

مقام ثانی، اسباب زوال ملکیت

مواردی که در بحث قبلی جزء اسباب ثانویه حصول ملکیت مورد قبول واقع شد، می توان آن ها را به عنوان اسباب زوال ملکیت هم مطرح کرد؛ چون سبب ثانوی، ملک را برای شخص جدید ایجاد می کند در حالی که ملکیت برای شخص دیگری بوده است، و از آن جایی که هر دو ملکیت باهم جمع نمی شود، طبعاً موجب زوال ملکیت شخص اول می شود، پس کل ما کان سبب ثانویاً لحصول المملکيه، سبب زوال ملکیت شخص سابق هم میشود، چه سبب اختیاری باشد مثل معاوضات، و چه غیر اختیاری مثل ارث.

اما آن چه جای بحث دارد، این است که آیا جز اسباب ثانویه ملکیت که موجب تغییر ملک می شدند، آیا سبب دیگری هم وجود دارد که ملکیت شخص اول را زائل کند و موجب حدوث ملکیت برای شخص دیگر هم نشود؟

هم امر غیر اختیاری می تواند این اثر را داشته باشد که ملکیت را از بین ببرد بدون این که ملکیت شخص جدید ایجاد شود، و هم امر اختیاری:

اسباب غیر اختیاری زوال ملکیت

در مورد امور غیر اختیاری، مواردی را می توان مثال زد که مال عن غیر اختیار از ید شخص خارج شود به طوری که دیگر نتواند در آن تصرف کند و آن را به دست بیاورد، مثل سرقت و غصب؛ یا مثل این که حیوانی را استیلاء پیدا کرده بود و آن حیوان از دست او فرار کرده است؛ اما این که خروج مال از استیلاء مالک قبلی به نحوی که امکان تصرف نداشته باشد، موجب خروج مال از ملکیت شخص می شود یا نه، محل بحث و تأمل است.

از برخی کلمات آقای خوئی در سابق، استفاده می شد که در این صورت مال از ملکیت شخص خارج می شود؛ زیرا ایشان فرمود در جایی که خانه اشخاص توسط دولت به شکل خیابان در بیاید، عرفاً اموال تالفه حساب می شوند و از ملک خارج می شوند، لذا تصرف در آن ها تصرف در ملک غیر نیست، بلکه مالکین قبلی فقط حق اختصاص و اولویت دارند اما مجرد مرور از خیابان ها منافی با حق آن ها نیست. لذا ایشان فرمود اگر شیئی از مالیت افتاد از ملکیت هم خارج می شود. البته این کلام ایشان در همه موارد نمی آید و قطعاً ایشان در موارد غصب و سرقت، ملتزم به بقاء ملکیت هستند، اما به هر حال فی الجمله قائل شده اند به این که در برخی موارد، خروج از مالیت، موجب خروج از ملکیت می شود.

اما به نظر می رسد که این مطلب تمام نیست، چون اگر مالیت عرفیه باقی باشد مجرد خروج از استیلاء، موجب زوال ملکیت نمی شود، و همین طور در جایی که مالیت عرفیه نداشته باشد؛ به خاطر قاعده عامه ای که بزرگان از جمله خود مرحوم آقای خوئی در بعضی از مباحث تصریح کرده اند که نسبت بین مالیت و ملکیت، عموم و خصوص من وجه است. چه بسا ملکیت وجود دارد و مالیت وجود ندارد مثل ملکیت یک حبه از گندم، و چه بسا مالیت وجود دارد و ملکیت وجود ندارد مثل مباحث؛ پس از نفی مالیت نمی توان نفی ملکیت را نتیجه گرفت.

لذا در قسم اول از اسباب زوال ملکیت که قسم غیر اختیاری بود، خروج مال از ملکیت مطلب صحیحی نیست، مگر این که مال کلاً تلف شود به طوری که چیزی از آن باقی نماند؛ اما اگر موضوع مال باقی باشد خروج از استیلاء موجب خروج از ملکیت نمیشود چون نسبت بین مالیت و ملکیت عموم من وجه است. پس سبب غیر اختیاری زوال ملکیت که موجب حصول ملکیت جدید نشود نداریم.

اسباب اختیاریه زوال ملکیت

اما قسم دوم که اسباب اختیاری زوال ملک بود بدون حصول ملکیت شخص جدید:

محقق ابروانی فرموده است که دو مورد وجود دارد که اشکالی نیست در این که موجب زوال ملکیت می شود، بدون این که موجب ملک جدید شود، و کلام در مورد سوم است.

مورد اول، وقف مسجد

مورد اول وقف مسجد است؛ زیرا وقف مسجد وقف تحریری است یعنی از ملک شخص خارج شده و به ملک کسی در نمی آید، اما در اوقاف دیگر غیر از مسجد محل کلام است که آیا آن ها هم مثل مسجد وقف تحریری هستند یا وقف تملیکی. محقق ابروانی قائل به نظر اول شده است، اما دلیلی بر این مطلب نداریم و فقط در مسجد وقف تحریری است.

مورد دوم، عتق

مورد دوم مثال عتق است؛ زیرا مولی با عتق، عبد خود را از حالت مملوکیت خارج می کند بدون این که ملک شخص دیگری واقع نشود، لذا عتق هم جزء اسباب اختیاری زوال ملکیت است.

مورد سوم، اعراض

اما مورد سوم که محل کلام است که موجب زوال ملکیت باشد، اعراض است. این محل کلام است که اگر شخص از مال خود اعراض لفظی یا عملی کند به نحوی که ابراز کند که دیگر مال خود را نمی خواهم و از ملک خود خارج می کنم، یعنی بناء بگذارد که مال از ملک او خارج شود (به همان نحوی که با طلاق، علقه نکاح از بین می رود) آیا با این کار مال از ملک شخص خارج می شود، یا این که همچنان در ملک شخص قبلی باقی است.

بررسی بحث اعراض و بیان مراحل بحث

بنابراین بحث واقع می شود در این که آیا اعراض موجب خروج از ملکیت هست یا نه؟ و اگر موجب خروج از ملکیت نیست، آیا اثر دیگری مثل جواز تصرف یا جواز تملک دیگران را دارد، یا این که هیچ اثری ندارد و کالعدم است و فقط اگر احراز رضایت شود از باب احراز رضایت می توان در مال معرض عنه تصرف کرد؟ این بحث در کلمات بزرگان محل اختلاف واقع شده است.

برای تنقیح بحث در این مساله که آیا اعراض موجب خروج از ملکیت می شود، بحث باید در چهار مرحله انجام شود.

مرحله اول این است که اصلاً موضوع بحث و محل نزاع چیست و عنوان اعراض که در محل نزاع اخذ شده، مراد از آن چیست؟

مرحله دوم این است که اقوال و احتمالات مختلفی که در مساله وجود دارد کدامند.

مرحله سوم این است که مقتضای قواعد عامه با قطع نظر از ادله خاصه چیست، هم به لحاظ دلیل اجتهادی و هم به لحاظ اصل عملی.

مرحله چهارم این است که ادله ای که برای اقوال مختلف ذکر شده مورد بررسی قرار بگیرد.

مرحله اول بحث، بیان محل نزاع

کلام محقق ایروانی در تحریر محل نزاع

محقق ایروانی در رساله جُمان السِّلک فرموده دو معنی برای اعراض متصور است که یکی از آن دو محل کلام است:

گاهی مراد از اعراض این است که خارجاً و عملاً انتفاع از عین انجام نشود، یعنی شخص کاری به مال خود ندارد و انتفاع از آن را عملاً ترک و رها کرده است، اما

نسبت به علقه ملکیت بناء و انشاء بر عدم آن ندارد؛ مثل این که در باب زوجیت، شخص ترک استمتاع می کند با این که زوجیت خود را نسبت به زن حفظ می کند. اما گاهی علاوه بر عدم انتفاع خارجی و عملی، نسبت به ملکیت آن هم اعراض کرده و می خواهد قید ملکیت را از مال بردارد و آن را آزاد کند، نه این که مجرد ترک انتفاع باشد با حفظ اصل ملکیت؛ مثل این که در باب زوجیت طلاق محقق شود و زوج علقه زوجیت را زائل کند. پس همان طور که در باب زوجیت، هر دو معنی برای اعراض وجود دارد، در باب ملکیت هم دو معنی وجود دارد. محل کلام معنای دوم است، اما اعراض به معنای اول را کسی نمی تواند سبب زوال ملکیت بداند.

هرچند مثال هایی که برای اعراض می زنند غالباً برای معنای اول است و برای آن چه محل نزاع است مثال نمی زنند، مثلاً گفته اند آن چه را مالک رها کرده یا در عروسی ها روی سر افراد می ریزند، مصداق اعراض است، در حالی که در مورد دوم این مطلب صحیح نیست؛ چون در این مورد آن چه اتفاق می افتد، این است که شخص به نحو عام ایجاب و تملیک کرده است برای هر کسی که مال را اخذ کند، و قبول هم از طرف آخذ واقع می شود، لذا این مثال در حقیقت اعمال حق مالکیت است نه از بین بردن و اعراض از علقه ملکیت. فقط یک مثال مربوط به محل بحث اعراض است و آن جایی است که شخص حیوان صیدشده را از دام آزاد کند به این قصد که از قید ملکیت رها شود.^۱

پس فرمایش محقق ایروانی این شد که: محل کلام در بحث اعراض این است که شخص بناء بگذارد بر این که مال از ملک او خارج شود و علقه مالکیتی بین او و

^۱ جمان السلک فی الاعراض عن الملك ص ۲۱۷

مال نباشد، اما مثال هایی که زده شده، یا از باب ترک انتفاع از ملک است و یا تملیک به نحو عام است (همان طور که اباحه به نحو عام داریم، تملیک به نحو عام هم داریم).

بیان نکاتی راجع به محل نزاع

نکته اول

از فرمایشات ایشان استفاده می شود که اعراض مورد بحث، در جایی است که مدلول مطابقی و مضمون مستقیم انشاء اعراض این باشد که رفع علقه ملکیت شود. اما ممکن است به این قسمت از کلام ایشان اشکال شود که لازم نیست شخص مستقیماً علقه ملکیت را زائل کند انشاءً، بلکه آن چه محل بحث است این است که شخص بی اعتناء به مال است و خود را دور از مال قرار می دهد. نفس این کناره گیری از مال، محل کلام است که آیا موجب خروج از ملکیت می شود یا نه، منتهی ممکن است مدلول التزامی قول یا فعل شخص، این رفع علقه ملکیت باشد. لازم نیست شبیه بحث طلاق باشد که مستقیماً رفع علقه زوجیت کند، بلکه همین که شخص علاوه بر عدم انتفاع خارجی، خود را از مال دور کند و انشاءً خود را نسبت به مال بیگانه حساب کند یا مال را نسبت به خود بیگانه قرار دهد، داخل در محل نزاع است، و مدلول التزامی این بیگانه فرض کردن، این است که علقه ملکیت را از خود زائل کرده است. شاهد مطلب این است که موارد خارجی که اعراض از مال محقق می شود، از این قبیل است که زوال علقه ملکیت به نحو مدلول التزامی تحقق پیدا می کند، نه مدلول مطابقی.

نکته دوم

نکته دوم در مورد محل نزاع این است که اعراضی که محل بحث است که آیا موجب خروج از ملکیت می شود یا نه، مجرد قصد نیست، بلکه اعراض محل بحث

این است که انشائی از شخص صادر شود. در موارد اعراض، شخص انشاء می کند این حالت اعراض و زوال ملکیت را، به نحوی که مبرز عرفی برای این زوال ملکیت، وجود داشته باشد، والا بر مجرد قصد خروج از ملک به نظریه کس اثری مترتب نمی شود. مضافاً به این که آن چه مورد ادله ای است که بعداً مطرح می شود، اعراض انشائی و ابراز شده است نه مجرد قصد.

البته از برخی عبارات مثل کلام مرحوم شهید در مسالک، استفاده می شود که فرض مجرد اراده و قصد بدون انشاء هم داخل در محل نزاع است؛ چون در مقام رد این نظر که اعراض مخرج از ملکیت است، گفته اند که مجرد قصد و اراده اثری ندارد و این را به عنوان رد قول به مخرجیت اعراض مطرح کرده اند. این مطلب نشان می دهد که محل نزاع را شامل فرض مجرد قصد اعراض دانسته اند. اما به نظر می رسد آن چه محل نزاع است، این است که ابراز و انشاء هم وجود داشته باشد.

نکته سوم

همان طور که در کلام محقق ایروانی مطرح شد، محل نزاع این است که مالک نسبت به مال، حالت رها کردن داشته باشد که یک حالت ایجابی و اثباتی است، نه مجرد حالت سلبی عدم انتفاع و ترک فعلی.

البته نسبت به برخی مصادیق به نحو خاص، اعراض به معنای سلبی هم محل نزاع است. مثلاً این بحث محل کلام واقع شده که در جایی که خصوص زمین ملک شخص شده بالاحیاء، اما عملاً آن زمین را رها کرده است و ترک عملی نسبت به زمین احیاء شده دارد. برخی در این فرض قائل به خروج زمین از ملکیت شخص شده اند با این که حالت وجودی اعراض محقق نشده است.

ولی آن چه محل بحث ماست در مورد معنای محل نزاع از اعراض، نسبت به کل اموال است و به مصادیق خاص نظر نداریم. این اتفاقی است که چنین نیست که در همه اموال، مجرد ترک عملی موجب خروج مال از ملکیت باشد، و منافاتی ندارد با این که در برخی مصادیق، مجرد ترک عملی موجب خروج از ملک باشد.

مرحله دوم، بررسی اقوال

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و عده ای از محققین، قائل به این شده اند که اعراض موجب خروج از ملکیت می شود، بلکه محقق سبزواری در کفایه این قول را به اشهر نسبت داده است.

در مقابل این نظر، برخی مثل محقق در شرائع قائل شده اند که اعراض موجب خروج از ملکیت نیست. شهید ثانی هم فرموده است که اکثر قائل به نظر دوم هستند. البته این دسته از فقها قبول دارند که اعراض این اثر را دارد که مال معرض عنه با اخذ شخص دیگر به ملک آخذ در می آید، حال یا به سیره عقلاء تمسک کرده اند که سیره عقلاء بر این است که در موارد اعراض زمینه برای اخذ و تملک دیگران فراهم می شود، و یا به روایات تمسک کرده اند. مرحوم آقای خوئی هم در منهاج قائل به همین نظر شده اند.

قول سوم این است که اعراض نه موجب خروج مال از ملکیت، و نه موجب جواز تملک دیگران به اخذ می شود بلکه فقط اباحه تصرفات می آورد؛ منتهی اگر شخص دوم تصرفی که متوقف بر ملک است را انجام داد، مالک می شود مرحوم آقای خوئی در بحث استدلالی اجاره و در تعلیقه بر عروه این نظر را دارند.

قول دیگر این است که اثر اعراض، فقط اباحه در تصرف است، اما آن چه برای آخذ مباح می شود فقط تصرفات تکوینی غیر متوقف بر ملک است.

قول آخر تفصیل بین موارد اعراض است. صاحب جواهر و محقق عراقی در حاشیه عروه فرموده اند که اعراض فقط در اشیاء حقیره موجب خروج از ملکیت می شود، و نسبت به اشیاء با ارزش و مهم، اعراض موجب خروج از ملکیت نیست و فقط موجب جواز تصرف می شود اگر از شاهد حال بفهمیم که مالک رضایت به تصرف دارد.

منابع بحث اعراض:

۱. جواهر، در اواخر کتاب القضاء به مناسبت فرعی در مورد سفینه ای که غرق شده.
۲. کتاب الاجاره، در مساله ۴ از مسائل خاتمه کتاب الاجاره به مناسبت این فرع که شخصی زمین را اجاره داد و اصول زرع در زمین باقی مانده و زراعت و سنبل جدید ایجاد شده. آیا اگر اصل زرع باقی باشد بقیه ملک مالک ارض است چون مستاجر اعراض کرده یا این که خیر. مرحوم آقای خوئی و آقای حکیم در مستمسک و مرحوم آقای تبریزی در ذیل این مساله، بحث اعراض را مطرح کرده اند.
۳. اول کتاب النکاح، به مناسبت بحث ما یتشر فی الاعراس.

مرحله سوم بیان مقتضای قواعد عامه

اگر در مرحله بعد یعنی مرحله چهارم، دلیل خاصی در مساله پیدا نکردیم که دلالت بر مزیل ملکیت بودن اعراض کند، باید به مقتضای قاعده در این مرحله عمل کنیم. نظر عمده محققین این است که مقتضای قواعد با قطع نظر از ادله خاصه این است که اعراض موجب خروج مال از ملکیت نمی شود و اعراض بی اثر است.

تقریب این مطلب در مرحله اصل عملی، این است که استصحاب ملکیت جاری است؛ چون مال قبل از اعراض به ملک شخص بود و بعد از اعراض شک داریم که از ملک خارج شد یا نه.

تقریب این مطلب به لحاظ دلیل اجتهادی این است که اطلاق ادله حصول ملکیت، یعنی اطلاق دلیلی که سببیت شیئی برای ملکیت را بیان کرده، مقتضی این است که ملکیت باقی باشد حتی بعد از اعراض. مثلاً دلیل "ماترکه المیت فهو لوارثه" همان طور که حدوث ملکیت را برای وارث بیان می کند، اطلاق احوالی آن اقتضاء می کند که وارث بقاء هم مالک باشد. و اگر شخص مال را خریده باشد، دلیل صحت بیع و شراء اقتضاء می کند که مشتری مالک مبیعی که خریده باشد ولو این که از آن اعراض کند.

بررسی مقتضای قاعده به لحاظ اصل عملی

در مورد استصحاب، مشکلی در شرایط جریان آن نیست؛ چون هرچند تغییری در موضوع اتفاق افتاده، اما این تغییر در حالات موضوع است نه مقومات آن، یعنی نسبت به همان مال سابق می گوئیم قبلاً ملک شخص بود و الان هم بر ملک او باقی است.

همچنین مانحن فیه از موارد شک در رافع است نه شک در مقتضی؛ چون ملکیت اگر در موردی حاصل شود، این ملکیت قابلیت بقاء به نحو مطلق را دارد مگر این که رافع آن را رفع کند، والا چنین نیست که شک ما در مقدار اثر سبب سابق باشد، بلکه مقدار اثر سبب سابق معلوم است و این ملکیت قابلیت بقاء الی الابد را دارد. پس مانحن فیه مشکل استصحاب در موارد شک در مقتضی را هم ندارد.

تنها مشکلی که وجود دارد، این است که این استصحاب در احکام است و جریان استصحاب در شبهات حکمیه محل خلاف است. طبق نظر محقق نراقی و مرحوم آقای خوئی، استصحاب در شبهات حکمیه جاری نمی شود؛ چون استصحاب بقاء مجعول معارضه می کند با استصحاب عدم جعل حکم به نحو سعه. در مانحن فیه هم احتمال می دهیم که ملکیتی که برای شخص جعل شده، ملکیت ضیق و ملکیت منوط به به عدم اعراض باشد، لذا استصحاب ها (استصحاب بقاء ملکیت و استصحاب عدم جعل ملکیت به نحو وسیع که شامل بعد از اعراض شود) با هم تعارض می کنند، یا این که استصحاب عدم جعل حاکم بر استصحاب بقاء مجعول است.

جواب اشکال این است که این بحث، در بحث استصحاب در شبهات حکمیه مطرح شده و خود محقق نراقی در آن جا تبصره ای زده و این مشکل را حل کرده است:

ایشان فرموده امور شرعیه دو قسم اند و ما در جایی قائل به تعارض استصحاب عدم جعل با استصحاب بقاء مجعول هستیم، که از ادله شرعیه به السنه مختلفه استفاده نکرده باشیم که این امر امری است که اگر حادث شد باقی می ماند تا زمانی که مزیل برای آن ثابت شود. اموری هستند که از شریعت استفاده کردیم که اگر حاصل شدند، رفع آن ها احتیاج به مزیل و فاسخ دارد. یکی از آن ها ملکیت است و دیگری زوجیت در عقد دائم است، لذا اگر شک کردیم طلاق غیر عربی موجب از بین رفتن علقه زوجیت می شود یا نه، استصحاب بقاء زوجیت جاری است و معارضی به نام استصحاب عدم جعل زائد ندارد.

در مانحن فیه هم ملکیت امری است که «لو ثبت ببقی الی ان یتحقق له فاسخ» و نمی دانیم که اعراض به عنوان سبب خروج و فسخ جعل شده یا نه، لذا اصل این است که شارع اعراض را موجب خروج از ملکیت نمی داند.

سر این مطلب که چرا در این گونه موارد مشکل تعارض پیش نمی آید، این جهت است که یک استصحاب موضوعی در بین وجود دارد که با اجراء آن مشکل حل می شود. اگر ملکیت از اموری بود که «ببقی الی ان یتحقق له المزیل» پس در حقیقت شک ما در این است که آیا مزیل محقق شده است یا نه؛ لذا استصحاب عدم تحقق مزیل جاری شده و بقاء ملکیت حادثه را اثبات می کند؛ چون بقاء ملکیت باقی است تا زمانی که مزیل برای آن بیاید و ما شک داریم که آیا مزیل برای آن آمده یا نه، و در ناحیه تحقق مزیل استصحاب عدم تحقق مزیل با جریانش شک ما را در بقاء ملکیت از بین می برد. و این استصحاب اصل مثبت نیست؛ چون استصحاب عدم تحقق غایت و ترتیب آثار مغیی اصل مثبت نیست و بر خود استصحاب عدم تحقق غایت، این مطلب مترتب می شود که احکام مغیی وجود دارد.

البته ظاهر کلام محقق نراقی در عوائد و مستند، این است که در این امور که «ببقی الی ان یتحقق له المزیل» وجه این که مشکل تعارض پیش نمی آید، این است که استصحاب بقاء مجعول جاری می شود. اما تقریب صحیح کلام ایشان با توجه به توضیحی که مرحوم آشتیانی در بحر الفوائد داده است، همین است که استصحاب بقاء مجعول و استصحاب عدم جعل زائد هر چند باهم تعارض دارند، ولی استصحاب موضوعی عدم تحقق مزیل مشکل را حل می کند و مجال برای جریان آنها باقی نمی گذارد.

پس مقتضای اصل عملی، استصحاب عدم خروج مال از ملکیت است، لذا اگر قائل به مخرجیت اعراض از ملک باشیم، باید دلیلی در مقابل استصحاب داشته باشیم.

بررسی مقتضای قاعده به لحاظ دلیل اجتهادی

گفته شد مقتضای دلیل اجتهادی نیز بقاء ملکیت شخص بعد الاعراض است؛ چون اطلاق ادله سبب حصول ملکیت، یعنی اطلاق دلیلی که سببیت شیئی برای ملکیت را بیان کرده، مقتضی این است که ملکیت باقی باشد حتی بعد از اعراض و اگر بخواهیم در جایی قائل به خروج مال از ملکیت شویم، باید اطلاق ادله اسباب ملکیت توسط اسباب را تقیید بزنیم، لذا قائل شدن به زوال ملکیت بالاعراض نیاز به اثبات مقید برای این اطلاق دارد.

اشکال این است که مقداری که از مثل ادله سببیت ارث للملک استفاده می شود، این است که ارث به همه خصوصیات و احوالش موجب حصول ملکیت برای وارث می شود، اما نسبت به حوادثی که بعدا برای مال پیدا می شود چنین اطلاقی ندارد. دلیل می گوید مال با ارث یا بیع و شراء و هبه، ملک شخص می شود اما این که تا چه مقدار باقی می ماند و این ملکیت تا چه زمانی است، در مقام بیان این جهت نیست.

بله اگر در جایی در سببیت سبب لحدوث الملک از بعضی از جهات شک کنیم، می توانیم به اطلاق دلیل سببیت تمسک کنیم. مثلا در بحث خمس این مساله مطرح است که اگر شک کنیم که مال متعلق خمس است یا نه، مقتضای قواعد چیست؟ از جهت تکلیف به اداء خمس جای جریان براءت هست، اما شبهه ای که مطرح شده این است که شک داریم که یک پنجم مال هم ملک شخص مستفید است یا ملک اصحاب خمس، و این جا استصحاب ندارد چون از حین فائده شدن، محل شک

است که آیا یک پنجم به ملک شخص در آمده، یا فقط چهار پنجم آن به ملک او در آمده و یک پنجم به ملک اصحاب خمس در آمد. یکی از جواب هایی که از این اشکال داده شده، تمسک به اطلاق دلیل سببیت للملک است. مثلاً دلیلی که می گوید هبه موجب ملک می شود، اطلاق دارد، چه به لحاظ یک پنجم مال و چه به لحاظ چهار پنجم مال؛ لذا اگر نوبت به مقتضای قاعده برسد، مقتضای قاعده در مرحله دلیل اجتهادی این است که آن مال متعلق خمس نمی باشد.

اما نسبت به مواردی که شک در اصل سببیت سبب للملک نیست، بلکه در بقاء ملکیت شک داریم دلیل سببیت اطلاقی ندارد که شک ما را رفع کند.

برخی ادعا کرده اند از راه دیگر می توان گفت که مقتضای دلیل لفظی این است که اعراض موجب خروج از ملکیت نیست؛ زیرا سیره و تسالم اصحاب بر این است که اگر ملکیت در موردی ثابت شد، حکم به بقاء آن می شود مادامی که ناقل و مزیل شرعی احراز نشده باشد، و خود این امر که موضوعش فرض شک است، مورد سیره است و با سیره اثبات می کنیم که تا احراز ناقل نکردیم حکم به بقاء ملکیت می شود.

اما این ادعا شاهد ندارد و چنین نیست که به لحاظ حکم ظاهری سیره خاصی داشته باشیم مبنی بر این که ملکیت در فرض شک محکوم به بقاء است تا مزیل آن احراز نشود. بلکه در مرحله حکم واقعی، این امر عند العقلاء یا شرع ثابت است که ملکیت اگر ثابت شد، باقی است تا زمانی که مزیل حاصل شود، اما این که به لحاظ فرض شک هم چنین سیره ای داشته باشیم، ادعای قابل اثباتی نیست.

مضافاً به این که اگر این سیره هم تمام باشد، نهایتاً اصل عملی است چون در فرض شک در واقع است وحیثیت طریقت به واقع راندارد، نه این که ناظر به واقع و بعنوان کاشف از واقع اعتبار شده باشد.

حاصل بحث این که در مرحله مقتضای قواعد دلیل اجتهادی که مقتضایش عدم خروج مال از ملکیت بالاعراض باشد نداریم، و فقط مقتضای اصل عملی یعنی استصحاب، عدم خروج مال از ملکیت بالاعراض است.