

توکيل زن ومرد در نکاح از دیدگاه فقه و قانون

عبدالقادر غزنوی¹ سر بلند حلیمی²

چکیده

تحقیق کنونی با عنوان توکيل زن ومرد در نکاح از دید فقه احناف وقوانين ملی، به بررسی این نوع توکيل، و احکام آن می پردازد.

البته وکالت در قضایای احوال شخصی نوعی از وکالت در باب نیابت اختیاری است. که از دید نصوص شرعی، قرآن کریم وسنت پیامبر علیه السلام واجماع ثابت میباشد. و نیابت به وجوهات مختلف تقسیم گردیده است، که از آن جمله یکی وکالت در قضایای احوال شخصی میباشد.

وکالت عقدی است که به موجب آن مؤکل شخص دیگری را در تصرف قانونی ومعلوم قایم مقام خود می سازد. یعنی وکیل به معنای خاص حقوقی امروزی، کسی که عهده دار امور موکل و احقاق حقوق اوست. بر اساس عقد وکالت میان وکیل و موکل به صورت اعتباری نوعی درهم تنیدگی شخصیتی ایجاد شده و هر یک با اعتبار خود، دیگری را در جایگاه حقوقی خود وارد میکنند. درین عقد تفویض کننده صلاحیت را (مؤکل) و شخصی که صلاحیت به وی سپرده شده است (وکیل) می نامند. که ارکان آنرا از دید جمهور (مؤکل، وکیل، موکل به وصیغه) تشکیل می دهد.

ازاینکه وکالت از دیدگاه شریعت اسلامی وقوانين موضوعه کشور افغانستان مشروع وقانونی دانسته شده برای طرفین عقد صلاحیت و مکلفیت ها وشرايطی پیش بینی شده است که وکیل نمی تواند فراتر از دائره صلاحیت خویش پا فراتر بگذارد و کاری را انجام دهد، همچنان وکالت یک عقد دائمی نبوده، بلکه با تحقق شرايط و حالات مشخص آن منعقد گردیده، وباموارد چون: (صورت عزل وکیل توسط مؤکل، تنفیذ عمل موضوع وکالت، انتهای مدت معین وکالت، فوت مؤکل وزوال اهلیت وکیل ویامؤکل) منتهی می گردد.

اهمیت این بحث را میتوان چنین بیان کرد که قوانین اسلامی پیرامون وکالت وعرصه های آن نظریه های مشخصی خود را دارد که در هر شرايط بهترین راه کار معقول وعادلانه را برای حل وفصل معضلات ومشکلات حقوقی پیشکش می کند.

هدف از نگارش این پژوهش، تبیین احکام و قوانین مربوط به وکالت در نکاح و ازدواج اعم از زن ومرد به اساس بررسی مقایسوی فقه حنفی و قوانین ملی در این زمینه می باشد. که باروش کتابخانه ی انجام شده وبا نتیجه گیری وفهرست منابع به پایان رسیده است.

1- عضو کادر علمی پوهنځی شرعیات

2- عضو کادر علمی پوهنځی شرعیات

93771610929 :

93779438330 :

Abdulqaderghaznavi2022@gmail.com

Sarbeland2@gmail.com

معلومات مقاله

تاریخ نشر: 1403/06/16

شماره مقاله در ژورنال: 04

تعداد صفحات: 24

شماره نوبتی مجله: 15

کلید واژه ها

واجبه وصیت، فقه او قانون،

موصی، موصی له، موصی به.

معلومات مجله:

مجله علمی پوهنتون سلام، نشرات خویش را از سال 1390 هـ.ش آغاز نموده و دست آورد های زیادی در این زمینه دارد، در ادامه سلسله فعالیت های خویش به تاریخ 1401/03/22 اعتبار نامه خویش را به عنوان یکی از معتبرترین مجله از وزارت محترم تحصیلات عالی کشور به دست آورد، آدرس: افغانستان، کابل، ناحیه چهارم، کلوله پشته، چهار راهی قلعه بست (گل سرخ)، پوهنتون سلام.

آدرس ارتباطی؛ وبسایت: <https://research.salam.edu.af>، <https://salam.edu.af/magazine> ایمیل: salamuk@salam.edu.af، salamresearchcentre@salam.edu.af

شماره های تماس: +93202230664 و +93788275275

مقدمه

الحمد لله نحمده ونستعینه ونستغفره ونؤمن به ونتوکل علیه - وكفی بالله وكیلا-والصلاة والسلام علی سید المرسلین محمد وعلى آله واصحابه اجمعین .

امابعد: از زمانی که انسان در جامعه زندگی می کند، برخی امور مستلزم پیش بینی و همکاری دیگران است. یکی از این موارد، نیاز به وکالت است. زیرا هر فرد قادر نیست که تمام امور حقوقی و قضایی خود را به طور مستقیم انجام دهد. او به کسی نیاز دارد که به جای او اقدام کند و با صداقت و امانت، آموزش را به نیابت از او انجام

دهد. این عمل، از نظر شرعی جایز است و پیامبر اسلام (صلی الله علیه و سلم) در زمان حیاتش از این روش در امور خود استفاده کرده است. همچنین، مسلمانان به جایز و حتی مستحب بودن عمل وکالت اجماع دارند و این عمل را به عنوان یک نوع تعاون و همکاری می‌بینند. "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى" [المائدة: 2]

واز نظر قوانین نافذه کشور، وکالت به عنوان مرجع تأمین عدالت اجتماعی شناخته شده است. زیرا حق آزادی درخواست کردن دادخواهی و دفاع در طول رسیدگی به دوسیه ها، و همچنین ارائه اراده از اصولی است که توسط عقلانیت جوامع جهان پذیرفته شده‌اند. هر فرد می‌تواند با استفاده از وکیل در زمینه‌های حقوق مدنی، در داخل و خارج از کشور، (در سطح ملی و بین المللی) اراده و خواست مشروع و قانونی خود را طلب نموده و به آن برسد.

وکالت یک واژه عربی بوده به معنی تفویض و واگذاری امور به غیراست، عقد وکالت وشغل آن در تاریخ بشریت سابقه طولانی دارد، اگرچه اوراق تاریخ و حقوق به دیده ژرف نگریسته شود درخواستیم یافت که در عصر مصریان قدیم و فراغه و عربی ها وکالت و شغل آن وجود داشته و همچنان اگر در شریعت اسلام نظر اندازی کنیم وکالت جایگاه خاص خود را داشته که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) در زمان حیات شان از طرف خود در امور کاری شان وکیل تعیین کرده است. لهذا وکالت از هر نگاه چه از نگاه تسلط و قدرت چه از نگاه صلح و آرامش جامعه، قابل تحسین و تمجید است.

به طور کلی منظور از وکالت درنکاح یکی از وکلای محکمه در قلمرو احوال شخصی است که با داشتن تخصص در مورد احوال خانواده گی از جمله نکاح ومتعلقات آن، به اساس مجازشرعی وقانونی ازموکل خود نیابت مینماید.

امروزه حقوق احوال خانواده گی وشخصی به ویژه بخش ازدواج ومتعلقات آن، به عنوان یکی از شاخه های تخصصی رشته فقه وحقوق در مقاطع تحصیلات عالی تاسرحد دکتری در پوهنتون های کشورها تدریس می شود. که قوانین و مقررات مربوط به آن درکشور های اسلامی اغلب بر گرفته از فقه اسلامی می باشد.

هدف تحقیق:

هدف ازتحقیق حاضر این است که تحقیق حاضر تریکز وتمرکز برآن دارد تا با نگاهی تحلیلی راه بردهای فقهی وقانونی را ازدید مذهب احناف وقوانین ملی درعرصه وکالت درنکاح وازدواج، پیرامون توکیل زن ومرد دراحوال خانواده گی به بررسی بگیرد ووظایف وکیل را درنوع چنین وکالت به مطالعه بگذارد. زیرا بحث پیرامون وکالت درهمه ی ابعاد احوال خانواده گی از گنجایش درظرفیت محدود این مقاله خارج بوده، تقاضای یک رساله ی بزرگ را مینماید.

سوالات تحقیق:

سوال اصلی :

توکیل زن ومرد ازدید فقه احناف وقوانین ملی چه جایگاهی دارد؟

سوالات فرعی :

وکالت چیست؟

قلمرو وکالت تا چی اندازه است؟

تاریخچه وکالت به کدام زمانی ومکانی برمیگردد؟

آیا زن ومرد هر دو صلاحیت توکیل نکاح را دارند؟

پیشینه تحقیق:

توکیل مرد و زن ازدید فقه احناف وقوانین ملی البته با این محدودیت فقهی وقانونی یک موضوع جدیدی است که تاحال مورد توجه اصحاب قلم و پژوهش قرار نگرفته است، با مطالعه و جستجو های انجام شده در باره موضوع مشخص شد، که این موضوع به شکل یک مطلب فقهی وقانونی درضمن بحث های وکالت درمنابع فقهی وقانونی مورد مطالعه قرارگرفته است. اما مقالات پژوهشی مختص به این دیدگاه فقهی وقوانین ملی به نظر نمیخورد. بنابراین این تحقیق درپی این است که راهبردی های وکالت درنکاح را دریک بررسی تفصیلی ازدید فقه احناف وقوانین ملی بخاطر معلومات واستفاده بیشتر اهل این فن درعرصه ی وکالتبه تصویر بکشاند.

فرضیه تحقیق :

نکاح ومتعلقات آن چون برخی ازحقوق مدنی وشهروندی انسان ها است بنابراین مشاهده میشود که شریعت اسلام که اساسی ترین وظیفه اش تضمین حقوق مدنی انسان ها است، ازبدهاء وشروع راه بردی های عادلانه حقوقی را درعرصه احوال خانواده گی باب وکالت درنکاح به استفاده گذاشته وآنها بنابر ضرورت درمعاملات اجتماعی مجاز دانسته است. وبه تاسی ازاحکام شرعی ومقاصد رسیدگی آن به مصالح اجتماعی، فقه احناف بکارگیری وکیل را برای زن ومرد جایز میدانند.

همچنان به نظرمیرسد که در فقه احناف توکیل زنان در امور نکاح مانند مردان پذیرفته شده است. زنان می‌توانند خود یا با گرفتن وکیل مرد وزن، و یا از طرف دیگر زنان به عنوان وکیل در امور ازدواج اقدام کنند. وقوانین افغانستان نیز با پیروی از فقه حنفی این اقدام را مجاز میدانند.

روش تحقیق :

در تحقیق این موضوع و دریافت پاسخ به سوالات مطروحه از روش کتابخانه ای که بشکل توصیفی و تحلیلی میباشد استفاده به عمل آمده است و کوشش میشود که از نظریات فقهاء و دانشمندان اسلامی وقوانین ملی مرتبط به این موضوع استفاده شود.

مبحث اول : مفاهیم و کلیات

مطلب اول: مفهوم وکالت

وکالت از حیث لغت وکالت به فتح و کسره (واو)، مصدر بوده در لغت بمعنی واگذاری تفویض و اعتماد است و به معنای حفظ و نگهداری، بار و کارسازی نیز آمده است. (1)

قسمیکه در زیر مشاهده میشود:

"وَوَكَّلَ إِلَيْهِ الْأَمْرَ كُلًّا وَوَكُولًا": کارش را به فلان شخص سپرد و یا تفویض نموده و بر او اعتماد کرده است. (2)

"بفتح الواو وکسرهما، الاسم من وکل فلانا، فوض إليه أمرا من الامور." به فتح واو وکسرآن، اسم است از " وکل فلانا " یعنی کاری به او تفویض نمود. (3)

وفي الْحَدِيثِ: "وَوَكَّلَهَا إِلَى اللَّهِ: أَي صَرَفَ أَمْرَهَا إِلَيْهِ." سپرد کارش را به خداوند. (4)

وفي التنزيل العزيز "ذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوهُ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ" (5) أي حفيظ.

این است خدا پروردگار شما، نیست ملجأ و معبودی جز او، آفریننده هر چیزی است، پس او را عبادت کنید و او بر هر چیزی حفيظ است.

"الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدِ جَمَعُوا لَكُمْ فَاتَّخِذُوهُمْ فِرَادًا لَكُمْ فَاتَّخَذُوهُمْ فِرَادًا لَكُمْ فَاتَّخَذُوا اللَّهُ وَكَيْلًا" (6)

آنانکه مردم به ایشان گفتند که مردم برای قتل شما جمع شده‌اند از ایشان بترسید، پس ایمانشان افزون شد و گفتند خدا برای ما کافی است و خدا خوب کارساز است.

"وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ وَكِيلًا" (7): و بر خدا توکل کن! و کافی است که او یار و کارسازت باشد. (8)

وکالت از حیث اصطلاح: فقهای احناف رحمهم الله در تعریف وکالت می‌گویند: «وکالت شرعاً عبارت از این است که شخصی دیگری را در تصرف جایز و معلوم قایم مقام خود سازد. و این عبارت از تفویض تصرف و حفظه وکیل است» (9)

ماده (1449) مجلة الأحكام وکالت را چنین تعریف مینماید: «الْوَكَالَةُ هِيَ تَفْوِيضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ لِأَخَرَ وَإِقَامَتُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ مُوَكَّلٌ وَلِمَنْ أَقَامَهُ وَكَيْلٌ وَلِذَلِكَ الْأَمْرِ مُوَكَّلٌ بِهِ» «وکالت تفویض صلاحیت شخص است به دیگری و قایم مقام ساختن وی است به جای خود که تفویض کننده صلاحیت را (مؤکل) و شخص که به او تفویض صلاحیت شده (وکیل) و موضوع تفویض شده را (مؤکل به) گویند» (10)

و شارح مجلة الاحكام ذیل این ماده وکالت را چنین تعریف میکند: «وَالْوَكَالَةُ شَرْعًا تَفْوِيضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ مَعْلُومٍ مِنْ الْمُعَامَلَاتِ مَعَ بَقَاءِ حَقِّ التَّصَرُّفِ فِي يَدِهِ»: وکالت شرعاً سپردن صلاحیت تصرف است به کسی دیگر در کاری مشخصی در حوزه معاملات، با اینکه حق تصرف کننده حفظ میباشد. (1)

1- فیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق مؤسسة الرسالة، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان - 1426 هـ - ج 4، ص 620.

2- فیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق، حرف (و)، ج 4، ص 620.

3- قلعجی، معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجی - حامد صادق قبیعی- دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408 هـ - 1988 م ج 1 ص 509.

4- ابن منظور، لسان العرب، محمد بن مکرم بن علی، أبو الفضل، جمال الدین ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711 هـ) دار صادر - بيروت، 1414 هـ.

5- سورة الانعام: 102.

6- سورة آل عمران: 173.

7- سورة النساء: 81.

8- سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر. دمشق - سورية 1408 هـ = 1988 م، ج 1 ص 386.

9. الكاساني، ابوبكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج 6، ص 19.

10. ژوبل، محمد عثمان، مجموعه قواعد فقهی شرح مجلة الاحكام، جلد چهارم، (کابل: مطبع دولت، 1381، طبع دوم: 1384) ص 1 و 2.

وقانون مدنی افغانستان وکالت را در ماده (1554) چنین تعریف مینماید:

(وکالت عقدیست که به موجب آن مؤکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و حقوقی معلوم قایم مقام خود میسازد)² البته دیده میشود که این تعریف با اقتباس از فقه حنفی است که بطور فشرده همان معنی را میرساند.

بنابراین، میتوان وکالت را در نکاح چنین تعریف کرد: عبارت از عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین نکاح، ویا هردوی آن شخص ثالث را برای انجام امور ازدواج نایب (وکیل) خود نمایند. تا با در نظر داشت صلاح و مصلحت مؤکل و رعایت شرایط او اقدام نماید.

مطلب دوم: جایگاه وکالت

وکالت در شریعت اسلام مشروع و مجاز است، و تمام منابع شریعت، اعم از (قرآن کریم، سنت پیامبر علیه السلام، اجماع و قیاس) جواز آنرا به صراحت تأیید مینماید و این عمل را یک ضرورت مدنی مهم میدانند.

چون انسانها در زندگی اجتماعی خویش نمیتوانند به همه امور و قضایای مدنی و اجتماعی زندگی رسیدگی نمایند، و طبق ایجابات زمانی و مکانی در پرتو آگاهی شرعی و حقوقی به آن اقدام کنند و طبیعتاً ایجاب میکند که کسی دیگری را به نیابت از خود بگمارند تا آن امور را به وکالت از وی تمکین بخشند.

ازین جاست که جواز کاربردی این عمل (وکالت) را در منابع حقوقی اسلام چنین مشاهده میکنیم:

الف: قرآن کریم

وکالت از دیدگاهی قرآن کریم مشروع است و آیاتی زیادی در مورد موضوع وکالت صراحت دارد. طوریکه در داستان اصحاب کهف خداوند جل جلاله میفرماید: " وَكَذَلِكَ بَعَثْنَاهُمْ لِيَتَسَاءَلُوا بَيْنَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِّنْهُمْ كَمْ لَبِئْتُمْ قَالُوا لَبِئْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِئْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا " (3) ترجمه: «همان گونه که (آنانرا خواباندیم) ایشانرا برانگیختیم تا از یک دیگر (مدت خواب شان را) بپرسند یکی از آنان گفت چه مدتی (در خواب) مانده اید؟ (دسته ای) گفتند: روزی یا بخشی از روز در خواب بوده ایم گروهی دیگر گفتند پروردگارتان بهتر میدانند که چقدر در خواب مانده اید (یکی پیشنهاد کرد وگفت) سکه نقره ای را که با خود دارید به کسی از نفرات خود بدهید و او را روانه شهر کنید تا (برود) ببیند کدامین (فروشنده) ایشان غذای پاکتری دارد، روزی و طعامی از آن بیاورد، اما باید نهایت دقت کند و هیچ کس را از حال شما آگاه نسازد.»

وجه استدلال آیت: اصحاب کهف از میان خود یک شخص را برای خریدن غذا وکیل و نماینده گرفتند، بنا آیت دلالت دارد که شخص عوض شخص دیگر وکیل و ضامن شده میتواند که امور وی را به پیش برد و از او نیابت نماید.

چنانچه خداوند (جل جلاله) در جای دیگری قرآن کریم از زبان حضرت یوسف (علیه السلام) حکایت دارد: "اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ" (4) ترجمه: مرا به خزائن زمین (بجای نماینده) بگمار، که به راستی من نگهدارنده آگاهی و دانائی هستم. در جای دیگر، قرآن کریم فرموده است: "قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاء بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ" (5) ترجمه: «گفتند (موظفین) می پالیم ما پیمان را و هر آن کسیکه آورد آنرا برای او یک بارشتر، غله است و (سرموظف گفت) من وکیل و ضامن او هستم.» از این آیه مبارکه معلوم میشود که انعام یک بار غله شتر از طرف پادشاه تعیین شده بود مگر نماینده وی میگوید که هر آن کسیکه پیمانۀ طلائی پادشاه را آورد پادشاه برای وی انعام میدهد، و من بر این وعده وکیل ام و ضمانت آنرا میکنم و او به این انعام البته میرسد.

ب: سنت پیامبر علیه السلام

عمل وکالت از دیدگاه احادیث نبوی جازز بوده و رسول اکرم (صلى الله عليه وسلم) خودشان در زمان حیات شان در امور که انجام آن مربوط خودش میشد وکیل تعیین کرده است: "عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ، أَنَّ النَّبِيَّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً أُضْحِيَّةً" (6) ترجمه: «عروه بارقی می گوید: که پیامبر صلی الله علیه وسلم برایش یک دینار داد؛ تا برایش گوسفندی برای قربانی بخرد.»

¹ - افندی، در الاحکام شرح مجلة الاحکام، علی حیدر افندی متوفی 1321 هجری، بیروت لبنان، ج 14 ص 524.

² - وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1554.

³ . سورة الكهف: 19.

⁴ - سورة يوسف: 55.

⁵ . سورة يوسف: 72.

⁶ - البیهقی، السنن الکبری، أحمد بن الحسین بن علی بن موسی الحُسْرُو جردی الخراسانی، أبو بکر البیهقی (المتوفی: 458هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الکتب العلمیة، بیروت

- لبنان، 1424 هـ - 2003 م . ج 6 ص 1485.

وَعَنْ جَابِرٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ نَحَرَ ثَلَاثًا وَسِتِينَ وَأَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يَذْبَحَ الْبَاقِيَّ»¹ ترجمه: «جابر می گوید: پیامبر صلی الله علیه وسلم در حجت الوداع 63 شتر را به دست خود ذبح کرد، و به حضرت علی رضی الله عنه دستورداد تا باقی مانده را ذبح کند.»

توکیل در مورد اجرای حدود نیز به حدیث صحیح ثابت شده است؛ چنانچه پیامبر صلی الله علیه وسلم فرموده اند: وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي قِصَّةِ الْعَسِيفِ (پسریکه نزد مردی اجیر بود و باخانمش زنا کرد) قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "وَأَعْدُ يَا أُتَيْسُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمُهَا..."⁽²⁾

«ترجمه: ای انیس فردا نزد زن آن مرد برو، اگر اعتراف کرد او را رجم کن.»

ج: اجماع مسلمانان

مسلمانان نیز در جواز وکیل تعیین کردن اجماع کرده اند، و حتی کاربرد آنرا مستحب دانسته اند، و وکالت یک نوع تعاون بر "بروتقوا" است که قرآن کریم و سنت نبوی نیز برآن تشویق و ترغیب نموده است.⁽³⁾ و بر جواز توکیل از عصر پیامبر اسلام علیه الصلاة والسلام تا به عصرمان امروز اجماع بوده و هیچ فقهی در مورد اختلاف نکرده اند.⁽⁴⁾

د: عقل

عقل و خرد انسانی نیز استخدام وکیل را مجاز دانسته از نیازهای زندگی اجتماعی میداند. چون هیچ انسانی نمیتواند که به همه نیازهای خویش رسیدگی نماید، ممکن است اسباب مانند، ضعف، مشغولیت و دیگر زد و بند های زندگی وجود داشته باشد که به این اساس او به کسی نیاز دارد تا به جایش اقدام نماید و به صداقت از او نیابت کند، و به این علت وکالت یک گزینه است که ضرورت و نیاز موجب آن است.

مطلب سوم: تاریخچه وکالت

وکالت همواره همراه با پیشرفت تمدن بشری بوده است. از زمانی که انسانها زندگی اجتماعی خود را شکل دادند، نیاز به وکیل برای رسیدگی به امور حقوقی و اجتماعی را درک کردند. این نیاز برای فهم و پذیرش آن، یک وظیفه ملزم است و عقل برای تحقق آن نیاز به ترتیبات قبلی ندارد. که به عنوان یک ضرورت، وکالت همواره وجود داشته است.

زمانی که انسانها در زندگی اجتماعی فعالیت می کنند، فهمیده اند که بهتر است به یکدیگر کمک کنند تا بهترین رسیدگی به مسائل مدنی و اجتماعی را داشته باشند. هر فرد نمی تواند به تنهایی به مسائل مدنی و اجتماعی خود طبق شرایط زمانی، مکانی و دانش حقوقی و قانونی رسیدگی نماید. بنابراین، طبیعی است که به دنبال جایگزین و استفاده از کسی می باشد که بتواند به طور قانونی نیازها را برآورده کند.

شغل وکالت در تاریخ بشر سابقه طولانی دارد، اگرچه تاریخ اوراق حقوق نگارسته شود درخواهیم یافت که در عصر حمورابیان، فرعونیان، اغریقی ها، عصر اسلام، عصر ممالک عثمانیه، عصر دوره انقلاب کبیرفرانسه شغل وکالت دفاع وجود داشته است. ناگفته نباید گذاشت که وکالت دفاع در عصر مصری ها و اغریقی ها باهم فرق داشته که در عصر مصری ها وکالت دفاع بشکل تحریری بوده اما در عصر اغریقی ها بشکل شفوی به دفاع می پرداختند.⁽⁵⁾

مطالعات تاریخی مبین آن است که برای بار نخست دفاع از متهم در کشور مصر ملاحظه شده در محدوده سال 2778 قبل از میلاد در زمان فرمانروایی اسلاف سوم و چهارم فراعنه که انرا بنام خندان (احرامات) یاد می نمایند برای حل مناقشات اشخاص، محاکم را ایجاد نموده بودند که به منظور رسیدگی به دعوی یکتن در راس محکمه موظف میشد. این رویه مدت تقریباً ده سال ادامه داشت بعد ها محاکم استقلالیت بیشتر کسب نمودند در دوره پنجم خندان فراعنه در مصر محکمه عالی ایجاد شد در بدو مرحله دفاع بطور شفوی بود بعداً شکل تحریری را به خود گرفت.⁽⁶⁾

به حکایت تاریخ در زمان حضرت موسی (علیه السلام) در مجالسی که برای حل و فصل اختلافات مردم تشکیل می گردید افرادی نیز در کنار قاضی خدمت می نمودند که نقش آنها بی شباهت به وکلای امروزی نبوده است. این اشخاص که از بیت المال حقوق دریافت می نمودند به علت آشنایی با دستورات شرع، سعی می نمودند اختلافات مردم را ابتدا از طریق صلح و سازش فیصله دهند تا موردی برای صدور حکم در مقام رفع منازعه باقی نماند.⁽⁷⁾

¹ - القشیری، مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحیح مسلم، شماره حدیث (742).

² - البخاری، (5 / 323 - 324)، و مسلم (3 / 1324 - 1325).

³ . سید سابق مصری، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد چهارم، (تهران: انتشارات محمدی سقر)، ص 2369. - و النیسابوری، أبو بکر محمد بن ابراهیم بن المنذر، الإجماع، دراسة وتحقیق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزیع، الطبعة: الأولى 1425هـ/ 2004م، ج 1، ص 47.

⁴ - ابن عابدین، رد المحتار علی الدرالمختار شرح تنویر الابصار، محمد أمین بن عمر بن عبد العزیز الحنفی، مشهور به ابن عابدین، دارالفکر بیروت، ج 5 ص 509.

⁵ . لنگرودی، محمد جعفر، جعفری - فلسفه حقوق مدنی، چاپ اول (تهران: انتشارات کتاب خانه گنج دانش، 1380) ص 143.

⁶ - محمدعظم فاریابی، اساسات علمی کشف و تحقیق جرایم، چاپ اول (کابل: انتشارات ریاست نشرات لوی خازنوالی ج. ا. ا، 1387) صص 13-15

⁷ - لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ص 143.

حتی وزارت حضرت هارون علیه السلام برای حضرت موسی علیه السلام بی شباهت باوکالت نیست بلکه عین وکالت است. چون مفاد وکالت مساعدت وکیل با مؤکل میباشد.

همچنین تاریخ سومری ها که تمدن ایشان از جمله تمدن های اولی بشر بشمار میرود میرساند که روند استخدام وکیل در بین شان معمول بوده است. بطور نمونه (الواح سامری) در مورد اولین رویه قضایی چنین حکایت مینماید:

در حدود 1850 قبل از میلاد در سرزمین سامیری ها، در جریان واقعه قتلی توسط سه تن رخ داد و شخصی از کارکنان معبد را بنام (لوانینه) به قتل رساندند و جریان قتل به همسر مقتول بنام (نین دا دا) اطلاع داده شد، اما همسر مقتول این جریان را مکتوم داشت و مقامهای مسئول را در جریان نگذاشت.

جریان قتل زمانیکه به عرض پادشاه رسید وی موضوع را به (مجمع همشهری) در نیپور احاله نمود، این مجمع در حکم دادگاه بود. دادگاه فیصله نمود که با شمول عاملان اصلی جرم همسر مقتول نیز تعقیب شود. زیرا او با سکوت خویش در جرم شرکت جسته است.

دفاع از زن را دو تن از وکیلان برعهده گرفتند، و اعلان داشتند که این زن به هیچ نحو در قتل شوهرش دخالت نداشته است. ازین رو نباید مجازات شود. اعضای مجمع این نظر را پذیرفتند، زیرا مقتول نفقه ی همسر خود را نمی پرداخته و سکوت زن ناشی از بی مهری مرد بوده است.

محکمه پس ازین شورا چنین رای و فیصله کرد، مجازات جنایت متوجه مباشر آن جرم و مجازات آنان اعدام است، اما زوجه مقتول از اتهامات وارده میرا میباشد.^(۱) بنابر آنچه تذکر رفت فهمیده میشود که کاربردی استخدام وکیل از آوان زندگی اجتماعی بشر در اجتماع بشری شکل گرفته و یک تعامل معمول مدنی بوده است.

مطلب چهارم: تاریخچه وکالت در افغانستان

در کشور ما کلمه وکیل مدافع را استعمال می نمایند که در عرصه های مختلف حقوقی چون نکاح، بیع، شراء، قرض، خصومت، طلاق، ضمان وغیره از اصیل و مؤکل خود نمایندگی مینماید که عبارت از شخص حقوقدان و قانون دان است که با مدعی و مدعی علیه یا مظنون و متهم، ناکح و منکوحه... کمک و مساعدت حقوقی نموده و به غیابت آنها از طریق وکالت در محاکم دفاع و نمایندگی می کند. و دفاع از عدالت و مساوات و اجرای نمایندگی درست از وظایف یک وکیل مدافع بوده و است.

ظهور و حضور وکالت و وکیل مدافع در افغانستان دارای تاریخچه ای است که نشان می دهد در دوران حکومت محمد ظاهر شاه، اساس های حقوقی وجود وکیل مدافع تأسیس شد. در سال ۱۳۲۶ برای اولین بار مبحث وکالت دفاع مورد بحث و بررسی قرار گرفت و دستورالعمل های مربوطه (تعلیمات نامه) در بیست و یکم ثور سال مذکور تصویب شد. در این دستورالعمل، وکیل مدافع به شکل زیر تعریف شده بود: "وکالت مدافع یک انتقال صلاحیت مشروع است که شخص به دیگری در کدام کار صلاحیت خود را تعویض می نماید و او را قایم مقام خود می گرداند." در این دستورالعمل، وکالت در مواردی که تصرف آن شرعاً برای مؤکل جایز است، مجاز شناخته شده است. اما وکالت را در مواردی مانند اقتراض و حلف به عنوان باطل و غیرمجاز تلقی کرده اند. به علاوه، وکالت در اقسام مختلفی از جمله استخلاف قابل قبول تلقی شده است. در ماده ۲۴ دستورالعمل، شرایط لازم برای وکیل مدافع آمده است که شامل داشتن مدرک شرعیات یا حقوق یا معادل آن، آشنایی با اصول و قوانین رسمی، امانت داری و رعایت اخلاق حمیده، عدم ارتکاب جرم سنگین، عدم داشتن سابقه بد و حداقل سن سی سال است. بیشتر حقوق و وظایف وکیل نیز در این دستورالعمل ثبت شده است. در سال ۱۳۵۵ با استناد به فقه حنفیه و مجله الاحکام، قانون مدنی با مواد مرتبط درباره وکالت تنظیم شد.

با انفاذ قانون اساسی سال 1382 منتشره جریده رسمی (818) 6-دلو 1382 گامی بس مهم و عمده درین راستا برداشته شده و برای متهم حق داده شده است تا در تمام مراحل دعوی از زمان گرفتاری برای دفع اتهام برای خود وکیل مدافع بگیرد. چنانچه در ماده 31 قانون مذکور تسجیل گردیده است که: «هر شخص می تواند برای اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می کند در محکمه حاضر گردد. در قضایای جنایی، در صورت که متهم بی بضاعت بوده و نتواند برای دفاع از حقوق خویش وکیل مدافع تعیین کند، دولت برای وی وکیل مدافع تعیین میکند. محرمت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن از هر نوع تعرض مصئون میباشد. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد.»^(۲)

در روشنایی نص این ماده در سال 1386 ذریعه فرمان 111 مورخ 1387/9/2 حامد کزری رئیس جمهور جمهوری اسلامی افغانستان قانون وکلای مدافع در پنج فصل و 22 ماده توشیح گردید که و وزارت عدلیه مؤظف شد تا در خلال سه ماه بعد از انفاذ قانون تدابیر لازم را به منظور ایجاد انجمن مستقل وکلای مدافع اتخاذ نماید. در نتیجه مجمع عمومی انجمن به تاریخ 6 اسد 1387 توسط وکلای مدافع سرتاسر کشور در هتل انترکانتیننتل دایر و در روز اول اساسنامه انجمن تصویب در روز دوم اعضای

^۱- کریم، الواح سومری ها، ساموئل کریم، مترجم، دود رسائی، ص 47 طبع تهران سال 1383.

^۲- وزارت عدلیه. قانون اساسی جریده رسمی (818) مورخ 6/دلو 1382، ماده 31.

شورای رهبری، هیات اجرائیه و هیات نظارت به شکل آزاد، سری و مستقیم انتخاب گردیدند و انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان منحیث یک نهاد مستقل غیرسیاسی و غیر حکومتی شروع به فعالیت نمود.^(۱)

فعالاً وکلای مدافع در افغانستان مطابق به "قانون وکلای مدافع" سال 1386 منتشره جریده رسمی (934) مورخ 26/قوس/1386 فعالیت می نمایند.

اما در مورد وکالت بصورت عام در عرصه های مدنی و جزایی و احوال شخصی باید اشاره کرد، که وکالت بعد از نفوذ دین اسلام در سرزمین افغانستان قدیم - خراسان - امر معمول به شرعی بوده است. و نیز در افغانستان معاصر از زمان احمد شاه بابا ابدالی که در صیانت حقوق عامه سعی و تلاش شروع گردید و همچنان در عهد امیر شیرعلی خان، امیر عبدالرحمن خان، امیر حبیب الله خان، و شاه امان الله خان، موضوع وکالت در ضمن قوانین دینی و مذهبی و ملی در حیطه نظامنامه ها و اصول نامه ها در نظر گرفته شده بود. بخاطریکه همه مواد قانونی در روشنایی شریعت اسلامی و حوزه فقه حنفی متکی به متون اجتهادی این مذهب تنظیم میگردد و افغانستان یک کشوری است که مذهب معمول به آن مذهب حنفی است. با اینهمه باید خاطر نشان ساخت که عرف کاربردی وکالت، مصداق های کم و نادری داشت و مردم ازین گزینه حقوقی چندان استفاده نمیکردند. و با آن عادی نشده بودند.

مبحث دوم: وکالت در نکاح

این مبحث صلب بحث مان را تشکیل میدهد که در آن روی مطالب عمده چون: ازدواج و مشروعیت آن، توکیل زوج در عقد ازدواج، توکیل ولی در عقد ازدواج و توکیل زوجه در عقد ازدواج بحث صورت می گیرد.

مطلب اول: ازدواج و مشروعیت آن

1: ازدواج در لغت

ازدواج در لغت بمعنای پیوستن و اقتران، بایکدیگر جفت و قرین شدن، زن کردن و شوهر کردن است.^(۲) قسمکه در زبان عربی میخوانیم:

(تزوج القوم و ازدوجوا): برخی قوم باریخی دیگر ازدواج کردند. و ازدواج نیز بمعنی تزواج میباشد.

(زوج الشيء بالشيء و زوجه الیه: قرنه): چیزی را به چیزی پیوست، او را به او پیوست.^(۳)

و زواج از فعل: (زوّج، زواجاً او تزویجاً) در لغت نیز بمعنای پیوستن و ارتباط است. پس هر آنچه که یکی بادیگرمپیوندد، آنها دوجفت اند.

طوریکه در قرآن کریم میخوانیم: "كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ"^(۴): بدینگونه و سفیدپوستان سیاه چشم را جفت آنان گردانیده ایم. و لفظ تزویج و زواج در لغت نیز بر نکاح و مجامعت اطلاق میشود.^(۵)

واژه (نکاح) که مصدر (نَكَحَ) است، طوریکه در زبان عربی چنین بکاررفته: (نَكَحْتُ الْمَرْأَةَ وَنَكَحَ فُلَانٌ امْرَأَةً) همچنان بمعنای تزویج و ازدواج میباشد و نکاحواژه است که عرب ها آنرا برای ازدواج بکار برده اند.^(۶)

بنابراینچه ذکر شد واژه ی ازدواج، زواج و نکاح، واژه های اند که بر یک معنای واحد دلالت می کنند.

2: ازدواج در اصطلاح

فقهای احناف (رحمهم الله) ازدواج را چنین تعریف نموده اند: (عَقْدٌ يُفِيدُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ)^(۷) عقدی است که ملکیت متعه (جواز استمتاع مرد از زن) را افاده میکند. درین مورد فقهاء دیگری نیز تعریفات ی دارند با اینکه عبارات شان فرق میکند اما اکثراً مفاهیم مشترک را اجمالاً ویا تفصیلاً افاده میکنند.

^۱ - عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق و جایب (2) عقود معین، ص 277.

^۲ - ابراهیم و دیگران، معجم الوسیط، ابراهیم مصطفی و دیگران، ج 1 ص 405. لغت نامه دهخدا، ماده ازدواج.

^۳ - ابن منظور، لسان العرب، ج 2 ص 293. معجم الوسیط، ابراهیم مصطفی و دیگران، ج 1 ص 405.

^۴ - سوره الدخان: 54.

^۵ - ابراهیم و دیگران، معجم الوسیط، همان، ص 407. معجم اللغة العربية، د أحمد مختار عبد الحمید عمر (ت ۱۴۲۴ هـ)، علم الکتب، ج 2 ص 961.

^۶ - ابن منظور، لسان العرب، ج 2 ص 625.

^۷ - ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ابن عابدین، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدین الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252 هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت الطبعة: الثانية، 1412 هـ - 1992 م. ج 3 ص 3.

قانون مدنی افغانستان ازدواج را چنین تعریف مینماید: (ازدواج عقدیست که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده حقوق و واجبات طرفین را بوجود می آورد).^(۱)

پس بنا بر تفصیل که در اجمال تعاریف متذکره فوق مضمّن است، دانسته میشود که نکاح به عنوان یکی از مراحل اصلی زندگی اجتماعی در اسلام، به اتحاد دائمی و مشروع بین یک مرد و یک زن بر اساس شرایطی که شرع اسلام تعیین کرده است، گفته می شود. در واقع، نکاح یک قرارداد قانونی است که به واسطه آن، بین دو شخص به عنوان همسران، ارتباطی رسمی و مشروع برقرار می شود و هر دو طرف متعهد به رعایت حقوق و وظایف مشخصی در این ارتباط هستند.

در اسلام، نکاح به عنوان یک مکمل از شرایطی مانند رضایت طرفین، موافقت خانواده ها، داشتن مهریه و تعهد به رعایت حقوق همسران تشکیل می شود. همچنین، در اسلام، نکاح برای تأسیس خانواده و به دنبال آن تکمیل جوانب مختلف زندگی از جمله تربیت فرزندان، حفظ نسل و تحقق آرامش و صلح خانوادگی، ضروری و حیاتی است.

در کل، نکاح به عنوان یکی از اصول اسلامی، به منظور تأسیس خانواده و ارتباط مشروع و متعهد در بین دو نفر، با رعایت شرایط و مقررات کتاب و سنت اسلامی انجام می شود.

3: مشروعیت ازدواج

ازدواج در شریعت اسلام امر مشروع میباشد که قرآن، سنت و اجماع بر آن دلالت مینماید:

الف: قرآن کریم

خداوند جل جلاله میفرماید: "فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتِلْكَ وَرَبِّعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"^(۲):

پس نکاح کنید آنچه را پاکیزه آید شما را از زنان دو دو و سه سه و چهار چهار، پس اگر خوف بی عدالتی دارید پس یکی یا آنچه دستهای شما مالک شده است، این نزدیکتر است به اینکه جور نکنید.

ب: سنت پیامبر صلی الله علیه وسلم

پیامبر صلی الله علیه وسلم میفرماید: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ»^(۳) ای جوانان، هر کس می تواند ازدواج کند، زیرا چشم را فرو می بندد و عفت را حفظ می کند، و هر کس نمی تواند روزه بگیرد، روزه قانع شهوت است.

ج: اجماع مسلمین

اجماع مسلمانان نیز در مورد مشروعیت ازدواج ثابت میباشد.^(۴) و ازدواج به عنوان یک عقد مقدس و تعهدات متقابل بین دو نفر (زن و مرد) به اساس شرایط صحت آن در نظر گرفته می شود.

مطلب دوم: توکیل زوج در عقد ازدواج

عقد ازدواج مانند سایر عقود، نیابت را در عرصه خود میپذیرد، از این جاست که فقهاء احکام وکالت را در نکاح پیگیری کرده اند و به این اعتبار توکیل در نکاح نزد شان معروف و مسلم است. مگر اینکه در تفصیلات احکام توکیل بین شان اختلاف وجود دارد که بعداً روی آن بحث خواهیم کرد.

پس بنابر قاعده ای که فقهاء ارائه کرده اند: (ان کل من صح تصرفه فی شیء بملک او ولایة مما تدخله النيابة صح ان یوکل فیه غیره)^(۵): هرآنکه تصرفش به چیزیه اساس مالکیت و یا ولایت شرعاً درست میشود و از آن چیزیهست که نیابت در آن صورت میگیرد، میتواند دیگری را در آن وکیل بگرداند.

گفته میشود که صلاحیت استخدام وکیل در عقد ازدواج به سه نفر تعلق میگیرد، که عبارت اند از زوج، زوجه، و ولی، البته با اختلاف نظریات فقهاء در قبول ورد تصرف زنان در عقد نکاح و کیفیت صلاحیت همه جانبه ولی درین زمینه.^(۱)

^۱ - وزارت عدلیه، قانون مدنی، جریده رسمی شماره (353) کابل مطبع صنعتی احمد، 1388 ش ماده 60.

^۲ - سورة النساء: 3.

^۳ - بخاری، صحیح البخاری، ج 7 ص 3 حدیث شماره: 5066.

^۴ - اب قدامه، المغنی، لابن قدامة، ج 7 ص 4.

^۵ - ابن قدامه، المغنی، ابن قدامه، ج 5 ص 63. الفقه الاسلامی وادلته، الزحیلی، ج 7 ص 219.

مذاهب فقهی چهارگانه اهل سنت (احناف، مالکی، حنبلی، شافعی) (۲) همه معتقد به این صلاحیت اند که یک مرد عاقل و بالغ و سالم و صحتمند میتواند، کسی دیگری را در عقد نکاح وکیل خود بسازد. فقهای کرام به یک سلسله احادیث در مورد استدلال میکنند که نشان دهنده عمل پیامبرعلیه السلام درین حوزه میباشد و از آن دانسته میشود که توکیل در ازدواج امر مشروع و مسلم در اسلام است. از جمله میتوان به احادیث ذیل توجه نمود:

"عَنْ أَبِي رَافِعٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ حَلَالًا وَبَنَى بِهَا حَلَالًا وَكُنْتُ الرَّسُولَ بَيْنَهُمَا" (۳)

ابورافع یکن از صحابیان پیامبرعلیه السلام میفرماید که پیامبرصلی الله علیه وسلم بامیمونه ازدواج کرد و با وی زفاف نمود درحالی که در احرام قرارداشت، و من در جریان این تزویج در بین شان وکیل بودم.

"عَنْ أُمِّ حَبِيبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ جَحْشٍ فَمَاتَ بِأَرْضِ الْخَبَشَةِ، فَزَوَّجَهَا النَّجَاشِيُّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَمَّهَرَهَا عَنْهُ أَرْبَعَةَ الْآلِافِ، وَبَعَثَ بِهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ شَرْحِبِيلِ بْنِ حَسَنَةَ" هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ" (۴)

ام حبیبه دختر ابوسفیان رضی الله عنهما میگوید که من خانم عبید الله پسر جحش بودم که در سرزمین حبشه (در زمان هجرت به حبشه) وفات نمود، نجاشی پادشاه حبشه به اساس وکالت او را در نکاح پیامبرعلیه السلام در آورد، و از طرف خود برایش چهار هزار درهم مهر بخشید، او را به همراهی شرحبیل به نزد پیامبرعلیه السلام فرستاد.

همچنان توکیل در نکاح از ضروریات اجتماعی بشر میباشد زیرا انسان مشغولیت ها و بندش های متعددی و مختلف دارد، چون سفر، دوری، و اسارت ... که نمیتواند خودش بالفعل به برخی از امور خود رسیدگی نماید. بنابراین معقول است که رفع حرج به اساس توکیل از او صورت بگیرد که این خود از جمله مسابرت احکام شرعی با ایجابات زمانی و مکانی میباشد، که باید به آن رسیدگی کند. قسمیکه در باب عقود و رفع حرج رسیدگی صورت گرفته است.

ب: توکیل زوج (شوهر) ازدید قوانین

قانون مدنی در فقه 1 ماده 72 چنین تصریح میدارد: "گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جواز دارد" مفهوم این ماده بشکل ایجاز طوری بنظر میخورد که از مواد فقهی اقتباس شده است، طوریکه در ماده 57 الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية، چنین تصریح شده است: "يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نكاحهما بانفسهما وان يوكلوا به من شاء، اذا كانا حريين عاقلين بالغين." (۵) برای زوج و زوجه هر دو جایز است که خود عقد نکاح شان را متولی شوند، و با اگر خواسته باشند کسی دیگر را برای اجرای آن وکیل بگیرند در صورت که هر دو عاقل و بالغ باشند.

همچنان توکیل زوج از طریق شفاهی، و کتابت درست است، بدون اینکه بر آن بخاطر صحت شاهد گرفته شود، اما اگر بخاطر ترس از وجود نزاع شاهد گرفته شود مجاز میباشد. (۶)

و در ماده 69 مجلة الاحکام آمده است: "الكتاب كالخطاب" یعنی نوشتن و کتابت در حکم گفتن و بیان است. (۷)

و بنابراین مواد قیاساً گفته میتوان که توکیل از طریق تکنالوجی مدرن نیز درست است، چون فاکس، تلفون، ایمیل و غیره. و ازین جهت است که قانون مدنی افغانستان در ماده (524) خود بطور عام در زمینه تحقق عقود چنین تصریح میدارد: "عقد بوسيلة تليفون یا وسایل مماثل آن از حیث زمان، مانند عقد بین طرفین حاضر و از حیث مکان، مانند عقد بین طرفین غایب پنداشته میشود." (۸) و مسلم است که نکاح هم عقد و قرارداد است که در عموم این ماده داخل میباشد ازین جهت است که

¹ - زیدان، المفصل فی احکام المرأة و بیت المسلم، عبدالکریم زیدان، ج 6 ص 484. موسسه الرساله طبع 1413 هـ.

² - السرخسی، المبسوط، ج 19 ص 117. والام، امام الشافعی، محمد بن ادریس الشافعی، ج 5 ص 21، دار المعرفه بیروت. 1410 هـ. و بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، ابن رشد، ج 4 ص 85. والمغنی، ابن قدامة، ج 7 ص 19.

³ - الترمذی، سنن الترمذی، محمد بن عیسی بن سوره بن موسی بن الضحاک، الترمذی، أبو عیسی (المتوفی: 279 هـ) بیروت 1998 م ج 2 ص 192. ترمذی میگوید: حیث حسن است.

⁴ - الحاکم، المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاکم محمد بن عبد الله بن محمد النیسابوری المعروف بابن البیع (المتوفی: 405 هـ) دار الکتب العلمیة - بیروت، 1411 هـ ج 2 ص 198. نمبر 2741.

⁵ - قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، محمد قدری باشا، ص 40 ماده 75. به اهتمام بسام عبدالوهاب الجابی، دارین حزم، بیروت لبنان 1428 هـ.

⁶ - قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية، ماده 58، ص 40.

⁷ - مجلة الاحکام العدلی، ماده 69.

⁸ - قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 524.

فقهاء احناف تحقق آنرا به صیغه بیع مجاز میدانند. همچنان در ماده (509) می‌رساند که "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می‌گیرد...."¹

به این اساس تکنالوجی معاصر اعلام و اتصال، از یک طرف اجراءات نوشتاری و کتبی را دارد و از طرف دیگر استفاده از آن قسمی متداول گردیده است که عرف ملی و بین‌المللی را به خود گرفته است.

وکیل زوج (شوهر) و طرز اجرائی وکالت او

وکالت در عقد نکاح از ممیزه خاصی برخوردار است، وکیل درین عقد نمیتواند در اجرای این امر عبارات نکاح را به خود نسبت بدهد چون عقد نکاح از جمله عقود است که عقد به مؤکل نسبت داده میشود و وکیل یک سفیر و معبر است از طرف مؤکل که از رغبت او حکایت دارد و رغبت او را تحقق میبخشد.

بنابراین در افاده الفاظ ایجاب و قبول در وقت ابرام عقد باید الفاظش مقید و مضاف به خواستن برای مؤکل باشد، مانند اینکه بگوید، قبول کردم ازدواج را وکالتاً برای فلان، و اگر عقد را به خود نسبت بدهد مثلکه بگوید، قبول کردم فلان را، درین صورت نکاح مربوط به وکیل میشود نه به مؤکل.⁽²⁾

همچنان وکیل نمیتواند برای اجرای وظیفه وکالتش در عقد نکاح کسی دیگری را بدون اجازه موکل، و یا تفویض کلی امر به او، وکیل بگیرد.

همچنان وکیل مکلف به تسلیمی زوجه به زوج نمیباشد، و نه به تسلیم دهی مهریه زوجه، مگر اینکه ضمانت کرده باشد. و اگر ضمانت کرده بود باید بپردازد که درین صورت به زوج هم رجوع نمیتواند مگر اینکه از طرف زوج مأذون باشد.

همچنان موافقت وکیل با آنچه از طرف موکل مامور است در تنفیذ وکالتش در عقد نکاح لازم میباشد، که در غیر آن عقد تنفیذ نمیشود مگر اینکه مؤکل قبول نماید.⁽³⁾ با اقتباس از مواد متذکره فقهی فوق قانون مدنی نیز در مورد مسایل یاد شده تحت ماده های، 73-75-76- چنین صراحت دارد:

ماده 73: "وکیل نمی تواند در عقد ازدواج بدون تفویض صلاحیت یا اجازه مؤکل یا مؤکله خود، شخص دیگری را بصفت وکیل انتخاب نماید."

ماده- 74: "وکیل نمیتواند عملی را که خارج از حدود وکالت او باشد، انجام دهد. تصرف خارج از حدود وکالت به مثابه عمل فضولی بوده و موقوف به اجازه مؤکل یا مؤکله او می باشد."

ماده- 75: "وکیل به تسلیم زوجه به زوج و پرداخت مهر مکلف نمیباشد، مگر اینکه از پرداخت مهر ضمانت کرده باشد. درین صورت وکیل نمی تواند که مهر تادیه شده را از زوج مطالبه نماید. جز درحالی که ضمانت وکیل به اجازه زوج صورت گرفته باشد." ⁽⁴⁾

بنابر مواد فقهی و قانونی ایکه ذکر شد میتوان نتایج ذیل را بدست آورد:

- وکیل زوج (شوهر) می تواند برای نمایندگی از طرف شوهر، خود در امر نکاح و تزویج، در حدود وکالت اقدام نماید. برای این کار، شوهر باید به وکیل خود وکالت دهد. وکالت، اجازه نمایندگی وکیل را به شوهر می دهد تا نسبت به امور حقوقی و قضایی او نمایندگی کند. و این اجازه میتواند که شرعی و قانونی و یا عرفی باشد. زیرا اسناد عرفی هم طبق مواد 991 و 995 و ماده 289 اصول محاکمات مدنی مانند اسناد رسمی قابل اعتبار است. ()
- اجرائی کردن وکالت نیز در عرصه شرعی و قانونی به این صورت است که وکیل زوج باید با ارائه مدارک مربوطه به محکمه یا مرجع عدلی مربوطه مراجعه کند و درخواست لازم را از طرف مؤکل خود ارائه دهد. و تشریفات رسمی آن را پی گیری نماید.
- وکیل زوج در مورد امور ازدواج شوهر نمی تواند به صورت مستقل اقدام کند، مگر اینکه شوهر به وکیل خود وکالت داده باشد تا برای او این امور را انجام دهد.

در صورتی که شوهر وکالت خود را به وکیل داده باشد، وکیل می تواند به عنوان نماینده شوهر در مراحل ثبت ازدواج، مدارک مورد نیاز را تهیه کرده و به نمایندگی از شوهر در مراجع مختلفی مانند دفتر ازدواج، محکمه و ... اقدام کند.

¹ - قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 509.

² - الموصلی، الاختیار لتعلیل المختار، للموصلی، ج 2 ص 158.

³ - الاحکام الشرعیه فی الاحوال الشخصیه، مواد 59-60-61.

⁴ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، مواد 73-74-75.

تعریف ولایت

تعریف ولی از حیث لغت: ولایت واژه که به کسر (واو) وفتح (واو) قرائت شده است، که بمعنی قدرت، حاکمیت و نصرت می آید، مانند: "وَلِي الشَّيْءِ وَوَلِي عَلَيْهِ وَلايَةٌ وَوَلَايَةٌ": (ای ملک امره وقام به) (۱): (اورا به اختیار گرفت و انجام داد اورا) که جمله اولی بمعنی حاکمیت یا سلطنت بر امر و جمله دومی مسؤلیت در قبال امر را نشان میدهد.

و «وَلِي الْعَهْدِ وَارِثُ الْمَلِكِ»: وارث پادشاهی.

و «وَلِي الْيَتِيمِ»: «الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ وَيَقُومُ بِكِفَايَتِهِ»: کسی که سرپرستی یتیم را در اختیار دارد.

و «وَلِي الْمَرْأَةِ»: «مَنْ يَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا وَلَا يَدْعُهَا تَسْتَبِدُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ دُونِهِ» (۲): کسی که عقد نکاح قاصره را در اختیار دارد، و اورا به اختیار خودش نمی‌ماند.

در کل ولایت یک واژه عربی است که به معنی حاکمیت و سلطنت بر امر (مردم) و یا مسؤلیت در قبال یک امر است.

همچنان ولایت در لغت به معنی دوستی، قرابت و خویشاوندی نیز آمده است.³

تعریف ولایت از حیث اصطلاح از ولایت در اصطلاح، فقهاء تعبیرهای مختلف دارند که در ذیل برخی آنرا ذکر می‌کنیم:

"تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى" (4): انفاذ قول است بر غیر، اگر بخواهد و یا نخواهد که این تعریف اغلب بر ولایت اجبار صدق مینماید.

"هی قدرة الشخص شرعا على انشاء تصرف الصحيح النافذ على نفسه او ماله او على نفس الغير او ماله" (5): عبارت از قدرت شرعی یک شخص است بر انشاء تصرف صحیح نافذ بر نفسش و یا مالش و یا بر نفس کسی دیگری و یا مال کسی دیگری.

در امور فامیل، «ولایت عبارت از اقتداری است که قانون گذار به منظور نگهداری، مواظبت، تربیت و اداره امور مالی و غیر مالی کودک، یا سفیه و مجنون که حجر شان متصل به زمان صغر است به پدر و جد پدری اعطاء کرده است. (6)

در اصطلاح حقوقی، ولایت عبارت از «سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سمت را داراست (ولی) نامیده می‌شود.» (7)

قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان در بند 1 ماده 41 خویش، ولایت را چنین تعریف نموده است: «ولایت سلطه و اقتداری است که مطابق احکام این قانون جهت انجام امور مربوط به غیر در حدود معین به شخص داده می‌شود و به شخص دارنده ولایت، ولی و به شخص موضوع ولایت، مولی علیه اطلاق می‌گردد.» (8)

در کل، مفهوم ولی در اسلام شامل چندین معنا و مفهوم متفاوت است که هر کدام به نوعی با مسؤلیت، مدیریت و نگهداری از دیگران و دارایی‌های آنان در موقعی که به آنها نیاز دارند، مرتبط است.

اما ولایت در نکاح عبارت حق اقرباء (عصبه بنفسه) زوجه است که شرعا صلاحیت تزویج او را دارند. مانند، پدر و جد

قانون مدنی افغانستان ولایت بر نکاح را تعریف نکرده است، طوری که نظرمیخورد که قانون گزار افغانستان به این حق برای عصبات قایل نبوده است. زیرا قانون در مورد ساکت بوده و نیز از قیود متذکره ماده، 70 و 71 قانون مدنی دانسته میشود.

اما در مورد اداره اموال، ولایت بر اموال قاصرا هلیت را تأیید کرده و آنرا حق پدر و پدر کلان میداند.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ابن منظور، ج 15 ص 407.

² ابراهیم مصطفی، المعجم الوسیط، ج 2 ص 1058.

³ مسعود انصاری و داکتر محمد علی طاهری. دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2248.

⁴ الجرجانی، کتاب التعریفات علی بن محمد بن علی الزین الشریف الجرجانی (المتوفی: 816هـ) دار الکتب العلمیة بیروت - لبنان الطبعة: الأولى 1403هـ-1983م ج 1 ص 254. تبیین الحقائق شرح کنز الدقیق، از امام زبلی، ج 2 ص 98.

⁵ زیدان، المفصل فی أحكام الأسرة والبیة، عبد الکریم زیدان، ج 6 ص 339.

⁶ عبدالله، نظام الدین، قواعد عمومی عقود، ص (228) انتشارات سعید. 1395.

⁷ عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق و جایب (2) عقود معین، چاپ سوم، انتشارات سعید، بهار 1395هـ. ش. ص (228).

⁸ وزارت عدلیه. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، جریده رسمی شماره مسلسل نبر (988/5/5/1388) ماده 41.

ماده 268 قانون مدنی در فقره 1 چنین تصریح میکند «ولایت اموال اولاد ناقص اهلیت، بدرجۀ اول به پدر و ثانیاً به جد صحیح، تعلق می‌گیرد. مشروط بر اینکه از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد.»⁽¹⁾

ج: انواع ولایت در نکاح:

ولایت در نکاح از نظر فقهای کرام به دونوع عمده دسته بندی شده است. و این هم به اساس تفاوت های مراتب اهلیت (ناقص الاهلیت و کامل الاهلیت) صغیره و کبیره، و مراتب حالت مدنی از مجرد بودن و بیوه بودن صورت گرفته است. که به این اساس ولایت در نکاح، به ولایت اجبار و ولایت اختیار تقسیم میشود.

1: ولایت اجبار

عبارت از ولایت است که حق انشائی عقد نکاح را استبداداً دارد. بدون کسب رضایت کسی دیگر، که مصدر آن شریعت و قضاء است مانند ولایت پدر بر صغیره.

ویا به عباره دیگر: برخورداری از قدرت تصمیم گیری مستقلانه است در تزویج اناث، که شریعت و قانون برایش میثناسد. مانند ولایت پدر بر صغیره.⁽²⁾

یعنی در کل عبارت است از این که ولی بدون رضایت مولی علیه، خود ازدواج وی را با شخص دیگری منعقد می‌سازد. ولایت اجباری زمانی به وجود می‌آید که مولی علیه به علت خورد سالی، دیوانگی، معتوه بودن، سفاهت و غفلت فاقد یا ناقص اهلیت باشد و ولی بدون رضایت مولی علیه عقد ازدواج را منعقد نماید و بدین ترتیب ازدواج بر مولی علیه تحمیل گردد. برای صاحب این گونه ولایت ولی مجبر گفته می‌شود که آن با یکی از اسباب چهارگانه ذیل ثابت می‌شود:

ولایت قرابت: این گونه ولایت به سبب قرابت ولی با مولی علیه برایش ثابت می‌شود یا به سبب قرابت قریبه مانند: ولایت پدر، جد و پسر یا به سبب قرابت بعیده مانند: پسر کاکا پسر ماما.

ولایت ملک: این همان ولایتی است که برای بادر بر برده اش ثابت می‌شود بنا بر این، وی می‌تواند غلام یا کنیز خود را اجبار به نکاح بدهد و ازدواج غلام یا کنیز بدون اذن مولا موقوف بر اجازه وی می‌باشد. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل و بالغ باشد.

ولایت ولاء: این گونه ولایت به دو قسم است: یکی ولاء عتاقه و دیگری ولاء موالات.

ولاء عتاقه: عبارت از حق شرعی است که برای (معتق) بر (معتق) خود ثابت می‌شود. یعنی هر گاه معتق صغیر یا کبیر مجنون یا معتوه باشد معتق می‌تواند وی را به نکاح بدهد و هرگاه معتق وفات نماید و وارثی نداشته باشد معتق مال وی را بر میراث می‌برد. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل و بالغ باشد.⁽³⁾

ولاء موالات: عبارت از صلاحیتی است که برای دو نفر بر اساس پیمانی که میان شان مبنی بر این که از یک دیگر در زندگی دفاع نمایند و از جانب یک دیگر خساره بپردازند ثابت می‌شود. و بر اساس همین پیمان بر یک دیگر ولایت تزویج پیدا می‌کنند. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل بالغ باشد و مولی علیه وارث نسبی و سببی نداشته باشد.

ولایت امامت: ولایت امامت همان ولایت امام عادل مانند: رئیس دولت و نایب وی مثل قاضی می‌باشد. بنا بر این، هر یکی از آنها ولایت تزویج فاقد یا ناقص اهلیت را دارند، مشروط بر این که فاقد یا ناقص اهلیت ولی قریب نداشته باشند⁽⁴⁾.

اما قانون مدنی افغانستان این صلاحیت را تنها برای پدر و محکمه با صلاحیت قایل بوده طوریکه در ماده 71 تصریح میدارد:

" (1) هرگاه دختر سن مندرج ماده (70) این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمه باصلاحیت صورت گرفته میتواند."

" (2) عقد نکاح صغیره کمتر از (15) سال به هیچ وجه جواز ندارد." ⁽⁵⁾

سن قانون ازدواج دختران را قانون مدنی در ماده 70، شانزده سال کامل تصریح کرده است. و بنا بر مواد متذکره دانسته میشود که هرگاه سن دختر 15 سال باشد عقد ازدواج وی توسط پدر و محکمه باصلاحیت صورت گرفته میتواند اما اگر سن وی کمتر از 15 سال باشد هیچ کس صلاحیت تزویج او را ندارد. همچنان این مواد میرساند که به جز پدر دیگر عصبان ازین صلاحیت برخوردار نیستند. به این ترتیب قانون منع خشونت علیه زن، تزویج دختریکه سن قانونی را تکمیل نکرده است جرم میداند

¹ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 268.

² - الکاسانی، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدین أبو بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی، ج 2 ص 241. المعنی المحتاج، الشربینی ج 4 ص 226.

³ - الدكتوروهبة، الزحلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج 7، ص 187.

⁴ - همان، ج 7، ص 187.

⁵ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 71.

ودرمورد مجازات آن در ماده (28) قانون متذکره چنین تصریح میدارد: "هرگاه شخص زن را که سن قانونی را تکمیل ننموده، وبدون رعایت حکم مندرج ماده (71) قانون مدنی به عقد نکاح درآورد حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد محکوم ونکاح به اساس مطالبه زن مطابق احکام قانون فسخ میگردد"

2: ولایت اختیاری

این نوع ولایت را ولایت استحباب وندب وشرکت، نیز میگویند.

ولایت استحباب، عبارت ازحق انشاء عقد نکاح است بدون استبداد واجبار و باکسب رضایت مولی علیه.⁽¹⁾

ویا عبارت ازولایت است که زن عاقله، بالغه میتواند به اختیارخود بدون رضاء و رای ولی ازدواج نماید، مگرمستحب است که این امررا به ولی تفویض نماید بخاطرکسب مقاصد نکاح بشکل بهتروکاملترآن.⁽²⁾ وولایت ندب درنزد احناف درحقیقت ولایت وکالت میباشد که آنرا عصابات واقربا بنابر رضا مولی علیه بدون استبداد انجام میدهند طوریکه میخوانیم: "ولاية النذب هي التي يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة... وهذه في الحقيقة ولاية وكالة"⁽³⁾ ولایت ندب: مطلوب آن است که زن امور خود را به ولی خود تفویض کند تا منتسب به وقاحت نشود. و این در حقیقت وکالت است.

وولایت شرکت، عبارت از ولایت مشترکه بین ولی ومولی علیه است که نکاح ولی بدون اجازه مولی علیه منعقد نمیشود.⁽⁴⁾ یعنی که یکی بدون رضایت دیگری نکاح را منعقد نمیتوانند. اما بهتر است که زن درین صورت انعقاد عقد را به ولی بسپارد تا خودش مورد تبدل ومسخرگی گرفته نشود.⁽⁵⁾ ویا ازعواطف آن سوء استفاده صورت نگیرد.

پس درکل باید دانست که ولی غیرمجرر درولایت اختیاری، درنزد احناف وغیراحناف ازمالکی ها، شافعی ها درقول صحیح وحنبللی ها ملزم به استئذان واجازه از مولی علیه میباشد.⁽⁶⁾ که بدون استئذان واجازه برتزیج ایشان اثری مرتب نمیشود.

د: اشخاص که تحت ولایت اجبار و اختیار قرار میگیرند

قبلا تذکر رفت که مولی علیه دو قسم افراد قرارمیگیرند، فاقد الاهلیة وناقص الاهلیة، یعنی کسانی که به اساس صغرسن ویا جنون هیچ قوه تمیز بین نفع وضرر ندارند، واصلا به نفع وضرر خود نمیفهمند ویا اینکه قوه تمیز او ناقص است بشکل کامل نفع را از ضررتفکیک نمیتوانند.

بنابراین ازنظرمذهب احناف که مذهب معمول به درافغانستان است، ولایت اجبار برصغیر و صغیره، مجنون و مجنونه (فاقدتمیز) وبرصغیر و صغیره ومعنوه (ناقص تمیز) ثابت میباشد.⁽⁷⁾ زیرا اینان به اغراض ومقاصد ومصالح ازدواج طوریکه ضروراست نمیدانند که اگر به آن اقدام صورت نگیرد فوت خواهد شد.⁽⁸⁾

اما کسانی که تحت ولایت اختیار ویا ندب ویا شرکت قرارمیگیرند، عبارت از زن بالغه، عاقله وآزاد است، برابر است که بکر (شوهر ندیده) باشد ویا ثیب⁽⁹⁾ (شوهر دیده). یعنی زنان که عاقل وبالغ اند وهنوز شوهر نکرده، وزنان که شوهر کرده اند اما سپس بیوه شده اند ویا طلاق شده اند. اما باید متذکر شد که این نظرقه های احناف است، ولی فقهای شافعی وبرخی از حنابله به این نظراند که زن عاقله بالغه، ثیبه باشد، نه باکره. وباکره تحت ولایت اجباری قرار دارد.

ه: ترتیب اولیاء

ترتیب ولایت برنفس نزد فقهای احناف درهردو نوع ازولایت (ولایت اجباری وولایت اختیاری) اولابرای عصبه بنفسه ثابت میباشد، که به حسب ترتیب شان درمیراث ودرحجب قراردارند که منحصر به چهار جهت میگردد:

جهت فرزندی: که شامل پسر، پسرپسر میشود، اگرهرقدر که پایین ترهم باشند.

¹ - همان، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ص 224.

² - أحمد الحصري، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجليل، بيروت، خالي من سنة الطبع، ص 13.

³ - ابن عابدين، رد المحتار، ج 3 ص 55. والفقه الإسلامي وادلته، الزحيلي، ج 4 ص 2395.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ص 222. - المغني، ابن قدامة ج 5 ص 72. واین نوع ولایت از نظر فقهای احناف، ولایت وکالت نیز برایش اطلاق شده است.

⁵ - بخاطراينکه زن به وقاحت منسوب نشود، مستحب است که امرتزیجش را به ولی تفویض نماید. (رد المحتار، ابن عابدين ج 4 ص 55).

⁶ - الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 247.

⁷ - الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 3 ص 90. والتاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الفرناطي، أبو عبد الله المواقمالكي ج 5 ص 73، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ 1994 م. والحاوي الكبير، للماوردی، ج 9 ص 114.

⁸ - محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995، ص 60.

⁹ - د. أحمد محمد علي داود، فقه الأحوال الشخصية المقارن، ج 1، ج 2، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 164.

⁹ - ابن نجيم، زين الدين ابن نجيم الحنفي، ج 3، مرجع سابق، ص 193.

جهت پدری: که شامل پدر، پدرپدر (پدرکلان پدری) میشود، ولو اگر بالاتر هم باشند.

جهت برادری: که شامل برادر حقیقی و برادر پدری، و پسران شان میشود ولو اگر پیاپی باشند.

جهت عمومی: که شامل کاکای حقیقی و کاکای پدری و پسران شان میشود ولو اگر نازل تر هم باشند.^(۱)

واگر یکی از این عصبان بنفسه وجود نداشت این ولایت به اقارب غیرعصبه انتقال مینماید، که این ها هم منحصر به چهار حوزه تقسیم میشوند:

جهت اصول: مانند مادر، مادرپدر (بی بی پدری)، مادرمادر (بی بی مادری).

جهت فروع: مانند دختر، دخترپسر، دختردختر... سپس پدرکلان مادری

فروع پدرومادر، مانند: خواهر حقیقی، خواهر پدری، سپس خواهرمادری

فروع پدرکلان و مادریکلان: مانند: عمت مطلقاً، کاکاهای مادر، خاله ها و ماما ها سپس اولاد شان. در صورت که این اقارب مولی علیه وجود نداشته، ولایت به حاکم تعلق میگیرد. لقلوه: (صلی الله علیه وآله وسلم) "السلطان ولی من لا ولی له" (۲) سپس به قاضی که از حاکم و پادشاه نیابت مینماید.^(۳)

و فقهای احناف بر این باور اند که هر دو قسم ولایت برای همه اولیاء بر حسب درجات ایشان در عصبان ثابت است.^(۴)

البته ولایت متذکره درین جا به معنای نمایندگی و وکالت است، چنان که قبلاً ذکر شد. زیرا از نظر حنفی ها ولایت وجود ندارد مگر ولایت مجبره. صرف ولایت مجبره است که ولی قهری در اجبار اطفال ذکور و اناث، مجنون و مجنون بالغان به طور کلی اختصاص دارد. که میتواند آنها را اجباراً به نکاح بدهد. با این تفاوت که پدر و پدرکلان در نزد امام ابوحنیفه و امام محمد رحمهما الله دارای اعتبار خاص اند، به این معنا که اگر صغیر و صغیره ای از طرف پدر و پدرکلان به نکاح داده میشوند آنان نمیتوانند این عقد را بعد از بلوغ شان فسخ نمایند. اما اگر تزویج از طرف غیر از ایشان، عصبان دیگری باشد اختیار فسخ عقد نکاح برای ایشان پس از بلوغ محفوظ است. طوری که در بنایه شرح هدایه میخوانیم: "و يجوز نکاح الصغیر والصغیره إذا زوجهما الولی بکراً كانت الصغیره أو ثیباً والولی هو العصبه، فإن زوجهما الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما، وان زوجهما غیر الأب والجد فلکل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام علی النکاح وان شاء فسخ"^۵

نکاح دختر و پسر کوچک اعم از باکره و شوهر دیده در صورتی که ولی آنها رابه نکاح بدهد جایز است و ولی، عبارت از عصبان (خویشاوند) است. اگر پدر یا پدر بزرگشان آنان رابه نکاح داده باشد بعد از بلوغ چاره و خیار ندارند و اگر ازدواجشان از طرف غیر از پدر و جد باشد هر کدام در صورت رسیدن به سن بلوغ اختیار دارند و در صورت تمایل می توانند به ازدواج ادامه دهند. اگر بخواهند می توانند نکاح را فسخ کنند.

همچنان ماده (35)، (36) و (37) الاحکام الشرعیه در مورد عصبان و ترتیب آن چنین تصریح میدارد: "الولی فی النکاح العصبه بنفسه علی الترتیب الارث والحجب، فیقدم الابن ثم ابن الابن وان سفل. ثم الأب ثم الجد الصحيح وان علا، ثم الاخ الشقیق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقیق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقیق، ثم ابن العم الشقیق، ثم ابن العم لأب، ثم ولاء العتاقه، وولی المجنونه فی النکاح ابنها وان سفل، دون ابیها عند الاجتماع":

ولی در عقد نکاح عصبه بذات به ترتیب ارث و حجب است، پس اول پسر می آید، بعد پسرپسر، هر چقدر هم که پایین باشد، بعد پدر، بعد پدر بزرگ پدری، هر چقدر هم بالا باشد. سپس برادر کامل پدری و مادری، سپس برادر پدری، سپس پسر برادر کامل، سپس پسر برادر پدری، سپس عمومی کامل، سپس عمومی پدری، سپس پسر عمومی کامل، سپس پسر عمومی پدری، سپس ولی عتاقه، و ولی زن دیوانه پسر اوست، حتی اگر پایین زاده باشد، بدون پدری، زمان که هر دو وجود داشته باشند.

(36): "إذا لم یکن عصبه تنتقل ولاية النکاح للأُم، ثم لأم الأب، ثم للبنات، ثم لبنات الابن، ثم لبنات البنات، ثم لبنات بنت البنات، وهكذا ثم للجد الفاسد، ثم لأخت الشقیق، ثم لأخت لأب، ثم لولد الأم، ثم لاولادهم، ثم لباقی ذوی الارحام: العمت ثم الاخوال، ثم الخالات، ثم بنات الاعمام ثم اولادهم، بهذا الترتیب.":

^۱ - السرخسی، شمس الدین السرخسی- المبسوط- دار المعرفة- بیروت- لبنان- ط 2- ج 4- ص 219. فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، ج 2، دار المعرفة، بیروت - لبنان، بلا سنة الطبع، ص 122.

^۲ - الشوکانی، محمد بن علی الشوکانی، نیل الأوطار وشرح منتهی الأخبار من أحادیث الأخبار، ج 6، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص 251.

^۳ - محمد قدری باشا، الأحکام الشرعیة فی الأحوال الشخصية، ج 1، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، بلا سنة طبع، ص 129

وتبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی، ج 2، دار المعرفة، بیروت - لبنان، بلا سنة الطبع، ص 122.

^۴ - المرغینانی، علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل، بداية المبتدی فی فقه الإمام أبي حنيفة، (ص: 6)، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح القاهرة.

^۵ - العینی، البناية شرح الهدایة، ج 5 ص 94.

اگر عصبه وجود نداشته باشد، سرپرستی ازدواج به مادر، سپس به مادر پدر، سپس به دختر، سپس به دختر پسر و سپس به دختر دختر می رسد. سپس به دختر پسر پسر، سپس به دختر دختر دختر، و به همین ترتیب، سپس به پدربزرگ فاسد، سپس به خواهر کامل، سپس به خواهر پدری، سپس به پسر مادر. سپس به فرزندان شان، سپس به بقیه ذوی الارحام: عمه ها، سپس ماما ها، سپس خاله ها، سپس دختر عموهای کامل، سپس فرزندانشان به ترتیب ذکر شده.

(37): "السلطان ولی فی النکاح لمن لاولی له، ثم القاضی الذی کتب له فی منشوره": (1)

سلطان در ازدواج ولی کسانی است که ولی ندارند، سپس قاضی که در منشوراو (فرمان شاه) برای او نوشته شده است. یعنی از طرف امیربرای حکم داده شده است.

قانون مدنی افغانستان طبق نظریه فقهای احناف ترتیب عصبات وذوی الارحام را در باب ارث پذیرفته است و تحت ماده های: 2014-2016-2019-2021-2043. از آنها نام میبرد، اما ولایت عصبات را در باب تزویج نمی پذیرد مگر ولایت پدر صحیح التصرف را در تزویج فرزندان کوچک که پانزده سال داشته باشند، و ولایت پدر و پدرکلان را در اداره اموالایشانطوریکه ماده های، 71- و 268 قانون مدنی چنین مشعر است:

ماده 71: "(1) هرگاه دختر سن مندرج ماده (70) این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمه باصلاحیت صورت گرفته میتواند."

"(2) عقد نکاح صغیره کمتر از (15) سال به هیچ وجه جواز ندارد" (2)

وماده 268 به تاسی از نظر فقهای احناف: (1) «ولایت اموال اولاد ناقص اهلیت، به درجه اول به پدر ثانیاً به جد صحیح تعلق می گیرد. مشروط بر این که از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد» (3).

همچنان قانون مدنی تصریح می دارد: (1) «پدر می تواند برای اولاد ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن وصی تعیین نماید» (4)

بنابراین، پدر و جد صحیح به عنوان اولیای فرزندان صغیر ناقص اهلیت و فاقد اهلیت می باشند. البته جد صحیح زمانی ولی شرعی محسوب می شود که پدر شخص دیگری را به حیث وصی تعیین نکرده باشد.

ولایت بر مال طفل برای غیر از اشخاص مذکور از قبیل: برادر، کاکا و مادر ثابت نمی شود. مگر، اینکه پدر یا محکمه آنها را به حیث وصی تعیین نموده باشند. این ولایت تا آن که طفل به سن رشد می رسد ادامه می یابد.

قانون مدنی نیز می گوید: «هرگاه سن شخص تحت ولایت به هجده سال تمام برسد، ولایت ولی به انجام می رسد. مگر این که به سببی از اسباب حجر محکمه با صلاحیت به دوام آن حکم نموده باشد.» (5)

و: توکیل ولی کسی دیگر را در عقد نکاح

توکیل ولی در مورد ازدواج به معنای اجازه دادن به فردی دیگر به عنوان نماینده و وکیل خود، که انجام مراحل ازدواج و امضای سند عقد نکاح را به او واگذار کند. وکیل مورد نظر با توجه به توکیلی که از طرف ولی دریافت کرده، می تواند مراحل مربوط به ازدواج را، به نمایندگی از وی برعهده بگیرد. از نظر فقهای احناف و دیگر مذاهب اهل سنت اعم از مالکی ها و شافعی ها و حنبلی ها متفقاً مجاز دانسته شده است. و در مورد به عموم دلایل جواز وکالت در نکاح استدلال میکنند. 6 که قبلاً متذکر شدیم:

وکالت ابورافع در تزویج ام المومنین، ميمونه رضی الله عنها.

وکالت نجاشی در تزویج ام جیبیه رضی الله عنها.

وکالت عمر بن الخطاب رضی الله عنه در تزویج أم عمرو بن عثمان، به عثمان بن عفان.

1- محمدقدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ماده: 35-36-37. ص 35. نشر دار ابن حزم، بیروت لبنان، 1427 هج.

2- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 71.

3- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، فقره (1) ماده 268.

4- همان، فقره (1) ماده 291.

5- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 283.

6- الکاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج 2 ص 231. - بلغة السالك لأقرب المسالك، الصاوي ج 2 ص 372. - الحاوي الكبير، الماوردی، ج 3 ص 113. - كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج 5 ص 56.

طوریکه درارواء الغلیل روایت گردیده است که شخصی بادیه نشینی دختر خود را نزد عمر رضی الله عنه بگذاشت و برایش فرمود، هرگاه کفوی میسر شد او را برایش بنکاح بدهید ولو اگر مهریه وی بندک چپلی باشد. بناء عمر رضی الله عنه او را به عثمان بن عفان رضی الله بنکاح داد.^(۱)

وعقل انسانی نیز ایجاب میدارد که نظر به عدم مصلحت شناسی مولی علیه وقصور آن، ولی باید در بدست آوردن مصلحت ومنفعت او از طریق خود ویا از طریق انتخاب وکیل خود اقدام نماید. وولی دارای صلاحیت شرعی وقانونی است ودر زمینه، صاحب استقلالیت میباشد که مانند مالک متصرف در حق خود تصرف میتواند. از طرف دیگر زمانیکه زوج مکلف میتواند در زمینه وکیل بگیرد، ولی نیز قیاساً میتواند وکیل استخدام نماید.^(۲) البته در صورت که شرایط ولایت در وی متوافر باشد.^(۳)

بنابرا آنچه تذکر رفت در مفهوم کلی اولیاء که شرایط ولایت در ایشان متحقق باشد صلاحیت توکیل را در نکاح دارند. اعم از اینکه این اولیاء عصبات باشند ویا اقرباء غیر عصبات باشند، عادل باشند ویا غیر عادل باشند، مذکر باشند ویا مؤنث باشند، محدوده ولایت، اجباری باشد ویا اختیاری، این ها میتوانند این توکیل را مطلقاً و مقیداً انجام دهند. (یعنی زوج را برای وکیل مشخص کنند ویا نکنند)^(۴) واز نظر امام ابوحنیفه و ابویوسف رحمهما الله ولی میتواند مردی را برای وکالت استخدام نماید ویا زنی را استخدام کند.^(۵) اما مالکی ها ودر قولی شافعیها به این باور اند که لزوماً ولی نمیتواند به کسی وکالت مطلق بدهد. چون کمال شفقت بجز در ولی در وکیل دیده نمیشود. اما جمهوریه این نظر اند که شفقت ولی ایجاب میکند تا وکیل مناسب اختیار شود و نیز عرف هم می خواهد که وکیل از دایره طلب کفالت، مهر و حسن نظر و توجه در حق زن بیرون نرود. که وکالت درین صورت برای تحقق حق زن کافی است و میتواند مطلقاً بدون تعیین زوج باشد.^(۶) وقانون مدنی با تأسی از فقه حنفی نیز در ماده (57) الاحکام الشرعیة در مورد توکیل ولی چنین میرساند: "وللولی ابا کان او غیره ان یوکل بنکاح من له الولاية علیهم من الصغار ومن یلحق بهم"؛^(۷) ولی، اعم از اینکه پدر باشد ویا غیر پدر، میتواند برای تزویج کسانی که بر آنان ولایت دارد از اطفال و هم نوعان اطفال (چون دیوانگان و سفیهان...)، وکیل استخدام نماید.

ثالثاً- توکیل زن در عقد نکاح

الف : وکیل گرفتن مرد:

فقهاء در مورد اینکه زن بتواند برای تزویجش وکیل استخدام نماید، تا او را به کسی به زنی بدهد اختلاف نظر دارند. البته این اختلاف برمیگردد به همان اختلاف که آیا وجود (ولی) در تزویج حتمی است ویا خیر. یعنی یک زن عاقله و بالغه و آزاد خود میتواند بدون وجود ولی مراسم عقد نکاح خود را متصرف باشد و اجرا نماید ویا اینکه شرعاً صلاحیت این تصرف را ندارد.

مذهب معمول به افغانستان (مذهب احناف) به این باور است که زن عاقله و بالغه و آزاد میتواند مراسم ازدواجش را با وجود شرایط مطلوبه آن بدون وجود ولی انجام بدهد و رضایت ولی را با وجود آن در زمینه استجابی میداند، بخاطر کسب مقاصد نکاح بشکل بهتر و کاملتر آن. و تا زن ها خود شان مورد مسخرگی گرفته نشوند ویا از عواطف آنها سوء استفاده صورت نگیرد.^(۸)

بطور کلی فقهای احناف در زمینه به این مدارک استدلال میکنند:

1- قرآن کریم :

خداوند جل جلاله میفرماید:

"فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"^(۹)

¹- ابن قدامه المغنی، ج 7 ص 19 . - وإرواء الغلیل فی تخریج أحادیث منار السبیل، محمد ناصر الدین الألبانی، ج 6 ص 252. مکتب الاسلامی بیروت. قال البانی لم اقف علیه

²- الجوینی، نهاییه المطلب فی درایة المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوینی، أبو المعالی، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، ج 12 ص 111. دار المنهاج.

³- شروط که ولی نکاح آنرا دارا باشد قرار ذیل است: عقل، بلوغ، حریت، اتفاق در دین، عدالت. الختیار لتعلیل المختار، الموصلی (90/3). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، الکاسانی،

(2-229). المغنی، ابن قدامه (7-21) - المفصل فی أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الکریم زیدان، ج 6 ص 488.

⁴- ابن قدامه، المغنی، ج 7 ص 22. بدایع الصنائع، الکاسانی، ج 239 2. - مغنی المحتاج، الشربینی، ج 4 ص 257.

⁵- الموصیل، الاختیار لتعلیل المختار، ج 3 ص 90.

⁶- الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج 9 ص 6729..

⁷- قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصیة علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ماده 75.

⁸- اکاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج 2 ص 224.

⁹- سورة البقره: 230.

پس اگر آن زن را طلاق دهد (یعنی طلاق سوم)، پس از طلاق (سوم) دیگر آن زن برای او حلال نیست، تا اینکه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند، پس اگر زوج ثانی آن زن را طلاق دهد، بر آن دو (زوج اول و زن) باکی نیست که به یکدیگر مراجعه کنند اگر گمان داشته باشند که حدود خدا را برپا می‌دارند، و این است حدود خدا که بیان می‌کند برای قومی که بدانند.

وجه دلالت این آیت این است که خداوند جل جلاله صلاحیت نکاح را به زوجین نسبت داده بدون اینکه کسی دیگری را ذکر کرده باشد و اولیاء نام برده باشد، که این خود به اهمیت عبارات و الفاظ زنان در نکاح و اجرای آن دلالت دارد. (۱) و عبارت (من بعد حتی تنکح زوجا غیره): «تا اینکه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند.» در افاده صلاحیت زن در تزویجش نیز صریح می‌باشد.

و می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَهُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (۲):

و چون زنان را طلاق دادید، پس از آن به آخر مدت خود رسیدند، منع شان از نکاح شوهران شان نکنید وقتی که به خوبی بایکدیگر رضایت داشته باشند.

درین آیت نیز بنظر میرسد که نکاح به زنان نسبت داده شده است بدون اینکه از ولی و اولیاء نام برده شده باشد. پس دلالت دارد که نکاح به الفاظ و عبارات شان می‌تواند بسته شود، همچنان دیده میشود که اولیاء را از تشبث در مورد منع می‌نماید که این خود تصریح بر این است که عبارات زنان در انعقاد نکاح اصل می‌باشد.

2- سنت پیامبر:

«عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، واذننها صماتها"» (۳)

زن ثبیه خود در تزویجش نسبت به ولی اش مستحق تراست، و از زن مجرد اجازه گرفته میشود، و اجازه آن سکوت وی است.

درین حدیث دیده میشود که پیامبر علیه السلام حق تزویج را اصلا حق زن ها تعریف مینماید، اما صرف حق مباشرت به عقد را به ولی میدهد آن هم به اساس رضایت زن، (۴) بخاطر حیاء زن باکره و عدم تجربه اش در چنین عرصه، که اگر اجازه ندهد ولی نمیتواند اجبارا او را بنکاح بدهد.

اما در محدوده ی زن ثبیه زمانکه تجربه و عادت متحقق است، پیامبر علیه السلام هیچ صلاحیتی را برای ولی نمیگذارد، و زن را مستحق ترمعرفی مینماید.

قابل ذکر است که فقهای غیر احناف اعم از مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها به این نظر اند که زن ها را صلاحیت ازدواج و تزویج نیست و بدون وجود ولی امور نکاح را به اجرا و اعمال گرفته نمیتوانند. (۵) و به مدارک ذیل استدلال دارند:

الف: قرآن کریم:

"وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا" (۶) «و مردان مشرک را زن مدهید تا ایمان آورند»

گویند مورد خطاب درین آیت اولیاء اند. که صلاحیت تزویج را به ایشان تخصیص میدهد. (۷)

اما این نظر به احتمال توجیه امر به ألو الامر و عامه مسلمانان جواب شده است. زیرا توجیه امر به ألو الامر بهتراست نسبت به اولیاء (۸) بخاطر اجرای باقوت سیاست قانونی در خارج ملت اسلام و اظهار شوکت دین بر ادیان وضعی و باطل.

ب: سنت پیامبر:

"عن ابی موسی الأشعری قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لانكاح الابالولى" (۹)

¹ - السرخسی، المبسوط، ج 5 ص 11. - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج 2 ص 238.

² - سورة البقرة: 132.

³ - مسلم، صحيح مسلم، ج 2 ص 1037.

⁴ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 3 ص 117.

⁵ - ابن قدامة، المغني، ابن قدامة، ج 5 ص 63. - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج 3 ص 36. - الحاوي الكبير، الماوردي، ج 9 ص 38. - كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج 5 ص 49.

⁶ - سورة البقرة: 221.

⁷ - ابن حجر، فتح الباری، ج 9 ص 184. با اقتباس.

⁸ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 3 ص 37. با اقتباس.

⁹ - ابوداود، سنن ابن داود، ج 2 ص 191. - سنن ترمذی، ج 3 ص 407. وقال حديث حسن.

"وعن عائشة رضی الله عنها قالت، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إِيْمًا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ" (1)

گویند این احادیث در افاده صلاحیت تزویج به اولیاء صریح است. (2)

اما از طرف مخالف این احادیث معمول دانسته شده است، که ناقص الاهلیت و فاقد الاهلیت و فاقد اهلیت چون صغیره، معتوهه، امه، مجنونه بدون وجود ولی به نکاح اقدام نمیتوانند.

از طرف دیگر اگر اطلاق این احادیث در نظر گرفته شود، با اطلاق این مدارک شرعی "حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ" - {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (4) {فَلَا تَعْلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ} (5) و "الأيام أحق بنفسها من وليها" - "والبكر تستأذن في نفسها" در تعارض واقع میشود. بخاطریکه در صورت اطلاق نصوص تحقق نکاح در هیچ حوزه توسط زنان متحقق شده نمیتواند.

در مفهوم عام بطور کلی میتوان گفت که احکام شرعی متذکره در هر دو بخش صلاحیت های دستوری خود را نظریه ایجابات زمانی و مکانی دارد، و بهتراست این ایجابات امروز هم در نظر گرفته شود.

پس در صورت انکشافات معاصر جهان در حدود ارتقای آگاهی ها علمی و تجربی زنان در زمینه ازدواج، میتوانند تصمیم اجرا و اعمال این حق را بدست بگیرند، و خود شان با درک خیر و شرایشان برای خویش سرنوشت سازی بکنند. و اگر این نوع آگاهی ها جامعه انان را نپوشانیده باشد، بهتراست که تصمیم اولیاء در اولویت قرار داده شود و زنان مکلف به اتباع از اولیاء گردند.

قانون مدنی افغانستان با پیروی از نظریات فقه حنفی، اراده آزاد زنان را در قبال ازدواج شان در نظر گرفته و در مواد زیر چنین تصریح میدارد:

ماده- 72

(1) "گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جواز دارد."

(2) "وکیل نمیتواند موکله خود را به عقد نکاح خود درآورد، مگر اینکه در عقد وکالت به آن تصریح شده باشد."

ماده 73: "وکیل نمی تواند در عقد ازدواج بدون تفویض صلاحیت یا اجازه مؤکل یا مؤکله خود، شخص دیگری را بصفت وکیل انتخاب نماید."

ماده 76: "در صورتیکه طرفین عقد اصالتاً شرعاً یا توکیلاً تحت ولایت شخص واحد قرار داشته باشند، شخص می تواند به تنهایی از جانب طرفین عقد ایجاب و قبول نماید، مشروط بر اینکه شرایط قانونی عقد رعایت شده باشد." (6)

بنابر آنچه که تذکر رفت دانسته میشود که مواد قانون بطور مطلق گرفتن وکیل را مجاز دانسته که شامل زن و مرد میشود و بعداً تصریح میدارد که وکیل بدون اجازه موکله خود یک سلسله اقدامات را چون درآوردن موکله به عقد نکاح خود، توکیل غیر بعوض خودش، و یا نمایندگی از طرفین عقد نکاح در ایجاب و قبول بدون اجازه موکله و رعایت شرایط قانونی عقد انجام داده نمیتواند.

ب : وکیل گرفتن زن:

اختلاف درین زمینه بین فقهاء با هم بر میگردد به همان اختلاف قبلی متذکره که آیا زن میتواند امور نکاح خود را اصالتاً بدست بگیرد و الفاظ شان درین مورد معتبر است و یا خیر. و دلایل شان نیز همان دلایل است که قبلاً تذکر رفت.

بنابراین فقهای احناف طوریکه اجرای امور نکاح را اصالتاً از طرف زنان عاقل، بالغ و آزاد صحیح میدانند، توکیل شان را نیز جایز میدانند، برابر است وکیل زن باشد و یا مرد باشد. حتی تصرف فصولی را موقوف به اجازه ایشان میدانند. طوریکه در (الاختیار) میخوانیم: "وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز، وكذا لك لو زوجت غيرها بالولاية والوكالة، وكذا اذا وكلت غيرها في تزويجها، او زوجها غيرها فاجازتها" (7)

1- الترمذی، سنن ترمذی، ج 3 ص 407. وقال حديث حسن.

2- الماوردی، الحاوي الكبير، ج 9 ص 40. - فتح الباري، ابن حجر، ج 9 ص 184. با اقتباس.

3- المبسوط، السرخسي، ج 5 ص 12. - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ج 3 ص 117.

4- سورة البقرة: 23.

5- سورة البقرة: 232.

6- قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، مواد: 72- 73- 76.

7- الموصیلى، الاختيار لتعليل المختار، الموصلى، ج 3 ص 90.

« عبارت زنان در نکاح اعتبار دارد، حتی اگر زن آزاد، عاقل و بالغ با خود ازدواج کند، جایز است و همین طور اگر با ولایت و وکالت غیرش را بنکاح بدهد، و همچنین اگر زن دیگری را برای تزویج خودش وکیل قرار دهد. و یا اگر زنی او را (فضولاً) به نکاح داد، سپس او اجازه داد.»

وماده (57) الاحکام الشرعية... نیز درین مورد چنین تصریح میدارد: "يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نکاحهما بأنفسهما ان يوکل به من شاء اذا كانا حرین عاقلین بالغین...." (1)

« جایز است زن و شوهر را در صورت که مختار و عاقل و بالغ باشند، خود عقد خود را ببندند یا به هر کس که مایلند تفویض کنند.»

وقانون مدنی افغانستان نیز این مورد را با پیروی از فقه احناف بطور مطلق در ماده (72-73) چنین تصریح میدارد:

ماده 72: "گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جواز دارد. وکیل نمیتواند موکله خود را به عقد نکاح خود درآورد، مگر اینکه در عقد وکالت به آن تصریح شده باشد"

ماده 73: "وکیل نمی تواند در عقد ازدواج بدون تفویض صلاحیت یا اجازه مؤکل یا مؤکله خود، شخص دیگری را بصفت وکیل انتخاب نماید." (2)

بنابراین زنان عاقله بالغه هم میتوانند اصالتاً امور نکاح شان را بدست بگیرند و هم میتوانند دست به توکیل زن ویا مرد دیگری بزنند و نیز میتوانند به اراده ی شخص فضولی در قبالت تزویج شان اجازه بدهند.

ج : وکیل گرفتن شخص کافر:

به اساس احتمال فرضیه به نظر میرسد که اگر یک زن عاقله، بالغه و مسلمان در حالتی قرار بگیرد که در آن اولیاء، اقرباء، حاکم و حاکمیت اسلامی و حتی یک شخص مسلمان دیگر هم وجود نداشته باشد، مانند حالات فعلی مهاجرتها در کشورهای غیر اسلامی، ویا مانند مسلمان شدن یک زن کافر در یک کشور غیر اسلامی، آیا در همچنین شرایط و حالات زن مسلمان میتواند یک شخص کافر (مرد ویا زن) را وکیل تزویج برایش استخدام نماید؟

البته در مورد توکیل کافر مجوز شرعی وجود ندارد و از طرف دیگر کافران عاری عدالت اند و خیراندیشی را در قبالت مسلمان مراعات نمیکند، و نیز توکیل یک نوع سپردن صلاحیت وسلطه به کافر است که این هم جواز ندارد. خداوند میفرماید: "ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلاً" هرگز خداوند برای کافران راه ی را بر مومنان قرار نداده است. بنابراین هیچ نوع سلطه و قدرت و صلاحیت برای آنان پذیرفته نمیشود. و نه برای شان داده میشود.

البته راه بیرون رفت و حل این نوع مشکل به اساس مذهب احناف روشن است: "وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوجت العاقلة البالغة نفسها جاز." (3)

که زنان مسلمان در چنین شرایط و حالات بصورت اولی میتوانند که خود ایشان به امور تزویج خویش به اساس ضرورت و حاجت رسیدگی نمایند ویا همان مسلمان را که میخواهد با او ازدواج کنند، او را وکیل دوجانبه قرار دهند.

طوریکه فقهای احناف یکی از انواع وکالت های شخص واحد را چنین توضیح میدهند: «أن يكون العاقد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن الطرف الآخر: كما لو وكلته امرأة ان يزوجهها من نفسه.» (4)

"یعنی طرف قرارداد میتواند برای خودش به عنوان عامل اصلی عمل کند و برای طرف مقابل به عنوان وکیل نیز عمل نماید: به طوری که زن به او وکالت دهد تا او را برای خودش به ازدواج بدهد"

د: توکیل زن از راه دور:

طوریکه قبلاً تذکر رفت که عقود میشود توسط تکنالوجی معاصر اعلام و اتصال صورت بگیرد، و این روند ازدید فقه و قانون مجاز است. چون موضوع تحت قواعد کلیه فقه و مواد قانونی قرار میگیرد، قسمیکه در ماده 21، 17، 45، و 69، مجله الاحکام چنین میخوانیم:

1. "الضَّرُورَاتُ تَبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ"، ضرورت ها باعث مجاز ممنوعات میشود.

2. "الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ"، وجود مشقت خواهان آسانی است.

3. "التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالْتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ"، آنچه را که عرف تعیین نموده چون امر است که به نص شرعی ثابت باشد.

1- قدری باشا، الاحکام الشرعية في الاحوال الشخصية على مذهب ابي حنيفة النعمان، ماده 57.

2- قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان مواد: 72-73

3- الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 3 ص 90.

4- ابن عابدين، رد المحتار، ج 3 ص 97.

بنابر این کلیات میتوان گفت که توکیل زن و مرد از راه دور توسط تکنالوجی معاصر اعلام و اتصال چون فاکس، تلفون، انترنت و غیره جایز است. زیرا به علت دوری و غربت ضرورت و مشقت متحقق است و تکنالوجی معاصر حیثیت نوشتاری را دارد و استفاده از آن عرف ملی و بین المللی را به خود گرفته است. و قانون مدنی افغانستان نیز در ماده (524) بطور مطلق در زمینه تحقق عقود چنین تصریح میدارد: "عقد بوسیله تلفون یا وسایل مماثل آن از حیث زمان، مانند عقد بین طرفین حاضر و از حیث مکان، مانند عقد بین طرفین غایب پنداشته میشود." (2) و مسلم است که نکاح هم عقد و قرارداد است که در عموم این ماده داخل میباشد ازین جهت است که فقهاء احناف تحقق آنرا به صیغه بیع مجاز میدانند. همچنان در ماده (509) میسراند که "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد...." (3)

از سوی دیگر درین نوع عقد یعنی توکیل از راه دور، شرایط ابرام عقد متحقق است. چون هر دو جانب دارای اهلیت اند، مشکل اتحاد مجلس وجود ندارد، زیرا ارتباط تلفنی یا اینترنتی هر دو طرف در یک زمان حکم یک مجلس را دارد، ایجاب و قبول صورت گرفته میتواند، و مشاهده جریان عقد و استماع سخنان طرفین از طرف شاهدان امکان پذیر است.

و به اساس همین دلایل؛ میتوان گفت که در صورت ایمن بودن از عوارض اهلیت، عوامل باطل کننده عقد، و عیوب رضا، عقد تلفنی یا اینترنتی جایز است.

نتیجه گیری:

مقاله، مفاهیم اساسی و اهمیت وکالت (در نکاح را) در فقه اسلامی بررسی می کند. واژه "وکالت" به معنای واگذاری، اختیار دادن، اعتماد، حفظ، کمک و نمایندگی است. این یک مکانیزم قانونی است که به یک فرد اجازه می دهد که فرد دیگری را برای انجام امور معینی نمایندگی کند، در حالی که کنترل نهایی را در دست خود حفظ می کند.

این مطالعه تأکید دارد که "وکالت" نه تنها از نظر واژگانی بلکه از نظر حقوق اسلامی هم ریشه دار است. این به وضوح توسط منابع مختلف فقه اسلامی، از جمله قرآن، سنت (تعالیم پیامبر محمد)، اجماع (اجماع علمای اسلام) عقل و قیاس (به اساس ضرورت و نیاز) تأیید شده است. تعالیم اسلامی نه تنها وکالت را مجاز می دانند بلکه از آن به دلیل ضرورت عملی آن در مقابله با مسائل حقوقی و اجتماعی پیچیده در زندگی انسان تشویق می کنند.

سیر تاریخی وکالت نیز نشان میدهد که وکالت از زمان ظهور تمدن های انسانی وجود داشته است. همان زمانی که انسان ها در زندگی اجتماعی با یکدیگر تعامل می کنند، نیاز به نمایندگی و وکالت برای حل مسائل قانونی و معاملاتی پیش آمده است. این نیاز طبیعی است زیرا همه افراد نمی توانند به تنهایی به تمام مسائل حقوقی و مدنی پرداخته و باید از کسی دیگر برای نمایندگی خود استفاده کنند.

این مطالعه به وکالت در (نکاح ازدواج) اختصاص دارد، ازدواج به عنوان یک عقد تعریف می شود که توسط دو نفر، یک مرد و یک زن، برای تشکیل یک خانواده مشروع و متعهد انجام می شود. این تعهد به رعایت حقوق و وظایف مشخصی برای هر دو طرف از اهمیت بسزایی برخوردار است. ازدواج در اسلام نیز مشروع و قانونی است و با شرایطی مشخص، مانند رضایت طرفین، مهریه، و تعهد به رعایت حقوق همسران، انجام می شود. این تعهد به منظور تشکیل خانواده، تربیت فرزندان، و حفظ صلح خانوادگی تأکید دارد و به عنوان یک اصل اسلامی مهم تلقی می شود.

این مقاله، نقش نماینده حقوقی یا "وکیل" در سیاق ازدواج (نکاح) در حقوق اسلامی و حقوق مدنی افغانستان به بحث میگیرد. این متن تأکید دارد که ازدواج یک تعهد اجتماعی مهم است و افراد (اعم از مرد و زن) می توانند نماینده حقوقی را منصوب کنند تا به نیابت از آن ها عمل کند. در مورد مرد وزن می توانند یک وکیل را منصوب کنند تا او را در زمان انجام مراسم ازدواج نمایندگی کند، اما وکیل نمی تواند از مرزهای وکالت خود گذشته و اختیارات شهرویی زن را نقض کند. همچنین وکیل نمی تواند به صورت مستقل در امور ازدواج اقدام کند مگر اینکه موکل به وی وکالت دهد تا به او این امور را انجام دهد. وکیل می تواند به عنوان نماینده ی موکل و موکله در مراحل ثبت ازدواج و تهیه مدارک مورد نیاز در دفتر ازدواج و محکمه و سایر مراجع مورد نیاز عمل کند. به طور کلی، وکیل در امور ازدواج تنها به عنوان نماینده ی می تواند در مراحل مختلف ازدواج اقدام نماید.

با توجه به فرضیاتی که ارائه شده است، اگر یک زن مسلمان در شرایطی قرار گیرد که هیچ اولیا، اقربا، حاکم اسلامی یا حتی یک شخص دیگر مسلمانی برای او وجود نداشته باشد، مثل شرایط مهاجرت به کشورهای غیراسلامی یا تبدیل شدن به اسلام در کشور غیراسلامی، آیا می تواند یک شخص کافر را به عنوان وکیل تزویج خود استخدام کند؟ با توجه به عدم اجازه شرعی توکیل کافران و عدم رعایت عدالت و خیراندیشی آنها در قبال مسلمانان، به هیچ وجه نمی توان وکیل کافر را مجاز دانست.

¹ - مجلة الاحکام العدلی، مواد 21، 17، 45، 69.

² - قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 524.

³ - قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 509.

این امر به معنای تسلیم و اعطای قدرت و صلاحیت به کافر است که در اسلام مجاز نیست. در قرآن آمده است: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" به هیچ وجه خداوند راهی برای کافران بر مؤمنان قرار نمی‌دهد.

بنابراین، طبق مذهب احناف، زنان مسلمان در شرایط و حالت‌های مذکور می‌توانند به صورت اولیه به اموراتدواج خود را مستقل از وکیل انجام داده و نیازی به استخدام یک وکیل کافر ندارند. البته، لازم به ذکر است که نظرات فقهی ممکن است در مذاهب مختلف و کشورها متفاوت باشند.

توکیل زن و مرد از راه دور توسط تکنالوجی معاصر اعلام و اتصال جایز است. البته در صورت ایمن بودن از عوارض اهلیت، عوامل باطل کننده عقد، و عیوب رضا. زیرا به علت دوری و غربت، ضرورت و مشقت متحقق است و تکنالوجی معاصر حیثیت نوشتاری را دارد و استفاده از آن عرف ملی و بین المللی را به خود گرفته است.

مهمترین نقاط

1. وکالت به معنای واگذاری، اختیار دادن، اعتماد، حفظ، کمک و نمایندگی در امور مشخص است.
2. این مکانیزم قانونی اجازه می‌دهد تا یک فرد دیگر برای انجام امور معینی نمایندگی کند.
3. وکالت نه تنها از نظر واژگانی بلکه از نظر حقوق اسلامی هم ریشه دار است و توسط منابع مختلف فقه اسلامی تأیید شده است.
4. تعالیم اسلامی وکالت را مجاز می‌دانند و به دلیل ضرورت عملی آن در مواجهه با مسائل حقوقی و اجتماعی پیچیده تشویق می‌کنند.
5. وکالت از زمان ظهور تمدن‌های انسانی وجود داشته و نیاز به نمایندگی و وکالت در زندگی اجتماعی وجود دارد.
6. ازدواج به عنوان یک عقد تعریف می‌شود که توسط دو نفر برای تشکیل یک خانواده مشروع و متعهد انجام می‌شود.
7. ازدواج در اسلام مشروع و قانونی است و با شرایطی مشخص مانند رضایت طرفین، مهریه، و تعهد به رعایت حقوق همسران، انجام می‌شود.
8. وکیل می‌تواند برای موکل و موکله در مراحل ثبت ازدواج و تهیه مدارک مورد نیاز نمایندگی کند.
9. وکیل نمی‌تواند به صورت مستقل در امور ازدواج اقدام کند مگر اینکه موکل و یا موکله به وی وکالت دهد تا به او این امور را انجام دهد.
10. در شرایطی که یک زن مسلمان هیچ فرد مسلمانی برای او وجود نداشته باشد، می‌تواند به صورت اولیه امور ازدواج خود را مستقل از وکیل انجام دهد. نظرات فقهی در این مورد ممکن است متفاوت باشند و بستگی به مذهب و قوانین کشورها داشته باشد.
11. زن و مرد از راه دور به علت ضرورت و نیاز میتوانند از وسایل اعلام و اتصال در توکیل استفاده نمایند.

پیشنهادات:

1. سیستم وکالت‌ها بالاخص در قضایای احوال شخصی در کشور ما هنوز هم وضع بسیار خوبی ندارد و عموماً مورد کار برد کمی قرار گرفته است. که نیاز است ارگان‌های مسئول، آگاهی بیشتری در زمینه برای مردم ارائه دارند.
2. ایجاد محاکم احوال شخصی در سطح مرکز ولایات و حمایت بیشتر دولت از کارکرد آنها باعث ترویج بهتر پروسه توکیل در عرصه نکاح و ازدواج میگردد.
3. آگاهی عامه از طرف ارگان‌های عدلی و قضایی در مورد توکیل و وکالت بویژه برای زنان از نیازهای مبرم جامعه ما است، تا زنان بتوانند از این حق مشروع خویش مستفید شوند و ضرورت خود را مرفوع سازند.
4. آگاهی دهی بهتر در این مورد میتواند از طریق امامان مساجد برای مردم و از طریق جابجا سازی نصاب تعلیمی و تحصیلی در مدارس، مکاتب، و پوهنتون‌ها صورت بگیرد.

فهرست منابع:

1. القرآن الکریم
2. ابن منظور، لسان العرب، محمد بن مکرم بن علی، أبو الفضل، جمال الدین ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ) الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - 1414.

3. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.
4. ابن البيع، المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، 1411 هـ .
5. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، دراسة وتحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى 1425هـ/ 2004م.
6. ابراهيم وهمكاران، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (ابراهيم مصطفى وهمكاران) طبع دارالدعوة .
7. ابو عيسى، سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) دارالاحياء التراث العربي، بيروت 1998 م .
8. أحمد الحصري، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، خالي من سنة الطبع،
9. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دارالكتب الاسلامي.
10. ابن قدامة، موفق الدين ابو محمد عبدالله بن محمد المقدسي، المغنى على مختصر الخرقى، دارالفكر بيروت 1405.
11. ابن الرشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دارالحدیث القاهرة، 2004م.
12. ابن الحجر، فتح الباری شرح صحيح البخاری، احمد بن علي بن حجر العسقلاني، دارالفكر بيروت.
13. ابوداود، سليمان بن اشعث السجستاني، سنن ابى داود، دارالكتب العلميه، بيروت لبنان .
14. اشقر، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردنية، الاشقر عمر سليمان عبدالله، طبع دارالنفائس اردن، سال 1997.
15. افندى، دررالحكام شرح مجلة الاحكام، على حيدر افندى متوفى 1321 هجرى، دارالفكر بيروت لبنان.
16. البانى، وإرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، مكتب الاسلامى بيروت.
17. بيهقي، السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م
18. بخارى، صحيح البخارى، محمد بن اسماعيل ابو عبدالله البخارى، دارالكتب العلميه بيروت 1407.
19. بهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، دارالفكر بيروت، 1409.
20. جرجاني، كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ) دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
21. جوينى، نهاية المطلب في دارية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، دارالمنهاج.
22. دهخدا، على اكبر، لغتنامه دهخدا، ديجتلى.
23. داود، د. أحمد محمد علي داود، فقه الأحوال الشخصية المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009،
24. زيلعي، فخرالدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت - لبنان .
25. زحيلي؛ الفقه الاسلامى وادلتة، وهبة مصطفى الزحيلي، دارالفكر سوريه دمشق .
26. زيدان، المفصل فى احكام المرأة وبيت المسلم، عبدالكريم زيدان، ج 6 ص 484. موسسه الرساله طبع 1413 هجرى.
27. ژوبل، محمد عثمان ژوبل. مجموعه قواعد فقهى شرح مجلة الاحكام، جلد چهارم، كابل: مطبع دولت، 1381، طبع دوم.
28. سرخسى، شمس الدين محمد بن احمد بن سهل شمس الاثمه السرخسي - المبسوط - دار المعرفة - بيروت - لبنان -

29. سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، الدكتور سعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر. دمشق - سورية الطبعة: الثانية 1408 هـ
30. سيد سابق مصري، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد چهارم، (تهران: انتشارات محمدسيقز)، ص 2369.
31. ساموئيل، الواح سومري ها، ساموئل كريم، مترجم، داود رسائي، ص 47 طبع تهرانسال 1383.
32. سرطاوي، د/ محمود السرطاوي، فقه احوال شخصي، طبع جامعة القدس المفتوحة.
33. الشافعي، الام، محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان، ابو عبدالله الشافعي، دارالمعرفة بيروت، 1410 هـ.
34. شوکانی، محمد بن علي الشوکاني، نيل الأوطار وشرح منتهى الأخبار من أحاديث الأخيار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر .
35. شبلي، محمد مصطفى شبلي، احكام الاسرة في الاسلام. دارالجامعة، بيروت لبنان. 1983.
36. الشربيني، محمد بن احمد، المغنى المحتاج، دارالكتب العلمية بيروت.
37. صاوي، احمد بن محمد الخلوتي، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دارالكتب العلمية، بيروت 1995.
38. عبدالله، نظام الدين .شرح قانون مدني افغانستان حقوق و جايب، چاپ سوم، انتشارات سعيد، بهار 1395 هـ.
39. عبدالله، نظام الدين، قواعد عمومي عقود، انتشارات سعيد. 1395.
40. عزاوي، د/ فارس العزاوي، محاضرات في الاحوال الشخصية، شبكة اللوكة.
41. العيني، محمود بن احمد بن موسى ابو محمد بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، دارالكتب العلمية بيروت لبنان، 1420 هـ - 2000 م.
42. غنودر، احمد، الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي، جامعة الكويت، 1972 م.
43. فاريابي، محمد عظيم فاريابي اساسات علمي كشف و تحقيق جرايم، چاپ اول، كابل: انتشارات رياست نشرات لوى خاړنوالى ج. ا. ا. 1387 هـ
44. فيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب. القاموس المحيط، تحقيق مؤسسة الرساله، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م.
45. قلجعي، معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلجعي - حامد صادق قنيبي الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
46. قدرى باشا، الاحكام الشرعيه في الاحوال الشخصية على مذهب ابى حنيفه النعمان، محمد قدرى باشا، به اهتمام بسام عبدالوهاب الجابى، دار ابن حزم، بيروت لبنان 1428 هجري.
47. كاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دارالكتب العلمية، 1966.
48. كاتوزيان، ناصر كاتوزيان، عقود معين، انتشارات شركت سهامى، 1382 هـ ش.
49. لنگرودى، محمد جعفر، جعفرى، فلسفه حقوق مدنى، چاپ اول (تهران: انتشارات كتاب خانه گنج دانش، 1380.
50. لنگرودى، محمد جعفر جعفرى لنگرودى، مبسوط در ترمينولوژى حقوق، تهران: انتشارات كتاب خانه گنجى دانش، 1380 هـ ش.
51. المرغينانى، على ابن ابى بكر بن عبدالجليل، بداية المبتدى فى فقه الامام ابى حنيفه، الناشر: مطبعة محمد على صبيح القاهرة.
52. ماوردى، على بن محمد بن محمد بن حبيب، ابوالحسن الماوردى، الحاوي الكبير، المحقق: على محمد معوض، دارالكتب العلمية، بيروت لبنان 1999.
53. موصلى، الاختيار لتعليق المختار، عبدالله بن محمود بن مودود، الموصلي، المكتب الاسلامى، بيروت. 1987.
54. مسلم، مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشيري، صحيح مسلم، دارالاحياء التراث العربى، بيروت.
55. معجم المعانى (عربى به فارسى)، ديچتلى .
56. معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصيه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995 م.

57. محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية، دارالنشر للنشر، 2020م .
58. مجید وزیری. حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، (تهران: شرکت چاپو نشر بین الملل،
59. مجلة الاحكام العدلی، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المكتبة الشاملة.
60. الموافق المالکی، والتاج والإکلیل لمختصر خلیل، محمد بن یوسف بن أبی القاسم بن یوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله الموافق المالکی، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ 1994 م
61. - وزارت عدلیه، قانون مدنی، جریده رسمی شماره (353) کابل مطبع صنعتی احمد، 1388.
62. وزارت عدلیه. قانون احول شخصیه اهل تشیع، جریده رسمی شماره مسلسل نمبر (988) 1388 .