بر جمیع مال دارد؛ لذا عدوانی بودن، مانع اخذ به قاعده ید برای نفی زیاده نیست. اقل که یقینی است و باید آن را بدهد اما نسبت به زائد، عدوانی بودن ید احراز نشده است؛ بنابراین به استناد ید، تعلق زائد به غیر نفی می‌شود؛ پس نتیجه این است که: یجوز الاکتفا بالاقل. این برای فرض دوران بین اقل و اکثر و استیلاء بر جمیع مال است. پس این دو جهت حتماً در حکم تأثیر دارند.

#### ب) دفع اقل در دوران بین متباینین مع الاختلاف فی القيمة و استیلاء بر جمیع مال

اما اگر امر دایر بین المتباینین باشد؛ دوران بین المتباینین به دو صورت قابل تصویر است: تارة متباینین از حیث قیمت و مالیت مختلف هستند و آخری از حیث قیمت و مالیت یکسان هستند. مثلاً امر دایر است بین اینکه این خانه متعلق به اوست یا خانه دیگر؛ بالاخره یکی از این دو خانه برای خودش و یکی برای غیر است. ممکن است این دو خانه از حیث قیمت و مالیت یکسان باشند؛ هم چنین ممکن است قیمت یک خانه از خانه دیگر بیشتر باشد. پس این جا علم اجمالی به وجود حرام در بین اموال دارد منتهی امر مسأله دایر بین متباینین است. فرض هم این است که هر دو در ید اوست.

این جا اگر متباینین اختلاف در قیمت و مالیت داشته باشند، «یلحق بالاقل و الاکثر»؛ این ملحق به اقل و اکثر می‌شود. ما علم داریم به اینکه یکی از این دو خانه متعلق به زید است و فرض هم این است که قیمت یکی مثلاً ۶ میلیون تومان و قیمت دیگری ۵ میلیون تومان است. آنچه که این جا یقینی است، این است که اقل از حیث قیمت، برای غیر است اما نسبت به زائد بر اقل تردید داریم. از حیث قیمت تا ۵ میلیون تومان متعلق به غیر است اما نسبت به زائد، تردید داریم. این جا «یجوز الاکتفا بالاقل و ینفی الاکثر بالید».

#### ج) قرعه در دوران بین متباینین مع التساوی فی القيمة و استیلاء بر جمیع مال

اما اگر متباینین از حیث قیمت و مالیت یکسان و مساوی باشند؛ مثلاً قیمت هر دو خانه یکسان است، در این صورت «یرجع الی القرعة لأنها لکل امر مشکل»؛ واقعاً این از مصادیق امر مشکل است. دو خانه هستند که قیمت‌های آن‌ها یکسان است و یقین داریم که یکی از آن‌ها متعلق به غیر است و اقل و اکثر هم نیستند. این جا راهی جز قرعه برای بازگرداندن مال به صاحبش نیست؛ چون تنصیف را قبول نکردیم. کسانی که تنصیف و قاعده عدل و انصاف را پذیرفتند، می‌گویند القرعة لکل امر مشکل برای آن جایی است که هیچ راهی نباشد در حالی که تنصیف یک راهی برای حل مشکل است. پس تا

امکان تنصیف باشد، نوبت به قرعه نمی‌رسد. یا تنصیف به نحوی که بعضی الاعاظم گفته‌اند یا به نحوی که مرحوم آقای بروجردی فرمودند.

اما ما که تنصیف را نپذیرفتیم، این از مصادیق امر مشکل محسوب می‌شود لذا روایات قرعه شامل این جا می‌شود.

#### **د) دفع اکثر در موارد عدم استیلاء بر جمیع مال**

این برای فرضی است که استیلاء بر جمیع مال باشد. یک فرض هم این بود که استیلاء بر جمیع مال نباشد. یک مالی است که همه این مال در اختیار او نیست. در این صورت لافرق بین دوران الامر بین الاقل و اکثر و دورانه بین المتباینین؛ به این معنا که اگر همه مال در اختیار او نباشد و علم اجمالی به وجود حرام باشد و امر دایر بین اقل و اکثر باشد، یجب دفع الاكثر احتیاطاً. این جا باید اکثر را بدهد؛ چون وقتی جمیع مال تحت ید نباشد، نسبت به زائد بر اقل نمی‌تواند رجوع به ید کند. ما زائد را با قاعده ید نفی می‌کردیم؛ در آن جایی که استیلاء بر جمیع مال بود [فرض قبل]، گفته شد در دوران بین اقل و اکثر حکم به اکتفا به اقل می‌شود؛ اما در این جا می‌گوییم «یجب دفع الاكثر احتیاطاً»؛ چون این جا نمی‌توانیم به سراغ قاعده ید برویم، چون یدی وجود ندارد تا با قاعده ید، اماریت آن را نسبت ملکیت به زائد ثابت کنیم.

پس در دوران بین اقل و اکثر «إذا لم یکن جمیع المال تحت یده، یجب دفع الاكثر احتیاطاً».

در جایی هم که دوران بین المتباینین باشد و فرض این است که همه این اموال تحت استیلاء او نیست، اگر متباینین از حیث قیمت و مالیت مختلف باشند، یلحق بالاقل و الاكثر؛ یعنی همان طور که در اقل و اکثر این فرض باید اکثر را می‌داد، این جا هم باید اکثر را بدهد. اما آن جایی که متساوی باشند، «یرجع الی القرعه» رجوع به قرعه می‌کنیم.

سؤال:

استاد: اینکه تحت ید باشد یا نباشد، ملازم با این نیست که باید بدهد و یا نباید بدهد؛

سؤال:

استاد: شما تصویر کردید آن مالی که تحت استیلاء او نیست کأنّ ذمه او هم مشغول نیست. اما بالاخره بحث این است که ذمه این شخص به چه مشغول شده؟ آیا اگر همه مال تحت استیلاء او نباشد. نمی‌توانست ذمه او مشغول شود؟ فرض کنید کسی مال حرامی را کسب کرده و الان کثیری از آن اموال تحت استیلاء او نیست؛ آیا عدم استیلاء مساوی با عدم اشتغال ذمه است؟ ممکن است الان هیچیک از آن اموال تحت استیلاء او نباشد، ولی بحث در اشتغال ذمه اوست. خروج از تحت ید، آیا ملازم است با اینکه ذمه او مشغول نیست؟ در این جا از اشتغال ذمه بحث می‌کنیم ولو لم یکن تحت یده.

سؤال:

استاد: یعنی این مقدار به ذمه او هست؛ اکتفا به اقل یا دفع الاكثر یعنی به گردن اوست که اکثر را بدهد. به چه دلیل می‌گفتیم اقل را بدهد؟ برای اینکه یقینی بود که اقل متعلق به غیر است؛ ید نسبت به مقدار اقل مسلماً اماریت ندارد. نسبت به زائد بر مقدار اقل، می‌گوییم ملکیت را برای غیر نفی می‌کند. در جایی که تحت ید نیست نمی‌توانیم سراغ ید برویم و ید او را اماره ملکیت بگیریم. این جا مسأله اشتغال یقینی مستدعی فراغ یقینی، مطرح می‌شود. پس در ذهن شما نباید که حال که تحت ید نیست، اساساً از بحث ما خارج می‌شود. این شخص علم اجمالی به وجود حرام در بین حلال دارد و می‌داند ثلث این اموال

یقیناً برای غیر است اما شک دارد و امر او دایر بین اقل و اکثر است. اگر همه اموال تحت ید او نباشد، معنایش این است که ذمه او مشغول به اکثر نیست؟ بحث اشتغال ذمه و تکلیفی است که به گردن او می‌آید؛ بله، می‌تواند همه اموال تحت ید او نباشد ولی چون از قبل این اموال را حراماً اخذ کرده و الان مقدار آن را نمی‌داند و مردد بین اقل و اکثر است؛ الان بگویند که ناچار هستی اکثر را بدهی. اینکه مُعَسَّر باشد و نتواند بدهد، یک بحث دیگر است. این‌جا مسئله تکلیف او به خاطر کاری است که در گذشته کرده است.

سؤال: تحت ید بودن یعنی چه؟

استاد: تحت ید بودن یعنی یک نسبت و رابطه‌ای با مال دارد که اختیارش دست اوست. مثلاً یک خانه‌ای است که یا خودش در آن زندگی می‌کند یا اگر خودش زندگی نمی‌کند، موجر این خانه است؛ یا مثلاً این خانه را به رهن گذاشته است. این خانه تحت ید اوست. ولی اینکه تحت ید نباشد، یعنی هیچ کدام از این‌ها نیست و کس دیگری در آن زندگی می‌کند. این شخص ادعا می‌کند که این ملک برای من است و دلیل یا مدرکی هم ندارد که نشان دهد موجر این خانه بوده است.

سؤال:

استاد: منحل نشده است؛ اقل یقینی است. ما وقتی می‌گوییم علم اجمالی، دو فرض داریم: تارة دوران بین اقل و اکثر است و تارة بین المتباینین است. اقل یقینی است و نمی‌داند این اقل است یا اکثر. لازمه اشکال شما این است که علم اجمالی در فرض دوران بین اقل و اکثر معنا ندارد. علم اجمالی یعنی من اجمالاً می‌دانم که یا اقل است یا اکثر.

سؤال:

استاد: در فرضی که استیلاء بر جمیع مال باشد، می‌گوییم این انحلال صورت می‌گیرد. چون اقل یقینی است و تکلیف زائد بر اقل هم با قاعده ید معلوم می‌شود. اما در فرضی که استیلاء بر جمیع مال نباشد، قاعده ید نداریم تا بخواهیم زائد را نفی کنیم.

سؤال:

استاد: احتیاطاً باید اکثر را بدهد.

سؤال:

استاد: علم اجمالی موجب اشتغال ذمه شده یا نه؟ من یقین دارم که یا اقل به گردن من است یا اکثر.

سؤال:

استاد: چون در ید او نیست پس اماره‌ای برای ملکیت او نیست. پس ذمه من یقیناً مشغول شده یا به اکثر یا به اقل. این اشتغال یقینی وجود دارد یا خیر؟ اجمالاً ذمه من یا مشغول به اقل است یا مشغول به اکثر. در چه صورت من یقین به برائت ذمه پیدا می‌کنم؟ وقتی اکثر را بدهم. مثل مواردی که شما علم اجمالی دارید به وجوب ظهر یا جمعه؛ آن‌جا می‌گویند که باید هر دو را بخوانی. برای اینکه نه می‌توانی بگویی ظهر واجب است و نه بگویی جمعه واجب است. این مقتضای قاعده اشتغال است. این‌جا هم مقتضای قاعده اشتغال این است. شما یقین پیدا کردید به اشتغال ذمه به اقل یا به اکثر. در چه

صورت یقین می‌کنید که ذمه شما بری شده؟ يجب دفع الاكثر احتیاطاً یعنی همین. یعنی مقتضای احتیاط در مثل این مقام، این است که اکثر را بدهد. چون تنها در این صورت است که ذمه او بری می‌شود.

سؤال:

استاد: چیزی نداریم که آن را منحل کنیم. شما چطور می‌خواهید زائد را نفی کنید؟ ما زائد را بالید نفی می‌کنیم چون ید اماره ملکیت است. علم اجمالی با ظهور قاعده ید نسبت به اکثر از بین می‌رود.

تا این جا معلوم شد که قول حق در این مقام، قول یازدهم است. نظر ما در این مسأله همین قول است و «بما ذکرنا ظهر الاشکال فی قول بعض الاعلام». بعضی از بزرگان یک نظری در این جا ذکر کرده‌اند که می‌توانیم آن را قول دوازدهم محسوب کنیم.

### قول دوازدهم

بعض الاعلام معتقد است مقتضای صناعه، اکتفا به اقل است در تمام فروض إذا كان المال تحت یده. به طور کلی اگر مال تحت ید باشد، در همه فروض مسأله به اقل اکتفا می‌شود. اما اگر مال تحت ید نباشد، «فالتنصیف فی المقدار الزائد المحتمل»؛ نسبت به آن مقدار زائد محتمل، حکم به تنصیف می‌کنیم، «سواء كان دائراً بین المتباینین أو الاقل و الاكثر». چه امر دایر بین متباینین باشد و چه اقل و اکثر باشد<sup>۱</sup>.

با توجه به مطالبی که عرض شد و آن چه که در قول یازدهم بیان شد، مناقشه و اشکال این قول هم آشکار می‌شود که چرا نمی‌توانیم در مقدار زائد محتمل [چه اقل و اکثر و چه دوران بین متباینین] حکم به تنصیف کنیم. و چرا در جایی که جمیع المال تحت یده باشد، همه جا نمی‌توانیم حکم به اکتفا به اقل کنیم؛ در بعضی موارد باید به قرعه رجوع کنیم. این قول نزدیک به قول مختار هست اما کمی تفاوت دارد و اشکالات آن نیز معلوم است و لازم به تکرار نیست.

هذا تمام الکلام فی الامر السابع.

بحث جلسه آینده: بیان مسأله ۲۸.

«الحمد لله رب العالمین»

<sup>۱</sup>. کتاب الخمس، شاهرودی، ج ۱، ص ۳۳۶.