

## بررسی تطبیقی تأثیر اختلاف دین ولی و مولی علیه بر ولایت نکاح از منظر فقه اسلامی

فراست محمدی بلبان آباد،<sup>۱</sup> امیرحمزه سالارزائی<sup>۲</sup>  
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱/۹، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۸/۲۰)

### چکیده

ولایت قدرت بر تصرف مستقیم بدون نیاز به اجازه از کسی می‌باشد، ولایت در نکاح رأی و نظر در امر نکاح و اذن و یا منع اذن است. وقوع مستمر اختلاف دین بین ولی و مولی علیه در عصر حاضر، مستلزم بررسی تخصصی این قضیه، از جمله تأثیر آن بر ولایت در نکاح است. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی تحلیلی به مسئله محوری تأثیر اختلاف دین ولی و مولی علیه بر ولایت در نکاح پرداخته و به این یافته‌ها رسیده است که: فقهای اسلامی توافق دینی ولی و مولی علیه را شرط ثبوت ولایت در نکاح دانسته و برای آن دلایلی از آیات و روایات و اجماع ذکر کرده‌اند. مناقشاتی نسبت به این دلایل نیز مطرح است. چنانچه اتفاق دین مابین ولی و مولی علیه وجود نداشته باشد، فقها ولایت را ساقط و شخص دیگری را جایگزین ولی نموده‌اند. در کل با توجه به صور جواز ولایت در نکاح و مناقشات وارده بر دلایل شرط اتفاق دین ولی و مولی علیه، به نظر می‌رسد که در حالت اضطرار و ضرورت و با رعایت مصلحت مولی علیه، اختلاف دین ولی و مولی علیه بر ثبوت ولایت و صحت و آثار نکاح خللی وارد نکند.

**کلیدواژه‌ها:** ولایت، نکاح، اختلاف دین، فقه مذاهب، حکم فقهی.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان /

f.muhamadi@gmail.com

۲. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول) /

amir\_hsalar@theo.usb.ac.ir

## طرح مسئله

فقه اسلامی، تسلط شرعی ولی بر مولی‌علیه را بنا بر مصلحت‌هایی مقرر نموده و از جمله آثار آن، انشاء عقد توسط ولی بر مولی‌علیه است و به مسائلی هم‌چون ضرورت وجود و حضور ولی در عقد نکاح، ثبوت و سقوط ولایت در آن و هم‌چنین شرایط و ضوابط و موانع و صور جواز و عدم جواز ولایت در نکاح پرداخته است؛ از مباحث مهم در این زمینه، اتفاق یا اختلاف دین ولی و مولی‌علیه در زمینه ولایت در نکاح است که بنا بر اهمیت، وقوع و کاربردی بودن آن در تمام عصور علی‌الخصوص عصر حاضر، قابل توجه و بررسی می‌باشد. هدف از تحقیق حاضر بررسی آرای فقهای اسلامی درباره تأثیر اختلاف دین ولی و مولی‌علیه بر ولایت در نکاح است، تا نظر آنها در مورد تأثیر این اختلاف بر ولایت در نکاح، تبیین و به تبع به مسائل مطروحه در این زمینه پاسخ داده شود. این پژوهش به این مسائل پرداخته است: آیا اختلاف دین ولی و مولی‌علیه در ثبوت ولایت بر نکاح، تأثیر دارد یا نه؟ در صورت تأثیر، آیا ولایت را ساقط می‌کند یا ولایت هم‌چنان ثابت و باقی است. برای یافتن پاسخ این سؤالات و تعیین و تبیین تکلیف برای افرادی که با این اختلاف نسبت به ولایت در امر نکاح مواجه هستند، تحقیق و تفحص لازم و ضروری می‌نماید. با سیل روی‌آوری به اسلام و افزایش تازه‌مسلمانها، گاهی مسلمان پدر خانواده- ای است که دارای فرزندان غیرمسلمان و گاهی فرزندی است که به‌تنهایی در یک خانواده اسلام را پذیرفته است. طبق دیدگاه اسلام ولایت حق مولی‌علیه است و ولی نیز نسبت به او باید اعمال ولایت نماید، البته فقهای اسلامی به اختلاف دین ولی و مولی‌علیه توجه کرده و در این زمینه نظراتی هرچند متفاوت ابراز نموده‌اند که با توجه به این آراء می‌توان تکلیف چنین افرادی در قبال مقوله ولایت را تجزیه و تحلیل و نهایتاً رأی راجحی بیان نمود.

تا به امروز پژوهش ویژه‌ای در این زمینه صورت نگرفته است و مسائل این تحقیق به صورت پراکنده در کتابهای فقهی در بحث مناقحات بیان شده است. این تحقیق آراء و نظرات فقها را در این باره تنقیح نموده و مناقشات و استثنائات آن را مطرح کرده و در نهایت رأی راجح را بیان نموده است. جمع‌آوری مطالب به صورت کتابخانه‌ای انجام شده است.

## مفهوم ولایت

ولایت در لغت به معنی قرابت، تصمیم، دولت، حکومت و سرزمینی که حاکم بر آن تسلط دارد، می‌باشد (مصطفی و دیگران، بی‌تا، ۱۰۵۸/۲؛ فیروزآبادی، ۱۴۲۶ق، ۱/۱۳۴۴) و در اصطلاح ولایت به معنی عهده‌داری امر است که گاه این امر، موردی خاص و شخصی است مثل عقد نکاح و گاه عبارت است از جامعه اسلامی (منتظری، ۱۴۰۸ق، ۱/۵۵)، ولی نیز به معنای دوست و دوستدار و یاریگر است (حسینی زبیدی، بی‌تا، ۲۴۲/۴۰). اما در اصطلاح فقها ولایت قدرت بر تصرف مستقیم بدون نیاز به اجازه کسی است (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ۹/۶۶۹۱) و مدیریت کارها و امور شخصی کسی که اهلیت ادای او کامل نشده، توسط شخص بزرگ رشید می‌باشد (همان، ۱۰/۷۳۲۷).

در یک تقسیم‌بندی ولایت بر دو نوع است: ولایت بر نفس و ولایت بر مال. ولایت بر نفس اشراف بر امور کسی است که اهلیت ادای کامل ندارد و با نگهداری و حفاظت و تأدیب و تعلیم و تطیب و تزویج و مانند اینها صورت می‌گیرد (همان، ۱۰/۷۳۲۷). ولایت بر نفس جزو حقوق مولی‌علیه است و صلاحیتهای ولی نفس عبارت است از تأدیب و تهذیب، حفظ سلامتی، رشد جسمی، تعلیم و آموزش در مدارس و اشراف بر ازدواج مولی‌علیه (همان، ۱۰/۷۳۲۸). تقسیم‌بندی دیگر ولایت در مورد موضوع تحقیق، ولایت عامه و خاصه است؛ در ولایت خاصه، ولایت نسبت به افراد خاصی مطرح است و اما در ولایت عامه، ولایت بر عموم افراد جامعه اعمال می‌گردد. در مباحث مربوط به حکومت و ولایت پیامبران، امامان و فقیهان، منظور از ولایت، ولایت عامه است و از مصادیق ولایت خاصه، ولایت پدر و جد پدری بر فرزندان صغیر، سفیه و مجنون خود است، ولی در این جامعه مجاز به انواع تصرفات در مال و برخی تصرفات در نفس افراد تحت ولایت خود می‌باشد (خمینی، ۱۳۶۸ش، ۱/۵۱۴).

## ولایت در نکاح

ولایت در نکاح رأی و نظر در امر نکاح، اذن و یا منع اذن است (قلعه‌چی و قنیزی، ۱۴۰۸ق، ۵۱۰). در میان فقهای امامیه درباره ولایت در نکاح پنج دیدگاه وجود دارد:

۱. ثبوت ولایت و عدم استقلال مولی‌علیه (شهید ثانی، ۱۳۸۶ق، ۵/۱۱۶).

۲. عدم ثبوت ولایت در نکاح بالغه رشیده (حلی، ۱۴۱۳ق، ۱۱۴/۷؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۶۳/۴؛ شهید ثانی، ۱۳۸۶ق، ۱۱۶/۵؛ مفید، ۱۴۱۷ق، ۵۱۰).
۳. قول به تشریک (مفید، ۱۴۱۷ق، ۵۱۰؛ شهید ثانی، ۱۳۸۶ق، ۱۱۷/۵).
۴. ثبوت ولایت پدر در نکاح دائم و عدم ثبوت در نکاح منقطع (شهید ثانی، ۱۳۸۶ق، ۱۱۷/۵؛ نجفی، ۱۳۷۴ش، ۱۷۴/۲۹).
۵. ثبوت ولایت پدر در نکاح موقت و عدم ثبوت در نکاح دائم (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۱/۲).
- فقه‌های مذاهب اربعه در اینکه ولایت در نکاح رکنی از ارکان نکاح یا شرط صحت یا شرط جواز و نفوذ آن است، اختلاف نظر دارند. نزد حنفیه ولایت شرط صحت نکاح صغیر و مجنون و برده می‌باشد، اما مالکیه و شافعیه بر این نظرند که ولی یکی از ارکان عقد نکاح است که بدون ولی نکاح صحیح نیست، زیرا ولی رکنی است که عقد بدون آن تحقق نمی‌یابد (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ۷۳۲۷/۱۰).
- منظور از ولی کسی است که ولایت نکاح در دست اوست اگرچه ولایت نکاح با اذن او به شخص دیگری واگذار شود. ولایت در نکاح دو نوع است:
۱. ولایت استحباب که ولایت بر زن بالغ عاقل چه باکره و چه بیوه است.
  ۲. ولایت اجبار که ولایت بر دختر صغیر چه باکره و چه بیوه است و همچنین زن بزرگ کم‌عقل یا کنیز را نیز در بر می‌گیرد (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷ق، ۱۳۲/۱۶).

### شروط ولی نکاح

شروط متفق علیه فقها برای ولی نکاح عبارت است از:

۱. کمال اهلیت که شامل بلوغ و عقل و آزادی است.
۲. اتفاق دین ولی و مولی علیه (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۵۷/۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق، ۶۷۰۰/۹).

شروط دیگری نیز برای ولی ذکر شده که در شرط بودن آن برای ولی، بین فقها اختلاف وجود دارد که عبارتند از: ذکوریت، عدالت و رشد (همان، ۶۷۰۱/۹). پس برای ولایت

صفات موجهه و سالبه وجود دارد؛ موجهه اسلام و بلوغ و ذکوریت و سالبه کفر و صغارت و انوثت است (ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ۳/۳۹).

### اختلاف دین ولی و مولی علیه

با توجه به اینکه اتفاق دین ولی و مولی علیه یکی از شروط ثبوت ولایت در نکاح است، در زیر دیدگاه فقها زمانی که بین ولی و مولی علیه اختلاف دین وجود دارد بیان می شود:

#### ۱. دیدگاه فقهای امامیه

برای ولایت پدر و جد و مولی و وصی شرایطی وجود دارد؛ از جمله آنها اسلام است. ظاهراً در این زمینه بین فقها اختلافی وجود ندارد بلکه با اجماع ثابت شده که شرط ولایت پدر، مسلمان بودنش است (جمعی از محققان، ۱۴۲۸ق، ۱/۶۴۴). در شرایع الاسلام آمده است: «هرگاه ولی کافر باشد ولایت او ساقط می شود، هر چند که پدر باشد و ولایت برای پدر بزرگ به صورت خاص ثابت می شود و هم چنین اگر پدر، مجنون یا بی هوش شد، ولایت به پدر بزرگ منتقل می گردد، اما اگر مانع (کفر و جنون و اغمی) رفع شد، ولایت باز اعمال می شود» (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ۲/۵۰۴). صاحب حدائق می گوید: «ظاهراً در اشتراط اسلام در ولایت اختلاف نظری بین اصحاب وجود ندارد، پس شخص کافر چه پدر باشد یا جد یا شخص دیگری، بر فرزند مسلمان چه صغیر باشد یا دیوانه، دختر باشد یا پسر، ولایتش ثابت نمی شود. برای مسلمان بودن بچه ای که پدرش کافر است چهار صورت بیان شده است: ۱. مادرش مسلمان باشد. ۲. جدش مسلمان باشد. ۳. خودش بعد از بلوغ مسلمان شده باشد و بعد دچار جنون شده باشد. ۴. بالغ عاقل مسلمان اما باکره رشیده باشد، البته بنا بر قول به اذن. صورت دیگری هم تصور کرده اند و آن اینکه بچه نابالغ مسلمان بشود و این در صورتی است که بگوئیم اسلام بچه نابالغ پذیرفته می شود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۲۳/۲۶۷). در ایضاح الفوائد و قواعد الاحکام آمده است: کفر پدر باعث سلب ولایت او نسبت به فرزند صغیر مسلمان یا مجنون او چه دختر و یا پسر می شود. اما ولایت بر فرزند کافر را ساقط نمی کند. اگر این بچه جد مسلمانی داشته باشد، جد به عنوان ولی او تعیین می شود و فرقی نمی کند بچه مسلمان باشد یا کافر، اما پدر کافر

به عنوان ولی تعیین نمی‌شود و هم‌چنین اگر جد کافر باشد، او نیز به عنوان ولی تعیین نمی‌شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ش، ۱۸/۳؛ حلی، ۱۴۱۳ ق، ۱۳/۳).

## ۲. دیدگاه فقهای اهل سنت

فقهای اهل تسنن بر این نظرند که اگر دختر باکره مسلمان شود و پدرش اسلام را نپذیرفته یا مجنون باشد، در حکم کسی است که پدر ندارد، زیرا خداوند ولایت کفار بر مؤمنین را قطع نموده و هم‌چنین کسی که پدرش مسلمان شده و خودش مسلمان نشده است، رابطه ولایت میان آنها برقرار نمی‌شود، ولی اگر پدر یا دختری که مسلمان نیست اسلام را پذیرفت، حکم به ولایت پدر در نکاح و اذن در نکاح به او باز خواهد گشت (ابن حزم، بی تا، ۴۶/۹-۴۵). شافعی می‌گوید: ولی کافر، شخص کافر است و مسلمان نیز ولی زن کافر نیست، زیرا خداوند ولایت مابین آنها را قطع نموده است و شخص مسلمان فقط بر کنیزش ولایت دارد. ماوردی می‌گوید: «اصل بر این است که اتفاق دین شرط ثبوت ولایت در نکاح است، پس کافر ولی زن مسلمان نمی‌شود و مسلمان نیز ولی زن کافر نیست» (ماوردی، ۱۴۱۹ ق، ۱۱۵/۹). برای پدر کافر هم ولایتی نیست، زیرا اختلاف دین توارث را از بین می‌برد و هم‌چنین ولایت در ازدواج را نیز از بین می‌برد (سرخسی، ۱۴۱۴ ق، ۲۲۳/۴)، اما کافر ولایت در ازدواج بر فرزند کافرش را دارد، همان‌طور که شخص مسلمان نسبت به فرزند مسلمانش دارد، دلیل این جریان توارث مابین آنهاست، همان‌طور که توارث مابین مسلمانان جاری است (همان، ۲۲۴/۴). بنا بر این آیه، شخص مسلمان بر نکاح و مال کافر ولایت ندارد (ابن عابدین، ۱۴۱۲ ق، ۵۲۸/۵). کفر مانع انعقاد عقد نکاح است و کافر ولایت عقد نکاح دختر مسلمانش را ندارد و برعکس مسلمان نیز ولایت بر نکاح زنان فامیل کافر را ندارد (دسوقی، بی تا، ۲۳۱/۲). کافر بر نکاح زن مسلمان ولایت ندارد یعنی ولی او نیست، پس کافر بر نکاح دختر مسلمانش ولایت ندارد (مرداوی، بی تا، ۷۸/۸). کافر بر اهل دین خودش ولایت دارد، به‌مانند ولایت مسلمان بر مسلمان و طبق همان شروط (ابن قدامه، ۱۴۰۵ ق، ۳۶۳/۷).

اما مرتد نسبت به هیچ کسی ولایت ندارد، نه بر مسلمان و نه بر کافر و نه بر مرتد به مانند خودش. او از هیچ کسی ارث نمی‌برد و هم‌چنین بر خودش نیز ولایت ندارد و جایز نیست کسی با او ازدواج کند، نه کافر و نه مسلمان و او بر کسی ولایت ندارد. کافر بر

مسلمان ولایت ندارد، چراکه رابطه توارث میان آنها وجود ندارد. پیامبر ﷺ در این باره می‌فرماید: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَيْئًا» (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲/۲۳۹). مرتد مطلقاً ولی نیست، نه برای زن مسلمان و نه برای زن مرتد و نه غیر این دو، زیرا ولایت بین او و دیگران قطع شده است و کنیزش را هم به عنوان ملکش به نکاح در نیاورد (الموسوعه الفقهیه الكويتیه، ۱۴۲۷ق، ۱/۲۳).

با توجه با آراء ذکرشده توسط فقهای مذاهب اسلامی، توافق دین ولی و مولی علیه شرط ثبوت ولایت در نکاح است و ولایت کافر برای کافر و ولایت مسلمان برای مسلمان ثابت است.

## دلایل اشتراط اتفاق دین ولی و مولی علیه برای تحقق ولایت

### ۱. آیه قرآن

«وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا: و خداوند هرگز کافران را بر مؤمنان تسلطی نداده است.» (نساء، ۱۴۱). بنا بر این آیه، ولایت کافر بر فرزند مسلمانش سبیل برای کافر است که به وسیله این آیه نفی شده است (جمعی از محققان، ۱۴۲۸ق، ۱/۶۴۵). از این آیه قاعده نفی سبیل انتزاع شده است. در این مفهوم قاعده نفی سبیل، بر ادله اولیه متکفل احکام واقعی، حکومت دارد. مثلاً پدر یا جد پدری به تشریح خداوند، بر فرزند خود ولایت دارد، اما اگر پدر یا جد پدری کافر باشد، این ولایت از او سلب می‌شود، چراکه در این‌جا، قاعده نفی سبیل حاکم بر ادله اولیه ولایت می‌باشد، چون ولایت یک گونه از سبیل و علو ولی نسبت به مولی علیه است و بر اساس آیه شریفه، سبیل و علو کافر بر مؤمن منتفی است. بنابراین همان‌طور که «قاعده لاضرر و لاضرار» و «قاعده لاجرح» بر ادله تولیت، حکومت واقعی دارند، قاعده نفی سبیل نیز بر ادله اولیه حکومت واقعی دارد (عمید زنجانی، ۱۳۶۸ش، ۳/۲۷).

در مناقشه به استدلال به این آیه آمده است که منظور از نفی سبیلی که در این آیه ذکر شده، حجت است نه تسلط کافر بر مسلمان، لذا سلطه کافر بر اجیر مسلمان خود ثابت است و علو و بزرگی اسلام مستلزم عدم ثبوت ولایت کافر بر مسلمان نیست. دو امر در این استدلال دخیلند: ۱. انصراف ادله، فهم عرفی بیانگر این است که ولایت از باب احترام و ادای حقوق می‌باشد، پس شامل کافری نیست که عدم دوری و دوستی از او واجب

است؛ ۲. قاعده الزام، کفار مطلقاً ملزم به جواز نکاح فرزند صغیرشان نیستند، همان طور که ملزم به ولایت بر دختران باکره نیستند و نکاح دخترانشان متوقف بر اذن آنها نیست. پس مقتضای این قاعده سقوط ولایت از آنهاست و التزام به صحت نکاح دختر بدون اذن پدر کافرش می‌باشد؛ به دلیل: ۱. عموم ادله ولایت؛ ۲. ولایت حاکم (جایگزین ولایت)؛ ۳. این برای زمانی است که زوج مسلمان باشند و مستند نفی ولایت کافر بر فرزند مسلمانش این آیه باشد: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» و یا ممکن است ولایت بنابر عدم شمولیت آیه برای پدر کافر ثابت شود (خویی، ۱۴۰۶ق، ۲۵۴/۳). هم‌چنین برخی دیگر از فقها با استناد به این قاعده اذن ولی در نکاح کتابی را فاقد اعتبار دانسته‌اند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ۳۷۸/۱۶).

در جواب گفته‌اند: ادعای انصراف ممنوع است و حکم عرفی مبنی بر قرار دادن ولایت پدر و جد از جهت مهر آنها نسبت به پسرپچه و دخترپچه می‌باشد و اما ولایت پدر کافر بر فرزند کافرش ثابت است، همان طور که ولایت پدر فاسق بر فرزند فاسق ثابت است و این به خاطر عموم آیه ۷۳ انفال است: «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ: و کسانی که کفر ورزیدند یاران یکدیگرند.» و هم‌چنین قاعده «الزموهم بما ألزموا أنفسهم» که ولایت پدران بر فرزندانشان را بر هر دین و مذهب باشند، اثبات می‌کند، زیرا احتیاط در نکاح فرزند به خاطر شفقت ناشی از قرابت است و این در صورت کفر نیز وجود دارد و از این جهت فرقی بین پدر کافر و پدر مسلمان وجود ندارد و وجهی برای انصراف ادله از ولایت پدر کافر نیست. اما در دلیل دوم ابتدا اینکه این قاعده شبیه احکام ثانویه است و از آن به حساب می‌آید، اما ولایت پدر و جد یا عدم ولایت آنها از احکام واقعی اولی است (جمعی از محققان، ۱۴۲۸ق، ۶۵۰/۱). در انوار الفقاهه مناقشه بر سر سبیل دلیل و برهان دانسته شده است، هم‌چنانکه در خیر آمده است و این شبهه وارد شده که آیه در مورد خاص و یا اراده معنای خاص آمده است. در پاسخ می‌توان گفت که این شبهه منافی با اخذ عموم از ظاهر آیه (نفی سبیل برای کافر) نیست (کاشف الغطاء، بی‌تا، ۳۴/۱).

## ۲. احادیث نبوی

۱- «الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ۳۳۴/۴؛ بخاری، ۱۴۲۲ق، ۹۳/۲)؛ که مشهور بین شیعه و سنی و هم‌چنین مورد عمل صحابه بوده و استدلال آنها به



این حدیث در موارد متعدد صورت گرفته است و شیخ صدوق آن را به پیامبر ﷺ نسبت داده و از مراسیل معتبر است (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ۳۳۴/۴). «یعلی» یعنی غلبه نظامی یا غلبه منطقی یا غلبه در آخرت و یا غلبه تشریحی. این روایت مرسله است، ولی مشهور به آن عمل کرده‌اند که عمل اصحاب جبران ضعف روایت را می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۵۸/۲). ولایت کافر بر مؤمن باعث برتری و استیلای کافر بر مؤمن می‌شود و اقتضای حدیث نبوی عدم جواز آن است (جمعی از محققان، ۱۴۲۸ق، ۶۴۹/۱).

۲- هم‌چنین بنا بر حدیث: «لَا يَرِثُ الْمُؤْمِنُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُؤْمِنَ» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ۱۴۷/۵)، کافر بر مسلمان ولایت ندارد، چراکه رابطه توارث بین آنها وجود ندارد. مسلمان از کافر ارث نمی‌برد، همان‌طور که کافر از مسلمان ارث نمی‌برد. از این قاعده، فرزند مؤمن شخص مرتد تخصیص خورده است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۳۹/۲).

اگر شخص کافر باشد و مولی علیه مسلمان باشد، بر او ولایت ندارد، زیرا از او ارث نمی‌برد، هم‌چنین اگر ولی مسلمان باشد و مولی علیه کافر باشد بر او ولایت ندارد، چون از او ارث نمی‌برد. پس ثابت شد ولایت ارتباط تنگاتنگی با استحقاق ارث دارد و بنابراین هر فامیلی که ارث می‌برد، می‌تواند به ازدواج درآورد، البته سید برده از این قانون مبرا است زیرا کنیزش را به ازدواج درمی‌آورد، ولی ارث نمی‌برد (همان، ۲۴۱/۲). در مناقشه بر این احادیث می‌توان گفت این احادیث تصریح بر منع ولایت کافر بر مسلمان یا بالعکس در امر نکاح ندارند.

### ۳. اجماع و توافق فقها

فقها بر عدم وجود سبیل برای کافر بر مسلمان متفقند و آن را از مسلمانات می‌دانند و بر آن اجماع دارند (ابن‌قدمه، ۱۴۰۵ق، ۳۶۳/۷). در مناقشه به این دلیل آمده است چون دلیلهای دیگر داریم، این اجماع مدرکی است و حجت نیست، زیرا مادامی که دلیلهای دیگر باشد، اجماع فقط مؤید است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۵۸/۲). هم‌چنین فقها بر عدم وجود سبیل برای کفار بر مسلمانان اجماع دارند و نه عدم ولایت در نکاح.

### صور جواز عدم اتفاق دین ولی و مولی علیه در ولایت نکاح

مدلول آیه ۱۴۱ سوره نساء با سبب عام می‌تواند استثنا داشته باشد، از جمله در صورتی که مسلمان سید کنیز کافر باشد یا اینکه مسلمان سلطان و حاکم باشد که در این صور مسلمان می‌تواند ولی شخص کافر باشد. سروجی گفته است این استثنا را در کتاب فقهای خود ندیده‌ام و این نظر منسوب به شافعی و مالک است. در کتاب معراج آمده است: «شایسته است که با بسط ولایت به سبب عام، ولایت مسلمان بر کافر ثابت شود، مانند ولایت حاکم و شهادت، اما این رأی در مذهب حنفی صریح نیست. هم‌چنین قاضی یا نایب او می‌تواند دختر یتیم کافر را که ولی ندارد به ازدواج در آورد» (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۳/۷۷-۷۸).

در حاشیه دسوقی آمده است: «سید بر نکاح کنیزش ولایت دارد و فقط می‌تواند او را به عقد کافری مثل خودش درآورد. اگر شخص مسلمان، زن کافری هر چند که بیگانه هم باشد به نکاح درآورد با استناد به این دلیل، عقد فسخ نمی‌شود. اما اگر مسلمان ولایت زن فامیل کافر را بر عهده بگیرد و او را به عقد یک مرد مسلمان در آورد، نکاح فسخ می‌شود ولی اگر به نکاح مرد کافر درآورد فسخ نمی‌شود» (دسوقی، بی‌تا، ۲/۲۳۱). البته این فسخ به خاطر ولایت مسلمان بر نکاح کافر نیست، بلکه به خاطر مانع در اصل نکاح یعنی کفر زوجه است و اما برخی گفته‌اند که سید مسلمان نمی‌تواند ولی کنیز کافر در نکاح باشد، زیرا بنا بر آیه ۷۳ سوره انفال، کافر ولی زن کافر در ازدواج است و عموم مفهوم مقتضی این است که کافر ولی کنیز کافرش باشد، اگرچه کنیز بخواد با مسلمان ازدواج کند (زرکشی، ۱۴۱۳ق، ۵/۴۹). برخی فقها گفته‌اند که کافر بر مسلمان ولایت ندارد و در این موارد ولایت با حاکم است و مسلمان نیز ولایت ازدواج زن کافر را ندارد، مگر اینکه مسلمان حاکم یا سید کنیز باشد، زیرا خداوند می‌فرماید: «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ: و مردان و زنان با ایمان، دوستان یکدیگرند.» (توبه، ۷۱). پس اگر مسلمان سلطان بود، می‌تواند زن کافر را به نکاح در آورد، زیرا حاکم ولایت عامه بر اهالی دارالاسلام دارد و این زن کافر نیز در حال حاضر اهل دارالاسلام است و نیازمند ازدواج است (همان، ۵/۵۰). هم‌چنین آمده است: چون کافر بر دختر مسلمانش ولایت ندارد، حاکم او را به نکاح در می‌آورد و این برای زن کافر بنا بر اجماع اولی می‌باشد، زیرا کسانی که اختلاف دین دارند از همدیگر ارث نمی‌برند و عاقله همدیگر محسوب نمی‌شوند

و پس بر همدیگر نیز ولایت ندارند. سید کنیز می‌تواند او را به نکاح مرد کافری در آورد و اما نمی‌تواند او را به نکاح مرد مسلمان در آورد، زیرا برای مرد مسلمان حلال نیست و هم‌چنین سید ولایت ازدواج کنیز با مرد کافر را دارد و این ولایت در ازدواج از طریق ولایت در مال به او منتقل شده است، زیرا کنیز نیازمند ازدواج است و ولی دیگری غیر از سیدش ندارد و اما سلطان ولی کسی است که ولی ندارد، مانند اهل ذمه؛ چرا که ولایت عامه بر اهل دارالاسلام دارد و اهل ذمه جزئی از دارالاسلام محسوب می‌شوند و مانند زن مسلمان بدون ولی، بر او نیز ولایت دارد.

اگر مرد مسلمان با زن ذمی که ولی کافرش او را به نکاح این مرد مسلمان در آورد، ازدواج کند، بنابر نظر ابوحنیفه و شافعی این ازدواج صحیح است، همان‌طور که اگر او را به نکاح یک مرد کافر در می‌آورد، صحیح بود، زیرا این زن ولی دارد و ولی او مناسب است و جایز نیست که غیر از ولی خودش کسی ولایت او را به عهده گیرد. قاضی می‌گوید تنها حاکم باید او را به نکاح در آورد، زیرا احمد گفته است که یهودی و نصرانی برای زن و مرد مسلمان عقد نکاح نبندند (ابن‌قدمه، ۱۴۰۵ق، ۳۶۳/۷).

طبق مطالب ذکرشده در این قسمت با وجود برخی اختلاف‌نظرها در این باره، در کل دو استثنا در آرای فقها بر اتفاق دین ولی و مولی علیه در ولایت در نکاح وجود داشت: ۱. ولایت سید بر کنیز کافر؛ ۲. ولایت سلطان و حاکم مسلمان بر شخص کافر. هم‌چنین نظرات شاذی در ولایت کافر بر مسلمان مطرح شد؛ مثلاً اگر زن ذمی‌ای ولی کافرش او را به نکاح مرد مسلمان در آورد، این ازدواج صحیح است (ابن‌قدمه، ۱۴۰۵ق، ۳۶۳/۷). این عبارت صراحتاً ولایت کافر بر نکاح مسلمان را صحیح می‌داند، البته باید گفت ممانعت اصلی در زمینه اختلاف دین، به عدم نکاح مرد مسلمان با زن کافر برمی‌گردد و مانع کفر باعث عدم انعقاد نکاح آن دو می‌شود و در صورت وقوع، نکاح را فسخ می‌کند و اما اختلاف دین ولی و مولی علیه تأثیری در صحت نکاح آنها ندارد.

## تحلیل و ترجیح

در صورت اختلاف دین ولی و مولی علیه دو قسم برای آن قابل تصور است:

۱. پدر یا ولی مسلمان باشد و مولی علیه کافر باشد. در میان متون فقهی آرائی مبنی بر جواز ولایت مسلمان بر کفار یافت می‌شود. در ایضاح الفوائد درباره بچه‌ای که پدرش

کافر است آمده است: اگر این بچه جد مسلمانی داشته باشد، جد به عنوان ولی او تعیین می‌شود و فرقی نمی‌کند بچه مسلمان باشد یا کافر (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ش، ۱۸/۳؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۱۳/۳).

شیخ انصاری می‌گوید: اگر مولی علیه کافر باشد، بنا بر اقتضای عموم ادله آیه ۷۳ سوره انفال: «الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» ولایت کافر بر کافر ثابت است، هرچند که قول به اشتراط اسلام در مورد ولی کافر نیز وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱/۱۲۸). در کتاب سند نیز آمده است: در موارد مفروض و بیان شده ثابت شد که کافر بر مسلمان ولایت ندارد، اما مسئله در موردی است که ولایت کافر بر کافر به وسیله ولایت مسلمان بر کافر تراحم پیدا کند، مضمون حدیث «یزیده عزاً» و «یعلو و لا یعلی علیه» بیانگر این مزاحمت است و با قضیه حجب وارث کافر به وسیله وارث مسلمان تأیید می‌شود، اگرچه وارث مسلمان در طبقه پایین‌تر از وارث کافر قرار گرفته باشد و با این ضمیمه که قضیه توارث از قاعده ولایت ذوالارحام پایین‌تر است و حال آنکه در مسئله تقدم وارث مسلمان بر وارث کافر اتفاق نظر هست و در این زمینه نص وجود دارد. «المسلم یحجب الکافر و یرثه و الکافر لا یحجب المسلم و لا یرثه» (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ۱۷/۳۷۴). هم‌چنین از ظاهر حدیث «الإسلام یزید المسلم عزاً» (همان، ج ۱۷ ص ۳۷۷) مقدم بودن مسلمان برداشت می‌شود (سند، ۱۴۲۹ق، ۲/۹۲). بنابراین ادله و آراء حتی اگر مولی علیه کافر باشد هم مسلمان می‌تواند ولی او در نکاح باشد و ولایت نکاح او را به عهده گیرد.

۲. مولی علیه مسلمان و ولی کافر باشد: در موارد استحبابی ولایت در نکاح، می‌توان کلاً ولایت را منتفی و ساقط دانست و بدون ولی نکاح صورت گیرد اما در موارد اجباری بودن ولایت، نمی‌توان ولایت را ساقط نمود، بلکه در صورت اختلاف دین ولی و مولی - علیه یا باید به شخص دیگری منتقل شود، مثلاً به حاکم اسلامی (اگر در دارالاسلام باشد) یا اینکه ولایت ولی کافر را پذیرفت، بنابراین اگر: الف) مولی علیه بالغه رشیده باشد، طبق نظر عدم ثبوت ولایت در نکاح بالغه رشیده (حلی، ۱۴۱۳ق، ۷/۱۱۴؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۴/۱۶۳؛ شهید ثانی، ۱۳۸۶ق، ۵/۱۱۶؛ مفید، ۱۴۱۷ق، ۵۱۰) نیازی به ولی وجود ندارد و خودش می‌تواند عقد نکاح ببندد، چراکه ولایت برای او از نوع ولایت استحبابی است، پس با سقوط ولایت برای چنین شخصی در صحت نکاح او خللی به وجود نمی‌آید و ب) مولی علیه که ولایت بر او از نوع اجبار است، در صورت حضور او در دارالاسلام، حاکم

ولی او می‌باشد و اما اگر در دارالکفر باشد، بنابر برخی آراء مذکور، با وجود کفر ولی، باز هم ولایت نکاح برای او ثابت است و ولی کافر می‌تواند ولایت نکاح او را بر عهده گیرد. البته این احکام و شرط اتفاق دین ولی و مولی علیه و اسلام ولی، زمانی قابل اعمال است که ولی و مولی علیه در دارالاسلام ساکن باشند و تحت سیستم قضایی و حکومتی اسلام واقع شده باشند، اما اگر پیرو دو سیستم حکومتی و قضایی و خارج از دارالاسلام ساکن باشند، به سختی بتوان نظام حقوقی اسلام را نسبت به آنها اعمال کرد و همچنین کسانی که پیرو دو نظام حقوقی و قضایی متفاوت از همدیگر هستند، مجبور به پیروی از نظامهای حقوقی یکدیگر نیستند و برای هر کدام نظام حقوقی خودش اعمال می‌شود، علی‌الخصوص اگر درباره مسائل احوال شخصیه باشد.

در المبانی فی شرح العروه الوثقی آمده است: «زوجین اگر کافر باشند هیچ کدام از شرایط اسلام از جمله اذن پدر و... برای آنها اعتبار ندارد، زیرا هر قومی نکاح با شرایط خودشان را دارد و اگر زوجین مسلمان باشند، با استناد به نفی ولایت پدر کافر حکم به صحت نکاح او می‌دهیم، خواه پدر راضی باشد یا نباشد، زیرا پدر بنا بر انصراف ادله و قاعده الزام ولایت ندارد» (خویی، ۱۴۰۶ق، ۲۵۴/۳). زرکشی ولایت حاکم را منوط به حضور در دارالاسلام دانسته است: «اگر مسلمان سلطان بود، می‌تواند زن کافر را به نکاح درآورد، زیرا حاکم ولایت عامه بر اهالی دارالاسلام دارد و این زن کافر نیز در حال حاضر اهل دارالاسلام و نیازمند ازدواج است» (زرکشی، ۱۴۱۳ق، ۵۰/۵). هم‌چنین از جمله موارد تخطی از اتفاق دین را نیاز به ازدواج مولی علیه بیان نموده است، پس اگر در امر ازدواج اضطرار یا ضرورتی پیش آید و مثلاً مولی علیه نیازمند ازدواج باشد و ولی و مولی علیه اختلاف دین داشته باشند، با این حال می‌توان ولایت را با وجود اختلاف دین اثبات و تنفیذ نمود، چراکه علاوه بر ضرورت، عامل و علت ولایت که شفقت و دلسوزی ولی نسبت به مولی علیه که امری فطری و ذاتی است با وجود اختلاف دین نیز از بین نمی‌رود و ادله اولیه و حکم واقعی ولایت ولی با وجود اختلاف دین هم‌چنان باقی است و از طرفی ولایت در نکاح امری بیرون از نکاح و طرفین نکاح است و توافق دین طرفین نکاح برای ثبوت و صحت آن کافی است، تا جایی که حتی نبود ولی نیز بر صحت نکاح تأثیر ندارد و ولایت به شخص دیگری منتقل می‌شود. حال اگر ولی کافر با دلسوزی امر

ولایت نکاح را بر عهده گیرد و مصلحت مولی علیه را لحاظ نماید، حضور او به عنوان ولی مشکلی در امر نکاح ایجاد نخواهد کرد.

با توجه به مطالب مذکور به نظر نمی‌رسد که ولایت مسلمان بر نکاح کافر یا بالعکس باعث بطلان و فسخ نکاح آنها شود یا خللی در اصل نکاح ایجاد کند. همان‌طور که در نظرات فقها نیز به چشم می‌خورد؛ پس می‌توان با استناد به این آراء شاذ و هم‌چنین قاعده اضطرار و ضرورت، ولایت کافر بر مسلمان و یا بالعکس را تنفیذ نمود.

### نتیجه

۱. اکثر فقهای اسلامی اتفاق دین ولی و مولی علیه را شرط تحقق ولایت در نکاح دانسته‌اند و بر این نظرند که شخص کافر فقط می‌تواند ولی زن کافر باشد و شخص مسلمان نیز تنها می‌تواند ولی زن مسلمان در نکاح باشد.

۲. برخی آراء شاذ با بسط ولایت به سبب عام، ولایت مسلمان بر کافر را ثابت و ولایت شخص مسلمان بر نکاح زن کافر را صحیح دانسته و اختلاف دین آنها را منجر به فسخ نکاح نمی‌دانند. برخی آراء نیز حکم به ولایت کافر بر شخص مسلمان داده و با ولایت ولی کافر، نکاح را صحیح دانسته است.

۳. هر شخص تابع نظام حقوقی خود می‌باشد. شخص مسلمان در احوال شخصیه خود قانون اسلام را اجرا و غیرمسلمان نیز قانون متبوع خود را اجرا می‌کند و در صورت اختلاف دار ولی و مولی علیه می‌توان ولایت را به طور کلی ساقط نمود و یا به شخص دیگری منتقل کرد، اما در صورت اضطرار و ضرورت به شرط رعایت مصلحت مولی علیه، حکم به ثبوت ولایت برای ولی و مولی علیه مختلف دار و دین بلاشکال به نظر می‌رسد.

## فهرست منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی، من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، المحلی بالآثار، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن رشد، محمد بن احمد، بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، قاهره، دارالحديث، ۱۴۲۵ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، دمشق، دار طوق النجاة، ۱۴۲۲ق.
- جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الإسلامی، ۱۴۲۳ق.
- جمعی از محققان، احکام الأطفال، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۸ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
- حسینی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، ریاض، دار الهدایة، بی تا.
- حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۶۸ش.
- خویی، سید محمد تقی، المبانی فی شرح العروة الوثقی، تقریرات سید ابوالقاسم خویی، نجف، نشر النجف الأشرف، ۱۴۰۶ق.
- دسوقی، محمد بن احمد، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- زحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۹ق.
- زرکشی، محمد بن عبدالله، شرح الزرکشی علی مختصر الخرقی، ریاض، دار العبیکان، ۱۴۱۳ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۴ق.
- سند، محمد، سند العروة الوثقی، کتاب النکاح، قم، باقیات، ۱۴۲۹ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، جامعه النجف، ۱۳۸۶ق.

- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفریة، ١٣٨٧ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، *قواعد فقه*، تهران، سمت، ١٣٦٨ش.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٣٨٧ش.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٦ق.
- قلعه جی، محمد رواس؛ قنبی، حامد صادق، *معجم لغة الفقهاء*، بیروت، دارالفنایس، ١٤٠٨ق.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ١٤٠٦ق.
- کاشف الغطاء، حسن، *انوار الفقاهه (کتاب النکاح)*، نجف، مكتبة كاشف الغطاء العامة، ١٤٢٢ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الحاوی الكبير فی فقه مذهب الإمام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ١٤١٩ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، نشر امیر، ١٤٠٩ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان، *الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- مصطفی، ابراهیم؛ زیات، احمد؛ عبدالقادر، حامد؛ نجار، محمد، *المعجم الوسیط*، قاهره، دارالدعوة، بی تا.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٧ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ١٤٢٤ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة*، قم، مكتب الاعلام الإسلامی، ١٤٠٨ق.
- الموسوعة الفقهیة الكويتیة، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامیة، کویت، دارالسلاسل، ١٤٢٧ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تهران، دارالکتب الإسلامیة، ١٣٧٤ش.