

واکاوی فقهی اذن و نقش برادر در نکاح خواهر در مذاهب اسلامی

امیر احمدی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۹/۲۲)

چکیده

ازدواج امر مهمی در اسلام است و کامل کننده دین برای انسان، از این رو برای این مهم دختر باید تحت ولایت و اذن افرادی که شرع و قانون مشخص می کند ازدواج نماید. ولایت در نکاح از مباحث تابعه ازدواج و در فقه مذاهب اسلامی و حقوق کشورهای اسلامی در خصوص آن بحث شده است. در فقه و قانون ایران اذن پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره لازم است ولی در فقه و حقوق برخی از مذاهب و کشورهای اسلامی اذن برادر نیز مکفی است. هدف از این پژوهش بررسی معانی ولایت و اقسام ولایت و نیز نظریات قائلین به اذن برادر و ولایت او در نکاح خواهرش می باشد. برخی مذاهب قائل به عدم ولایت برادر مطلقاً شده اند و برخی مذاهب قائل به اجبار ولایت برادر در نکاح خواهر شده اند و عده ای دیگر از مذاهب و فقها معتقد به استجاب و اختیار ولایت در نکاح خواهر هستند. حال با مطالعه این تحقیق فتاوی فقهای مذاهب پنجگانه در این موضوع برای محققین قابل تأمل می باشد. نتیجه آن که در صورت فقد پدر و جد پدری در فقه برخی مذاهب اذن برادر به عنوان ولی در ازدواج پذیرفته شده است و به نظر می رسد بتوان برادر را برای حمایت معنوی در ازدواج خواهر به عنوان ولی اختیاری محسوب کرد.

کلیدواژگان

اذن برادر، فقه، مذاهب اسلامی، ولایت در نکاح.

* دکتری رشته فقه و حقوق اسلامی، عضو هیأت علمی دانشکده الهیات و علوم اسلامی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور

مقدمه

ازدواج امر مهمی در اسلام می باشد و کامل کننده دین و شأنیات انسانی می شود که برای این مهم دختر تحت ولایت افرادی که شرع و قانون مشخص می کند ازدواج کند. ولایت و اذن در نکاح از مقدمات ازدواج، و به خاطر تسلط شرعی و قانونی برخی معتقداند که به جهت نقص در زن، ولایت به خاطر مصلحت دختر باکره به شخص کامل تری داده می شود. حال با این توضیحات باید دید در مذاهب اسلامی ولایت و اذنی در نکاح خواهر برای برادر وجود دارد؟ از آنجای که در هر مذهب اسلامی به بحث و اهمیت ولایت و اذن در نکاح دختر باکره پرداخته شده است و گاهی در برخی از مذاهب از جمله امامیه اذن پدر در نکاح لازم می باشد و گاهی ممکن است پدر در هنگام نکاح دختر باکره اش زنده نباشد، آیا اذن مادر و یا برادر در نکاح لازم است یا خیر؟ هدف از این تحقیق بررسی نقش، اذن و ولایت برادر در نکاح خواهرش می باشد که در ادامه با رجوع به منابع معتبر فقهی فقهای مذاهب اسلامی در مذاهب پنجگانه صحت اذن و ولایت برادر در نکاح خواهر را مورد مذاقه دقیق قرار خواهیم داد. با توجه به این مقدمه وارد بحث اصلی می شویم و از لغت شناسی شروع خواهیم کرد.

ولایت در لغت و اصطلاح

ولایت در لغت

معنای لغوی ولایت را باید در کتب لغوی و فقهی جستجو کرد، ولایت در لغت به معنای حبه و سلطه و قدرت است، مثلاً گفته می شود «الوالی»، یعنی صاحب سلطه (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۸۶). اما مصدر آن «ولیت» است و گفته شده که این دو لغت (ولی و ولیت) به معنی دوستی و سرپرست می باشد. در کتاب نهاییه «ولی» با فتحه به معنی محبت بکار رفته است، مثلاً می گویند فلانی «ولی» فلان دختر است، و این هنگامی است که دختر اراده نکاح داشته باشد (طریحی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۵۵۴) و در کتاب بلغة الفقیه ولایت با فتحه را مصدر به معنی ربوبیه نصره دانسته و ولایت را با کسره اسم، و به معنای اماره به کار برده است (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۱۰).

ولایت در اصطلاح

ولایت در اصطلاح به معنای سرپرست، قدرت و تصرف یک عده بر یک نفر یا عده‌ای دیگر آمده است (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۸۶). همچنین ولایت سلطنت بر غیر به صورت عقلی و شرعی است برای خود، اگر چه به صورت مالی و یا به صورت کلی باشد (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۱۰).

ولایت در قرآن و روایات

قول خداوند در سوره کهف آیه ۴۴ که می‌فرماید: ﴿هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ...﴾ و همچنین در سوره الذاریات آیه ۳۹ ﴿فَتَوَلَّىٰ بَنِيهِ...﴾ که «ولی» به معنای آعرض به جانب می‌باشد و همچنین به معنای قدرت و ملک به کار رفته است و نیز در سوره‌های مائده آیه ۵۵ و بقره آیه ۶۸ کلمه‌ی ولی بکار رفته است.

در روایتی ابی موسی که از رسول خدا (ص) نقل می‌کند که می‌فرماید: «نکاحی نیست مگر به اذن «ولی» که این روایت از احمد، ابو داود، ترمزی و ابن حبان نیز نقل شده است که نشان می‌دهد باید در نکاح اذن «ولی» باشد (سابق، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۲۶).

اقسام ولایت از دیدگاه مذاهب اسلامی

اقسام ولایت از نظر امامیه

فقهای امامیه ولایت را حق شرعی می‌دانند و ولایت را به ولایت عامه و خاصه تقسیم می‌کنند. الف: ولایت خاصه به ۱. ولایت بر نفس ۲. ولایت بر مال و ولایت بر نفس است، و در اینجا مقصود ما از ولایت بر نفس ولایت در ازدواج است (سابق، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۲۶). ب: ولایت عامه برای امام می‌باشد و ولایت در ازدواج ولایت اجباری است و ولایت اختیاری مقابل آن قرار دارد (سابق، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۳۱).

اقسام ولایت نزد شافعیه

نزد این فقها ولایت به دو نوع اجباری و اختیاری تقسیم می‌شود:

۱. ولایت اجباری: برای پدر و در صورت نبودن پدر برای جد پدری ثابت است.
۲. ولایت اختیاری: برای کل اولیاء در ازدواج دختر بیوه ثابت است (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۹۱) بنابراین می‌توان گفت که ولایت اختیاری برای برادر در نکاح خواهر نیز ثابت است.

اقسام ولایت نزد حنفیه

ولایت نزد فقهای حنفی سه نوع است:

۱. ولایت بر نفس
 ۲. ولایت بر مال
 ۳. ولایت بر مال و نفس [در اینجا ولایت بر نفس مد نظر است].
- انواع ولایت بر نفس الف) ولایت اجباری ب) ولایت اختیاری ج) ولایت ختم و ایجاب را می‌توان نام برد (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۸۸).

اقسام ولایت نزد مالکیه

- در نزد این فقها ولایت به ۱. ولایت خاصه ۲. ولایت عامه تقسیم می‌شود.
۱. ولایت خاصه: باید گفت که این نوع از ولایت برای اشخاص معین ثابت است، مانند ولایت پدر، ولایت وصی، ولایت سلطان و نظایر اینها (این قسم ولایت مورد مطالعه در بحث ولایت برادر در نکاح است).
 ۲. ولایت عامه: این نوع از ولایت تنها به سبب اسلام ثابت است و این نوع از ولایت برای کل مسلمانان وجود دارد (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۸۹).

اقسام ولایت نزد حنابله

۱. ولایت اجباری ۲. ولایت اختیاری
۱. ولایت اجباری: که این نوع از ولایت برای پدر و وصی و سپس حاکم ثابت می‌باشد.
 ۲. ولایت اختیاری: این نوع از ولایت برای سایر اولیاء برای ازدواج دختر که به سن تکلیف

رسیده (کبیره بالغه) ثابت است، چه بیوه و چه بکر باشد نیاز به اذن دارد (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۹۲).

بحث اصلی: حال با توجه به این توضیحات و بیان اقسام ولایت وارد این بحث می‌شویم که آیا در مذاهب اسلامی برادر اذن و ولایت در نکاح خواهر دارد؟ و اگر دارد به صورت اجبار است یا اختیاری واجب است یا مستحب؟ آیا کسانی قائل به عدم اذن و ولایت برادر شده‌اند؟ در ذیل به این سوالات پاسخ خواهیم داد.

شروط ولی: قبل از داخل شدن به بحث اصلی شروط «ولی» را که مورد اتفاق تمام مذاهب است بیان می‌داریم که عبارتند از: ۱. کمال اهلیت: و شامل بلوغ، عقل و حریت است. ۲. اتفاق دین «ولی» و مولی علیه: پس ولایتی برای غیرمسلمان بر مسلمان نیست. ۳. ذکوریت [حنفیه ذکوریت را شرط نمی‌داند] ۴. عدالت ۵. رشید بودن (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۹۵؛ سابق، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۲۵). بعد از بیان شروط «ولی»، در مذاهب درباره‌ی اذن و ولایت برادر نکاح خواهر با کره و ثیب (بیوه) بحث خواهیم کرد.

قائلین به عدم ولایت برادر مطلقاً

دسته‌ای از فقها از جمله امامیه، شافعیه، مالکیه و حنابله مطلقاً قائل به عدم ولایت برادر در نکاح خواهر می‌باشند که در ادامه عقاید و دلایل هر مذهب را بیان می‌کنیم.

امامیه

در کتب فقهی امامیه فقهای هستند که ولایتی برای برادر در نکاح خواهر قائل نیستند که نظرات آنها در ذیل خواهد آمد:

شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌فرماید، هنگامی که دختر بالغ و رشید شود خودش اذن در عقد بر خودش را دارد و ولایت پدر و جد پدری در اذن در ازدواج از بین می‌رود مگر اینکه دختر باکره باشد به خاطر ظاهر روایات امامیه که ازدواج دختر بدون اذن پدر و جد پدری جایز نیست (طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۵۰) بنابراین می‌توان گفت طبق نظر شیخ طوسی ولایت فقط اختصاص به پدر و جد پدری دارد و برادر اذن در نکاح ندارد.

امام خمینی نیز می‌فرمایند، پدر و جدپدری از طرف پدر یعنی پدر پدر و همچنین هرچه بالا برود بر طفل صغیر و دختر صغیره و مجنون ولایت دارد. مجنونی که جنونش متصل به بلوغ باشد و همچنین آن که جنونش جدا از بلوغش باشد که علی‌الظاهر بر او نیز ولایت دارد و اما مادر و جد مادری هر چند که از طرف مادر، پدر بوده باشد یعنی پدر مادر پدرش باشد، ولایت بر کودک ندارد، و همچنین برادر و عمو و دایی و اولاد آنها ولایتی بر کودک ندارد (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۵۴). طبق نظر امام می‌توان نتیجه گرفت که برادر اذن و ولایتی ندارد (جبعی عاملی، ۱۳۸۶، ص ۲۷۰؛ روحانی، ۱۴۱۰، ج ۲۱؛ الحلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۷۲؛ مکی عاملی، ۱۴۱۱، ص ۱۶۱).

ابن زهره حلبی عالم گران قدر می‌فرماید، که ولایتی برای غیر از پدر و جد پدری بر دختر باکره نیست و پدر و جد پدری ولایتی بر دختر بالغه رشیده ندارد، مگر اینکه به غیر کف خود ازدواج کند، پس پدر یا جد پدریش می‌تواند عقد را فسخ کنند (حلبی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۴۳). با توجه به سخنان فوق ولایتی برای برادر در نزد فقهای امامیه نیست و ولایت و اذن در نکاح مختص و مطلقاً برای پدر و جد پدری می‌باشد.

دلایل امامیه به عدم ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر

الف) قرآن: در قرآن کریم برخی از علما (نیسابوری، بی تا، ج ۱، ص ۳۷۳) به آیاتی در اثبات ولایت پدر و جد پدری بر نکاح دختر استدلال کرده‌اند:

خداوند متعال در سوره نور، آیه ۳۲ می‌فرماید ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾. «البته مردان بی‌زن و زنان بی‌شوهر و کنیزان و بندگان خود را به نکاح یکدیگر درآورید و اگر مرد و زنی فقیرند خدا به لطف خود آنان را بی‌نیاز و مستغنی خواهد فرمود که خدا با احوال بندگان آگاه و رحمتش وسیع است».

همچنین در سوره نساء آیه ۳۴ فرموده‌اند: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾. «مردان ایستادگانند بر زنان بد آنچه برتری داد خدا بعضی ایشان را بر بعضی و بد آنچه داده‌اند» (نیسابوری، بی تا، ج ۱، ص ۳۷۳).

ب) روایات: در این خصوص ظاهر روایت اصحاب امامیه بر این است که ازدواج بدون اذن

پدر و جد پدری جایز نیست (طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۵۰) از جمله این روایات می‌توان به روایت امام معصوم (ع) اشاره کرد که می‌فرمایند: دختر باکره پدرش «ولی» اوست و ازدواجی نیست مگر به اذن پدر دختر (کلینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۹۱). همچنین روایت دیگر از زراره بن اعین گفت که شنیدم از ابا جعفر (ع) که فرمودند: نکاح ناقص است و وجود ندارد مگر به اذن پدر (کلینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۹۲).

از ابی بصیر به نقل از امام صادق (ع) آمده است که فرمودند: کسی که اختیار نکاح به دست او می‌باشد پدر، برادر و وصی است، البته ذکر شدن برادر در روایت مذکور با عدم ولایت او منافات ندارد زیرا می‌توان این نوع ولایت را حمل بر موردی کرد که برادر وصی و یا وکیل می‌باشد (جبعی عاملی، ۱۳۸۶، ص ۲۷۱). بنابراین طبق روایات وارده دختری که به حد بلوغ رسیده و رشیده است یعنی مصلحت خود را تشخیص می‌دهد اگر بخواهد ازدواج کند چنانچه باکره باشد، بنا بر احتیاط واجب باید از پدر و جد پدری خود اجازه بگیرد و اجازه مادر و برادر لازم نیست (روحانی، ۱۳۹۴، ص ۴۱۳).

ج) اجماع: در تعیین اولیاء، ولایت نزد امامیه در عقد نکاح به غیر از پدر و جد پدری هر چه بالاتر برود، وجود ندارد بلکه اجماع است (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۹، ص ۱۷۰؛ نراقی، ۱۴۹۹، ج ۱۶، ص ۱۷۰). همچنین اخبار بسیاری دلالت دارند به اینکه ولایتی برای غیر پدر و جد پدری نمی‌باشد و از شیخ در تبیان و طبرسی در مجمع البیان ظاهر می‌شود که اجماع بر انحصار در پدر و جد پدری است (قمی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۵۲۴). بنابراین طبق اجماع فقها، مطلقاً برادر در این گروه ولایتی و اذنی در نکاح خواهر نخواهد داشت.

شافعیه

ترتیب اولیاء در نزد شافعیه اینگونه است، ۱. ولی اجباری ۲. اختیاری تقسیم می‌شود و ولی اجباری خود شامل پدر، جد پدری و حاکم می‌شود (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۵؛ طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۶۵). در جای دیگر آمده است که برای غیر از پدر و جد پدری ولایتی ثابت نیست و برای امام و قاضی ثابت است (سمرقندی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۱۵۰). بنابراین برای برادر اذنی و ولایتی ذکر

نشده است] و این حق اولیاء برای ازدواج، پدر است؛ زیرا سایر اولیاء مانند پدر نیستند این قول مانند قول رافعی می‌باشد، پس جد و پدر جد هر چه بالا رود ولی در ازدواج هستند (شربینی خطیب، ۱۹۵۸، ج ۳، ص ۱۵۱).

امام شافعی می‌فرماید برای احدی همراه پدر ولایتی نیست و هنگامی که پدر بمیرد جد «ولی» است و هنگامی که جد بمیرد پدر جد، ولی می‌باشد، زیرا تمام اینها پدر و آنها پدران مولی علیه هستند و پدر و ولی در ازدواج محسوب می‌شوند و ولایتی برای برادر در ازدواج نیست (امام شافعی، ۱۴۰۰، ج ۵، ص ۱۴؛ بن قدامه، بی تا، ج ۷، ص ۳۴۶).

دلایل شافعیه به عدم ولایت برادر در نکاح خواهر

الف) روایات: وقتی که دختر باکره راضی باشد، جایز است که پدر و جد اذن به ازدواج دختر باکره را دهند خواه صغیره یا کبیره باشد و این به خاطر روایت ابن عباس رضی الله عنه که از پیامبر (ص) نقل می‌کند که می‌فرماید: «بیوه خود حق در ازدواج دارد و خود ولی خودش است و دختر باکره تحت امر پدرش می‌باشد». پس طبق این روایت دلیلی برای اذن برادر در نکاح خواهر نمی‌ماند و ولایتی ندارد (نووی، ۱۴۲۳، ج ۴، ص ۱۶۵).

ب) اجماع: شافعیه پدر را اولی در ولایت می‌داند و به گفته جمیع فقهای شافعی، دلیل آن هم اجماع و روایت وارده است (طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۶۹) بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که شافعیه قائل به ولایت و اذنی برای برادر در نکاح خواهر نیست.

مالکیه

ولایت اجباری در نزد مالکیه برای سه کس ثابت است و آنها به ترتیب زیر است: ۱. سید مالک هر چند مونث باشد (منظور مالک، برده یا بنده ۲. پدر ۳. وصی پدر، به شرط نبودن خود پدر (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۱). از این رو در ازدواج بیوه پدر ولی است و لاغیر و رضایت و اذن پدر باید باشد و نکاحی برای دختر (باکره) نیست مگر به اذن ولی که پدر است (قیروانی، بی تا، ج ۷، ص ۴۳۹) پس در اینجا برادر مطلقاً اذن و ولایت در نکاح ندارد و دلیل آن هم در ذیل خواهد آمد.

دلیل مالکیه به عدم ولایت برادر در نکاح خواهر

دلیل مالکیه در بین ادله برای اثبات ولایت اجباری پدر غیر از اولیاء دیگر، می‌توان به روایت و اجماع اشاره کرد.

الف) روایت: به دلیل ازدواج دختر باکره‌ی عایشه و همچنین قول رسول خدا (ص) که می‌فرمایند: «دختر باکره تحت امر پدرش است» پس این حصر برای پدر است (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۳) پس ولایتی برای برادر وجود ندارد.

ب) اجماع: در اینکه پدر در ازدواج دختر «ولی» است اجماع وجود دارد و مؤید این مطلب ازدواج دختر باکره‌ی عایشه است (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۳).

حنابله

«ولی» نزد حنابله به ولی اجباری و اختیاری تقسیم می‌شود. «ولی» اجباری نزد حنابله پدر است و در صورت نبودن پدر، وصی پدر و در صورت نیاز حاکم «ولی» خواهد بود (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۷) پس برادر اذن و ولایتی در نکاح خواهر ندارد.

دلیل حنابله به عدم ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر

الف) قرآن: قول خداوند در سوره‌ی بقره آیه ۲۳۲ که می‌فرمایند: ﴿... فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ...﴾ خود دلیلی بر صحت نکاح دختر برای خودش است (بهوتی، ۱۴۲۳، ج ۵، ص ۵۰) و کسی بر او ولایت ندارد مگر پدر و جد پدری او.

ب) روایت: به دلیل روایتی که از سلیمان بن موسی از الزهری از عروه از عایشه نقل شده که از پیامبر نقل می‌کند که فرمودند: «دختر بدون اذن ولی خود ازدواج نمی‌کند، پس بدون اذن پدر نکاح باطل است، باطل است، باطل است» (بهوتی، ۱۴۲۳، ج ۵، ص ۵۰) و برای غیر از پدر ولایتی قائل نیستند.

قائلین به وجوب و اجبار ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر

برخی از فقهای حنفیه و نیز مالکیه قائلین به وجوب و اجبار ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر هستند و برای خود دلایلی دارند.

حنفیه

حنفیه می‌گوید ولایت فقط ولایت اجباری است و این نوع از ولایت برای عصبات [آن‌های که ذکورند و منتسب به نزدیکان به واسطه‌ی یک زن نیستند بلکه از پدر یکی هستند] است زیرا نکاح با عصبات است (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۹۹).

کرخی نیز ذکر کرده که برادر و جد پدری در ولایت نزد ما مشترک اند و نزد ابوحنیفه جد مقدم است و صحیح این است که جد اولی‌تر برای ازدواج است و این مورد اتفاق در بین حنفیه است، اما برادر و پس از آن پسر برادر شقیق و بعد از آن پسر برادر اذن و ولایت در ازدواج دارند و پدر ولی اولی‌تر در ازدواج است (مصری حنفی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۰۱). بنابراین با این تفاسیر برادر بعد از جد و پدر ولایت در نکاح به صورت اجباری دارد، ابوحنیفه ولایت اجباری را برای کل عصبه که ارث برند قائل است پدر و جد پدری هرچه بالا رود و برادر، پسر برادر، عمو و پسر عمو (طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۶۵) پس ولایت برای برادر نیز اجباری است.

دلیل حنفیه به اجبار ولایت برادر در نکاح خواهر

الف) روایت: روایت حضرت علی (ع) که ترتیب ولایت را پدر، برادر، عمو و سپس معتق و بعد از آن امام و حاکم می‌داند (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۹۹). از این رو با توجه به این روایت برادر در مذهب حنفیه اذن در ازدواج را پس از پدر دارد و گاهی می‌گویند مشترک در ولایت‌اند.

مالکیه

امام مالک معتقد است، هنگامی که اولیاء در نکاح دختر اجماع کنند بعضی از اولیاء اولاتر از بعض دیگر است. همچنین نزد مالک برادر اولی‌تر از جد است و پسر برادر اولی‌تر جد می‌باشد (الأم مالک بن انس، ۱۳۲۳، ج ۳، ص ۱۶۱) پس برادر در نزد مالک به صورت اجبار و وجوب اذن و ولایت در نکاح خواهر دارد.

دلیل مالکیه به اجبار و ولایت برادر در نکاح خواهر

الف) روایت: حدیثی از مالک از سعید بن مسیب که می‌فرماید، عمر بن خطاب گفت: «لا تنکح

المراه الا باذن ولیها، اودی الرای الرای من اهلها أو سلطان»، «نکاحی برای دختر نیست مگر به اذن ولی یا رضایت اهلش برای ازدواج یا حاکم». با توجه به روایت می‌توان گفت که «ذی رای» شامل اذن برادر در نکاح می‌شود (الامام مالک بن انس، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۲۴).

قائلین به استحباب و اختیار ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر

برخی از فقهای امامیه، شافعیه، مالکیه و حنابله قائلین به استحباب و اختیار ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر هستند که نظر و دلایل هر مذهب را به تفکیک مورد بررسی قرار خواهیم داد.

امامیه

سزاوار بلکه مستحب است زنی که خودش صاحب اختیار است (مانند زن بیوه) هنگام ازدواج از پدرش یا جدش اجازه بگیرد و اگر هیچ یک از آن دو نبودند از برادرش و اگر چند برادر داشته باشد از بزرگتر آنان اجازه و اذن بگیرد (خمنینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۵۶). در خلاف شیخ آمده است که، غیر از (پدر و جد پدری) اینکه افضل و برتر این است که امر و اذن به برادرها در ازدواج برسد یا به پسر برادرها یا عموها یا برادر عموها، اما اذن اینها در صحت عقد نکاح شرط نیست (طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۵۰). در مرسل حسن بن علی (در مسائل الباب) آمده که برادر بزرگتر در نکاح مانند و به منزله‌ی پدر است (نجفی، ۱۳۸۶، ج ۲۹، ص ۱۷۰). پس گروهی از امامیه قائل به اختیار و استحباب ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر هستند.

دلیل امامیه به استحباب و اختیار ولایت و اذن برادر در نکاح

الف) روایت: حدیث ابی بصیر به نقل از امام صادق (ع) است که فرمودند: «کسی که اختیار نکاح به دست او باشد، پدر، برادر و وصی است». البته ذکر شدن برادر در روایت مذکور با عدم ولایت او منافات ندارد، زیرا می‌توان حمل بر موردی کرد که برادر وصی باشد (جبعی عاملی، ۱۳۸۶، ص ۱۷۰) و یا حتی وکیل در ازدواج باشد پس از باب استحباب یا اختیار برادر می‌تواند ولایت در ازدواج را داشته باشد.

شافعیه

امام شافعی ولی غیر مجبر (اختیاری) را پدر و جد پدری می‌داند و در صورت نبودن آنها باقی اقوام نسبی که از طرف پدر هستند را دارای حق ولایت در ازدواج می‌داند و معتقد است که ترتیب اولیاء در صورت نبودن جد و جد پدری به صورت زیر است:

پدر، برادر و نتیجه، بنابراین پسر نزد شافعیه ولی در ازدواج نیست برخلاف بقیه مذاهب (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۵) و برای دختر «ولی» از قبیل، برادر، پسر برادر، عمو، پسر عمو پدر یا جد پدری است، اما «ولی» اولی‌تر پدر و جد پدری است و برای حاکم ولایتی نیست (طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۵۰) پس در عبارت شیخ برادر به صورت اختیاری ولایت در ازدواج دارد.

امام شافعی معتقد است برای احدی همراه پدر ولایت نیست و بعد از مرگ پدر و جد پدری سپس جد جد ولایت در ازدواج دارد، زیرا تمام آنها پدران دختر بیوه و باکره هستند و بعد از آنها برای هیچ یک همراه برادر سپس نزدیکان از عصبه (خویشان پدری) ولایت نیست (مزنی، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۵) پس برادر در ولایت به صورت اختیار بعد از پدر و جد پدری نباشد همراه برادر ولایتی نیست به عبارت دیگری برادر ولایت اختیاری در ازدواج دارد و برادر ولایت در ازدواج به صورت اجباری ندارند (امام شافعی، ۱۴۰۰، ج ۵، ص ۱۴) من دلیل خاصی برای این نقل قول‌های امام شافعی نیافتم که چرا برادر به صورت اختیاری، در امر ازدواج بعد از پدر و جد پدری ولایت دارد و این خود جای تأمل است.

مالکیه

ولایت غیر مجبر یا اختیاری در مذهب مالکیه برای پسر پسر هر چه بالاتر رود (در ثیب) سپس پدر، سپس برادر شقیق، سپس برادر پدر، پسر برادر شقیق، سپس برای پسر برادر پدر است و در آخر جد (پدر پدر) قرار می‌گیرد (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۳) پس در مذهب مالک برادر در تقسیم بندی ولایت اختیاری قرار می‌گیرد.

دلیل مالکیه به استحباب و اختیار ولایت و اذن برادر در نکاح

(الف) قرآن: خداوند متعال در سوره توبه آیه ۷۱ می‌فرماید: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ

بعضی... مالکیه بر طبق این آیه قائل به اختیار برای ولایت برادر در نکاح خواهر شده‌اند (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۶).

حنابله

بقیه بستگان نسبی و نزدیکانی که ارث برند هستند در نزد برخی از فقهای حنبلی ولی غیر مجبر هستند که ترتیب اولیاء در نزد آنها به صورت زیر است: پدر، سپس برادر، عمو، معتق عصبه و سلطان (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۰۷) پس برادر در این تقسیم بندی بعد از پدر ولایت اختیاری در ازدواج خواهر را خواهد داشت.

دلیل حنابله به استحباب و اختیار ولایت و اذن برادر در نکاح خواهر

الف) روایت: از احمد روایت است که در ولایت پسر مقدم بر جد است و این قول امام مالک نیز هست و حنابله موافق آن بر تقدم هستند و روایت سومی از احمد نیز موجود است که برادر در نکاح خواهرش مقدم بر جد است (ابن قدامه، بی تا، ج ۷، ص ۳۴۷).

نتیجه

در این پژوهش می‌توان نتیجه گرفت که ولایت برادر و اذن او در نکاح خواهر چه باکره و چه بیوه یا ثیب در نزد مذاهب قائلینی دارد، که برخی قائل به عدم ولایت برادر مطلقاً هست که شامل امامیه، شافعیه و مالکیه و حنابله است و برخی قائل به وجوب و اجبار برادر در ولایت در نکاح هستند که شامل مذهب حنفیه و مالکیه می‌شود و برخی قائل به استحباب و اختیار در ولایت برادر هستند که شامل مذاهب امامیه، شافعیه، مالکیه، حنابله می‌شود.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی چنین مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد اوست» پس با نگاه به قانون مدنی ایران می‌توان دریافت که ولایت و اذن در ازدواج از آن پدر و جد پدری است و برادر در ازدواج خواهر خود اذنی و ولایتی ندارد و ماده فوق همسو با فقه امامیه می‌باشد. اما با توجه به فقه مذاهب دیگر ولایت برادر در نکاح خواهرش مورد توجه قرار گرفته است.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

١. آل بحر العلوم، سید محمد (١٤٠٣ق)، بلغتة الفقیة، الناشر: مكتبة الصادق، طهران، جلد ٣.
٢. امام شافعی، الأم (١٤٠٠ق)، نشر دارالفکر، بیروت، چاپ اول، جلد ٥.
٣. امام مالک بن انس (١٣٢٣ق)، المدونه الكبرى، مطبعة السعادة، مصر جلد ٣.
٤. امام مالک بن انس (١٤٠٦ق)، المؤطا، تحقیق: محمد فواد عبد الباقي، انتشارات: دار احیا التراث العربی، بیروت، الاولى، جلد ٤.
٥. بن قدامه، عبد الله (بی تا)، المغنی المطبعة: دارالکتاب العربی، بیروت.
٦. بهوتی، منصور بن یونس (١٤٢٣ق)، کشف القناع، المطبعة: دارالکتب العلمیه، بیروت، الناشر: محمد علی بیضون، جلد ٥.
٧. جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی) (١٣٨٦ش)، روضه البهیة فی شرح للمعه الدمشقیة، گردآورنده: دکتر اسدالله لطفی، انتشارات مجد، چ ٤.
٨. حلبی، ابن زهرة (١٤١٧ق)، عنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، تحقیق: الشیخ ابراهیم البهادری، بإشراف الشیخ السبحانی، الناشر: مؤسسه الامام الصادق (ع)، المطبعة، اعتماد، قم، الطبعة: الاولى.
٩. حلّی، جعفر بن محمد (محقق حلّی) (١٤١٠ق)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، تحقیق بإشراف الشیخ قمی الناشر: مؤسسه البعثة، مهران، الطبعة: دارالتقريب، قاهری.
١٠. خمینی، روح الله (١٣٩٠ق)، تحریر الوسيلة، الناشر: دارالکتب علمیه، اسماعیلیان، قم، نجف اشرف، ج ٢.
١١. روحانی، السید محمد الصادق الحسینی (١٤١٠ق)، فقه الصادق، المطبعة: العلمیه، الناشر: مؤسسه دارالکتاب، قم، ج ٢١.
١٢. روحانی، السید محمد (١٣٩٤ش)، توضیح المسائل، نشر اسلامی.

۱۳. زحیلی، وهبة (۱۴۰۹ق)، الفقه والاسلاميه وادله، انتشارات: دارلفکر، دمشق، سوریه، ج ۷.
۱۴. سابق، شیخ السید (۱۳۹۱ق)، فقه السنه، الناشر: دارالکتب العربی، بیروت، لبنان.
۱۵. سمرقندی، علاالدین (۱۴۲۲ق)، تحفته الفقها، الطبعة الثانية، المطبعة: دارالکتب علمیه، بیروت جلد ۲.
۱۶. شریب الخطیب، محمد (۱۹۵۸م)، مغنی المحتاج: المطبعة: داراحیا التراث العربی، الطبعة، ج ۳.
۱۷. طریحی، شیخ فخرالدین (۱۰۴۸ق)، مجمع البحرين، تحقیق: السید احمد الحسینی، الناشر مکتب نشر الثقافة الاسلامیه، چاپ سوم.
۱۸. طوسی، امام ابی جعفر محمد بن الحسن (شیخ الطائفة) (۱۴۱۴ق)، خلاف، تحقیق: السید علی الخراسانی السید جواد الشهرستانی الشیخ مهدی طه نجف، نشر، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۴.
۱۹. قانون مدنی، جمهوری اسلامی ایران.
۲۰. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، جامع الشات، الناشر و المطبعة: مؤسسه کیهان، الطبع اول، ج ۴.
۲۱. قیروانی، بن ابی زید (بی تا)، رساله ابن ابی زید القیروانی، انتشارات: المکتبه الثقانیة، بیروت، لبنان.
۲۲. کاشانی، ابو بکر بن مسعود (۱۴۰۹ق)، بدائع الصنائع، الناشر: المکتبه الحبییه، پاکستان الطبع، ج ۲.
۲۳. کلینی، شیخ ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق رازی، الکافی (۱۳۶۷ق)، التحقیق: علی اکبر غفاری، المطبعة: حیدری الناشر: دارالکتب اسلامیة، آخوندی الطبعة الثالثة، ج ۵.
۲۴. مزنی، اسماعیل بن یحیی (بی تا)، مختصر المزنی، الطباعة والنشر: دارالمعرفة بیروت.
۲۵. مصری الحنفی، ابن نجم (۱۴۱۸ق)، البحر الرائق شرح کنزالدقائق، المطبعة: دارالکتب العلمیه بیروت الناشر: محمد علی بیضون، الطبعة الاولى، ج ۳.
۲۶. مکی عاملی، محمد ابن جمال الدین (شهید اول) (۱۴۱۱ق)، لمعه دمشقیه، تحقیق: شیخ علی الکورانی، ناشر: دارلفکر، ایران، قم، سال انتشار.
۲۷. نجفی، الشیخ محمد الحسن (۱۳۶۸ش)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تحقیق: الشیخ محمود القوچانی، الناشر: المکتبه الاسلامیه، مطبعة، آیدا، ج ۲۹.

۶۰..... فصلنامه تخصصی مطالعات فقهی و فلسفی / سال هشتم، شماره ۳۲، زمستان ۱۳۹۶

۲۸. نراقی، المحقق (۱۴۹۹ق)، مستند الشیعه، موسسه آل البيت (ع)، لإحياء التراث، مشهد، الطبعة:

الاولی، المطبعة: ستاره، قم، ج ۱۶.

۲۹. نووی، محیی الدین (۱۴۲۳ق)، المجموع فی شرح المذهب، الطباعه و النشر: دارلفکر، ج ۴.

۳۰. نیشابوری، محمدبن الفتال (بی تا)، روضه الواعظین، التحقیق: السید محمد مهدی السید حسن

الخراسان، الناشر، منشورات الرضی، قم، ایران.