

بسم الله الرحمن الرحيم^۱

عرض شد که در مرحله سوم از تنبیه پنجم بحث از نماء یکی از مشتبهین بود. عرض کردیم که دو نظریه در این نماء وجود دارد. یک نظریه **محقق نائینی** و همچنین **محقق عراقی** که قائل بودند نماء مثل مشتبه وجوب اجتناب دارد و اگر تصرف کردی، ضمان هست. نظریه دوم این بود که اجتناب واجب نیست زیرا در نماء نه دلیل بر حرمت تکلیفی داریم و نه ضمان وضعی، نه دلیل شرعی و نه دلیل عقلی، در نتیجه شک داریم نماء حرام است یا نه؟ وجه شک ما این است که آیا غصب است یا نه؟ گفته شد اینجا نوبت به اصل موضوعی می‌رسد و برخی تصویر کرده‌اند اصل موضوعی، اصالة عدم غصبیت النماء است به استصحاب عدم ازلی. این مطالب را قبلاً توضیح دادیم.

محقق خوئی که قائل به نظریه دوم هستند در مقابل استادشان **محقق نائینی**، می‌فرمایند ما قول دوم را به این صورت قبول داریم که دلیل خاصی نداریم نه شرعی و نه عقلی، بر حرمت تصرف در نماء مشتبه و باید به اصل موضوعی مراجعه کنیم ولی به اصل موضوعی که می‌خواهیم مراجعه کنیم نتیجه مراجعه به اصل موضوعی همه‌جا یکسان نیست بلکه اصل موضوعی در یک حالت می‌گوید تصرف در نماء جایز نیست و ضمان دارد نتیجه می‌شود مثل قول اول که قول **محقق نائینی** و **محقق عراقی** بود و در حالتی دیگر اصل موضوعی چنانچه قائلین قول دوم ادعا می‌کردند نتیجه‌اش این می‌شود تصرف جایز است و ضمان هم ندارد.

توضیح بیان ایشان چنانچه در **مصباح الاصول** ج ۲ ص ۴۰۹ آمده است دوستان حتما عبارت ایشان را مراجعه کنند تا کسی استبعاد نکند که چگونه می‌شود **محقق خوئی** اینگونه مطلب را فهمیده باشند؟ ایشان می‌فرمایند مشتبهین که حالا می‌خواهیم در نمائش بحث کنیم دو حالت دارند: گاهی یکی از این دو مسبوق است به ملک غیر، زید یک درخت را خریده است از یک باغی، درخت دیگری هم در کنار او بوده که ملک عمرو بوده است، حالت سابقه ملکیت عمرو دارد. زید ملک عمرو را هم غصب کرد حالا این دو درخت با هم مشتبه شده است، کدام ملک عمرو است و کدام با خرید ملک زید شده است؟ اینجا یکی از مشتبهین حالت سابقه دارد در ملک غیر، همان درختی که ملک عمرو است.

محقق خوئی می‌فرمایند در این حالت اگر نماء یکی از این دو درخت که علم اجمالی دارد یکی از آن دو غصب است، یک درخت هم بیشتر نماء ندارد، نمی‌داند درخت غصبی است یا درخت خودش، اینجا نسبت به این نماء **محقق خوئی** می‌فرمایند قبول داریم دلیل شرعی یا عقلی خاص نداریم که استفاده از این میوه حرام است، ولی مقتضای یک اصل موضوعی وجوب اجتناب از ثمره است و آن اصل موضوعی این است که ما شک داریم درخت در ملک مالک قبلی داخل است یا نه؟ استصحاب بقاء درخت در ملک مالک قبلی، می‌گوید ثمره هم در ملک مالک قبل داخل است، منافع این درخت ملک مالک قبل است، تصرف در ملک غیر حرام است.

به تعبیر **محقق خوئی** مقتضای این استصحاب این است که حکم می‌کنیم منافع ملک مالک درخت است، لذا تصرف در آن حرام است و ضامن است، این یک صورت با اصل موضوعی، همان نتیجه‌ای که **محقق نائینی** گرفته بودند **محقق خوئی** هم گرفتند. حتما کلام ایشان را در **مصباح الاصول** مراجعه کنید و تأمل کنید و ببینید وجه دیگری برای کلام ایشان می‌شود ذکر کرد.

صورت دوم: گاهی مشتبهین سابقه ملکیت غیر را ندارند. مثال **محقق خوئی** این است دو نفر دو تا صید را اخذ می‌کنند، در لحظه اخذ، یک نفر هر دو صید را می‌گیرد، یکی مال خودش است و در همان لحظه ماهی دیگر را غصب می‌کند یا ما اینگونه مثال می‌زدیم زید و عمرو دو درخت را در بیابان هر کدام حيازت می‌کنند، در لحظه حيازت زید درخت عمرو را غصب می‌کند، مشتبه می‌شوند. بعد یکی از این دو نماء دارد. **محقق خوئی** می‌فرمایند در این صورت در خود ثمره به وجود آمده یک اصل جاری است، نمی‌دانیم وقتی ثمره متکون شد آیا در ملک غیر متکون شد یا نه؟

به عبارت دیگر از بدو وجود نمی‌دانیم آیا این ثمره و نماء، ثمره و نماء درخت خودش است تا در ملک خودش متکون شده باشد یا ثمره و نماء درخت عمرو است تا در ملک غیر متکون شده باشد و تصرف زید غاصبانه است؟ **محقق خوئی** می‌فرماید اینجا یک اصل تصور می‌شود اصالة عدم تَكُون الثمرة فی ملک الغير به استصحاب عدم ازلی، ثمره در ملک غیر متکون نشده است و این استصحاب اثر دارد، اثرش این است که تصرف در ملک غیر حرام است و ضمان دارد، این استصحاب ثابت کرد ثمره در ملک غیر متکون نشده است، لذا این شخص تصرف کرده ولی نه در ملک غیر، نه کار حرامی انجام داده است و نه ضامن است.

ان قلت: یک استصحاب دیگر هم اینجا فرض می‌شود شک دارد آیا ثمره در ملک خودش متکون شده است یا در ملک خودش متکون نشده است؟ اینجا هم یک استصحاب عدم ازلی داریم، گفته می‌شود وقتی نبود در ملک این شخص متکون نشده بود الان هم استصحاب می‌کنیم عدم تَكُون ثمره در ملک زید، این شد استصحاب دوم، این دو اصل با هم تعارض و تساقط می‌کنند.

محقق خوئی می‌فرماید این استصحاب دوم جاری نیست چون اصل مثبت است. شما می‌خواهید بگویید اصل این است در ملک زید متکون نشده پس در ملک عمرو متکون شده است و تصرف در ملک غیر حرام است و ضمان می‌آورد. این اصل مثبت شد پس این اصل جاری نمی‌شود یک اصل بیشتر جاری نمی‌شود اصل این است که این ثمره در ملک غیر متکون نشده است اصل مثبت هم نیست و چیزی که در ملک غیر متکون نشده حرام نیست و ضمان ندارد.

محقق خوئی از نظر فرضیه قول دوم را قبول کردند دو نکته در مبنایشان هست:

نکته اول: دلیل خاص بر حرمت مشتبه نه عقلا و نه شرعا وجود ندارد.

نکته دوم: نوبت به اصول عملی می‌رسد در نماء که ما اصل موضوعی جاری می‌کنیم در یک حالت نتیجه‌اش این است که تصرف در نماء جایز نیست و ضامن است اگر سابقه ملکیت غیر دارد و در یک حالت تصرف در نماء جایز خواهد بود.^۲

شما مطالب **محقق خوئی** را مراجعه کنید. ما اینجا دو مطلب داریم.

مطلب اول: این تفصیل **محقق خوئی** تفصیل عجیبی است و چگونه این تفصیل را با قواعد تطبیق بدهیم؟

مطلب دوم: به نظر ما نماء غیر از ملاقی است و اصلا نوبت به اصل موضوعی نمی‌رسد چنانچه **محقق نائینی** و **محقق عراقی** می‌فرمایند ما در نماء دلیل بر وجوب اجتناب داریم.

^۲ - مصباح الأصول (مباحث حجج و امارات- مكتبة الداوري) ج ۱ ص ۴۰۹: «...» و (ثالثا)- إن منشأ الشك في الحرمة احتمال كون النماء ملك الغير، و الاستصحاب يقتضي عدمه بناء على جريانه في الإعدام الأزلية، كما هو الصحيح على ما ذكرناه في محله. و بهذا الاستصحاب يحرز كونه مما أحله الله تعالى، و لا يعارض هذا الاستصحاب باستصحاب عدم دخوله في ملكه، إذ لا يثبت بذلك كونه ملكا للغير الذي هو الموضوع لحرمة التصرف الا على القول بالأصل المثبت و لا نقول به. و اما جواز التصرف فلا يتوقف على كونه ملكا له، بل يكفي عدم كونه ملكا للغير، فلا يكون الأصل بالنسبة إلى جواز التصرف مثبتا.

هذا كله فيما إذا لم تكن الأطراف مسبوقة بملكية الغير، كما لو اصطاد رجلان صيدين، فغصب أحدهما صيد الآخر و اشتبهها، و حصل لأحدهما النماء و اما إن كانت الأطراف مسبوقة بملكية الغير، كما إذا اشترى إحدى الشجرتين و غصب الأخرى فاشتبهها، و حصل لإحدهما النماء، فلا إشكال في الحكم بضمان المنافع و حرمة التصرف فيها، لاستصحاب بقاء الشجرة في ملك مالکها و عدم انتقالها إليه. و مقتضى هذا الاستصحاب الحكم بملكية المنافع لمالك الشجرة، فيحرم التصرف فيها و يضمنها.....».