بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

والحاصلُ في المقام: أنّ ترجيح ما دلّ على ثبوت الخيار للصبيّة إذا بلغتْ بالعقد الجاري عليها قَبل البلوغ لكونه مخالفاً للعامّة يرجعُ لأحد وجهين:

الوجهُ الأوّل: أنّ مقتضى كون ما دلّ على نفي الخيار موافقاً للعامّة حملُهُ على التقيّة، فترجيحُ المعارض لصدور الموافق على سبيل التقيّة.

وهذا مندفعٌ؛ بأحد نحوين:

النحو الأوّل: ما سبق من أنّ الحمل على التقيّة غيرُ عرفي بلحاظ أنّ مقتضى تنقيح متون الروايات مِن قِبل فقهاء الأصحاب (رضوان الله عليهم) وشيوع الروايات المخالفة للتقيّة في الأُصول والفُروع ضئالةُ اِحتمال التقيّة في الروايات بنحو يراه العرف أمراً موهوماً.

النحو الثاني: على فرض أنّ الحمل على التقيّة احتمالٌ عرفي، مع ذلك لا يمكن في المقام حمل ما دلّ على نفي الخيار على التقيّة لكونه موافقاً للعامّة.

والسر في ذلك: أنّ ما دلّ على نفي الخيار هو المشهورُ روايةً وعملاً بين الطائفة، وحملُ ما هو المشهورُ روايةً وعملاً بين الطائفة على التقيّة غيرُ متصور؛ إذ كيف يكون موردَ العمل مِن قِبل قدماء الأصحاب حتى ادعي الإجماع عليه مع صدوره على سبيل التقيّة، بل إنّ شهرة الخبر روايةً وعملاً كاشفٌ عرفي عن صدوره على سبيل الجدّ لا على سبيل التقيّة.

الوجهُ الثاني: أنّ كون الطرف المُثبت للخيار مخالفاً للعامّة كافٍ في الترجيح بلا حاجة لحمل الطرف الآخر على التقية؛ لإطلاق قوله (عليه السلام) في المقبولة: (**مَا خَالَفَ الْعَامَّةَ فَفِيهِ الرَّشَادُ**)[1]، فمقتضى هذا الإطلاق أنّ ما خالف العامّة راجح بغض النظر عن صدور ما وافقهم على سبيل التقيّة أو على داعٍ آخر، وإنّما المهم أنّ ما خالف العامة فيه الرشاد.

[1] الكافي، للشيخ الكليني، دار الكتب الإسلامية، ج1، كتاب فضل العلم، باب اختلاف الحديث، ح10.

وهذا أيضاً مندفعٌ؛ فإنّ مقتضى دلالة مقبولة عمر بن حنظلة على تقديم الشُهرة ابتداءً على سائر المرجحات ومنها موافقةُ الكتاب ومخالفةُ العامّة شاهدٌ على تعين المشهور روايةً وعملاً سواءً كان الوجهُ في التقديم تمييزُ الحجة عن الـ لا حجة أو ترجيحُ الحجة على الحجة الأُخرى.

والنتيجة: تقديم ما دلّ على أنّ عقد الأب للصبيّة نافذٌ عليها ولا خيار لها بعد بلوغها على الطائفة الدالّة على ثبوت الخيار لها.

الجهةُ الأخيرة: على فرض عدم تمامية الترجيح وأنّ الطائفتين متكافئتان مِن حيث المرجح، فإنّ لما دلّ على نفي الخيار المرجح الصدوري وهو الشُهرة وما دلّ على ثبوت الخيار المرجح الجهتي وهو مخالفة العامّة، فمقتضى تكافؤهما تساقطهما، **والمرجعُ هو الأصلُ العملي**.

فإذا وصل الكلام للأصل العملي، فما هو مجرى الأصل في المقام؟

هل يجري استصحابُ الزوجية؟ أم يجري استصحابُ نفوذ العقد؟ أم يجري نحوٌ ثالثٌ مِن الاستصحاب؟

وقد بُحثتْ هذه النقطة في كتاب البيع، وهي: ما هو الأصل عند الشك في لزوم العقد؟ فهل الجاري استصحاب المِلكيّة، أم الجاري استصحاب نفوذ العقد، أم الجاري نحوٌ ثالثٌ من الاستصحاب؟

فالمتصور في المقام ثلاثةُ أنحاء للأصل العملي:

النحوُ الأوّل: أنّ العقد الذي أبرمه الأب للصبيّة لازمٌ عليها بعد بلوغها بمقتضى استصحاب الزوجية، فإنّه إذا فسخت العقد يقع الشك في أنّ فسخها رفع الزوجية أم لا، فيجري استصحاب الزوجية، ومقتضى استصحاب الزوجية هو لزومُ العقد.

وقد أُورد على استصحاب الزوجية بإيرادين:

الإيرادُ الأوّل: أنّ هذا مِن الاستصحاب الجاري في الشبهات الحكمية؛ إذ ليس المقام مِن الشك في الشبهة الموضوعية وهو أنّه حصل فسخ أم لَمْ يحصل، وإنّما الشك في أنّ لفسخها أثراً أم لا، فبما أنّ المقام مِن الاستصحاب في الشبهة الحكمية فقد اعترض عليه بأنّ الاستصحاب في الشبهة الحكمية لا يجري.

إمّا لعدم المقتضي؛ بلحاظ أنّ الروايات الدالة على حجية الاستصحاب كصحيحة زرارة إنّما هي واردةٌ في الشبهة الموضوعية وهو الشك في حصول الناقض، فلا يُحرز شمولها للشبهة الحكمية، ولا

يُحرز إلغاءُ العرف للخصوصية، وبالتالي فإنّ أدلّة حجية الاستصحاب قاصرةٌ في نفسها عن الشمول لمورد الشبهة الحكمية.

وإمّا لوجود المانع؛ بمعنى أنّ الروايات في حدّ ذاتها مطلقة ولو بمقتضى اشتمالها على التعليل في (قوله السلام): (**لأنك كنت على يقين من طهارتك ثم شككت فليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك أبداً**)[2].

فيقال: إنّ المستفاد مِن هذه العبارة أنّها مسوقةٌ مساق التعليل وذكر الكُبرى، وبالتالي فإنّ موردها وإنْ كان هو الشبهة الموضوعية إلّا أنّ مقتضى مساق التعليل شمولها للشبهة الحكمية.

غير أنّ الاستصحاب في الشبهات الحكمية لا يجري؛ لوجود المانع، وهو ما ذهب إليه سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) مِن أنّ استصحاب المجعول معارضٌ باستصحاب عدم سعة الجعل، أو لما اخترناهُ في محلّه وفاقاً لشيخنا الأُستاذ الشيخ التبريزي (قدس سره الشريف) مِن أنّ استصحاب عدم سعة الجعل حاكمٌ على استصحاب المجعول.

فيُقال في المقام: إنّ استصحاب الزوجية مِن استصحاب المجعول، وهو معارضٌ بنظر سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) باستصحاب عدم سعة إمضاء الشارع للزوجية المنشأة بعد الفسخ؛ إذ الشك واقعٌ في سعة إمضاء الشارع الزوجية بعد فسخ الزوجة عند بلوغها أم لا، حيث يشك في ذلك فيجري استصحاب عدم سعة الإمضاء للزوجية، واستصحاب عدم سعة الإمضاء معارضٌ لاستصحاب المجعول وهو الزوجية بحسب مبنى سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) أو حاكمٌ على استصحاب الزوجية بحسب المبنى المختار.

ولكن أُجيب عن ذلك بأحد وجهين:

الوجهُ الأوّل: أنّ استصحاب عدم سعة الجعل لا يجري كي يعارض استصحاب الزوجية؛ لأنّه في نفسه معارضٌ باستصحاب عدم جعل الزوجية الضيقة؛ إذ المشكوك أنّ الزوجية المضاة هل هي الزوجية الواسعة الممتدة لما بعد الفسخ أو الزوجية الضيقة وهي الزوجية المحدودة بالفسخ؟ فاستصحاب عدم سعة الإمضاء معارضٌ باستصحاب عدم تعلّق الإمضاء بالزوجية الضيقة، فإذا كان استصحاب عدم سعة الجعل معارضاً باستصحاب آخر وهو استصحاب عدم جعل الزوجية

[2] تهذيب الأحكام، شيخ الطائفة الطوسي، دار الكتب الإسلامية، ج1، أبواب الزيادات في أبواب كتاب الطهارة، الباب 22 باب تطهير البدن والثياب من النجاسات، ح8.

الضيقة جرى استصحاب المجعول بلا مانع؛ لأنّ المعارض له استصحاب عدم سعة الجعل والمفروض أنّ استصحاب عدم سعة الجعل في نفسه معارض باستصحاب عدم جعل الزوجية الضيقة، فيجري استصحاب الزوجية بلا مانعٍ.

ولكن هذا الجواب غيرُ تامٍ؛ والسر في ذلك: أنّه ما هو الأثر لاستصحاب عدم الزوجية الضيقة؟ فهل المقصود بهذا الاستصحاب نفي الزوجية؟ وهذا خُلف أنّ الزوجية مقطوعٌ بها، وإنّما الكلام في سعتها وضيقها، وإنْ كان الأثر إثبات السعة، أي: باستصحاب عدم جعل الزوجية الضيقة يثبتُ سعة الزوجية، فهذا مِن الأصل المثبت؛ فإنّ استصحاب عدم الضيق لا يثبت التوسعة؛ لأنّهما ضدان وأمران وجوديان واستصحاب عدم أحدهما لا يثبت الآخر إلّا بالملازمة العقلية.

فهذا لا يصلح لمعارضة استصحاب عدم سعة الجعل، فيبقى استصحاب عدم سعة الجعل معارضاً أو حاكماً على استصحاب الزوجية، فلا يجري استصحاب الزوجية.

الوجهُ الثاني: ما ذكره الفقيه الدقيق شيخنا الأُستاذ الشيخ التبريزي (قدس سره الشريف) من أنّه لا حاجة لاستصحاب المجعول وهو الزوجية كي يقال بأنّه معارضٌ باستصحاب عدم سعة الجعل أو محكومٌ باستصحاب عدم سعة الجعل؛ وذلك لأنّ هناك سنخاً مِن المجعولات في الشريعة ظاهرُ أدلتها بقاؤها ما لَمْ يعرض المزيل.

فإنّ المجعولات في الشريعة على قسمين: قسمٌ لا يستفاد مِن أدلتها بقاؤها ما لَمْ يعرض المزيل، كحكم الشارع – مثلاً – بصحّة الصلاة إذ غاية ما يستفاد مِن أدلتها أصل الفعلية وأمّا بقاؤها ما لَمْ يعرض المزيل فهذا لا يستفاد مِن الأدلّة، وقسمٌ آخر مِن المجعولات ظاهر أدلتها بقاؤها ما لَمْ يعرض المزيل ومنها: النجاسة، والمِلكيّة، والزوجية، فإنّ ظاهر ما دلّ على أنّ (**من أحيا أرضا مواتاً فهي له**)[3]، أو "من حاز ملك" أنّ المِلكيّة باقية ما لَمْ يعرض مزيل عليها، وأنّ الشارع إذا حكم بنجاسة ما لاقى النجس مع الرطوبة فظاهر الدليل أنّ النجاسة باقية ما لَمْ يعرض المزيل، فكذلك في باب الزوجية؛ فإنّ المُشرع إذا حكم بالزوجية – كما هو المستفاد مِن أدلتها – ظاهره أنّ الزوجية باقية ما لَمْ يعرض طلاق أو يعرض فسخٌ بأحد العيوب الموجبة للفسخ، فظاهرُ الأدلّة بقاءُ الزوجية ما لَمْ يعرض المزيل، وهذا ينتج أصلاً خاصاً بهذه الموارد وهو أصالة بقاء المجعول عند الشك في المزيل، فليس المقام تطبيقاً

[3] تهذيب الأحكام، شيخ الطائفة الطوسي، دار الكتب الإسلامية، ج7، كتاب التجارات، الباب 11 باب أحكام الأرضين، ح22.

للاستصحاب العام وهو استصحاب المجعول في الشبهة الحكمية كي يقال بعدم جريانه، بل المقام مِن التشبث بأصلٍ خاص يستفادُ مِن هذه الأدلّة وهو بقاء الزوجية لخصوصيةٍ في هذا المجعول ما لَمْ يعرض المزيل.

أو أنّ الأصل الجاري استصحاب عدم تحقّق المزيل؛ فإنّ موضوع بقاء الزوجية عدم تحقّق المزيل، فيجري استصحاب عدم تحقّق المزيل فتبقى الزوجية لتحقيق موضوعها بالاستصحاب.

ولكن يلاحظ على ما أُفيد مِن قِبله (قدس سره): أنّ المشكوك فيه في المقام سنخٌ خاص مِن الزوجية، فلو كان المتحقق الزوجية الصادرة ممن له ولاية على نفسه كالعقد الصادر مِن البالغ العاقل الرشيد فنعم، ولكن المفروض أنّ هنا في المقام سنخاً خاصاً مِن الزوجية وهو العقد الصادر مِن الوليّ على المُولى عليه، فهذا السنخ مِن الزوجية وهو العقد الصادر بالولاية لمن ترتفع ولايته بعد البلوغ مشكوكٌ فيه مِن الأصل هل أنّه ضيقٌ مِن حين جعله أو واسع؟ فبما أنّه مشكوك فيه مِن الأصل فلا مجرى لاستصحاب عدم تحقق المزيل، أو أصالة بقاء الزوجية ما لَمْ يحرز المزيل، فلا مجال لكليهما؛ إذ المفروض أنّ هذا السنخ الخاص مِن الزوجية مشكوكٌ في مقداره وحدوده من الأصل.

فالإيرادُ الأوّل على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية واردٌ ولا يُجدي الجواب عنه بكلا الوجهين.

والحمد لله رب العالمين