ولذا حكم بقول المنكر بناء على الاصل وكون المتشبث اولى من الخارج لقضاء العادة بملكية ما في يد الانسان
غالبا فحكم بايجاب البينة على من يدعي خلاف الظاهر والرجوع الى من يدعي ظاهر العرف ويؤيده
استشهاده عليه السلام فيما يأتي من الروايات بالعرف حيث قال قد علم من بين لابتيها
ومثله قوله ع لو سئلت من بين لابتيها يعني الجبلين ونحن يومئذ بمكة لاخبروك ان الجهاز والمتاع علانية
من بيت المرأة الى بيت الرجل فيعطى الذي جاءت به فان زعم انه احدث فيه شيئا
فليأت بالبينة وعلى ذلك فلا مفر من العمل على طبق العرف العام او الخاص ان كان والا فمقتضى
الاصل التقسيم بينهما كما مر فيكون ما قاله العلامة ره في لف هو الاقوى فان قلت فما تقول
في اطلاق الاخبار المتقدمة للقول الاول واطلاق الاجماع المحكي فيه قلت انه يمكن ان يق
ان اطلاقها وارد مورد الغالب لحكم العادة بكون ما يصلح للرجال للرجل وكذا المرأة كما عرفت التصريح
به عن الحلي الذي هو احد نقلة الاجماع او هو الناقل له لا غيره وعلى هذا فمرجع القولين واحد كما صرح به
المحقق الاردبيلي ره في مجمع الفائدة وان حكاهما جماعة قولين تبعا للظاهر منهما من شمول القول الاول
لجريان العادة على طبقه وعدمه وكيف كان فلا دليل يعتمد عليه في مخالفة الاصول اذا لم يكن
عادة على كون ما يصلح لواحد منهما مختصا به والاطلاق المدعى في الاخبار والاجماع المحكي لا يبقى عليه الاعتماد
بعد ما عرفت من قوة احتمال كون الاطلاق واردا مورد الغالب من قضاء العادة بذلك سيما وان الحلي الذي
هو الناقل للاجماع او احد النقلة له استند الى ذلك فيما حكاه عنه في لف معربا عن عدم كون الحكم بذلك
على الاطلاق وبهذا القول يمكن الجمع بين الاخبار الماضية والآتية ومن هنا ظهر الوجه للقول الرابع ايضا
فان قلت ان المصير الى القول الرابع لما ذكره العلامة ره يقتضي العمل به ايضا في غير مورد المسئلة
كما لو كان النزاع بين الرجل ومرأة غير الرجل فمقتضى الاستقراء في باب الدعاوي من الرجوع
الى العرف والظاهر ان يقال ان كان النزاع فيما يصلح للرجل فهو له وبالعكس وان كان
فيما يصلح لهما قسم بينهما كما مر ولا يقول به هذا القائل قلت ان كان المستند في المصير الى هذا
القول ليس مجرد هذا الاستقراء فلا مر كما تقول ولكن بل نقول ان ظاهر الاخبار والاجماع المنقول في المقام
عن ابن ادريس ره المؤيد بالاستقراء المزبور يقتضي العمل بالظاهر في خصوص المقام وطرح الاصل
وهذه الوجوه ليست بموجهة كلها في مورد النقض والاستقراء موجه لكنه غير كاف نعم يرد النقض
على من اقتصر بهذا الدليل في الحكم المزبور مع انه احتمل في الرياض قول العلامة ره بذلك في مورد
النقض ايضا واما القول الثاني فدليله ما اشرنا اليه من الاخذ بالعمومات وطرد الروايات لاختلافها

يهدى ص

وهو المدعى ص

ان مجرد ما يصلح للنساء مع عدم العلم باعداده للزوجة لا يدل على الاختصاص بها بل المراد بما يصلح لها ما تتمتع به وتستعمله فعلا ولذا حكي عن ابن حمزة انه قال وان كان في يد احدهما فهي من متاع البيت كانت البينة على اليد الخارجة واليمين على اليد المتشبثة بل يدل عليه قوله في آخر الموثق وان استوى شيئا فهو له وبالجملة فلكل ح تزيل النصوص والفتاوى على ذلك بمعنى اختصاص كل منهما بما يصلح له مما كان في يده ولو باختصاص ولو باستعماله او كان على هذا كانت المسئلة على القاعدة مع ان

نظرا الى ان العادة لا تجري على ان يحمله الخياط الى منزل غيره الذي دعاه للخياطة نعم لو كان بيده حكم به مع اليمين وراكب الدابة اولى
من قابض لجامها لانه اقوى يدا وعن التذكرة لبعد تمكين صاحب الدابة غيره من ركوبها وامكان اخذ اللجام من صاحبها وعن
الشيخ ره في كل من الخلاف والمبسوط الا ان المحكي عنه في الاخير في وجه انه سوى بينهما وقسمها بينهما بالسوية لثبوت اليد لهما والسرج
لصاحب الدابة دون الراكب ولئن كان تحت تصرفه لقضاء العادة بان من له دابة فله سرج بخلاف من ليس له دابة وقد صرح به
كشف اللثام ايضا ولكنه لا يخلو من تأمل ولذا جعله في الكتاب المزبور ايضا محل نظر وفيه تأمل والراكب اولى بالحمل من صاحب
الدابة لانه في تصرفه ولا قضاء للعادة بكون الحمل لصاحب الدابة ولو تنازع صاحب العبد وغيره في ثياب العبد التي عليه
فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها ويده يد مولاه ولو تنازع صاحب الثياب التي على العبد وآخر في العبد تساويا بلا خلاف
مصرح به في جملة من العبائر ولا يرجح صاحب الثياب بلبس العبد لها المنتفع به كما في التذكرة وعلله في جامع المقاصد
وانتفاعه بها لان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحبه بخلاف الحمل على الجمل فان صاحبه هو المنتفع به وعن العلامة ره
في التذكرة انه قال ولان الحمل لا يجوز ان يحمله على الجمل الا بحق ويجوز ان يجبر العبد على لبس قميص غير مالكه اذا كان
عريانا وبذله انتهى وفيه تأمل ولو تنازع صاحب النهر والارض في حائط بينهما من غير قرينة مرجحة لاحدهما
من اتصال ببناء او احاطة بالارض فهو لهما اذا تحالفا لانه حاجز بينهما او بيديهما ولا مرجح فتساويا فتأمل ٢٢٣

Copyright © King Saud University