



## درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح - فصل فی اولیاء العقد

تاریخ: ۶ بهمن ۱۴۰۴

موضوع جزئی: مسئله ۹ - ادله استحباب استیذان از برادر - بررسی دلیل اول -

مصادف با: ۶ شعبان ۱۴۴۷

ادله استحباب استیذان از برادر بزرگتر در صورت تعدد - دلیل اول و بررسی آن - دلیل دوم و بررسی آن

سال هشتم

جلسه: ۴۹

## «الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

### خلاصه جلسه گذشته

بحث در ادعای دومی است که در مسئله نهم مطرح شده است؛ ادعای دوم این است که مستحب است زن ثیب و باکره رشیده بنابر برخی مبانی از برادرشان استیذان کنند، در صورتی که پدر یا جد نباشند. گفتیم دلایلی بر این ادعا اقامه شده است؛ دلیل اول، روایاتی است که در ذیل آیه «الَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» وارد شده است. این روایات، این گروه را تفسیر کرده و یکی از کسانی که بیدهم عقدة النکاح می‌باشد، برادر است؛ برادر در کنار پدر و جد ذکر شده است؛ منتها چون ما یقین داریم که با وجود پدر و جد، نوبت به برادر نمی‌رسد و لزوم استیذان هم ثابت نیست، این روایات را حمل بر استحباب می‌کنیم. این تقریب استدلال به این روایات بود.

### بررسی دلیل اول

نسبت به این دلیل اشکالی مطرح شده که براساس آن چه‌بسا استناد به این روایات محل اشکال باشد.

### اشکال

اشکال این است که در مورد وجه تصریح و ذکر برادر در این روایات، دو احتمال وجود دارد و از آنجا که طبق یک احتمال امکان استدلال وجود ندارد، چه‌بسا بگوییم روایت از این جهت مجمل است.

### احتمال اول

احتمال اول این است که ذکر برادر در کنار پدر و جد از این باب است که برادر نازل منزله پدر است؛ چون در برخی روایات به خصوص راجع به برادر بزرگتر این تعبیر آمده «الأخ الأكبر بمنزلة الأب»؛ اگر در جایی یک برادر بیشتر نبود و برادران متعدد نبودند، باز این تنزیل ثابت می‌شود. پس برادر به حسب روایات نازل منزله پدر است و از آنجا که استیذان از پدر یا جد و اخذ موافقت آنها مستحب است، پس اخذ موافقت یا استیذان از برادر هم مستحب است. یا به همان ترتیبی که قبلاً گفتیم، از آنجا که پدر یا جد طبق برخی روایات باید مورد استیذان قرار بگیرند ولی به واسطه وجود روایات معارض، ما لزوم را حمل بر استحباب می‌کنیم، قهراً در مورد برادر هم که نازل منزله پدر است، به همین ترتیب استیذان از او را مستحب می‌دانیم.

طبق این احتمال، می‌توان به این روایات استدلال کرد و استحباب استیذان از برادر را ثابت کرد.

### احتمال دوم

احتمال دیگری هم اینجا وجود دارد و آن اینکه برادر از این جهت ذکر شده که به حسب متعارف ولو هیچ توکیل حقیقی و رسمی صورت نگرفته باشد، از ناحیه خواهر اختیار و اجازه‌ای برای این امور دارد. لذا در کنار پدر به عنوان یکی از اولیاء عقد

ذکر شده است. پس طبق این احتمال، مسئله تنزیل الأخ منزلة الأب مطرح نیست؛ آنچه که اینجا مطرح است، این است که به طور متعارف در میان مردم، برادر یک نحوه اختیار و اجازه‌ای نسبت به خواهر دارد و از این جهت کأن توکیل غیر رسمی و عرفی وجود دارد و علت ذکر برادر در زمره اولیاء عقد، همین مطلب است که نسبت به اینها توکیل عرفی وجود دارد. اگر این باشد، طبیعتاً استحباب استیذان استفاده نمی‌شود؛ استحباب استیذان تنها در صورتی ثابت می‌شود که برادر به منزله پدر یا جد باشد. اما اگر گفتیم این ناظر به تنزیل نیست بلکه به یک امر عرفی اشاره می‌کند، اینجا قابلیت برای استدلال ندارد. چون دو احتمال وجود دارد و ترجیحی هم برای یکی از این دو احتمال نیست، پس روایت از این جهت مجمل می‌شود.

#### پاسخ

لکن به نظر می‌رسد این اشکال وارد نیست؛ چون ظاهر روایاتی که در ذیل آیه «الَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» وارد شده، مسئله تنزیل است؛ شاهد و مؤید آن هم روایات دیگری است که در اینجا وجود دارد و برادر را نازل منزله پدر یا جد کرده است. لذا بعید نیست که ما بتوانیم به این روایات استدلال کنیم.

#### دلیل دوم

دلیل دوم همان است که در مورد ادعای اول هم مطرح شد؛ به هرحال احترام به پدر، مادر، برادر مستحب است و استیذان از برادر در صورت فقدان پدر یا جد، از بارزترین مصادیق احترام است؛ آن هم در یک امر مهمی مثل ازدواج. لذا می‌توانیم یک صغری و کبری تشکیل بدهیم و استحباب را نتیجه بگیریم. صغری این است که استیذان از برادر، احترام به او محسوب می‌شود؛ احترام به برادر هم مستحب است؛ پس استیذان از برادر مستحب است. این دلیل را از این منظر می‌توانیم مورد استناد قرار بدهیم و استحباب استیذان را لا بعنوانه الخاص بلکه به عنوان عام استحباب احترام به برادر ثابت کنیم. روشن است که اینجا استحباب به طور خاص برای برادر ثابت نمی‌شود، بلکه برای مادر هم ثابت می‌شود؛ چه بسا برای عمو و دایی هم ثابت شود. به علاوه، اختصاص به دختر ندارد و پسر هم چه بسا نسبت به برادر بزرگترش این وظیفه اخلاقی را داشته باشد که به او احترام بگذارد و از او استیذان کند.

#### ادله استحباب استیذان از برادر بزرگتر در صورت تعدد

ادعای سوم که در متن مسئله نهم ذکر شده، این است: «و إن تعدد الأخ قدمت الأكبر». اگر برادرها متعدد باشند، دختر باید برادر بزرگتر را مقدم بدارد و از او استیذان کند؛ یعنی استحباب استیذان از برادر بزرگتر. این هم دلایلی دارد.

#### دلیل اول

از دلایلی که برای این ادعا می‌توان ذکر کرد، روایات است. از جمله:

#### روایت اول

۱. مرسله حسن بن علی: «عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنِ الرِّضَا (ع) قَالَ: الْأَخُ الْأَكْبَرُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ». <sup>۱</sup> امام رضا (ع) می‌فرماید: برادر بزرگتر به منزله پدر است. اگر برادر بزرگتر به منزله پدر باشد، قهراً ذکر برادر در جمله گروهی که بیدهم عقده النکاح، به این معناست که برادر به جای پدر اختیاردار است؛ هرچند اخذ نظر او و استیذان از او لزوم ندارد، به دلیل روایات معارض؛ اما به هرحال اگر ما استحباب استیذان از پدر را ثابت کردیم، استحباب استیذان از برادر بزرگتر هم ثابت می‌شود، به این دلیل که «الأخ الأكبر بمنزلة الأب». این تنزیل دلالت می‌کند بر اینکه همانطور که استحباب استیذان از پدر ثابت است،

۱. تهذیب، ج ۷، ص ۳۹۳، ح ۵۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۳، ح ۶.

برای برادر هم ثابت است.

سؤال:

استاد: الذی بیدهم عقدة النکاح وجود دارد؛ در واقع این استدلال مرکب است و با وجود این روایت (البته اگر سندش درست باشد)، احتمال دومی که در ذیل روایات مفسره «الذی بیدہ عقدة النکاح» گفتیم، راه ندارد. در مورد «الذی بیدہ عقدة النکاح» افرادی را نام برده که امر نکاح بدست اینهاست؛ برادر را هم گفته است. آنجا گفتیم یک احتمال این است که برادر نازل منزله پدر باشد. اما اینجا طبق این روایت، تصریح شده به تنزیل برادر بزرگتر منزله الأب؛ قهراً این در زمره «الذی بیدہ عقدة النکاح» قرار می‌گیرد و با همان تقریبی که استحباب استیذان برای برادر ثابت شد، با این تنزیل برای برادر بزرگتر هم ثابت می‌شود.

اشکال

مشکل این روایت آن است که از نظر سندی ارسال دارد و مرسله است.

روایت دوم

۲. روایت دیگری هم در این باره نقل شده که مرحوم آقای حکیم به آن استناد کرده و می‌گوید مقتضای این روایت، استحباب استیذان و موافقت با نظر برادر بزرگتر است. البته بنابر اینکه یک عبارتی که در این روایت هست را به گونه‌ای خاص معنا کنیم.<sup>۱</sup> روایت این است:

«عَنْ وَلِيدٍ بَيَّاعِ الْأَسْفَاطِ قَالَ: سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) وَ أَنَا عِنْدَهُ عَنْ جَارِيَةٍ كَانَتْ لَهَا أَخَوَانِ زَوْجَاهَا الْأَكْبَرُ بِالْكُوفَةِ وَ زَوْجَاهَا الْأَصْغَرُ بِأَرْضٍ أُخْرَى»؛ ولید می‌گوید من نزد امام صادق (ع) بودم؛ از امام (ع) درباره دختری سؤال شد که دو برادر دارد؛ برادر بزرگتر، او را به کوفه تزویج کرد و برادر کوچکتر او را به منطقه دیگری تزویج کرد. یعنی همسری که این دختر را به او تزویج کردند، یکی اهل کوفه بود و دیگری اهل سرزمین دیگر بود. «قَالَ (ع) الْأَوَّلُ بِهَا أَوْلَى إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْآخِرُ قَدْ دَخَلَ بِهَا فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَ نِكَاحُهُ جَائِزٌ».<sup>۲</sup> اگر «اول» که در عبارت ذکر شده، اینطور معنا شود (چنانچه مرحوم آقای حکیم هم گفته است) که منظور برادر بزرگتر است، به این جاریه اولی است؛ یعنی اولویت با عقد برادر بزرگتر است؛ مگر آنکه همسر دوم به این دختر دخول کرده باشد؛ پس اگر دخول به جاریه کرده باشد، آن نکاح نافذ است و این زن او محسوب می‌شود.

ظاهر روایت این است که این دو برادر فضولتاً این دختر را به دیگری تزویج کرده‌اند؛ چون مسلماً برادر ولایت ندارد و با پدر فرق می‌کند. اگر پدر تزویج کند، فضولتاً نیست؛ چون ولایت دارد. اما از آنجا که برادر ولایت ندارد، اگر خواهرش را به دیگری تزویج کند، فضولی است. وقتی فضولی است، نیاز به امضا و تأیید دختر دارد؛ اینجا اختیار با خود دختر است و هر کدام را بخواهد می‌تواند اجازه کند. اما طبق این احتمال، امام (ع) فرموده اولی این است که نکاح مرد اول امضا شود، مگر اینکه به طور کلی امکان امضا از بین رفته باشد. طبق این احتمال، استثناً به این معناست که قبل از اینکه زن بخواهد نکاح را امضا و تأیید کند، با آن مردی که توسط برادر کوچک تزویج شده، همبستر شده باشد و به او دخول صورت گرفته باشد؛ در این صورت کأن یک امضاء عملی است؛ این اختیار را هم داشته است؛ وقتی قبول می‌کند همبستری با او را، یعنی دومی نافذ و تمام شده و دیگر جایی برای امضاء اولی باقی نمی‌ماند. بله، اگر هنوز این اتفاق نیفتاده باشد، اولویت با برادر بزرگتر است. اگر ما

۱. مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۷۹.

۲. کافی، ج ۵، ص ۳۹۶، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۱، ح ۴.

روایت را اینطور معنا کنیم که مرحوم آقای حکیم هم می‌گوید (بنابر اینکه منظور از اول، یعنی عقد برادر بزرگتر باشد)، آنگاه می‌توان به آن استدلال کرد.

#### اشکال

اما اینجا یک اشکالی نسبت به این روایت مطرح شده و آن اینکه منظور از «الاول» زوج اول باشد، نه برادر اول. الاول بها اولی ای الزوج الاول؛ و چیزی که این احتمال را تقویت می‌کند، کلمه «آخر» است که در ادامه ذکر شده است: «الْأَوَّلُ بِهَا أَوْلَىٰ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْآخِرُ قَدْ دَخَلَ بِهَا». منظور از «آخر» حتماً زوج دیگر است؛ چون این در مقابل آن قرار گرفته، پس «الاول» یعنی زوج اول. معنای زوج اول چیست؟ یعنی آن زوجی که عقد او زودتر واقع شده است. «الاول» یعنی آن عقدی که زودتر واقع شده، اولی است؛ چه این را برادر بزرگتر منعقد کرده باشد و چه برادر کوچکتر. اگر ما این احتمال را در روایت در نظر بگیریم، قهراً برای استدلال مناسب نیست.

#### پاسخ

به نظر می‌رسد ظاهر «الاول بها اولی» همان برادر بزرگتر است؛ اینکه در ادامه کلمه «آخر» را ذکر کرده، می‌خواهد یک صورت را استثنا کند و چون می‌بایست اشاره به عمل زوج می‌کرد، اینجا منظور از آخر، یعنی زوج آخر. گویا امام (ع) اینطور فرموده که برادر اکبر اولی است مگر اینکه زوج دوم به دختر دخول کرده باشد، که در این صورت این عقد قابلیت امضا ندارد. شاید این احتمال قوی‌تر باشد.

به هرحال اگر ما دلالت این روایت را نپذیریم، نسبت به ادعای سوم، روایتی که اثبات استحباب استیذان کند، نداریم و ناچاریم سراغ دلیل دوم برویم.

#### دلیل دوم

دلیل دوم، همان دلیلی بود که در دو ادعای قبلی هم مورد استناد قرار گرفت و آن اینکه احترام به کلّ کبیر مستحب است؛ احترام به پدر و مادر، عمو و دایی؛ در هر خانواده‌ای، احترام بزرگ خانواده مستحب است. از بارزترین مصادیق احترام هم این است که در امر مهم ازدواج، موافقت او جلب شود و از او اجازه گرفته شود. طبیعتاً اگر برادران متعدد باشند، برادر بزرگتر مصداق روشن و بارز کسی است که باید احترام او حفظ شود. لذا از این باب بی‌عید نیست که بگوییم استیذان از برادر بزرگتر مستحب است.

#### بررسی دلیل دوم

لکن این نفی نمی‌کند استیذان از سایر برادران را؛ فرض کنید دختری است که سه برادر دارد و هر سه از او بزرگتر هستند. اگر احترام به کلّ کبیر لاسره مستحب باشد، هم باید از مادرش و هم از برادرانش استیذان کند؛ اما اینکه بگوییم این استحباب فقط برای برادر بزرگتر ثابت است، این را نمی‌توانیم بگوییم. «و إن تعدد الأخ قدمت الأكبر»، نمی‌توانیم بگوییم که بر بقیه مقدم شود؛ بالاخره احترام برای همه است و شامل مادر و عمو و همه اینها می‌شود؛ اگر هم برادران متعدد باشند، چنین احترامی به همه شایسته است و رجحان دارد.

این تمام بحث در مسئله نهم بود؛ جلسه آینده مسئله دهم را شروع خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»