

توکيل زن ومرد در نکاح از دیدگاه فقه و قانون

عبدالقادير غزنوی¹ سربلند حلیمی²

چکیده

تحقیق کنونی با عنوان توکیل زن ومرد در نکاح ازدید فقه احناف وقوانین ملی، به بررسی این نوع توکیل، و احکام آن می پردازد.

البته وکالت در قضایای احوال شخصی نوعی از وکالت در باب نیابت اختیاری است. که ازدید 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 مؤکل و احقاق حقوق اوست. بر اساس عقد وکالت میان وکیل و مؤکل 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 ازدید جمهور (مؤکل، وکیل، مؤکل به وصیغه) تشکیل می دهد.

ازاینکه وکالت ازدیدگاه شریعت اسلامی وقوانین موضوعه کشور افغانستان مشروع وقانونی دانسته شده برای طرفین عقد صلاحیت و مکلفیت ها وشرایطی پیش بینی شده است که وکیل نمی تواند فراتر از دائره صلاحیت خویش پا فراتر بگذارد وکاری را انجام دهد، همچنان وکالت یک عقد دائمی نبوده، بلکه با تحقق شرایط 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 وبامؤکل) 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 درهر شرایط بهترین راه کار معقول وعادلانه را برای حل وفصل معضلات ومشکلات حقوقی پیشکش می کند.

هدف از نگارش این پژوهش، تبیین احکام وقوانین مربوط به وکالت در نکاح وازدواج اعم از زن ومرد به اساسبررسی مقایسوی فقه حنفی وقوانین 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، salamjournal@salam.edu.af

شماره های تماس: +93703649505 و +93785351450

مقدمه

الحمد لله نحمده ونستعینه ونستغفره ونؤمن به ونتوکل علیه - وكفى بالله وكيلا-والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آله واصحابه اجمعين .

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، امورش 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 و شغل 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 و سلم) 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 درمورد احوال خانواده گی از جمله نکاح و متعلقات آن، به اساس مجازشرعی وقانونی ازموکل خود نیابت مینماید.

امروزه حقوق احوال خانواده گی وشخصی به ویژه بخش ازدواج و متعلقات آن، به عنوان یکی از شاخه های تخصصی رشته فقه و حقوق 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 ترکیز 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 برمیکردد؟

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 ننگرفته 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 و متعلقات آن چون برخی از حقوق مدنی وشهرندی انسان ها است بنابراین مشاهده میشود که شریعت اسلام که اساسی ترین وظیفه اش تضمین حقوق مدنی انسان ها است، ازمبداء 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. و به تاسی از احکام شرعی ومقاصد رسیدگی آن به مصالح اجتماعی، فقه احناف بکارگیری وکیل را برای زن ومرد جایز میداند.

همچنان به نظر میرسد که در فقه احناف توکیل زنان در امور نکاح مانند مردان پذیرفته شده است. زنان می توانند خود و 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 و قوانین ملی مرتبط به این موضوع استفاده شود.

مبحث اول : مفاهیم و کلیات

مطلب اول: مفهوم وکالت

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

قسمیکه در زیر مشاهده میشود:

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

"بفتح الواو و کسرها، الاسم من وکل فلانا، فوض إليه أمرا من الامور." : به فتح واو و کسر آن، اسم است از " وکل فلانا " یعنی کاری به او تفویض نمود. (3)

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

وفي التنزيل العزيز "ذَلِكُمُ اللَّهُ رَّبُّكُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوهُ وَهُوَ عَلَى 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 حفیظ است.

"الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ" (6)

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

"وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَكَفَى 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 می گویند: «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 تَفْوِضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ لآخر وَإِقَامَتُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ مُوَكَّلٌ وَلِمَنْ أَقَامَهُ وَكِيلٌ 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 (موکل) و شخص که به او تفویض صلاحیت شده (وکیل) و موضوع تفویض شده را (موکل به) گویند» (10)

و شارح مجلة الاحكام ذیل این ماده وکالت را چنین تعریف میکند: «وَالْوَكَالَةُ شَرْعًا تَفْوِضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ مَعْلُومٍ مِنَ 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 - قلعجي، معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قبيبي- دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408 هـ - 1988 م ج 1 ص 509.

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

⁵ - سورة الانعام: 102.

⁶ - سورة آل عمران: ١٧٣ .

⁷ - سورة النساء: 81.

⁸ - سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، 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 الحنفی، بدائع الصنائع فی 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.

(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 ویا 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 اهم 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 لَبِثْتُمْ قَالُوا لَبِثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا " (3) ترجمه: «همان گونه که (آنانرا خوابانیدیم) 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 ببرد 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 (بحیث نماینده) بگمار، که به راستی من نگهدارنده آگاهی ودانائی هستم. در جای دیگر، قرآن کریم فرموده است: "قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ" (5) ترجمه: «گفتند (موظفین) می پالیم ما پیمان را و هرآن 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 هرآن کسیکه پیمان طلای 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 جائز بوده و رسول اکرم (صلی الله علیه 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 الکهف: 19.

⁴ - سورة یوسف: 55.

⁵ . سورة یوسف: 72.

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

- لبنان، 1424 هـ - 2003 م . ج 6 ص 185.

وَعَنْ جَابِرٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ نَحَرَ ثَلَاثًا وَاسْتَبَيَّنَ 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 دستور داد 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 - رضي الله عنه - فِي قِصَّةِ الْعَسِيفِ (پسریکه نزد مردی اجیر بود و با خانمش زنا کرد) قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "وَأَعْدُوا يَا أَيُّسُّ عَلَى امْرَأَةِ 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 بر آن 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 انسان ها 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 انسان ها 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 در خواهیم یافت که در عصر حمورابی، فرعونیان، اغریقی ها، عصر اسلام، عصر ممالک عثمانیه، عصر دوره انقلاب کبیر فرانسه شغل وکالت دفاع وجود داشته است. ناگفته نباید گذاشت که وکالت دفاع در عصر مصری ها و اغریقی ها با هم 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 آنرا 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 خاندان 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 والتوزيع، الطبعة: الأولى 1425هـ/ 2004م، ج 1، ص 47.

⁴ - ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار، محمد أمین بن عمر بن عبد العزیز الحنفی، مشهور به ابن عابدین، دار الفکر 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 - محمد عظیم فاریابی، اساسات علمی کشف و تحقیق جرایم، چاپ اول (کابل: انتشارات ریاست نشرات لوی خاخوانالی 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 با وکالت 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 میناید:

در حدود 1850 قبل از میلاد در سرزمین سامیری ها، در جریان واقعه قتل توسط سه تن رخ داد و شخصی از کارکنان معبد را بنام (لواینه) به قتل رساندند و جریان قتل به همسرمقتول بنام (نین دا دا) اطلاع داده شد، اما همسرمقتول 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 همسرمقتول نیز تعقیب شود. زیرا اوبا 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.⁽¹⁾

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 و غیره 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 غیر مجاز 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. محرمیت 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.»⁽²⁾

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 موظف 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

¹ - کریم، الواح سومری ها، ساموئل کریم، مترجم، دود رسانی، ص 47 طبع تهران سال 1383.

² - 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 ۱۳۸۶ منتشره جریده رسمی (۹۳۴) مورخ ۲۶/قوس/۱۳۸۶ فعالیت می نمایند.

اما درمورد وکالت بصورت عام درعرصه های مدنی و جزایی و احوال شخصی باید اشاره کرد، که وکالت بعد از نفوذ دین اسلام در سرزمین افغانستان قدیم - خراسان - اعمرمعمول به شرعی بوده است. و نیز در افغانستان معاصر از زمان احمد شاه بابا ابدالی که درصیانت 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 اینهم باید خاطرنشان 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

۱: ازدواج در لغت

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

(تَزَاجُ الْقَوْمِ وَازْدَوَاجُ): برخی قوم بابرخی دیگر ازدواج کردند. و ازدواج نیز بمعنی تزواج میباشد.

(وَزَّجَ الشَّيْءُ بِالشَّيْءِ وَزَوْجُهُ إِلَيْهِ : قَرَنَهُ): چیزی را به چیزی پیوست، او را به او پیوست.^(۳)

و زواج از فعل: (زَوَّجَ، زَوَّجاً 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)

وواژه (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.

۲: ازدواج در اصطلاح

فقهای احناف (رحمهم الله) ازدواج را چنین تعریف نموده اند: (عَقْدٌ يُقَيِّدُ مِلْكَ الْمُثْعَةِ)^(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 (۲) عقود معین، ص ۲۷۷.

^۲ - ابراهیم و دیگران، معجم الوسیط، ابراهیم مصطفی و دیگران، ج ۱ ص ۴۰۵. لغت نامه دهخدا، ماده ازدواج .

^۳ - ابن منظور، لسان العرب، ج ۲ ص ۲۹۳. معجم الوسیط، ابراهیم مصطفی و دیگران، ج ۱ ص ۴۰۵.

^۴ - سوره الدخان: ۵۴.

^۵ - ابراهیم و دیگران، معجم الوسیط، همان، ص ۴۰۷. معجم اللغة العربية، د أحمد مختار عبد الحمید عمر (ت ۱۴۲۴ هـ)، علم الکتب، ج ۲ ص ۹۶۱.

^۶ - ابن منظور، لسان العرب، ج ۲ ص ۶۲۵.

^۷ - ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبد العزیز عابدین الدمشقی الحنفی (المتوفی: ۱۲۵۲ هـ) الناشر: دار الفكر-بیروت الطبعة: الثانية، ۱۴۱۲ هـ - ۱۹۹۲ م. ج ۳ ص ۳.

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 برتفصیل که دراجمال 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 درشریعت اسلام آمرمشروع میباشد که قرآن، سنت واجماع برآن دلالت مینماید:

الف: قرآن کریم

خداوند جل جلاله میفرماید: "فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنً وَثُلَّةً وَرَبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أُدْنَىٰ إِلَيْكُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا"^(۲):

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

ب: سنت پیامبرصلی الله علیه وسلم

پیامبر صلی الله علیه وسلم میفرماید: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنْهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ 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 درمورد مشروعیت ازدواج ثابت میباشد.^(۴) وازدواج 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 درعقدازدواج

عقد ازدواج مانند سایر عقود، نیابت را درعرصه خود میپذیرد، ازاین جاست که فقهاء احکام وکالت را درنکاح پیگیری کرده اند وبه این اعتبار توکیل درنکاح نزد شان معروف و مسلم است. مگراینکه درتفصیل 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 ولاية مما تدخله النيابة صح ان يوکل فيه غيره)^(۵): هرآنکه تصرفش به چیزیه اساس مالکیت و یا ولایت شرعاً درست میشود و از آن چیزیهست که نیابت درآن صورت میگیرد، میتواند دیگری را در آن وکیل بگرداند.

گفته میشود که صلاحیت استخدام وکیل درعقد ازدواج به سه نفر تعلق میگیرد، که عبارت اند از زوج، زوجه، و ولی، البته با اختلاف نظریات فقهاء درقبول ورد تصرف زنان درعقد نکاح و کیفیتصلاحیت 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 قدامة، ج 5 ص 63. الفقه الاسلامی وادلتہ، 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 پیامبر علیه 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 پیامبر علیه السلام میفرماید که پیامبر صلی الله علیه وسلم بامیمونه ازدواج کرد و با وی زفاف نمود درحالی که در احرام قرار داشت، و من در جریان این تزویج در بین شان وکیل بودم.

"عَنْ أُمِّ حَبِيبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَحْشٍ فَمَاتَ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ، فَزَوَّجَهَا النَّجَاشِيُّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَمَّهَرَهَا عَنْهُ أَرْبَعَةَ آلَافٍ، وَبَعَثَ بِهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ شَرْحِبِيلِ بْنِ حَسَنَةَ " هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخْرَجْ " (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 پیامبر علیه السلام در آورد، و از طرف خود برایش چهار هزار درهم مهر بخشید، و او را به همراهی شرحبیل به نزد پیامبر علیه 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، واسارت ... 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 فقره 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 يوكلأ به من شاء، اذا كانا حرين 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 جحود و 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 - الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم 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 امربارات 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 مثلاً 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 نمیشود، 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 نمیشود، مگر اینکه از پرداخت مهر ضمانت کرده باشد. درین صورت وکیل نمی تواند که مهر تادیه شده را از زوج مطالبه نماید. جز درحالتی که ضمانت وکیل به اجازه زوج صورت گرفته باشد." ⁽⁴⁾

بنابر مواد فقهی و قانونی ای که 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 قانون مدنی و ماده 289 اصول محاکمات مدنی مانند اسناد رسمی قابل اعتبار است.()
- اجرایی 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 الشرعیة فی الاحوال الشخصیة، 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: "وَلِيَ الشَّيْءَ وَوَلِيَ عَلَيْهِ وِلَايَةً وَوَلَايَةً": (ای ملک امره و قام به) (۱): (اورا به اختیار گرفت و انجام داد اورا) که جمله اولی بمعنی حاکمیت یا سلطنت بر امر و جمله دومی مسؤولیت در قبال امر را نشان میدهد.

و «وَلِيَ الْعَهْدَ وَارِثَ الْمَلِكِ»: وارث پادشاهی.

و «وَلِيَ الْيَتِيمَ»: "الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ وَيَقُومُ بِكَفَايَتِهِ": کسی که سرپرستی یتیم را در اختیار دارد.

و «وَلِيَ الْمَرْأَةَ»: "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 مسؤولیت 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.

"هي 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 مجنونی 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 مسؤولیت، مدیریت و نگهداری از دیگران و دارایی‌های آنان در مواقع 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 پدرکلان 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: 816 هـ) دار الکتب العلمیه بیروت - لبنان الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م ج 1 ص 254. تبیین الحقائق شرح کنز الدقیق، از امام زبلی، ج 2 ص 98.

⁵ زیدان، المفصل فی احکام الأسرة والبیوت، 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 1395 هـ. ش، ص (228).

⁸ وزارت عدلیه. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، جریده رسمی شماره مسلسل نبر (1388/5/5) 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 می گیرد. مشروط بر اینکه از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد.»^(۱)

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 می شناسد. مانند ولایت پدر بر صغیره.^(۲)

یعنی در کل عبارت است از این که ولی بدون رضایت مولی علیه، خود ازدواج وی را با شخص دیگری منعقد می سازد. ولایت اجباری زمانی به وجود می آید 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 می شود که آن با یکی از اسباب چهارگانه ذیل ثابت می شود:

ولایت قرابت: این گونه ولایت به سبب قرابت ولی با مولی علیه برایش ثابت می شود 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 می شود بنا بر این، وی می تواند غلام یا کنیز خود را اجبار به نکاح بدهد و ازدواج غلام یا کنیز بدون اذن مولا موقوف بر اجازه وی می باشد. 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 می شود. یعنی هر گاه معتق صغیر یا کبیر مجنون یا معتوه باشد معتق می تواند وی را به نکاح بدهد و هرگاه معتق وفات نماید و وارثی نداشته باشد معتق مال وی را بر میراث می برد. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل و بالغ باشد.^(۳)

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 می شود. و بر اساس همین پیمان بر یک دیگر ولایت تزویج پیدا می کنند. 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 می باشد. 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^(۴).

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." ^(۵)

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

^۱- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 268.

^۲- الکاسانی، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدین أبو بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی، ج 2 ص 241. المغنی المحتاج، الشربینی ج 4 ص 226.

^۳. الدکتور وهبة، الزحلی. الفقه الاسلامی وادلته، ج 7، ص 187.

^۴. همان، ج 7، ص 187.

^۵- 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 ازدو 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 و اجبار 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⁾ ولایت ندب درنزد احناف درحقیقت ولایت وکالت میباشد که آنرا عصابات واقربا بنابر رضا مولی علیه بدون استبداد انجام میدهند طوریکه میخوانیم: "ولایة الندب: 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 غیرمجبر درولایت اختیاری، درنزد احناف وغیراحناف ازمالکی ها، شافعی ها درقول صحیح وحنبلی ها ملزم به استئذان واجازه از مولی علیه میباشد.⁽⁶⁾ که بدون استئذان واجازه برترویج 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 وصغیره، مجنون و مجنونه (فاقدتمیز) وبرصغیر وصغیره ومعتوه (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 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) اولاً برای 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 الجيل، بيروت، خالي من سنة الطبع، ص 13.

³ - ابن عابدين، رد المحتار، ج 3 ص 55. والفقه الاسلامی وادلتہ، الزحیلی، ج 4 ص 2395.

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

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

⁵ - الکاسانی، مرجع سابق، ج 2، ص 247.

⁶ - الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 3 ص 90. والتاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواقف المالكي ج 5 ص 73، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ 1994 م. والحاوي الكبير، للماوردی، ج 9 ص 114.

⁷ - محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995، ص 60.

⁸ - 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 تر هم باشند.

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

و اگر یکی از این عصبات بنفسه وجود نداشت این ولایت به اقارب غیر عصبه 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 مادرکلان: 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. لقوله: (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 عصبات 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 مجنونه 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، عصبات دیگری باشد اختیار فسخ عقد نکاح برای ایشان پس از بلوغ محفوظ است. طوری که در بنایه شرح هدایه میخوانیم: "و يجوز نکاح الصغیر والصغیرة إذا زوجهما الولي بکراً كانت الصغیرة أو ثیباً والولي هو العصبه، فإن زوجهما الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما، وان زوجهما غیر الأب والجد فلكل 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 عصبات (خویشاوند) است. اگر پدر یا پدر بزرگشان آنان رابه نکاح داده باشد بعد از بلوغ چاره وخیاری 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 (۳۵)، (۳۶) و (۳۷) الاحکام الشرعیه در مورد عصبات و ترتیب آن چنین تصریح میدارد: "الولی فی النکاح العصبه بنفسه علی الترتیب الارث والحجب، فيقدم الابن ثم ابن الابن وان سفل. ثم الأب ثم الجد الصحيح وان علا، ثم الاخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم ولاء العتاقة، وولی المجنونة فی النکاح ابنها وان سفل، دون ابیها عند الاجتماع":

ولی در عقد نکاح عصبه بذاته 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.

(۳۶): "إذا لم يكن عصبه تنتقل ولاية النکاح للأُم، ثم لأم الأب، ثم للبننت، ثم لبننت الابن، ثم لبننت البننت، ثم لبننت بنت البننت، وهكذا ثم للجد الفاسد، ثم لأخت الشقيق، ثم لأخت لأب، ثم لولد الأم، ثم لولد الأب، ثم لباقي 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 ۲- ج ۴- ص ۲۱۹. - فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، ج ۲، دار المعرفة، بیروت - لبنان، بلا سنة الطبع، ص ۱۲۲.

^۲ - الشوکانی، محمد بن علی الشوکانی، نیل الأوطار وشرح منتهی الأخبار من أحادیث الأخبار، ج ۶، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص ۲۵۱.

^۳ - محمد قدری باشا، الأحکام الشرعیه فی الأحوال الشخصیه، ج ۱، ط ۱، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، بلا سنة طبع، ص ۱۲۹

وتبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی، ج ۲، دار المعرفة، بیروت - لبنان، بلا سنة الطبع، ص ۱۲۲.

^۴ - المرغینانی، علی بن ابی بکر بن عبد الجلیل، بداية المبتدی فی فقه الإمام أبي حنيفة، (ص: ۶۰)، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح القاهرة.

^۵ - العینی، البناية شرح الهدایة، ج ۵ ص ۹۴.

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 پدر بزرگ 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 فرزندان شان 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 امیربرایش حکم داده شده است. قانون مدنی افغانستان طبق نظریه فقهای احناف ترتیب عصبات و ذوی 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 صبیح التصرف را در تزویج فرزندان کوچک که پانزده سال داشته باشند، و ولایت پدر و پدرکلان را در اداره اموال ایشان طوریکه 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)

و ماده 268 به تأسی 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 و کالت در نکاح استدلال میکنند. 6 که قبلاً متذکر شدیم:

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

وکالت نجاشی در تزویج ام حبیبه رضی الله عنها.

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

¹ - محمد قدری 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، الماوردي، ج 3 ص 113. - كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج 5 ص 56.

طوريكه درارواء الغليل روايت گرديده است كه شخصي بادييه نشيني دختر خود را نزد عمر رضی الله عنه بگذاشت وبرايش فرمود، هرگاه كفوى مىسرشد اورا برايش بنكاح بدهيد ولو اگر مهریه وی بندگان چپلى باشد. بناء عمررضى الله عنه اورا به عثمان بن عفان رضى الله بنكاح داد.⁽¹⁾

وعقل انساني نيز ايجاب مىدارد كه نظر به عدم مصلحت شناسى مولى عليه وقصور آن، ولى بايد در بدست آوردن مصلحت ومنفعت او از طريق خود ويا از طريق انتخاب وكيل خود اقدام نمايد. وولى داراى صلاحيت شرعى وقانونى است ودر زمينه، صاحب استقلاليت مىباشد كه مانند مالك متصرف در حق خود تصرف مىتواند. از طرف ديگر زمانيكه زوج مكلف مىتواند در زمينه وكيل بگيرد، ولى نيز قياساً مىتواند وكيل استخدام نمايد.⁽²⁾ البته در صورت كه شرايط ولايت دروى متوافر باشد.⁽³⁾

بنابر آنچه تذكرت در مفهوم كلى اولياء كه شرايط ولايت درايشان متحقق باشد صلاحيت توكيل را در نكاح دارند. اعم از اينكه اين اولياء عصباء باشند ويا اقرباء غير عصباء باشند، عادل باشند ويا غير عادل باشند، مذكر باشند ويا مونث باشند، محدوده ولايت، اجبارى باشد ويا اختيارى، اين ها مىتوانند اين توكيل را مطلقاً ومقيداً انجام دهند. (يعنى زوج را براى وكيل مشخص كنند ويا نكنند)⁽⁴⁾ واز نظر امام ابوحنيفه وابويوسف رحمهما الله ولى مىتواند مردى را براى وكالت استخدام نمايد ويا زنى را استخدام كند.⁽⁵⁾ اما مالكي ها ودرقولى شافعيها به اين باور اند كه لزوماً ولى نمىتواند به كسى وكالت مطلق بدهد. چون كمال شفقت بجز درولى دروكيل ديده نمىشود. اما جمهوريه اين نظر اند كه شفقت ولى ايجاب ميكند تا وكيل مناسب اختيار شود ونيز عرف هم مىخواهد كه وكيل از دايره طلب كفائت، مهر وحسن نظر وتوجه در حق زن بيرون نرود. كه وكالت درين صورت براى تحقق حق زن كافى است ومىتواند مطلقاً بدون تعيين زوج باشد.⁽⁶⁾ وقانون مدنى با تأسى از فقه حنفى نيز در ماده (57) الاحكام الشرعية در مورد توكيل ولى چنين مىرساند: "وللولى ابا كان او غيره ان يوكل بنكاح من له الولاية عليهم من الصغار ومن يلحق بهم"⁽⁷⁾ ولى، اعم از اينكه پدر باشد ويا غير پدر، مىتواند براى تزويج كسانيكه برآنان ولايت دارد از اطفال وهم نوعان اطفال (چون ديوانگان وسفيهان...)، وكيل استخدام نمايد.

ثالثاً- توكيل زن در عقد نكاح

الف : وكيل گرفتن مرد:

فقهاء در مورد اينكه زن بتواند براى تزويجش وكيل استخدام نمايد، تا اورا به كسى به زنى بدهد اختلاف نظر دارند. البته اين اختلاف بر مىگردد به همان اختلاف كه آيا وجود (ولى) در تزويج حتمى است ويا خير. يعنى يك زن عاقله وبالغه وآزاد خود مىتواند بدون وجود ولى مراسم عقد نكاح خود را متصرف باشد واجرا نمايد ويا اينكه شرعاً صلاحيت اين تصرف را ندارد.

مذهب معمول به افغانستان (مذهب احناف) به اين باور است كه زن عاقله وبالغه وآزاد مىتواند مراسم ازدواجش را با وجود شرايط مطلوبه آن بدون وجود ولى انجام بدهد ورضاييت ولى را با وجود آن در زمينه استجابى ميدانند، بخاطر كسب مقاصد نكاح بشكل بهتر و كاملاً تر آن. وتا زن ها خود شان مورد مسخرگى گرفته نشوند ويا از عواطف آنها سوء استفاده صورت نگيرد.⁽⁸⁾

بطور كلى فقهاى احناف در زمينه به اين مدارك استدلال ميكند:

1- قرآن كريم :

خداوند جل جلاله مىفرمايد:

"فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَلَكِنْ حُدُودُ اللَّهِ يَبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"⁽⁹⁾

¹ - ابن قدامه المغني، ج 7 ص 19 . - وإرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، ج 6 ص 252. مكتب الاسلامی بیروت. قال البانی لم أقف علیه

² - الجوينی، نهاییه المطلب في درایة المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، ج 12 ص 111. دار المنهاج.

³ - شروط كه ولى نكاح آنرا دارا باشد قرار ذیل است: عقل، بلوغ، حریت، اتفاق دردين، عدالت. الختیار لتعلیل المختار، الموصلي (90/3). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني،

(229-2). المغني، ابن قدامه (7-21) - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، ج 6 ص 488.

⁴ - ابن قدامه، المغني، ج 7 ص 22. - بدائع الصنائع، الكاساني، ج 239. - مغني المحتاج، الشربيني، ج 4 ص 257.

⁵ - الموصيل، الاختيار لتعليل المختار، ج 3 ص 90.

⁶ - الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9 ص 6729..

⁷ - قدری باشا، الاحكام الشرعيه في الاحوال الشخصية على مذهب ابى حنيفة النعمان، ماده 75.

⁸ - اكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ص 224.

⁹ - سورة البقرة: 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 از اولیاء نام برده باشد، که این خود به اهمیت عبارات والفاظ 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 طَلَّقْتُمُ 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 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: "الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وأذنوا صماتها"» (۳)

زن یتیم 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 یتیمه زمانکه تجربه و عادت متحقق است، پیامبر علیه السلام هیچ صلاحیتی را برای ولی نمیگذارد، وزن را مستحق تر معرفی 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 ألوالامر و عامه مسلمانان جواب شده است. زیرا توجیه امر به ألوالامر بهتر است 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: "لأنکاح الأبالوی" (۹)

^۱ - السرخسی، المبسوط، ج ۵ ص ۱۱. - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج ۲ ص ۲۳۸.

^۲ - سورة البقرة: ۱۳۲.

^۳ - مسلم، صحيح مسلم، ج ۲ ص ۱۰۳۷.

^۴ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ۳ ص ۱۱۷.

^۵ - ابن قدامة، المغني، ابن قدامة، ج ۵ ص ۶۳. - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج ۳ ص ۳۶. - الحاوي الكبير، الماوردي، ج ۹ ص ۳۸. - كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج ۵ ص ۴۹.

^۶ - سورة البقرة: ۲۲۱.

^۷ - ابن حجر، فتح الباری، ج ۹ ص ۱۸۴. با اقتباس.

^۸ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج ۳ ص ۳۷. با اقتباس.

^۹ - ابوداود، سنن ابن داود، ج ۲ ص ۱۹۱. - سنن ترمذی، ج ۳ ص ۴۰۷. وقال حديث حسن.

"وعن عائشة رضى 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 را در برمیگیرد. (3) یعنی ناقص 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 تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَصُوا بَيْنَهُنَّ 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 شر ایشان 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 ازواج 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 توکلیاً 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 فقههای 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، اوزوجها غيرها فاجازتها" (7)

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

² - الماوردي، 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 - الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، الموصلي، 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 الشرعیه ... نیز درین مورد چنین تصریح میدارد: "يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نكاحهما بأنفسهما ان يوکل به من شاء اذا كانا حريين عاقلين بالغين" (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 و یا مرد دیگری بزنند و نیز میتوانند به اراده ی شخص فضولی در قبال 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، و یا مانند مسلمان شدن یک زن کافر در یک کشور غیر اسلامی، آیا در همچناین شرایط و حالات زن مسلمان میتواند یک شخص کافر (مرد و یا 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 قبال مسلمان مراعات نمیکند، و نیز توکیل یک نوع سپردن صلاحیت و سلطه به کافر است که این هم جواز ندارد. خداوند میفرماید: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين 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 الحرة 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 و یا 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 ووکیلاً عن الطرف الآخر: كما لو وکلته امرأة ان يزوجه 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، مجلة الاحکام چنین میخوانیم:

1. "الزُّرُورَاتُ تُبَيِّحُ 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 الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ماده 57.

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

³ - الموصی، الاختیار لتعلیل المختار، ج 3 ص 90.

⁴ - ابن عابدین، 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 و زن 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 شوهر یا 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 ازعوارض 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.

پیشنهادهات:

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 و 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 الرویفعی الإفريقی (المتوفی: 711هـ) الناشر: دار صادر – بیروت 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 وهمكارانش) طبع دارالدعوة .
7. ابوعيسى، 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 ابومحمد 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، دارالحديث القاهرة، 2004م.
12. ابن الحجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، احمد بن علي بن حجر العسقلاني، دارالفكر بيروت.
13. ابوداود، سليمان بن اشعث السجستاني، سنن ابي داود، دارالكتب العلميه، بيروت لبنان .
14. اشقر، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردنية، الاشقر عمر سليمان عبدالله، طبع دارالنفائس اردن، سال 1997.
15. افندى، درر الاحكام 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 الخُسْرُو جردى 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 ابوعبدالله 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، دیجيتلى.
23. داود، د. أحمد محمد علي داود، فقه الأحوال الشخصية المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009،
24. زيلعى، فخرالدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت - لبنان .
25. زحيلي، الفقه الاسلامى وادلتة، وهبة مصطفى الزحيلي، دارالفكر سوربه دمشق .
26. زيدان، المفصل فى احكام المرأة وبيت المسلم، عبدالكريم زيدان، ج 6 ص 484. موسسه الرساله طبع 1413هجرى.
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 مصرى، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمى، جلد چهارم، (تهران: انتشارات محمدیسیقز)، ص 2369.
31. ساموئیل، الواح سومری ها، ساموئل کریم، مترجم، داود رسائی، ص 47 طبع تهرانسال 1383.
32. سرطاوی، د/ محمود السرطاوی، فقه احوال شخصی، طبع جامعة القدس المفتوحة.
33. الشافعی، الام، محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان، ابو عبدالله الشافعی، دارالمعرفه بیروت، 1410 هـ.
34. شوکانی، محمد بن علي الشوکاني، نیل الأوطار وشرح منتهی الأخبار من أحداث الأخیار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر .
35. شبلی، محمد مصطفى شبلي، احكام الاسرة في الاسلام. دارالجامعة، بیروت لبنان. 1983.
36. الشربینی، محمد بن احمد، المغنی المحتاج، دارالکتب العلمیه بیروت.
37. صاوی، احمد بن محمد الخلوتی، الصاوی، بلغة السالك لأقرب المسالك، دارالکتب العلمیه، بیروت 1995.
38. عبدالله، نظام الدين .شرح قانون مدنی افغانستان حقوق وجایب، چاپ سوم، انتشارات سعید، بهار 1395 هـ.
39. عبدالله، نظام الدين، قواعد عمومی عقود، انتشارات سعید. 1395.
40. عزاوی، د/ فارس العزاوی، محاضرات فی الاحوال الشخصية، شبكة اللوكة.
41. العینی، محمود بن احمد بن موسی ابو محمد بدرالدين العینی، البناية شرح الهداية، دارالکتب العلمیه بیروت لبنان، 1420 هـ - 2000 م.
42. غندور، احمد، الاحوال الشخصية فی التشريع الاسلامی، جامعة الكويت، 1972 م.
43. فاریابی، محمدعظم فاریابی اساسات علمی كشف و تحقیق جرایم، چاپ اول، کابل: انتشارات ریاست نشرات لوی څارنوالی ج. ا. ا. 1387 هـ.
44. فیروزآبادی، مجد الدين أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق مؤسسة الرساله، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بیروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م.
45. قلجی، معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلجی - حامد صادق قنبيی الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
46. قدری باشا، الاحكام الشرعيه فی الاحوال الشخصية على مذهب ابی حنیفه النعمان، محمد قدری باشا، به اهتمام بسام عبدالوهاب الجابی، دارابن حزم، بیروت لبنان 1428 هجري.
47. کاسانی، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دارالکتب العلمیه، 1966.
48. کاتوزیان، ناصر کاتوزیان، عقود معین، انتشارات شرکت سهامی، 1382 هـ ش.
49. لنگرودی، محمد جعفر، جعفری، فلسفه حقوق مدنی، چاپ اول (تهران: انتشارات کتاب خانه گنج دانش، 1380.
50. لنگرودی، محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات کتاب خانه گنجی دانش، 1380 هـ ش.
51. المرغینانی، علی ابن ابی بکر بن عبدالجليل، بداية المبتدی فی فقه الامام ابی حنیفه، الناشر: مطبعة محمد علی صبيح القاهرة.
52. ماوردي، علی بن محمد بن محمد بن حبيب، ابوالحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المحقق: علی محمد معوض، دارالکتب العلمیه، بیروت لبنان 1999.
53. موصلي، الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود بن مودود، الموصلي، المكتب الاسلامی، بیروت. 1987.
54. مسلم، مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشيري، صحيح مسلم، دارالاحياء التراث العربي، بیروت.
55. معجم المعانی (عربی به فارسی)، دیجتلی .
56. معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصیه، 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 .