

بررسی حکم جعاله بر حيازت و امر به حيازت

گفتيم يکي از راه های تصحيح اجاره بر حيازت، اعم بودن حيازت از مباشری و تسبیبی است. همچنين گفتيم در صورتی که مفاد اجاره تملیک عمل کلی باشد، اگر اجير در مقام عمل، حيازت را از طرف مستاجر انجام دهد حيازت برای مستاجر هم واقع می شود، و وقتی چنین شد عنوان «من حاز ملک» منطبق بر خود مستاجر می شود.

عين همین تقريّب در جعاله هم مطرح می شود؛ زیرا اگر کسی جُعل قرار دهد برای کسی که حيازات مباحات را به قصد او انجام دهد، اگر عامل در مقام عمل، فعل را به قصد جاعل انجام دهد، فعل جاعل حساب می شود و طبعا ملکيت جاعل محقق می شود.

اما بحث اين بود که اگر در اجاره، ملکيت مستاجر را از اين طريق توجیه کردیم که مستاجر مالک عمل است و ملکيت عمل مستتبع ملکيت نتیجه (مال محوز) است، آیا در جعاله هم اين راه می آید يا نه؟

مرحوم آقای خوئی از همین راه وارد شده که عمل عامل، به خاطر جعاله مملوک عامل است مثل باب اجاره، فقط در اجاره ملکيت عمل با عقد حاصل میشود اما در جعاله ملکيت عمل با تحقق عمل خارجی حاصل می شود نه عقد، ولی اصل ملکيت عمل اين جا هم می آید و طبعا ملکيت نتیجه هم به تبع آن می آید.

مناقشه بعض اعلام در کلام آقای خوئی

اشکالی که مطرح شد، اين بود که آیا در جعاله ملکيت عمل را از باب منفعت خاصه حساب می کنید، يا از باب ملکيت کلی عمل که در قالب مصداق منطبق می شود؟ شق اول اشکالش اين است که دليل اثباتی نداریم بر اين که منفعت خاصه عامل، ملک جاعل قرار بگيرد؛ زیرا ادله عامه تصحيح عقود از آن جایی که مختص به عقود عهديه است با توجه به اين که عامل التزامی در مفاد عقد ندارد شامل مورد نمی شود، و ادله خاصه جعاله هم چنین موردی را شامل نمی شود.

اما اگر می گوئيد کلی و طبيعی عمل، مورد نظر است منتهی وقتی در خارج یک مصداق از کلی محقق شد که تطبيقش هم بر عهده عامل است، با حصول اين عمل،

ملکیت جاعل محقق می شود، اشکال این است که در جعاله، حتی بعد از انجام فعل هم تملیک عمل نیست و ضمانی که در این جا وجود دارد ضمان غرامت است. توضیح ذلک این که:

ملکیت جاعل نسبت به عمل قابل التزام نیست؛ چون ادله عامه این جا نمی آید و دلیل دیگری که دلالت بر ملکیت جاعل کند نداریم، بلکه در این گونه موارد از جعاله، این ضمان از باب ضمان اتلاف و غرامت است نه ضمان معاوضی، یعنی چنین نیست که عمل از ملک عامل خارج شده و به ملک جاعل در آید و جُعل هم از ملک جاعل خارج شده و به ملکیت عمل در آید، بلکه صرفاً ضمان اتلاف و هدر دادن است، یعنی چون جاعل به عامل گفته بود که نیروی خود را هدر بده و من در مقابلش این مقدار جُعل را به تو می دهم، حال که عامل با توجه به این گفته این کار را انجام داد، جاعل ضامن جعل است و این ضمان از این باب است، نه این که معاوضه ای در کار باشد.

ان قلت: حتی ضمان غرامت هم متضمن تعویض و معاوضه است؛ زیرا در باب اتلاف اعیان خارجیّه گفته شده است که ولو قبل از اداء غرامت، متلف یا غاصب مالک عین تالفه نیست، اما وقتی پرداخت غرامت می کند، مالک عین تالفه می شود، لذا بقایای عین تالفه (مثل کوزه شکسته شده) بعد از اداء غرامت ملک متلف می شود. پس ضمان غرامت جدای از معاوضه نیست بلکه مشتمل بر آن است. بنابراین در مورد جعاله، حتی اگر ضمان غرامت باشد، اما وقتی عامل عمل را انجام داد، جاعل باید مالک عمل شود ولو ضامن است اما این ضمان اتلاف مشتمل بر تعویض و معاوضه است.

قلت: مجرد این که در باب اعیان تالفه، ضمان غرامت همراه با ضمان تعویض است، باعث نمی شود که در باب جعاله هم چنین باشد و جاعل عمل عامل را تملک کند، چون:

اولاً در باب ضمان اعیان خارجیّه اگر کسی قائل به معاوضه شود، این تعویض بعد از اداء غرامت است والا قبل از اداء غرامت ملکیتی در کار نیست، پس باید ملکیت را بعد از اداء جُعل ملتزم شوید، در حالی که مدعی این است که ملکیت جاعل للعمل حتی قبل از اداء جعل هم محقق است، پس اسراء حکم اتلاف اعیان

به باب جعاله، نهایتاً ملکیت بعد از اداء جعل را تصحیح می کند در حالی که مدعی اعم است. (البته نظر خلاف مشهور این است که نفس اشتغال ذمه مدیون به اداء غرامت، موجب معاوضه قهریه بین قیمت عین تالفه و نفس عین تالفه می شود).

ثانیاً: فرق ماهوی بین باب اتلاف اعیان و باب جعاله این است که در باب اتلاف اعیان، معاوضه قهریه و حصول ملکیت عین تالفه برای متلف معنی دارد و معقول است؛ زیرا این حصول ملکیت اثر دارد، چون در بحث عین تالفه، شخص آن را طلب می کند ولو به بدلش، اما در باب اعمال که جاعل نمی خواهد به بدلش برسد. در باب اعمال، فایده ای که اعتبار ملکیت عمل دارد، این است که مالک عمل آن را طلب کند و آن را ایجاد کند، در حالی که چنین فایده ای در مقام محقق نیست:

در جایی که هنوز عمل ایجاد نشده، ملکیت عمل معنی دارد اما مصحح ندارد، چون اوفو بالعقود آن را نمی گیرد، اما حصول ملکیت عمل در جایی که عمل موجود شده و انجام شده هیچ اثری ندارد.

پس حتی اگر ضمان اتلاف را مشتمل بر معاوضه و ملکیت ضامن نسبت به مورد تلف دانستیم، این در اتلاف اعیان معنی دارد نه در اتلاف عمل، چون اعتبار ملکیت عمل بعد از تحقق آن، هیچ فایده ای ندارد، لذا حکم به ملکیت عمل در موارد جعاله بلاوجه است.

جواب از مناقشه بعض الاعلام

به نظر ما این اشکال وارد نیست، زیرا اعتبار ملکیت برای جاعل نسبت به عمل عامل، ثبوتاً محذوری ندارد و آنچه مورد احتیاج است ترتب اثر بر این اعتبار است و از آنجا که این اعتبار ملکیت، نسبت به عمل هم دارای اثر است مثل باب اعیان، به جهت این که وقتی جاعل مالک عمل شد ملکیت عمل مستلزم ملکیت نتایج عمل می شود. همین مقدار از اثر (ملکیت نتایج عمل) کافی است برای این که اعتبار ملکیت شود و لغو نباشد. هر چند خود عمل معدوم است، اما اعتبار ملکیت عمل اثر دارد (ملکیت مال محوز) و این اثر باعث می شود که اعتبار ملکیت لغو نباشد.

اما اگر اشکال ایشان اشکال اثباتی است، یعنی اعتبار ملکیت معقول است اما ادله در مقام اثبات وافی به آن نیست، جواب این است که مشکل اثباتی مرتفع است چون بر حسب آن چه طبق بناء عقلاء محقق است و با امضاء شرعی می توان امضاء آن را احراز کرد این است که:

در باب جعاله همان غرضی که می خواستند از راه اجاره به آن برسند مورد نظر است منتهی با توسعه ای، به این معنی که شخصی می خواهد کسی کاری را برایش انجام دهد در ازاء پرداخت مبلغی شبیه باب اجاره، اما می خواهند به جای این که اجیر ملزم و متعهد به چیزی باشد، همان عمل انجام شود بدون این که عامل التزام و تعهدی نسبت به انجام عمل داشته باشد و خصوصیات مختص اجاره وجود داشته باشد. بنابراین در بناء عقلاء، استفاده از جعاله به خاطر فرار از تقیدات اجاره (مثل معلومیت ثمن به تمام خصوصیات، ملزم بودن اجیر به انجام عمل) است.

وقتی معلوم شد که جعاله در حقیقت جایگزینی برای عقد اجاره است، اگر متعارف در اجاره تملیک عمل به صورت کلی باشد، پس در عقد جعاله هم همین تملیک عمل به صورت کلی را انجام می دهند، با این فرق که در جعاله تملیک عمل از حین انجام عمل است نه حین عقد، پس جعاله مورد نظر عقلاء در کیفیت تحقق، مثل اجاره و به همان نحو است. بنابراین در مقام اثبات، همان ادله صحت جعاله که در مقام امضاء جعاله عرفیه است، شامل مقام می شود؛ چون جعاله عرفیه به این است که شخص مالک عمل می شود و ادله تصحیح جعاله (هر چه که باشد) آن را امضاء می کند.

البته آن چه گفته شد، طبق مسلک مشهور بود که حقیقت اجاره را تملیک می دانند، یعنی تملیک المنفعة یا تملیک عمل بنحو کلی یا تملیک منفعت خاصه، اما اگر حقیقت اجاره را تعهد به انجام عمل گرفتیم نه تملیک _ کما این که بعضی قائل شده اند طبعاً این بیان جاری نمی شود .

امر به حیازت

آن چه در مورد جعاله بر حیات گفته شد، در امر به حیازت به نحو ضمان هم می آید و فرقی بین دو مورد نیست.

جهت چهارم بحث حيازت، ما تحقق به الحيازہ

بيان محل بحث

جهت ديگراز جهات بحث حيازت اين است که حيازت به چه چيزی محقق می شود؟ آیا حيازت عبارت است از استیلاء خارجی و تکوینی بر مال خارجی خاص، یا اين که حيازت کل شیء بحسبه و ممکن است در جایی استیلاء تکوینی نباشد اما حيازت محقق باشد. همین بحث در باب قبض هم مطرح می شود در جایی که قبض موضوع اثر است (مثل هبه که ملکیت در هبه متوقف بر قبض است). بحثی که مطرح شده، اين است که آیا مراد از قبض که ملکیت متوقف بر آن است، مجرد استیلاء خارجی است یا اين که ممکن است قبل از استیلاء خارجی هم امری اتفاق بیفتد که قبض صادق باشد، مثل اين که در املاک به جای اين که خانه را خارجا تحويل شخص بدهند، سند رسمی محضری به او بدهند که از جهت قانونی اوست که می تواند ملک را بفروشد ولو خانه در ید و اهب باشد. از مثال های محل ابتلاء جایی است که در حصول ملکیت، قبض معتبر است، اما در خارج قبض یا حيازت خارجی محقق نمی شود، بلکه مبلغی به حساب شخص ديگر واریز می شود. آیا اين مصداق قبض و استیلاء مملک هست یا نه؟ مثلاً اگر گفتیم گرفتن حقوق از دولت، از باب تملک مجهول المالک است که شخص با حيازت مالک آن می شود، آیا با واریز کردن حقوق دولتی به حساب شخص در اين زمان ها (بر خلاف زمان سابق که حقیقتاً پول واریز می شد) قبض یا حيازت محقق می شود یا نه.

ممکن است گفته شود که اين ها هم از باب قبض و حيازت است و حيازت و قبض کل شیء بحسبه، و واریز پول قبض حساب می شود، لذا اگر سال خمسی آن بگذرد باید خمس آن را بدهد (در حالی که اگر قبض نباشد ملکیت حاصل نشده و فقط امکان تملک دارد، و وقتی ملکیت فعلی نبود آثار ملک فعلی هم مثل وجوب خمس بار نمی شود).

البته اين در جایی بود که قبض و استیلاء موثر در تحقق حکم اند، اما در جایی که قبض موثر در تحقق حکم نیست، مثل حقوقی که شخص از شرکت اهلی می گیرد، خارج از اين بحث است. لذا برخی فقهاء مثل مرحوم آقای خوئی فرموده اند

که حقوقی که شخص از شرکت اهلی می گیرد با حقوقی که از شرکت حکومتی می گیرد فرق می کند:

در حقوقی که از شرکت حکومتی می گیرد، باید استیلاء صادق باشد چون تملک نیاز به قبض دارد، اما در حقوق شرکت اهلی که برای شخص خاصی کار می کند، همان وقتی که عقد اجاره بسته شده ملکیت نسبت به اجرت محقق شده است، منتهی در جایی که شخصی اجیر برای دیگری می شود (حتی در جایی که پول را تحویل گرفته) تا وقتی که عمل را انجام ندهد، فائده برای او حساب نمی شود و در معرض پس گرفتن است. پس در حقوق شرکت اهلی، ملکیت اجرت با عقد اجاره حاصل شده و فائده بودن آن هم با انجام عمل حاصل می شود، اما تا وقتی که شخص اجرت را تحویل نگرفته، دین بر عهده غیر است و در مورد دین بر ذمه غیر گفته اند ولو خمس به آن متعلق می شود، اما چون دسترسی خارجی ندارد می تواند اداء خمس را به تاخیر بیندازد.

بنابراین در شرکت اهلی، قبض موضوع اثر برای ملکیت نیست و فقط دسترسی خارجی، برای وجوب اداء خمس موضوع اثر است. طبیعتاً در جایی که پول به کارت شخص واریز می شود بحثی نخواهیم داشت؛ چون اگر امکان گرفتن پول از طریق کارت را دارد، مشکلی نیست زیرا به هنگام عقد اجاره مالک شده بوده و الان هم امکان دسترسی هم دارد، و قبض خارجی هم موضوع اثر نبود بلکه امکان دسترسی موضوع اثر است که این امکان دسترسی از طریق حساب بانکی وجود دارد.

پس محل بحث مواردی است که قبض در حصول ملکیت اثر دارد. بحث این است که آیا مراد از قبض، استیلاء خارجی است یا استیلاء کل شیء بحسبه. و اگر گفتیم که استیلاء کل شیء بحسبه، آیا در مواردی که پول به کارت واریز می شود، باید ملتزم شویم که استیلاء و قبض محقق می شود، یا این که ولو در عنوان استیلاء قائل به توسعه شدیم، اما این موارد مصداق حیات و استیلاء نیست، لذا آثار تملک هم بار نمی شود مثل وجوب خمس؟

در موارد دیگر هم استیلاء یا قبض موضوع حکم واقع شده و دخالت در حکم دارند، لذا این بحث به لحاظ آن موارد هم ثمره دارد.

رجوع به عرف برای شناخت موارد تحقق حيازت

آن چه در ادله موجود است این است که فقط عنوان اخذ، قبض، استیلاء یا حيازت (طبق این که مدرک حيازت لفظی باشد) در ادله مطرح شده، اما تحدید و بیانی نسبت به موارد تحقق این عناوین ذکر نشده است.

آیا با توجه به این که بیانی بر کیفیت ثبوت این عناوین ذکر نشده، از جهت انطباق این عناوین بر مصادیق رجوع به عرف کنیم و نظر عرف ملاک است، یا این که در مقدار زائد از متیقن از مصادیق نمی توان حکم به تحقق قبض و استیلاء کرد؟ و اگر گفتیم در تحدید استیلاء و حيازت، نظر عرف متبع است آیا هر جا عرف مصادیقی را از باب استیلاء دانست تابع نظر عرف هستیم، یا این که باید بین موارد تفصیل بدهیم و فقط در برخی موارد می توان رجوع به نظر عرف کرد؟

گفتیم در مقابل استیلاء و قبض تکوینی خارجی که شخص در خارج قدرت و سلطه بر تصرف و تقلیب و تقلب شیء دارد، مواردی هست که عرف آن ها را مصادیق استیلاء و اخذ و قبض می داند، مثل دادن سند محضری به شخص با این که ملک تحت تسلط تکوینی او نیست، یا مثل جایی که پول به حساب شخص واریز می شود، یا جایی که پول به کارت اعتباری شخص واریز می شود. البته بعضی از این کارت ها خودش مالیت دارد، به طوری که خود کارت را به همان مبلغ می خرند مثل کارت هدیه، لذا اگر گم شود دیگر بانک مسئولیتی نسبت به آن ندارد. در این قسم از کارت ها در حقیقت، خود کارت به این اعتبار که می شود از آن پول برداشت کرد دارای مالیت می شود. بعضی از کارت ها هم خودش مالیت ندارد اما شخص توسط آن می تواند مبلغ پول را برداشت کند. بحث در این است که آیا گرفتن سند یا واریز پول به کارت شخص، قبض حساب می شود یا نه؟

ادعا می شود که به حسب نظر عرف این موارد هم جزء مصادیق قبض و استیلاء است.

از مرحوم آقای خوئی سوال شده که اگر به حساب شخصی پول واریز کنند یا به او چک بدهند، آیا این گرفتن چک، قبض حساب می شود یا نه؟ ایشان در جواب

فرموده است در جایی که چک مالیت عرفیه داشته باشد یعنی به ازاء خود چک مبلغی می پردازند، اخذ چک، قبض حساب می شود ولذا خمس هم دارد.

در سوال دیگری، ایشان فرموده است که بین شرکت حکومتی و اهلی فرق است. در شرکت حکومتی، اگر شخص چیزی که دارای مالیت عرفیه است را اخذ نکند و سند مال را اخذ کند، مالک چیزی نمی شود. اما در شرکت اهلی که برای شخص خاص کار می کند، ملک فائده از زمانی که کار را انجام داده محقق بوده و از آن زمان باید سال خمسی را حساب کند.

در این جا، استیلاء خارجی در حکم تکلیفی که اداء خمس است نقش دارد، نه در تعلق حکم.

حاصل فتوای ایشان این است که در قبض چک، ملکیت حاصل می شود به این قید که خود چک مالیت داشته باشد.

طبق این مبنای آقای خوئی که فرمود در جایی که خود چک مالیت داشته باشد اخذ آن قبض حساب می شود والا خیر، در جایی که پول را به کارت اعتباری شخص (غیر کارت هدیه) می ریزند طبعاً کارت مالیت ندارد و موجب ملکیت شخص نمی شود چون قبض و استیلاء محقق نشده است.

در برخی از کتب عامه این مساله مطرح شده و اکثر کسانی که بحث کرده اند، این طور بحث را پیش برده اند که:

عنوان قبض و اخذ در دلیل ذکر شده و شارع هم تحدیدی برای آن بیان نکرده است. هر جا چنین بود، مرجع در شناخت چنین عنوانی عرف است، و عرف این گونه موارد را مصداق قبض و اخذ حساب می کند، لذا احکام قبض و اخذ بر قبض و اخذ حکمی هم بار می شود.

البته برخی بین چک مصدق و غیر مصدق تفصیل داده اند. منظور از چک مصدق چکی است که مبلغ مندرج در آن فقط برای مستفید (کسی که چک در وجه او نوشته شده) قابل برداشت است و صادرکننده چک حق تصرف در آن را ندارد، و یا برخی گفته اند در جایی که شخص در حسابش مبلغی دارد و چک پشتوانه دارد، یا مثلاً دولت از آن حمایت می کند و مسئولیت آن را قبول کرده است، اخذ آن حکم قبض

را دارد. اما چک بدون پشتوانه که دولت ضمانت آن را نمی کند، اخذ آن قبض حساب نمی شود.

در کتب فقهی شیعه، هم در بحث حيازت و هم در بحث احیاء موات این عبارت تکرار شده که "احیاء کل شیء بحسبه و حيازت کل شیء بحسبه". البته برخی این کبرای کلی را به اشتباه تطبیق داده اند و گفته اند که حيازت در منقولات به استیلاء خارجی و حيازت در اراضی به احیاء است. اشکال این حرف این است که در باب اراضی، احیاء عنوان آخر و مستقلى است و چنین نیست که حيازت اراضی موجب ملکیت باشد. با قطع نظر از مناقشه در این تطبیق ها، به هر حال مهم این است که عنوان عام حيازت را به حسب موارد مختلف متفاوت دانسته اند.

بیان سه قالب برای رجوع به عرف در مقام

در این جا می گوییم: این قاعده را فی حد نفسه قبول داریم که در جایی که عنوان عرفی در موضوع خطاب اخذ شده، برای تعیین خصوصیات آن باید به عرف مراجعه کنیم اگر تحدیدی از شارع وارد نشده باشد. منتهی سوال این است که این مرجعیت عرف در جایی که تحدید شرعی وارد نشده، آیا از باب مرجعیت در تعیین مفاهیم است یا از باب مرجعیت عرف در تطبیق مفهوم معین بر مصادیق است، یا این که امر سومى است. و آن امر سوم این است که:

بسیاری از بزرگان فرموده اند در مواردی که شارع عنوانی را موضوع حکم خود قرار داده و کیفیت و خصوصیات مربوط به تحقق آن را بیان نکرده، باید به عرف رجوع کنیم (و این ربطی به رجوع به عرف در تشخیص مصادیق ندارد).

مثلا مرحوم آقای حکیم این مبنی را در بحث غسل متنجس تطبیق کرده است. در بحث غسل متنجس به ماء، شارع امر به غسل متنجس کرده است، اما کیفیت غسل را بیان نکرده که مثلا آیا ماء باید وارد بر متنجس باشد یا این که اگر ماء مورود متنجس بود (مثل گذاشتن لباس متنجس در تشت آب) کافی است؟

اما از آن جایی که عنوان غسل در نزد عرف رائج و شائع است، اگر شارع در تحقق این عنوان کیفیت خاصی را معتبر بداند نیاز به بیان زائد دارد، و اطلاق مقامی دلیل "اغسل ثوبک بالماء" اقتضاء می کند که کیفیت تطهیر به همان نحوی است که عرف غسل را محقق می داند در تطهیر قذارت های عرفی. لذا در این

جا نظر عرف متّبع است، چون اطلاق مقامی خطاب اقتضاء می کند که شارع امر را موکول به عرف عام کرده است. مفهوم غسل از نظر عرفی روشن است این بحث در کیفیت تحقق غسل است.

مثال دومی که این مبنی مورد تطبیق قرار گرفته، این است که در ادله داریم که خمس فائده بعد از مئونه است و خمس به زائد بر مئونه تعلق می گیرد. اما این که چه مئونه‌ای استثناء شده (یعنی مئونه یک هفته، مئونه یک ماه، مئونه یک فصل، مئونه یک سال یا مئونه دو سال) در ادله بیان نشده است. هرچند کیفیت محاسبه مئونه در دلیل نیامده و تصریح نشده است که زائد بر مئونه سال خمس دارد، اما آن چه مورد عمل بوده است، این بوده که چون فصل های مختلف سال خرج های مختص خود را دارد، افراد ملاک دخل و خرج خود را سال مشتمل بر چهار فصل حساب می کنند و یک سال را معیار در محاسبه دخل و خرج خود قرار می دهند. وقتی چنین شد، اطلاق دلیل استثناء مئونه به همین امری که رایج عند العرف است منصرف می شود یعنی مئونه سنه، لذا می گوئیم زائد بر مقدار مئونه سنه خمس دارد.

حاصل مطلب این که: مراجعه به عرف در این بحث که ملاک تحقق حیات و استیلاء چیست، در قالب یکی از سه عنوان است: رجوع به عرف در تشخیص مفهوم، رجوع به عرف در تطبیق مفهوم بر مصداق، رجوع به عرف در کیفیت و خصوصیات امر مذکور در دلیل که از راه اطلاق مقامی تصحیح می شود

اولی مورد اتفاق همه است. دومی محل خلاف است عده ای از محققین مثل مرحوم آخوند و محقق نائینی و مرحوم آقای خویی معتقدند نظر عرف در تشخیص مفاهیم حجت است اما در تطبیق مفهوم بر مصداق نظر عرف حجیت ندارد بلکه مناط نظر دقیق عقلی است، در مقابل جماعتی از محققین مثل مرحوم امام، مرحوم آقای صدر، مرحوم آقای تبریزی معتقدند همانطور که نظر عرف در تشخیص مفاهیم حجت است همینطور در تطبیق مفهوم بر مصداق نیز نظر دقیق عرفی حجت است و تدقیق عقلی که عرف بعد از تنبیه هم آنرا نمی پذیرد حجیت ندارد. در سومی هم از جهت کبروی کسی اشکالی نکرده البته از جهت صغروی در برخی از موارد اختلاف شده که آیا از مصادیق این کبری است یا نه.

جواب از اشکال بعض عامه

مطلبی که از برخی عامه در مورد قبض حقیقی و قبض حکمی نقل شده به این بر می گردد که شما به هر حال در قالب یکی از سه عنوان، عرف را در جایی که تحدیدی از شارع نیامده مرجع می دانید، پس چطور در مورد حيازت و قبض در استیلاء تکوینی قائل به حصول ملکیت هستید اما در گرفتن چک یا کارت اعتباری که مالیت ندارند، قائل به ملکیت نیستید؟ و شاید هم برخی به این اشکال ملترزم شده اند.

اما جواب این اشکال این است که:

اصل این مطلب تمام است که باید در قالب یکی از این سه قاعده، به عرف مراجعه کنیم، اما مشکل در خصوص مساله این است که در باب حيازت، آنی که دلیل داریم این است که حيازت و اخذ مال خارجی، موجب ملکیت است و بیش از آن دلیلی ندارد. همان طور که در باب هبه فقط دلیل بر این قائم شده است که قبض مال خارجی، موجب ملکیت قابض می شود نه قبض هر چیزی، لذا گفته اند هبه کلی فی الذمه صحیح نیست و بعد از تطبیق خارجی مصداق، وقتی شخص مال خارجی را تحویل داد ملکیت موهوب له محقق می شود. بنابراین موضوع دلیل، قبض هر شیئی نیست تا بگویید عنوان قبض از نظر عرفی صادق است و در مانحن فیه هم قبض محقق است، مشکل اینجا است که قبض نسبت به چه چیزی اتفاق افتاده است باید مال خارجی در بین باشد، آن وقت ببینیم که آیا با داشتن چنین حالتی با مال خارجی قبض صدق می کند یا نه.

لذاست که بعض اعلام در اخذ چک یا واریز مبلغ به کارت اعتباری، قائل به ملکیت نشده اند، اما در جایی که شخص منزلی را به دیگری هبه کند و سند محضری به نام او بزند قائل به ملکیت موهوب له شده اند؛ چون در این جا مال خارجی وجود دارد (منزل) و این حالتی که متهب نسبت به مال خارجی پیدا کرده که داری سند محضری شده است، عرف بر این حالت عنوان قبض را صادق می داند، بلکه استیلاء این شخص از استیلاء خارجی دیگران اقوی است چون اومی تواند منزل را به دیگری منتقل کند اما دیگران حتی شخصی که استیلاء تکوینی بر منزل دارد نمی تواند این کار را انجام دهد، اما در مثال چک این طور نیست. ولو عامه گفته ند اگر چک پشتوانه داشته باشد و تضمین شده

باشد، شخص استیلاء قوی تری دارد، اما اشکال این است که در این موارد از آن جایی که مال خارجی در کار نیست، دلیلی بر حصول ملکیت نداریم.