

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۳۳

مسألة ٣: لو تزوّج في حال الإحرام ولكن كان باطلاً من غير جهة الإحرام، كتزويج أخت الزوجة أو الخامسة - هل يوجب التحريم أو لا؟ الظاهر ذلك؛ لصدق التزويج فيشملة الأخبار نعم، لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب^(١).

وقد مرّ الكلام في ترتّب الحرمة الأبديّة إذا وقع العقد صحيحاً من جميع الجهات في حال الإحرام لتامة الأدلّة في الباب، وأنما الإشكال فيما إذا كان العقد الواقع حال الإحرام فاسداً وبطلاً من غير جهة الإحرام، كنكاح الخامسة أو أخت الزوجة، فهل يوجب التحريم الأبدي أو لا؟

قد فصل السيد الماتن رحمته الله في المقام بين ما إذا كان التزويج صادقاً ولكن المانع للصحة فقدان بعض الشرائط المعتبرة في تحقّق النكاح، كعدم كونها أخت زوجته أو كونها خامسة أو كونها معتدّة، ففي أمثالها يحكم بثبوت الحرمة الأبديّة؛ لشمول العمومات الدالّة للمقام، وبين ما إذا كان العقد باطلاً لفقد بعض الأركان وعدم صدق التزويج العرفي فلاشملة العمومات، فلا موجب لثبوت الحرمة الأبديّة.

وأشكل عليه في «المستمسك»^(٢) - ناقلاً عن «التحرير» في المسألة الأولى من الفصل السابق (من ثبوت الحرمة الأبديّة وعدمه فيما إذا تزوّج أخت زوجته في عدتها): «والظاهر أنّ مراد علمائنا بالعقد في المحرم والعقد في

(١) العروة الوثقى المحشّى ٥: ٥٣٨.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ١٢٢.

ذات العدة إنما هو العقد الصحيح الذي لو لا المانع ترتب عليه أثره»^(١).
وملخص ما أفاده في المقامين: دعوى انصراف الألفاظ المستعملة في
باب المعاملات إلى الصحيح، ولذلك لو عقد على أخت زوجته حال الإحرام
لا يوجب ثبوت الحرمة الأبديّة للبطلان الذاتي في عقدها.

وقد أشكلنا عليه في المسألة السابقة بما أفاده في «مباني العروة»^(٢)
من أنه لا يحمل استعمال لفظ التزويج في النكاح الصحيح؛ لأنه لا يعقل أن
يكون النكاح الصحيح موجباً للتفرقة بين الزوجين والحكم بالحرمة
الأبديّة، فمن المقطوع استعماله في أمثال المقام في غير الصحيح نعم، ينبغي
البحث في أنّ اللفظ في المقام هل هو مستعمل في مطلق الفاسد أو خصوص
الفاسد من هذه الجهة بحيث لولاها لكان العقد صحيحاً.

وبالجملة: ما أفاده في «المستمسك» لإثبات انصراف التعبير في
الدليل «التزويج» إلى العقد الصحيح غير تام.

وأورد على التفصيل المذكور في «مباني العروة»^(٣) بأنّ الاستفادة من
الأدلة في المقام كون البطلان والتحريم ناشئين من تلك الجهة المذكورة في
النص (أي الإحرام) بحيث لولاها لحكم بصحة العقد وثبوت الزوجية، وإلا
فلو كان البطلان من جهة أخرى غير وقوع العقد حال الإحرام لما كان
لوقوعه في تلك الحال أثر، إذن فلا بدّ في الحكم بالبطلان وثبوت الحرمة
الأبديّة من كون العقد صحيحاً من جميع الجهات عدا وقوعه في ذلك الحال،

(١) التحرير ٣: ٤٧١.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٧٣.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٥١.

فعلى هذا لا تثبت الحرمة الأبديّة لوقع العقد على أخت الزوجة أو الخامسة حال الإحرام نعم، في المعتدّة لأبأس بالقول بثبوتها للأولوية القطعية، فإنّ كلاً منهما إذا كان موجباً لها مستقلاً عن الآخر فإيجابه لها منضمّاً إلى الآخر يكون بطريق أولى. ويؤيدها رواية حكم بن عتيبة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن محرم تزوّج امرأة في عدّتها؟ قال: «يفرّق بينهما ولا تحلّ له أبداً»^(١).

فما أورد عليه بعض المعاصرين^(٢) مدّعياً شمول إطلاق الدليل الدالّ على ثبوت الحرمة الأبديّة فيمن تزوّج حال الإحرام بالنسبة إلى الخامسة وأخت الزوجة لا يرجع إلى محصل، بعد ما حقّق في كلامه أنّ المستفاد من الدليل المذكور كون البطلان والتحريم ناشئين من الإحرام، فما هو مشتمل على جهة أخرى من البطلان وحيثية أخرى من حيثيات الفساد والحرمة خارج عن شمول الإطلاق، وهذا واضح؛ لشهادة انصراف العرفي عن مثل المورد، فكما أنّ البطلان ناش من فقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج ولا يقال بترتب الأثر - أي البطلان وثبوت الحرمة الأبديّة - فكذا في المقام من دون فرق بين المقامين، والله العالم.

مسألة ٤: لو شكّ في أنّ تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله، بنى على عدم كونه فيه، بل وكذا لو شكّ في أنّه كان في حال الإحرام أو بعده على إشكال. وحينئذ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً قدّم قول من يدّعي الصحة، من غير

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٤ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧ ح ١٥.

(٢) كتاب النكاح للزنجاني حفظه الله ٧: ٢٣٨٧.

فرق بين جهل التأريخين أو العلم بتأريخ أحدهما^(١).

تعرّض في صدر المسألة لحكم الشك في وقوع العقد حال الإحرام وقبله، وفي حكم الشك في وقوعه حال الإحرام وبعده، وحكم بصحة العقد في صورتين مع إشكال في الصورة الثانية.

ووجه كلامه في «مباني العروة»^(٢): بأن استصحاب عدم الإحرام إلى حين العقد الواقع في الخارج، فقتضاه الحكم بالصحة وعدم ترتب الحرمة الأبدية في المقام؛ لعدم اختصاص جريان الاستصحاب بما إذا كان تأريخ أحدهما معلوماً والآخر مجهولاً، بل هو جارٍ حتى فيما إذا كان تأريخهما مجهولين أيضاً، ولا يعارض هذا الاستصحاب باستصحاب عدم وقوع العقد قبل الإحرام؛ إذ لا أثر للثاني، باعتبار أنه لا يثبت تأخر التزويج عن الإحرام ووقوعه حاله إلا بالملازمة العقلية، فيكون من الأصول المثبتة، وهي غير حجة.

هذا مضافاً إلى أنه لا أثر للاستصحاب نفيًا وإثباتاً ولا أثر لإثبات المعارض له وعدمه؛ لوجود الدليل الحاكم عليه، وهو أصالة الصحة الثابتة بالسيرة القطعية، وهكذا ماورد في بعض النصوص المعتبرة من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كلما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو»^(٣) فإن مقتضاها الحكم بالصحة فيما إذا كان الشك في افتقاد العقد لشرط شرعي أو اقترانه بمانع كذلك بعد إحراز تمامية أركانه، ولذلك فالمتعين هو الحكم بالصحة وعدم

(١) العروة الوثقى المحشى ٥: ٥٣٩.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٥٢.

(٣) وسائل الشيعة ٨: ٢٣٧ / أبواب الخلل ب ٢٣ ح ٣.

ترتب الحرمة الأبديّة، سواء أقلنا بجريان الاستصحاب مطلقاً أم في بعض الصور أم قلنا بعدم جريانه كذلك، ثبت له معارض أم لم يثبت.

وهكذا في الصورة الثانية، فإن مقتضى استصحاب بقائه محرماً إلى حين العقد مطلقاً، سواء أعلم بتأريخ أحدهما أو جهل بالتأريخين معاً وإن كان الحكم هو فساد العقد وترتب الحرمة الأبديّة عليه، باعتبار أنه لا يعارض بأصالة عدم وقوع العقد حال الإحرام؛ لكونه من الأصول المثبتة (حيث لا يثبت كون العقد في غير حال الإحرام إلا بالملازمة العقلية) إلا أن هذا الاستصحاب لا أثر له نظراً لكونه محكوماً لأصالة الصحّة، فإن مقتضاها الحكم بالصحّة في المقام وعدم ترتب الحرمة الأبديّة عليه سواء أجري الاستصحاب أم لم يجر.

والظاهر أن منشأ إشكال السيد عليه السلام في الصورة الثانية هو عدم جريان الاستصحاب في مفروض المسألة مع أن الاستصحاب جارٍ في الفرض الأول.

كما أنه وجّهت المسألة في «المستمسك»^(١) في الصورة الأولى: بأصالة صحة العقد المعتضدة بأصالة عدم الإحرام في صورة ما إذا كان تأريخ العقد معلوماً وتأريخ الإحرام مجهولاً.

وفي الصورة الثانية أيضاً بأصالة الصحّة، ودفع الإشكال في كلام السيد من أن الأصل بقاء الإحرام إلى حين العقد؛ لعدم اطراده فيما إذا كان تأريخ الإحرام معلوماً وتأريخ العقد مجهولاً.

ومما ذكرنا ظهر أن المستند لفتوى السيد في الصورة الأولى هو أصالة

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ١٧٣.

الصحة والحليّة وأصالة عدم الإحرام في بعض الصور (فيما إذا كان تأريخ العقد معلوماً والإحرام مجهولاً) لكونه قائلاً بالفرق في جريان الاستصحاب بينما إذا كان أحدهما معلوم التأريخ والآخر مجهولاً، مع أنّ السيد الخوئي رحمته الله (١) على ما صرح به في المقام وفي الأصول لم يقل بالفرق في جريانه حتّى في فرض الجهل بهما.

وتفصيل منشأ الإشكال والبحث في ذلك موكول إلى محلّه، والخلاصة: أنّه تارة يكون الملحوظ فيه التقدّم والتأخّر بالإضافة إلى أجزاء الزمان، كالشكّ في حصول موت زيد يوم الجمعة، مع العلم به في يوم السبت، والعلم بعدمه يوم الخميس.

وبعبارة واضحة: أنّ الشكّ بلحاظ أجزاء الزمان، فاستصحاب العدم يجري بالنسبة إلى يوم الجمعة، وهكذا الآثار الشرعية المترتبة على عدم موت زيد يوم الجمعة، كما أنّ الآثار المترقبة على حدوث الموت يوم السبت جارية مع كون الحدوث أمراً مركّباً من وجود الشيء في زمان وعدمه في الزمان الذي قبله لثبوت الحدوث بإحراز أحد جزئيه بالوجدان، وهو الوجود يوم السبت، والآخر بالأصل، وهو العدم يوم الجمعة فيتم الموضوع فيترب عليه آثاره.

وأما إذا كان الحدوث أمراً بسيطاً ينتزع عن وجود الشيء في زمان وعدمه في زمان آخر فلا تثبت آثاره باستصحاب العدم إلى يوم الجمعة؛ لأنّه إنّما ثبت العدم في يوم الجمعة لا أكثر، فيكون من الأصول المثبتة بالنسبة إلى الحدوث إلّا على القول بخفاء الوسطة عرفاً في المقام وترتب الآثار مع

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٥٣.

الخفاء .

وهكذا الكلام بالنسبة إلى الآثار المترتبة على عنوان التأخر عن يوم الجمعة، فهي أيضاً لا تثبت لكون التأخر أمراً وجودياً بسيطاً منتزِعاً، والاستصحاب مثبت بالنسبة إليه فلا تترتب عليه آثاره؛ لعدم ثبوته بالاستصحاب إلا على القول بخفاء الواسطة .

وتارة يكون الملحوظ فيه التقدّم والتأخر بالإضافة إلى حادث زماني آخر، كالشك في تقدّم موت المورث على إسلام الوارث، أو تأخره عنه مع العلم بتحققهما في يوم السبت وعدم تقدّمهما في يوم الخميس .
ففي هذه الصورة تارة يجهل بتاريخ كلا الحادثين، وأخرى يعلم بتاريخ أحدهما دون الآخر .

ففي المورد الأوّل (مجهول التاريخ) ذكر المحقق الآخوند^(١) له أقساماً أربعة :

القسم الأوّل: أن يكون الأثر مترتباً على الوجود بنحو خاص من التقدّم والتأخر بمفاد كان التامّة (بتوضيح أن الأمور الانتزاعية تنزع عن الذات باعتبار تخصّصها بخصوصية غير زائدة في الوجود عن أصل الذات كالفوقية والتقدم والتأخر والتقارن، وبهذا البيان يتضح مراده من ترتّب الأثر على الوجود بمفاد كان التامّة، وملاحظة الخصوصية مع الوجود) فعليه إن الأثر إن كان مترتباً على الوجود الخاص - مثلاً الموت الخاص - فإن استصحاب عدم وجود الموت الخاص لا إشكال فيه؛ لعدم معارضة

(١) كفاية الأصول: ٤١٩ .

استصحاب عدم وجود الإسلام لإمكان أن يكون وجودهما مقارناً .
القسم الثاني : أن يكون الأثر مترتباً على الوجود المتّصف بالتقدم أو التأخر أو التقارن بمفاد كان الناقصة ، وقد حكم بعدم جريان الاستصحاب في هذا المورد ؛ لعدم اليقين السابق - مثاله : وجوب إكرام انسان عالم - .
القسم الثالث : أن يكون الأثر مترتباً على أحد الحادتين متّصفاً بعدم في زمان حدوث الآخر بمفاد ليس الناقصة ، فقد حكم أيضاً بعدم جريان الاستصحاب فيه ؛ لعدم اليقين السابق بحدوثه .

القسم الرابع : أن يكون الأثر مترتباً على عدم أحدهما أو كلّ منهما في زمان الآخر بمفاد ليس التامة ، وهذا القسم صار مجالاً للنقض والإبرام ، واختار الآخوند عليه السلام عدم جريان استصحاب العدم ؛ لعدم إمكان التمسك بعموم دليل التعبد بالاستصحاب ؛ لكون الشبهة مصداقية ، وذلك لاعتبار اتّصال زمان الشك بزمان اليقين في جريان الاستصحاب .

توضيح ذلك : أن لدينا آناث ثلاث ، الأوّل : يحرز فيه عدم كلّ من الحادتين ، والثاني : يحرز فيه حدوث أحدهما ، والثالث : يحرز فيه حدوث الآخر ، فكلّ منهما يحتمل حدوثه في الآن الثاني وفي الآن الثالث ، وزمان الشك في أحدهما هو زمان وجود الآخر وهو مرّدّد بين الآن الثاني والثالث ، فإن كان الآن الثاني كان زمان الشكّ متصلاً بزمان اليقين ، وإن كان الآن الثالث كان زمان الشكّ منفصلاً عن زمان اليقين ، فينشأ التردّد في حصول الاتصال وعدمه ، ومنه ينشأ التردّد في صدق النقض ، ومعه لا يصح إجراء الاستصحاب كما لا يخفى .

وبهذا حكم عدّة من الأعلام بعدم جريان الاستصحاب في مجهولي

التأريخ، بخلاف الحكم بجريانه فيما إذا كان أحدهما معلوماً والآخر مجهولاً، فاستصحاب عدم المجهول إلى زمان المعلوم ممّا لا إشكال فيه؛ لعدم تأتّي المحذورات المذكورة بعضها.

هذا تمام الكلام في منشأ الإشكال والتأمل في كلام السيد. واحتمل أيضاً أنّ منشأ الإشكال في كلامه في الصورة الثانية أنّه قائل بجريان قاعدة الفراغ الدالّة على صحّة العمل الحاكمة على الاستصحاب، ولكن الإشكال في جريانها فيما نحن فيه: هو احتمال لزوم الذكر والتوجّه إلى شرائط العمل حين العمل، مع أنّه لو استندنا إلى قاعدة الصحة لم يلزم الإشكال المذكور.

قوله ﷺ: **وحيئنذٍ فلو اختلف الزوجان**

لقاعدة الصحة المذكورة وأنّه (لولا له لم يستقم للمسلمين من سوق) ولم يؤثّر الجهل بتأريخها أو العلم بتأريخ أحدهما في تأثير القاعدة المذكورة؛ لأنّه لو كان المستند للحكم بالصحة هو القاعدة لا يكون للجهل بالتأريخ تأثير في الصحة.

نعم لو استندنا إلى الاستصحاب فعلى مبنى من يقول بجريانه حتّى في مجهول التأريخ فلا إشكال أيضاً، وأمّا مع القول بعدم جريانه فيشكل كما هو واضح ممّا بيّناه آنفاً.

قوله ﷺ: **نعم لو كان محرماً وشكّ في أنّه أحلّ من إحرامه**

لعدم جريان أصالة الصحة حيث إنّها مختصّة بصورة حدوث الشكّ بعد العمل والمفروض أنّه حادث حينه، مضافاً إلى أنّ مقتضى استصحاب بقاء الإحرام بطلانه.

مسألة ٥: إذا تزوّج حال الإحرام عالماً بالحكم والموضوع ثمّ انكشف فساد إحرامه صحّ العقد ولم يوجب الحرمة نعم، لو كان إحرامه صحيحاً فأفسده ثمّ تزوّج، ففيه وجهان: من أنّه قد فسد، ومن معاملته معاملة الصحيح في جميع أحكامه^(١).

لا إشكال في صحّة العقد في الفرض الأوّل؛ لأنّ البطلان وثبوت الحرمة الأبديّة موقوفان على وقوع العقد حال الإحرام والمفروض عدمه. وأمّا لو انعقد إحرامه صحيحاً ثمّ تزوّج، فإن كان الإفساد بالجماع لا بترك بعض الأركان فالمشهور بقاء إحرامه؛ لأنّه مأمور بإتمام الحج والإتيان به من قابل فعلى هذا لا يجوز له ارتكاب المحرّمات في الإحرام، ومنه النكاح، ولذا لو تزوّج كان باطلاً.

مسألة ٦: يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق في العدة الرجعية وكذا تملك الإمام.

لخروج الموردين عن موضوع التحريم في النصوص المانعة، ففي الرجوع سواء أقلنا بأنّ الرجعية زوجة حقيقة أو بحكم الزوجة لا يصدق على الرجوع التزويج الممنوع حال الإحرام، بل الرجوع بمعنى فسخ الطلاق المقتضي لارتفاع الزوجية وإعادة الزوجية السابقة، كما هو الحال في فسخ البيع.

فعلى ما ذكر يحكم بجواز الرجوع في العدة البائنة فيما يكون الرجوع جائزاً (كما لو رجعت المرأة في البذل في الطلاق الخلع فيجوز للزوج الرجوع

(١) العروة الوثقى المحشّى ٥: ٥٤٠.

أيضاً)؛ لعدم صدق التزويج في المقام أيضاً.
وأما تملك الإمام، فهو أيضاً خارج عن موضوع أدلة المنع، فلا وجه لإثبات حكم التزويج بالنسبة إليه، مضافاً إلى دلالة صحيحة سعد بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألته عن المحرم يشتري الجوّاري وبييعها؟ قال: «نعم»^(١).

مسألة ٧: يجوز للمحرم أن يوكل محلاً في أن يزوجه بعد إحلاله، وكذا يجوز له أن يوكل محرماً في أن يزوجه بعد إحلالهما^(٢).
لانتفاء الموضوع في كلا الموردين، حيث إن المنوع هو التزويج حال الإحرام ولا التوكيل حاله.

وأشكل في الفرض الثاني معللاً بعدم قابلية المحرم لإيقاع الموكل فيه حال التوكيل وهذا يوجب المنع عن صحّة الوكالة.
وأجيب عنه^(٣): بأنّ المانع الشرعي ليس بأقوى من المانع العقلي فيكفي تمكّنه وسلطانه على الفعل في ظرفه، وإن لم يتمكّن في ظرف التوكيل كما في التوكيل للشراء ثمّ الإيجار، مع أنّ الموكل غير قادر على الجزء الثاني بالفعل وجعل الإنشاء، ولا يخفى جريان الإشكال في الفرض الأوّل بالنسبة إلى الموكل؛ لوجود المانع عن التوكيل تبرّعاً، والجواب الجواب.

مسألة ٨: لو زوجه فضولي في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه. وهل له ذلك بعد إحلاله؟ الأحوط عدمه، ولو على

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤١ / أبواب تروك الإحرام ب ١٦ ح ١.

(٢) العروة الوثقى المحشّى ٥: ٥٤١.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ١٧٦.

القول بالنقل، هذا إذا كان الفضولي محلاً، وإلا فعقده باطل لا يقبل الإجازة ولو كان المعقود له محلاً^(١).

لا إشكال في عدم صحة عقد الفضولي لو زوجته حال إحرامه وأجاز ذلك العقد حال الإحرام، وأما الكلام في جواز الإجازة وصحتها بعد الإحلال، فقد احتاط السيد وحكم بعدم جواز الإجازة وصحتها حتى بناءً على القول بالنقل، وقد مرّ الكلام في أوّل الفصل من أنه لو كان المعقود له محرماً حال العقد وحال الإجازة فلا إشكال في بطلان عقده على جميع المباني؛ لشمول الدليل الناهي بالنسبة إلى هذا المورد.

وأما إذا كان المعقود له محلاً حال الإجازة، فتارة يكون العاقد محلاً، وتارة يكون محرماً، والظاهر أنّ السيد استند في فتواه إلى معتبرة سماعه «لا ينبغي للرجل الحلال أن يزوّج محرماً وهو يعلم أنه لا يحلّ له»^(٢)، حيث إنّ النهي تعلّق بالتزويج الذي لو لا الإحرام كان محكوماً بالصحة، إلا أنّ من المحتمل في مفهوم الرواية كون النهي متعلّقاً بالتزويج الذي يتحقّق في حال الإحرام، لا التزويج الذي كان بمنزلة العدم؛ لكونه منوطاً بإجازة المحرم، ولعلّه لذلك احتاط في المقام.

فعلى الثاني: لا إشكال في بطلان عقده، وأما على الأوّل: فقد احتاط السيد في المتن وحكم بعدم الجواز، وفصّل في «المستمسك» في هذا الاحتياط وقال: «... نعم على القول بالكشف الحقيقي يكون التزويج حال الإحرام إنشأً ومنشأً، وعلى الكشف الانتقالي يكون التزويج حال الإحرام

(١) العروة الوثقى المحشّى ٥: ٤٤١.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ / أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ١٠.

منشأ لا إنشاء»، - ففي صورتين وافق السيد وحكم بالبطلان وثبوت الحرمة الأبديّة -، وأمّا بناءً على الكشف الحكمي والنقل، فحيث إنّ التزويج لا يكون حال الإحرام لا إنشاء ولا منشأ وأمّا محض جعل الأحكام فتحريمه غير ظاهر^(١).

وأما المباني الأربعة في الإجازة:

١- كون الإجازة ناقلة: وهي بمعنى أنّ المجيز قد أوقع العقد من حين الإجازة، والآثار مترتبة على العقد من حينها.

٢- كونها كاشفة حكماً: وهي بمعنى وقوع العقد وثبوته من حين الإجازة أيضاً، إلا أنّ الشارع نزل هذه الملكية منزلة الملكية السابقة، وهذه الصورة مع الصورة السابقة مشتركان في فعلية المنشأ من حين الإجازة، ويفترقان في أنّ الآثار مترتبة في الثانية من حين وقوع العقد.

٣- كونها كاشفة حقيقتاً: وهي بمعنى ثبوت مضمون العقد ووقوعه من حين إيقاعه من ناحية الفضول.

٤- كونها كاشفة انقلاباً: وهي أنّ الإجازة سبب لحصول الملكية من حين العقد بمنزلة الكشف الحقيقي، إلا أنّ الفرق بينهما أنّ في الكشف الحقيقي يكون الأثر لإنشاء العاقد ويتحقّق الإنشاء والمنشأ في زمان وقوع العقد من الفضول، وفي الكشف الانقلابي تكون الإجازة سبب لإيجاد الملكية السابقة.

وخالف السيد الخوئي^(٢) الحكم بالاحتياط وحكم بصحة العقد في

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ١٧٦.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٥٦.

جميع الصور حتى بناءً على الكشف والانقلاب، فضلاً عن القول بالنقل، ووجه حكمه: بأنّ النهي قد تعلق بالتزويج، ومعناه عبارة عن جعل الرجل المرأة زوجة له في حال الإحرام، مع أنّ في المقام لا يصدق التزويج؛ لأنّ المفروض صدور الإجازة حال الإحلال، كما لا يصدق تزويج المحرم؛ لأنّ الفرض كون العاقد محلاً، فلاموجب للقول بالبطلان على جميع المباني.

فما أفاده تام لو كان المستند لحرمة التزويج حال الإحرام هو الروايات المتقدمة «المحرم لا يتزوج ولا يزوّج، فإن فعل فنكاحه باطل»^(١) أو «المحرم إذا تزوّج وهو يعلم أنّه حرام عليه لم تحلّ له أبداً»^(٢) أو «... فرّق بينهما...»^(٣)؛ لأنّ المنهي في جميع الألسنة هو صدور التزويج من المحرم إمّا بالمباشرة، وإمّا بالوكالة، وإمّا بالإجازة، والإجازة فيما نحن فيه حيث لم تصدر منه حال الإحرام لم يصدق التزويج عليه حاله.

وأما بالنظر إلى معتبرة سماعه فيشكل الأمر، والأحوط مراعاة الاحتياط وجوباً ولاسيّما على مبنى الكشف الحقيقي والانقلابي على القول به، إلا أن يناقش في مفهوم «لا ينبغي» وحمله على الأعم من الحرمة والكراهة.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ / أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩١ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٣١ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٩ / أبواب تروك الإحرام ب ١٥ ح ١.