

بسم الله الرحمن الرحيم^۱

عرض شد در تنبیه پنجم در مبحث ملاقی مشتبه چهار مرحله بحث و چهار مطلب مهم است.

مرحلة (مطلب) اول: حکم ملاقی مشتبه بود که بیان شد.

مرحلة (مطلب) دوم: حکم ارتکاب یکی از مشتبهین بود که بحثش گذشت.

مرحلة (مطلب) سوم: این است که نماء یکی از مشتبهین حکمش چیست و آیا از نظر احکام و آثار تابع مشتبه است یا نه؟

فرض کنید زید علم اجمالی دارد یکی از این دو درخت غصب است. یکی از این دو یک نماء دارد، فرض کنید میوه دارد یا میوه دار شده است، حکم نماء مشتبه واحد چیست؟

روشن است اگر هر دو درخت نماء داشته باشند، میوه داشته باشند، یک علم اجمالی جدید بین این دو نماء شکل می‌گیرد، یکی از این دو میوه غصب است، علم اجمالی منجز است، واجب است اجتناب از هر دو نماء، اینکه بحثی نیست. بحث این است که یکی از دو مشتبه فقط نماء دارد، آیا این نماء یکی از دو مشتبه از نظر حکم تکلیفی واجب است اجتناب از آن؟ نباید تصرف کند و دست بزند به آن یا نه اجتناب از آن واجب نیست. و اگر در نماء یکی از مشتبهین تصرف کرد آیا حکم وضعی ضمان جاری است یا نه؟ اینجا ممکن است تصور شود نماء یکی از مشتبهین مثل ملاقی یکی از مشتبهین است، که ما در مرحله اول بحث کردیم، چرا مستقلاً به عنوان یک مطلب می‌خواهد مورد بررسی قرار بگیرد؟ پاسخ این است که برخی از محققین بین ملاقی یکی از دو مشتبه و نماء یکی از دو مشتبه تفاوت گذاشته‌اند. در ملاقی فرموده‌اند اجتناب از آن واجب نیست ولی در نماء فرموده‌اند واجب است اجتناب از آن و اگر تصرف کرد ضمان می‌آورد. لذا به این جهت مستقلاً در مرحله و مطلب سوم نماء یکی از دو مشتبه را باید مورد بررسی قرار بدهیم.

لذا عرض می‌کنیم اینجا دو نظریه است:

نظریه اول: محقق نائینی در ملاقی مشتبهین که بحث گذشته بود نگاهشان این بود که واجب نیست اجتناب کنیم از ملاقی

یکی از مشتبهین به خاطر اینکه می‌فرمودند حکم اجتناب عن المشتبه منبسط نمی‌شود که شامل ملاقی هم بشود که **ابن زهره** می‌فرمود. از طرف دیگر هیچ دلیلی نداریم که اجتناب از ملاقی مشتبه واجب است. لذا **محقق نائینی** می‌فرمودند اجتناب از ملاقی مشتبه لازم نیست. ولی در نماء مشتبه ایشان مطلب دیگری بیان می‌کنند، اینجا می‌فرمایند از نظر حکم تکلیفی اجتناب از نماء یکی از دو مشتبه واجب است، تصرف در آن جایز نیست مقصود این است و از نظر حکم وضعی هم اگر در نماء یکی از دو مشتبه تصرف کرد موجب ضمان است.

خلاصه دلیلشان این است که می‌فرمایند درست است در ملاقی یکی از دو مشتبه حکم منبسط نمی‌شد، ولی نماء از شئون عین است، همان حکمی که بر عین رفته است، بر نماء هم منبسط می‌شود، لذا چنانچه تصرف در خود مشتبه جایز نبود تصرف در نماء او جایز نیست. از جهت حکم وضعی هم که ضمان باشد **محقق نائینی** می‌فرمایند استیلاء بر عین، استیلاء بر منافع است لذا چنانچه عین و خود مشتبه که تحت استیلاء او بود، قاعده علی الید می‌گفت ضامن است، استیلاء بر منافع و ثمره هم دارد قاعده **«علی الید ما اخذت حتی تؤدی»** می‌گوید استیلاء بر نماء داری و این نماء را نابود کردی ضامن هستی^۲.

۱ - جلسه ۶۷ - مسلسل ۱۸۵ - سشنبه - ۱۳۹۹/۱۱/۱۴

۲ - فوائد الأصول جلد : ۴ صفحه : ۷۳: «و علی هذا یترفع وجوب الاجتناب عما للأطراف من المنافع والتوابع المتصلة والمنفصلة ، كما لو علم بمغصوبة إحدى الشجرتين ، فإنه كما يجب الاجتناب عن نفس الشجرتين كذلك يجب الاجتناب عما لهما من الأثمار ، من غير فرق بين أن يكون كل من الشجرتين من ذوات الأثمار أو كانت أحدهما من ذوات الأثمار دون الأخرى ، ومن غير فرق بين وجود الثمرة حال العلم وعدم وجودها ، ومن غير فرق بين ثمره هذه السنة وثمره السنين الآتية ، ومن غير فرق بين بقاء الطرف الآخر حال وجود الثمرة وبين تلفه ، بل من غير فرق بين بقاء نفس الأصل وعدمه - كما لو فرض أن الشجرة المثمرة بعدما أثمرت وقطف ثمرها تلفت بحرق أو غرق ونحو ذلك - فإنه في جميع هذه التقادير يجب الاجتناب عن الثمرة كما يجب الاجتناب عن أصلها والطرف الآخر ، لأن وجوب الاجتناب عن منافع المغصوب مما يقتضيه وجوب الاجتناب عن نفس المغصوب ، فإن النهي عن التصرف في المغصوب نهى عنه وعن توابعه ومنافعه ، فيكفي في وجوب الاجتناب عن المنافع المتجددة فعلية وجوب الاجتناب عن ذي المنفعة وتنجزه بالعلم التفصيلي أو الاجمالي فلو فرض أن الشجرة المثمرة كانت هي المغصوبة فوجوب الاجتناب عن ثمرها المتجدد وإن لم يكن فعلياً لعدم وجود موضوعه ، إلا أنه يكفي في وجوب الاجتناب عنها فعلية وجوب الاجتناب عن نفس الشجرة بما لها من المنافع والتوابع وحينئذ تسقط أصالة الحل عن الثمرة بنفس سقوطها عن ذي الثمرة بالمعارضة لأصالة الحل في الطرف الآخر وهي الشجرة الغير المثمرة ، فلا تجري صالة الحل في الثمرة بعد وجودها وفقدان طرف العلم الاجمالي.»

نظریه دوم: در مقابل ایشان جمعی از محققین قائلند که نماء مشتبه مثل ملاقی مشتبه است، نه وجوب اجتناب دارد و نه تصرف در آن ضمان دارد. برای تبیین نظریه خودشان دو نکته را بیان می‌کنند:

نکته اول: می‌گویند ما تحلیل کنیم حکم وجوب اجتناب از مشتبهین چه حکمی است؟ آیا حکم شرعی است یا حکم عقلی است؟ می‌گویند بدون شبهه وجوب اجتناب از هر مشتبه در اطراف علم اجمالی یک حکم عقلی مقدمی است. و اینجا یک حکم شرعی بیشتر نداریم جایز نیست. تصرف در ملک غیر و تصرف غاصبانه در ملک غیر حرام است. لذا عقل است که می‌گوید که اگر دو مشتبه را مرتکب شدی، امر مولا امثال نشده و اجتناب از غصب نکردی، لذا وقتی **«اجتناب عن الغصب»** محقق می‌شود، عقل می‌گوید از مشتبهین اجتناب کنید. بنابراین وجوب اجتناب از هر مشتبه حکم عقلی مقدمی است.

نکته دوم: می‌فرمایند ادعای **محقق نائینی** را که فرمودند استفاده از نماء و ثمره حرام است، ما تحلیل کنیم، از **محقق نائینی** سؤال می‌کنیم آیا حرمت، حرمت شرعی است؟ ابتدا ما از وجوب اجتناب از خود مشتبه حرمت شرعی نداشتیم، یک **«اجتناب عن الغصب»** بود این هم مشتبه الغصبیه بود چه برسد به نماء این مشتبه و ثمره این درخت که ما بگوییم اجتناب از آن لازم است. فوqش این است شک داریم آیا این ثمره غصب است تا اینکه اجتناب از او لازم باشد یا غصب نیست تا اینکه اجتناب از او واجب نباشد شک داریم ملک غیر است یا نه؟ اینجا وجوب اجتناب شرعی از این نماء ثابت کردیم وجود ندارد. شبهه موضوعی دلیل **«اجتناب عن الغصب»** است.

اگر بگویید در خود مشتبه وجوب، اجتناب حکم عقلی مقدمی که بود، حرام است تصرف در این مشتبه به حرمت عقلی مقدمی. آقایان می‌گویند ما این را قبول داریم اما در نماء مشتبه وقتی این حرمت مقدمی عقلی وجود می‌گیرد، که آن درخت دیگر هم یک نماء داشته باشد یعنی یک علم اجمالی منجز دوباره تشکیل می‌شود نماء این درخت و نماء آن درخت طرف علم اجمالی می‌شود باز وجوب اجتناب عقلی می‌آید اما فرض این است که یک درخت بیشتر نماز ندارد این طرف علم اجمالی نیست که وجوب اجتناب عقلی مقدمی داشته باشد.

بنابراین نماء مشتبه واحد نه وجوب اجتناب شرعی دارد و نه وجوب اجتناب مقدمی عقلی دارد، بنابراین از ادله دست ما کوتاه است، باید به سراغ اصل موضوعی برویم. اصل موضوعی در خود مشتبهین جاری نبود چون به تعارض تساقط می‌کردند اما نسبت به نماء یک اصل موضوعی ممکن است کسی تصویر کند. اصالة الاباحه تصویر کند یا اصالة عدم الغصبیه تصویر کند به استصحاب عدم ازلی و امثال اینها، لذا این محققین در مقابل **محقق نائینی** می‌فرمایند نماء مشتبه فرقی با ملاقی مشتبه ندارد هم جواز تصرف دارد و هم ضمان ندارد. ادامه کلام خواهد آمد.