

مجموعه

مباحث خارج فقہ

استاد معظم

حضرت آقاي يثربى «مد ظله العالی»

«کتاب حج»

شماره : ۶۲

٧- عقد النكاح

م ٢٣٣ قوله عليه السلام: يحرم على المحرم تزويج لنفسه أو لغيره، سواءً كان ذلك الغير محرماً أم كان محلاً، وسواءً كان التزويج تزويج دوام أم كان تزويج انقطاع ويفسد العقد في جميع هذه الصور^(١).

قد تعرض في هذا الفرع لحكم تزويج المحرم لنفسه أو لغيره محلاً أو محرماً وحكم بالحرمة التكليفية مدعياً عدم الخلاف في ذلك كما ادعى عدم الخلاف في فساده، ودلالة النصوص عليه وأظهرها صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ليس للمحرم أن يتزوج ولا يزوجه، وإن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل»^(٢). لا إشكال في دلالة هذه الرواية على حرمة هذا العمل وبطلانه ولا فرق في ذلك بين كون العقد دائماً أو منقطعاً.

إلا أن المعتمد^(٣) أشكل في تمامية دلالة الرواية على الحرمة التكليفية مستنداً بأن عطف الجملة الثانية «بالواو» على الأولى يحتمل أن يكون تأكيداً لما قبله وتكون الرواية صدرراً وذيلاً دالة على الحكم الوضعي أي الفساد فلا دلالة في الصحيحة على تحريم التزويج، ثم قال: إلا أن نسخة الوسائل (أي المنقول بالواو) غلط جزماً فإن الجملة الثانية معطوفة على الجملة الأولى «بالفاء» في التهذيبين^(٤) وفي الفقيه^(٥)، والعطف «بالفاء» لا

١- موسوعة الإمام الخوئي ٣٩٦:٢٨.

٢- وسائل الشيعة ٤٣٦:١٢ / أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ١، التهذيب ٣٢٨:٥ / ١١٢٨.

٣- موسوعة الإمام الخوئي ٣٩٦:٢٨.

٤- التهذيب: ٣٢٨:٥ / ١١٢٨، الاستبصار ٢: ١٩٣ / ٦٤٧.

٥- الفقيه ٢: ٢٣٠ / ١٠٩٦.

يكون تأكيداً لأنّ الظاهر منه التفرّيع ولا معنى للتفرّيع على نفس الشيء .
 فدلالة الرواية على المدعى أي الحرمة التكليفية والوضعية تامة ،
 وهذا الإشكال وإن دفعه بتصحيح النسخة إلاّ أنّه لو كنّا نحن ونسخة الوسائل
 لم يرد ما أورده على العطف (بالواو) لعدم الدلالة على الحكم التكليفي لأنّ
 الصدر بنفسه لا نفهم منه إلاّ الحرمة التكليفية على المتفاهم العرفي لأنّه لو
 قال (ليس للمحرم أن يجامع أهله) يظهر منه حرمة الجماع تكليفاً وإن عطف
 عليه بالواو (وإن جامع فعلية الكفارة) أو يفسد حجّه لم نقل بأنّ هذه العبارة
 مؤكّدة للعبارة الاولى بل هو استيناف لحكم آخر ، فكما أنّ في المثال نقول
 بتعدد الحكمين فكذلك في رواية ابن سنان والعطف بالواو .

مضافاً إلى أنّ في رواية اخرى لابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام نهى
 عن التزويج والتزوّج وعبر عنه بـ «ليس ينبغي للمحرم أن يتزوج ولا يزوّج
 محلاً»^(١) وهذا التعبير لا وجه لحمله على الفساد بل هو إمّا ظاهر في الحرمة
 وإمّا في الكراهة وكلاهما تكليفيان .

فكيف كان ومع الغض عما تقدم لنا للحكم بالحرمة التكليفية
 والوضعية فيما رواه معاوية بن عمار في الصحيح غني وكفاية قال : « المحرم
 لا يتزوّج ولا يزوّج فإن فعل فنكاحه باطل »^(٢) . ولا يقال بأنّه لم ينص بالنقل
 عن الإمام عليه السلام لأننا نقول بأنّ ابن أبي عمير و صفوان لا يرويان فتوى معاوية
 مضافاً إلى ما تقدم من أن نقل فتوى غير المعصوم عن الكليني خلاف ما
 التزم به في ديباجة كتابه .

١ - وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٧ / أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ٦ ، التهذيب ٥: ٣٣٠ / ١١٣٧ .

٢ - وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ / أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ٩ ، الكافي ٤: ٣٧٢ / ١١٣٤ .

ثم إنه لا فرق في الحكم بين أن يكون المحرم مباشراً بنفسه للعقد أو وكّل غيره للعقد له فزوّجه الوكيل حال الإحرام لأنّ فعل الوكيل فعل الموكل، نعم لو تحقق التزويج بعد خروجه من الإحرام لم يكن به بأس لأنّ الممنوع التزويج حال الإحرام لا التوكيل في حال الإحرام، ولو انعكس الأمر بأن وكلّه قبل الإحرام وزوّجه حال الإحرام بطل لما تقدم أنّ فعل الوكيل فعل الموكل نفسه.

ومما ذكرنا يظهر الحكم في العقد الفضولي أي إذا عقد له فضولي وأجاز الزوج حال الإحرام بطل، لأنّ تحقق التزويج مستند إليه بالإجازة حال إحرامه، نعم لو أجاز بعد الإحرام فالظاهر أنّه لا مانع من صحة التزويج لأنّه بناءً على أنّ الإجازة ناقلة وأنها هي الجزء للسبب المؤثر فالزوجيّة تحصل بعد الإحرام ومجرد الإنشاء الصادر من الفضولي حال إحرام المعقود له لا يضر، لعدم صدق التزويج حتى تكون مشمولة للأدلة المانعة.

وأما بناءً على القول بأنّ الإجازة كاشفة فهي إمّا حقيقية وإمّا حكمية (فعلى الأوّل تكون الإجازة شرطاً متأخراً وفي الثاني: ترتّب الأحكام موقوف على الإجازة وإن تحقق مضمون العقد من حينه) فعلى كلا المعنيين لا وجه لاحتمال كون الإجازة محرماً تكليفاً لأنّ المفروض صدورهما بعد الخروج من الإحرام ومجرد تأثيرها في حصول التزويج والتزوّج من حين العقد الصادر من الفضولي لا يوجب الاتصاف بالإجازة بالحرمة.

وأما الحكم الوضعي فيما أنّ الجعل واقع حال الإحرام والمجعول أي التزويج حاصل بعد الإجازة وفي حال الإحلال لا يبعد الصحة إن قلنا بأنّ

العبرة على زمان المجمعول لا الجعل، كما أنّ البطلان ليس ببعيد بناءً على القول بأنّ العبرة بزمان الجعل ولو انعكس الأمر بأن عقد له الفضولي حال إحلال المعقود له ولكنّه أجازته بعد الدخول في الإحرام فالظاهر الحرمة والفساد بناءً على القول بالنقل لأنّ تمام الأثر للإجازة، وأمّا بناءً على الكشف ففيه وجهان، وأمّا حصول الحرمة الأبدية فالمشهور حصول الحرمة الأبدية في صورة العلم بها أي الحرمة وتزوّج المحرم لنفسه بمقتضى الجمع بين الأخبار وعن الجواهر^(١) عليه الإجماع بقسميه وعمّم الحكم بصورة الجهل أيضاً المرتضى والسالّر رحمهما الله.

والروايات الواردة في المقام على طوائف ثلاث؛ الطائفة الاولى: ما دل على الحرمة الأبدية مطلقاً، الثانية ما دل على عدم الحرمة الأبدية مطلقاً، الثالثة ما احتتمل التفصيل بين صورتَي العلم والجهل.

أمّا الاولى، فيدل عليه أولاً معتبرة أو صحيحة اديم الخزاعي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ المحرم إذا تزوّج وهو محرم فرّق بينهما ولا يتعاودان أبداً (والذي يتزوج المرأة) ولها زوج يفرّق بينهما، ولا يتعاودان أبداً»^(٢).

وثانياً: رواية إبراهيم بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ المحرم إذا تزوّج وهو محرم فرّق بينهما ثم لا يتعاودان أبداً»^(٣).

وثالثاً: مرسله الصدوق قال: قال عليه السلام: «من تزوّج امرأة في إحرامه فرّق

١- جواهر الكلام ٢٨: ٤٥٠.

٢- وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٠ / أبواب تروك الإحرام ب ١٥ ح ٢، التهذيب ٥: ٣٢٩ / ١١٣٢.

٣- وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٩ / أبواب تروك الإحرام ب ١٥ ح ١، التهذيب ٥: ٣٣٠ / ١١٣٨.

بينهما ولم تحل له أبداً»^(١) فبناءً على اعتبار مرسلات الصدوق، لا إشكال في دلالتها.

أمّا الثانية فتدل عليه صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم قبل أن يحلّ، ففضى أن يخلي سبيلها، ولم يجعل نكاحه شيئاً حتى يحلّ، فإذا أحلّ خطبها إن شاء، وإن شاء أهلها زوّجوه وإن شاؤوا لم يزوّجوه»^(٢).
فدلالتها على جواز التزويج ثانياً وعدم الحرمة الأبديّة واضحة.

الثالثة: صحيحة اديم بياع الهروي عن أبي عبد الله عليه السلام «... والمحرم إذا تزوّج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً»^(٣).

وقد عولج التعارض فيها في المعتمد^(٤) بأن النسبة بين الطائفة الاولى والثانية إنّما هي التباين والنسبة بين الثالثة إلى الثانية نسبة الخاص إلى العام فتكون مخصصة لها فتقلب النسبة بينهما وبين الطائفة الاولى فيخصص الحكم بالحرمة الأبديّة في الاولى بصورة العلم نظراً لدلالة الطائفة الثانية بعد تخصيصها بالثالثة على جواز التزويج منها ثانياً في صورة الجهل. ولو فرضنا عدم وجود الثانية كان القول باختصاص الحرمة الأبديّة بصورة العلم متعيّناً أيضاً وذلك لوجود الطائفة الثالثة فإنّ تقييد الحرمة في رواية اديم بصورة العلم يقتضي ذلك حتى وإن نقل بمفهوم القيد لأنّ ذكر القيد

١- وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٠ / أبواب تروك الإحرام ب ١٥ ح ٤، الفقيه ٢: ٣٣١/ ١٠٩٨ ولكن في نقل الوسائل كلمة أبداً ليس بوجود.

٢- وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٠ / أبواب تروك الإحرام ب ١٥ ح ٣، التهذيب ٥: ٣٣٠/ ١١٣٤.

٣- وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩١ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣١ ح ١، الكافي ٥: ٤٢٦/ ١.

٤- موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٤٧.

كاشف عن عدم ثبوت الحكم مطلقاً وإلا لكان ذكره لغواً.
ومع التنزّل وفرض عدم وجود هذه الطائفة لكان الحكم بالحرمة
مختصاً بصورة العلم أيضاً وذلك لصحيفة عبد الصمد ابن بشير المتقدمة عن
أبي عبد الله عليه السلام «... أيّ رجل ركب أمراً بجهالة فلا شيء عليه...»^(١) فإنّ
النكرة في سياق النفي تفيد العموم.
وما أفاد في الجمع بين الطوائف تام لأن مقتضى القضية الشرطية
مدخلية أمرين في ثبوته: أحدهما التزويج لنفسه وثانيهما: كون المحرم
عالمًا بحرمة حال الإحرام فلا محالة يكون الحكم منتفياً بانتفاء واحد
منهما.

وهذه الرواية الثالثة شاهدة للجمع في نفسها.
ولا يخفى أنّ حكم الحرمة مطلق من جهة الدخول و عدمه لأن الأدلّة
مطلقة من هذه الجهة ولا يقاس ما نحن فيه بذات البعل أو ذات العدة فإنّ كل
منهما موضوع مستقل عن الآخر ولا موجب للتعدّي عن الحكم الثابت
لموضوع إلى موضوع آخر.

م ٢٣٤ قوله عليه السلام: لو عقد المحرم أو عقد المحل للمحرم امرأة ودخل
الزوج بها وكان العاقد و الزوج عالمين بتحريم العقد في هذا الحال، فعلى
كل منهما كفارة بدنة، وكذلك على المرأة إن كانت عالمة بالحال^(٢).
وتدل على الفروع المذكورة في المتن موثقة سماعة عن أبي عبد
الله عليه السلام قال: «لا ينبغي للرجل الحلال أن يزوّج محرماً وهو يعلم أنّه لا يحل

١ - وسائل الشيعة ١٢: ٤٨٨ / أبواب تروك الإحرام ب ٤٥ ح ٣.

٢ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٨: ٣٩٨.

له ، قلت : فإن فعل فدخل بها المحرم فقال : « إن كانا عالمين فإنّ على كل واحد منهما بدنة وعلى المرأة إن كانت محرمة بدنة وإن لم تكن محرمة فلا شيء عليها إلا أن تكون قد علمت أنّ الذي تزوجها محرم ، فإن كانت علمت ثم تزوجته فعليها بدنة »^(١) .

وهذه الرواية وإن كان موردها عقد المحل للمحرم إلا أنه لا يختص الحكم بالمحل لأنّ تزويج المحرم محرّم شرعاً فذكر المحل من باب أخفى الأفراد وألويّة الحكم بالنسبة إلى المحرم ، ومع الغض : الحكم في المحرم ممّا لا خلاف فيه ومقطوع به عند الأصحاب .

م ٢٣٥ قوله ﷺ : المشهور حرمة حضور المحرم مجلس العقد و الشهادة عليه ، وهو الأحوط ، وذهب بعضهم إلى حرمة أداء الشهادة على العقد السابق أيضاً ، ولكن دليله غير ظاهر^(٢) .

لا يخفى أنّ الشهادة قد يراد بها الشهادة في مقام التحمّل كقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(٣) وقد يراد بها الأداء كقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾^(٤) .

وفي الجواهر^(٥) : لا خلاف له بين الأصحاب في حرمة الشهادة على عقد النكاح واستدل له بمرسلة عثمان بن عيسى عن ابن أبي شجرة عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام في المحرم يشهد على نكاح محلّين ؟ قال : « لا

١ - وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ / أبواب تروك الإجماع ب ١٤ ح ١٠ ، الكافي ٤: ٣٧٢ / ٥ .

٢ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٨: ٣٩٧ .

٣ - البقرة ٢: ٢٨٢ .

٤ - البقرة ٢: ٢٨٣ .

٥ - جواهر الكلام ١٨: ٣٠١ .

يشهد، ثم قال: يجوز للمحرم أن يشير بصيد على محل^(١)، وكأنه في مقام الإنكار قال: كيف لا يجوز الشهادة للصيد ويجوز تحمل الشهادة.

وفي رسالة اخرى عن أبي عبد الله عليه السلام: المحرم لا ينكح ولا ينكح^(٢) ولا يشهد فإن نكح فنكاحه باطل^(٣).

وهذه المرسلات مروية عن ابن فضال الذي ذكر الكشي أن بعضهم ذكره مكان الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع وكيف كان لا بأس بالمستند من حيث السند إما بجبر الضعف بعمل المشهور وإما بناء على تصحيح ما يصح من أصحاب الإجماع، والعجب أن المعتمد مع أنه لم يقل بأحد من الوجهين فكيف أفتى بالاحتياط الوجوبي، كما لا بأس بالدلالة في كلتا الروايتين على تحمل الشهادة لأن المتفاهم عرفاً من هذا التعبير إقامة الشهادة عند التزويج بل من حيث أن العامة يرون اعتبارها وقعت مورد السؤال والجواب.

وأما قوله عليه السلام: ذهب بعضهم إلى حرمة أداء الشهادة على العقد السابق أيضاً فلعل الوجه ما أفاده بعض^(٤) بأن المراد في لسان الرواية الأولى «في المحرم يشهد على نكاح محلين...» إقامة الشهادة لتعديتها ب(على) الظاهر في الإقامة، هذا أولاً وثانياً تشبه الشهادة على النكاح بالإشارة إلى الصيد وهو يتلائم مع الإقامة لاستلزامها إثبات النكاح واستقراره كاستلزام

١- وسائل الشيعة ١٢: ٤١٧ / أبواب تروك الإحرام ب ١ ح ٨، التهذيب ٥: ٣١٥ / ١٠٨٧.

٢- في الكافي زيادة: ولا يحطّب.

٣- وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ / أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ٧، الكافي ٤: ٣٧٢ / ١.

٤- كتاب الحج للسيد الشاهرودي ٣: ٦٩.

الإشارة لتحقق الصيد.

الآن الإشكال لهذا الاستظهار أنه يلزم منه القول بحرمة الإقامة وجواز التحمّل خلافاً لما فهمه المشهور وأفتى به هذا أولاً، وثانياً أن الجواهر نقلها خالية عن ذكر حرف الجر، وعلى هذا إما ظاهر في التحمّل أو الأعمّ لا في الأداء فقط.

وأما الاستظهار من التشبيه، ففيه أن تحقّق النكاح حيث إنّه عند العامة موقوف على وجود من يتحمّله ويشهده ولذا وقعت مورد السؤال أجابه الإمام وذكر له التشبيه.

وإن أبيت فلا أقل من الظهور في كليهما أي التحمّل والأداء إلا أن الرواية الثانية «المحرم لا ينكح ولا ينكح ولا يشهد فإن نكح فنكاحه باطل»، ورواها الكليني وزاد «ولا يخطب» ظاهرة في التحمّل سيما مع نقل الجواهر (ولا يشهد النكاح).

والحق ما ذهب إليه المشهور سيما في جواز الإقامة فيما إذا خاف على تركها وقوع زنا المحرّم.

م ٢٣٦ قوله عليه السلام: الأحوط أن لا يتعرض المحرم لخطبة النساء، نعم لا بأس بالرجوع إلى المطلقة الرجعيّة، وبشراء الإماء، وإن كان شراؤها بقصد الاستمتاع، والأحوط أن لا يقصد بشرائه الاستمتاع حال الإحرام والأظهر جواز تحليل أمته وكذا قبوله التحليل^(١).

وحرمة الخطبة لا دليل عليها سوى المرسلّة المتقدمة من الكافي^(٢).

١ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٨ : ٣٩٩.

٢ - الكافي ٤ : ٣٧٢ / ١.

والحق عدم تمامية المرسله لعدم نقلها من طريق أصحاب الإجماع وأمّا جبرها بعمل المشهور فهو غير معلوم لأنّه لم يحرز أنّ المشهور أفتى بحرمة الخطبة وحيث إنّها زيادة في رواية الكليني والمشهور أفتى على وفق رواية الشيخ لم يثبت جبر خبر الكليني بعمل المشهور هذا على أنّهما روايتان، لو قلنا بوحدة الرواية يشكل القول أيضاً بجبر الخبر مطلقاً لأنّه إنّما يفيد بالمقدار الذي عمل المشهور بمضمونه.

وكيف كان فلا احتياط في ترك الخطبة استحباباً، فعلى هذا لو لم نقل بحرمة الخطبة فلا وجه لما أفاد بعض في الحكم بالكراهة فيها لأنّ قاعدة التسامح على القول بها تجري في السنن والمستحبات لا المكروهات وهكذا ما أفاد الجواهر^(١) بالكراهة من أنّها تدعو إلى الحرام كالصرف مندفع صغرى وكبرى، أمّا صغرياً لأنّ النكاح قد يقع بين محلّين والعاقده غير محرم، وأمّا كبرياً بأنّه لا دليل على كراهة شيء يدعو إلى الحرام ما لم يتجاوز عن حدّ الإعداد ومع التجاوز يصير حراماً.

وأما الرجوع إلى المطلقة الرجعية فلا إشكال فيه لعدم صدق التزويج، وأنّما هو رجوع إلى الزوجية السابقة ولم تحصل البينونة إلاّ بعد انقضاء العدة، وأمّا شراء الإماء فلا دليل على المنع بل الدليل على الجواز مما رواه سعد بن سعد عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألته عن المحرم يشتري الجوّاري ويبيعه؟ قال: «نعم»^(٢).

١- جواهر الكلام ١٨: ٣١٦.

٢- وسائل الشيعة ١٢: ٤٤١ / أبواب تروك الإحرام ب ١٦ ح ١، الكافي ٤: ٦/٣٧٢.