



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون  
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

## حقوق خانوادگی اطفال در آئینه شریعت اسلامی وقانون مدنی افغانستان

(رساله ماستری)

محصله: حسیبه "حقی"

استاد رهنما: دوکتور نجیب الله "صالح"

سال: 1402 هـ. ش - 1445 هـ. ق



پوهنتون سلام  
پوهنځی شرعیات و قانون  
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
معینیت امور علمی

# حقوق خانوادگی اطفال در آئینه شریعت اسلامی وقانون مدنی افغانستان

(رساله ماستری)

محصله: حسیبه "حقی"

استاد رهنما: دوکتور نجیب الله "صالح"

سال: 1402 هـ. ش – 1445 هـ. ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

دپارټمنت فقه و قانون

بورډ ماسټری

## تصدیق نامه

محترمه حسیبه بنت عبدالصمد ID: SH-MSF-99-705 محصله دوره شتم فقه و قانون که رساله ماسټری خویش را زیر عنوان: حقوق خانوادگی اطفال در آینه شریعت اسلامی و قانون مدنی افغانستان به روز ۱۳۸۳ تاریخ ۱۳/۱۲/۱۴۰۲ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۲ (نمره په عدد) نود و دو (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور محمد اسماعیل لیبب بلخی	عضو هیات	
۲	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۳	دکتور نجیب الله صالح	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورډ ماسټری

## اهداء

پدرم!

چراغ روشنایی بخش زندگی ام پدرپارسا و وظیفه شناسم، عمری درسخت کوشی نیکوزیست – شبیه شمع سوخت تا فرزندش در روشنایی آن راه گم نشود و با وجدان پاک عاشقانه به ملاقات خدایش شتافت، خداوند رحمتش کند.

مادرم!

اوکه خود مایه آرامش و خوشی است. پیوسته درمقابل طوفان های زندگی علمی ام سپری پولادین بوده است و زندگی اش را هزینه به ثمر رساندم نمود و هنوز چون دژشکست ناپذیرحامی و پشتیبان من است. ازخداوند برایشان طول عمر با برکت و توأم با صحتمندی را متمنی ام.

برادرانم!

آنان که با صبروشکیبایی درنایل آمدن این قافله من را یاربودند.

خواهرانم!

همواره با قلب های پاک و بی آلایش شان درپیمودن این سفر علمی خواهرانه همراه ام بودند.

دوستانم!

با دست گیری اخلاقی و انسانی شان من را کاخ نشین این کامیابی نمودند. سپاسگذارم.

## سپاسگزاری

نخست سپاس پروردگار عالم را که نیرو، عقل و وجدان را آفرید و با ارسال حضرت محمد مصطفی «ﷺ» عنصرخوب را ازید تفکیک کرد و ثانیاً در مسیر علم و معرفت رهنمون نمود و توفیق نعمت همنشینی اهل فضل و خرد را نصیب ما گردانید. بر حسب وظیفه و از باب مقوله معروف «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» از استاد شایسته ام جناب دکتور نجیب الله «صالح» که در نهایت حوصله مندی و خوش رفتاری یاری ام نمود و زحمت راهنمایی این پایان نامه را بر عهده گرفت سپاسگزارم.

هم چنین از همه اساتید به خصوص جناب دکتور مصباح الله «عبدالباقی»، مدیران و مسوولان این کانون علمی که در جمع آوری منابع و تدوین این تحقیق دریغ نورزیده اند، قلباً ممنون و قدردانی دارم.

## چکیده

طفل ازديد قانون مدنى زير هجده سال وازديد فقه اسلامى به شخص نابالغ اطلاق مى شود. قانون مدنى وفقه اسلامى حقوق خانوادگى طفل را به رسميت شناخته است. چنين امتياز باعث شده است كه طفل در آيينه اى قانون مدنى و آموزه هاى فقهى داراى حقوق مادى و معنوى باشد، كه چنين حقوق زير نام حقوق مادى و معنوى طفل تبلور يافته است.

در خصوص موضوع مزبور آثار زيادى در قالب كتب، پايان نامه و مقاله نگاشته شده است، اما تحقيقى كه در خورتأمل و بشكل تطبيقى بوده باشد، به ندرت مورد بحث و بررسى قرار گرفته است.

گرد آورى مطالب اين تحقيق از طريق مراجعه به منابع مكتوب، از شيوه اى كتاب خانه اى گرد آورى گرديده و محتواى آن با روش توصيفى - تحليلى و تطبيقى تدوين گرديده است.

بررسى تحقيق حاضر از آنجا است كه موضوع مزبور مطرح توجه ويژه اى شارع مقدس و قانونگذار افغانستان قرار گرفته است. اين تحقيق به هدف دست يابى جاىگاه حقوق خانوادگى طفل را در آيينه قانون مدنى وفقه اسلامى مورد تحقيق قرارداد.

بر ايند مطالعات و واكاوى هاى صورت گرفته آن حاكى از آن دارد كه حقوق خانوادگى طفل از نگاه قانون مدنى افغانستان بيشتر با رويکرد مادى مطرح نظر قرار گرفته و از نگاه فقه اسلامى بيشتر با روى كرد معنوى به چنين حقوق نگرسته است، كه در فصل سوم به اين حقوق اشاره شده است.

اين تحقيق در سه فصل سازمان دهى شده است. فصل اول (كلييات) در دو مبحث اختصاص يافته است. مبحث اول، مفهوم حقوق خانواده و مبحث دوم، نگاه گذرا به حقوق خانوادگى اطفال در قانون مدنى افغانستان وفقه اسلامى. فصل دوم، حقوق معنوى خانوادگى اطفال در قانون مدنى افغانستان وفقه اسلامى در پنج مبحث ترتيب گرديده است. مبحث اول حقوق جنين، مبحث دوم حقوق ثبوت نسب، مبحث سوم حقوق نامگذاري، مبحث چهارم حقوق ازدواج و مبحث پنجم حقوق سرپرستى اطفال بى سرپرست را مورد بحث قرار داده است. فصل سوم، حقوق مادى خانوادگى اطفال در قانون مدنى افغانستان وفقه اسلامى در هفت مبحث تنظيم شده است. مبحث اول حقوق مسكن، مبحث دوم حقوق رضاع، مبحث سوم حقوق حضانت، مبحث چهارم حقوق نفقه، مبحث پنجم حقوق ولايت، مبحث ششم حقوق وصايت و مبحث هفتم حقوق ميراث را بررسى نموده است.

## كليد واژه ها:

حقوق، خانواده، طفل، قانون، فقه.

## فهرست عناوین

ز	چکیده
1	مقدمه
1	تبیین مسئله:
1	اهمیت موضوع:
2	فرضیه تحقیق:
2	اسباب اختیار موضوع:
2	سوال های اصلی و فرعی تحقیق:
2	پیشینه تحقیق:
3	روش تحقیق:
4	اهداف تحقیق:
4	سازمان دهی تحقیق:

## فصل اول

### کلیات تحقیق

6	مبحث اول: تعریف حقوق خانواده
6	مطلب اول: تعریف حق و انواع آن
10	مطلب دوم: تعریف خانواده
11	مطلب سوم: تعریف طفل
14	مطلب چهارم: تعریف قانون
15	مبحث دوم: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان وفقه اسلامی
15	مطلب اول: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی
18	مطلب دوم: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در فقه اسلامی

## فصل دوم

### حقوق معنوی خانوادگی طفل در قانون مدنی افغانستان وفقه اسلامی



22	مبحث اول: حقوق جنین.....
22	مطلب اول: حق جنین از منظر قانون مدنی.....
25	مطلب دوم: حق جنین از منظر فقه اسلامی.....
35	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات جنین در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی.....
36	مبحث دوم: حقوق ثبوت نسب.....
36	مطلب اول: حق ثبوت نسب از منظر قانون مدنی.....
39	مطلب دوم: حق ثبوت نسب از منظر فقه اسلامی.....
48	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات اثبات نسب در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی.....
49	مبحث سوم: حقوق نامگذاری.....
49	مطلب اول: حق نامگذاری از منظر قانون مدنی.....
49	مطلب دوم: حق نامگذاری از منظر فقه اسلامی.....
51	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجه اشتراکات و افتراق نامگذاری در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی.....
52	مبحث چهارم: حقوق ازدواج.....
52	مطلب اول: حق ازدواج از منظر قانون مدنی.....
53	مطلب دوم: حق ازدواج از منظر فقه اسلامی.....
62	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات ازدواج در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی.....
63	مبحث پنجم: حقوق تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست.....
63	مطلب اول: حق تکافل اطفال بی سرپرست از منظر قانون سرپرستی اطفال.....
70	مطلب دوم: حق تکافل اطفال بی سرپرست از منظر فقه اسلامی.....
76	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات حق اطفال بی سرپرست در قانون سرپرستی اطفال افغانستان و فقه اسلامی.....

## فصل سوم

### حقوق مادی خانواده گی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

80	مبحث اول: حقوق مسکن.....
80	مطلب اول: حق مسکن از منظر قانون مدنی.....

81	مطلب دوم: حق مسکن از منظر فقه اسلامی
	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات مسکن در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی
85	
86	مبحث دوم: حقوق رضاع
86	مطلب اول: حق رضاع از منظر قانون مدنی
87	مطلب دوم: حق رضاع از منظر فقه اسلامی
	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات رضاعت در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی
93	
94	مبحث سوم: حقوق حضانت
94	مطلب اول: حق حضانت از منظر قانون مدنی
98	مطلب دوم: حق حضانت از منظر فقه اسلامی
	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات حضانت در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی
108	
110	مبحث چهارم: حقوق نفقه
110	مطلب اول: حق نفقه از منظر قانون مدنی
111	مطلب دوم: حق نفقه از منظر فقه اسلامی
	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات نفقه در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی
117	
118	مبحث پنجم: حقوق ولایت
118	مطلب اول: حق ولایت از منظر قانون مدنی
120	مطلب دوم: حق ولایت از منظر فقه اسلامی
	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات ولایت در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی
127	
128	مبحث ششم: حقوق وصیت
128	مطلب اول: حق وصیت از منظر قانون مدنی
136	مطلب دوم: حق وصیت از منظر فقه اسلامی
	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات وصایت در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی
139	
142	مبحث هفتم: حقوق میراث
142	مطلب اول: حق میراث از منظر قانون مدنی

147	مطلب دوم: حق میراث از منظر فقه اسلامی.....
154	مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات میراث در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی.....
157	نتیجه گیری .....
159	پیشنهادات:.....
160	۱- فهرست آیات .....
162	۲- فهرست احادیث نبوی .....
163	۳- فهرست اعلام.....
164	منابع و مأخذ .....

## مقدمه

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، ولا عدوان إلا على الظالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أرسله ربه رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

اما بعد!

كانون خانواده مبنا و اساس جامعه انساني را تشكيل مي دهد خانواده حقوقمدار جامعه حقوقگرا را به وجود ميآورد. طفل يكي از اعضاي خانواده است. رعايت حقوق مادي و معنوي طفل را قانونگذار مدني وفقه هاي اسلامي به رسميت شناخته اند. عدم توجه خانواده به حقوق مذکور باعث بي نظمي در جامعه مي شود. بنا بر اين توجه نمودن به حقوق مادي و معنوي طفل نيك سرانجامي و رستگاري خانواده و جامعه سالم را به بار ميآورد.

## تبیین مسئله:

خانواده يكي از مهمترين زير بناهاي جامعه انساني است كه در واقع هسته مركزي هراجماعي را تشكيل مي دهد. خانواده نخستين كانون وبستر مناسب براي پرورش آسايش و آموزش فرزندان است. قانون مدني افغانستان و شريعت اسلامي در خصوص رعايت حقوق خانوادگي اطفال بدليل آسيب پذيري وعدم استفاده از حقوق مسلم شان، توجه ويژه اي را نموده است. شوربختانه حقوق خانوادگي اطفال در بسا موارد، مورد سوء استفاده اوليا قرار مي گيرد. در حاليكه از منظر قانون مدني افغانستان و شريعت اسلامي حقوق خانوادگي اطفال از همان جايگاه، حقوقي برخوردار است كه ديگر اعضاي خانواده از آن حقوق بهره مندند. اما گاهي به دليل كم آگاهي از توسعه هاي شرعي و آموزه هاي اخلاقي وعدم توجه به قانون مدني افغانستان در خصوص حقوق خانوادگي اطفال، كم مهري ها و بعضاً با بهره كشي ها همراه بوده، تا حقوق مزبور ناديدده گرفته شود. بنا بر اين؛ پژوهش حاضر در صدد بررسي حقوق خانوادگي اطفال در قانون مدني افغانستان و آيينه شريعت اسلامي است.

## اهمیت موضوع:

يكي از مباحث مهم و درخور تأمل براي پژوهشگران در حوزه حقوق خانوادگي، حقوق اطفال در خانواده است. اهميت بررسي اين پژوهش حاكي از آن است كه موضوع مزبور مطرح ويژه اي قانونگذار افغانستان و شارع مقدس قرار گرفته است، زيرا حقوق مادي و معنوي طفل از اساسي ترين حقوق آن محسوب مي شود.

## فرضیه تحقیق:

بنظرمی رسد قانونگذار مدنی افغانستان و فقهای اسلامی در خصوص حقوق مادی و معنوی اطفال توجه نموده است. قانون مدنی به موضوع مزبور از جنبه مادی نگریسته، اما فقه اسلامی علاوه بر جنبه مادی موضوع به جنبه معنوی آن نیز توجه خاصی نموده است.

## اسباب اختیار موضوع:

- ۱- کم توجهی خانواده ها از حقوق اطفال از آدرس قانون مدنی افغانستان.
- ۲- کم توجهی والدین از حقوق اطفال از منظر شریعت اسلامی.
- ۳- کمبود موجودیت کتب مقایسوی قانون و فقه در خصوص حقوق خانوادگی اطفال.

## سوال های اصلی و فرعی تحقیق:

### الف - سوال اصلی:

حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و آیینہ اسلامی چیست؟

### ب - سوالات فرعی:

- ۱ - حقوق معنوی خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی چیست؟
- ۲ - حقوق مادی خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی چیست؟

## پیشینه تحقیق:

بررسی ها و مطالعات اجمالی صورت گرفته حاکی از آن است که در خصوص موضوع مذکور، در آیینہ شریعت اسلامی آثار زیادی در قالب کتب، رسائل و مقالات به رشته تحریر درآمده است. همچنین موضوع مزبور در قانون مدنی نیز مورد بررسی تک سیستمی قرار گرفته است. متأسفانه موضوع یاد شده بطور تطبیقی در قانون مدنی و آیینہ شریعت اسلامی پرداخته نشده است. در اینجا به برخی از تألیفات که در رابطه به مباحث حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی و نظام شریعت اسلامی انتشار یافته است اشاره می گردد:

الف: آثار زیادی در خصوص حقوق خانوادگی اطفال در پرتو آیینہ اسلام تدوین شده است. از جمله:

- ۱- فقه خانواده در جهان معاصر اثر دکتر تورهبه، زحیلی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، (تهران، نشر احسان، چاپ پنجم، ۱۳۹۴).

موضوع این کتاب احکام، آداب، حقوق و مسوولیت های فقهی خانواده در جهان معاصر است. مسایل پیرامون خانواده را در خصوص ویژه گی های نهاد خانواده، مراحل تشکیل خانواده، حقوق عمومی و خصوصی اعضای خانواده، فعالیت ها و مسوولیت های خانواده، زنده گی مشترک

همسرداری و پیامدهای آن و مخصوصاً موضوع تربیت اطفال را بطور دقیق مورد بحث و بررسی قرار داده است.

۲- چگونه فرزندان خود را تربیت کنیم اثر عبدالله ناصح، علوان، مترجم: عبدالله احمد، (تهران، نشر احسان، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۸).

موضوع این کتاب روش چگونگی تربیت اطفال است. پژوهشگر در این کتاب تلاش بخرج داده است، تا شیوه های تربیت اسلامی اطفال را در خصوص تربیت اطفال نخست به ازدواج نمونه و رابطه آن با تربیت، انجام دادن یک سلسه کارها هنگام تولد نوزاد، عوامل انحراف فرزندان و طریقه برخورد با آن مسوولیت تربیت ایمانی، اخلاقی، جسمی، فکری، روانی، اجتماعی، جنسی و همچنین مباحث عوامل مؤثر تربیت، قواعد اساسی تربیت و پیشنهادهای ضروری تربیتی اطفال را بطور دقیق مورد پژوهش قرار داده است.

ب: رسائل

پایان نامه ماستری، حقوق اطفال از دیدگاه شریعت اسلامی قوانین ملی و میثاق های بین المللی، عبدالمهیمن، منصور، پوهنتون سلام، دبیرتمنت فقه و قانون، (سال دفاع ۱۳۹۷)

موضوع این پایان نامه در خصوص حقوق اطفال از روزنه ای شریعت اسلامی قوانین ملی و میثاق های بین المللی بیشتر حقوق اطفال را از منظر کنوانسیون های بین المللی بطور دقیق مورد پژوهش قرار داده است. تمام کتاب ها پایان نامه ها و مقالات فوق هم یک نظام حقوقی را مورد بررسی قرار داده است. و چیزی که تحقیق حاضر را از مباحث فوق متمایز و جدا می سازد، تطبیقی بودن و مقایسوی بودن آن با قانون مدنی افغانستان است. بنابراین، ضرورت اصلی انجام هر تحقیقی، تلاش در راستای زمینه چینی برای توسعه و پیشرفت علوم است.

بنابراین دست یابی به این مهم انجام تحقیقات در این زمینه ها را ضروری می نماید.

اما در خصوص تحقیق در موضوع این نوشتار: لازم به یاد آوریست، به واسطه وسعت دامنه ای حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و آیین شریعت اسلامی به معنی عام ضرورت دارد تا قواعد کلی در زمینه ها و مصادق مختلف مورد بررسی قرار گیرد.

### روش تحقیق:

این تحقیق با استفاده از روش توصیفی، تحلیلی و تطبیقی به مطالعه پرداخته است و جمع آوری اطلاعات از طریق بررسی کتب، مقالات، سایت ها، مراجعه به کتابخانه ها، مراکز پژوهشی و تحقیقی و سپس پردازش داده ها و اطلاعات گردآوری شده صورت گرفته و به لحاظ قلمرو موضوعی در حیطه حقوق مدنی به لحاظ قلمرو زمانی و مکانی اسلام و قانون مدنی افغانستان را مورد مطالعه و واکاوی قرار می دهد.

## اهداف تحقیق:

- ۱- خدمت به قشر ضعیف اطفال.
- ۲- آگاهی دهی خانواده ها از حقوق اطفال.
- ۳- طلب رضای پروردگار

## سازمان دهی تحقیق:

فصل اول: (کلیات تحقیق)

مبحث اول: مفهوم حقوق خانواده

مبحث دوم: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی و فقه اسلامی

فصل دوم: حقوق معنوی خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

مبحث اول: حقوق جنین

مبحث دوم: حقوق ثبوت نسب

مبحث سوم: حقوق نامگذاری

مبحث چهارم: حقوق ازدواج

مبحث پنجم: حقوق تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست

فصل سوم: حقوق مادی خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

مبحث اول: حقوق مسکن

مبحث دوم: حقوق رضاعت

مبحث سوم: حقوق حضانت

مبحث چهارم: حقوق نفقه

مبحث پنجم: حقوق ولایت

مبحث ششم: حقوق وصایت

مبحث هفتم: حقوق میراث

## فصل اول

### (کلیات تحقیق)

مبحث اول: مفهوم حقوق خانواده

مطلب اول: تعریف حق و انواع آن

مطلب دوم: تعریف خانواده

مطلب سوم: تعریف طفل

مطلب چهارم: تعریف قانون

مبحث دوم: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی و فقه اسلامی

مطلب اول: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی

مطلب دوم: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در فقه اسلامی



## فصل اول

### کلیات تحقیق

برای شناخت هر بحث در آغاز نیاز است تا مفاهیم و کلیات موضوع برای خوانندگان تبیین شود. منظور از مفاهیم و کلیات، مفاهیمی هستند که خوانندگان را بر بحث اصلی تحقیق کمک می کند بنابراین؛ فصل نخست دارای دو بحث است، بحث اول بیانگر مفاهیم کلیدی تحقیق است که بطور مفصل مورد واکاوی قرار گرفته است و در بحث دوم نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی و فقه اسلامی شده است.

### مبحث اول: تعریف حقوق خانواده

درآمد

قبل از پرداختن به مباحث اصلی تحقیق لازم است کلیاتی در رابطه با موضوع مورد بحث و تبیین گردد، تا در پرتو آن ورود روشن به مباحث اصلی فراهم شده و با اشراف مناسب و چارچوب نظری تحقیق بحث اصلی ادامه یابد. این بخش شامل موضوعات؛ همچون، بررسی اصلی مفاهیم تحقیق یعنی مفهوم حق «حق و انواع آن، خانواده، طفل و قانون» به لحاظ لغوی و اصطلاحی مورد واکاوی قرارگرفته است.

### مطلب اول: تعریف حق و انواع آن

#### الف: حق در لغت

حق در لغت به معانی متعدد آمده است از جمله: 1- حق به معنی «نقیض»<sup>1</sup> 2- «ضد»<sup>2</sup> 3- «ثابت واجب» 4- «یقین» 5- «عدل» 6- «کاری که البته واقع شود» 7- «نصیب و بهره ای از چیزی» 8- «ملک و مال» 9- و یکی از نام های «خداوند متعال» شمرده شده است.<sup>3</sup> 10- «به معنای ثبوت و خلاف باطل است که به معنای وجوب نیز آمده است».<sup>4</sup> 11- «واژه حق به معنای عدالت نیز استعمال شده است»<sup>5</sup> مفهوم حق: «حق جمعش حقوق، قدرت یا امتیاز که کسی یا جمعی

1. احمد، بن فارس، بن زکریا، مقایس اللغة، ج دوم، ص ۱۵، بیروت، دار کتب العلمیه، ۱۴۱۶ ه.ق.

2. محمد، بن منظور، بن مکرم، لسان العرب، ج هشتم، ص ۵۰، لبنان، دار الفکر العربی، چاپ دوم، ۱۹۵۱ م.

3. احمد، بن فارس، بن زکریا، مقایس اللغة، ج دوم، ص ۱۵.

4. انصاری، مسعود، و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج سوم، ص ۱۸۳۹، انتشارات: جنگل -

جاودانه، چاپ سوم، ۱۳۸۸، تهران.

5. استانکزی، نصرالله، مبادی حقوق، ص ۱۹، انتشارات سعید، چاپ دوم، ۱۳۸۹، کابل.

سزاوار برخورداری از آن است، (مثلاً حقوق طبیعی)، و به ویژه چنین قدرت یا امتیازی که به موجب قانون یا عرف مقرر شده است.<sup>1</sup> و حقوق جمع کلمه ی «حق» است. همچنین حق در قرآن کریم به همین معانی مزبور بکاررفته است؛ مانند: (وَلَا تَلْبَسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ).<sup>2</sup> (إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ).<sup>3</sup> (الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ).<sup>4</sup> (وَخَلَقَ اللَّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ).<sup>5</sup>

بنابراین آنچه که در معانی ذکر شده از حق در این مبحث مورد نظر است؛ واژه حق با این معنا که: حق نصیب و بهره ای از چیزی و ملک و مال و به این مفهوم که: حق قدرت یا امتیاز است که کسی یا جمعی سزاوار برخورداری از آن است، (مثلاً حقوق طبیعی) و به ویژه چنین قدرت یا امتیازی که به موجب قانون یا عرف مقرر شده است. زیرا هدف بررسی حقوق خانوادگی اطفال است و این معانی بر موقعیت که اطفال قرار دارند صدق می کند.

### ب: در اصطلاح

فقه‌های اسلامی در رابطه به تعریف اصطلاحی حق اختلاف نظر دارند، که به طور کلی در دوکتوری ذیل بیان می نمایم:

۱- فقهای متقدمین

۱-۱- عبدالحلیم لکنوی<sup>6</sup>

«حق عبارت از حکم ثابت است».<sup>7</sup>

۲- ۱- بدرالدین عینی<sup>1</sup>

---

۱. مصاحف، غلام حسین، دایرة المعارف، ج اول، ص ۸۵۶، انتشارات امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۱، تهران.

۲. بقره / ۴۲.

۳. بقره / ۱۱۹.

۴. آل عمران / ۶۰.

۵. جاثیه / ۲۲.

۶. محمد عبدالحلیم بن محمد امین الله اللکنوی الانصاری (۱۲۳۹ - ۱۲۸۵ ه ق) عالم، فاضل، فقیه حنفی، اصولی او یک حکیم و دانشمند و عالم در طب قدیم بوده از او آثار و کتب متعددی به جای مانده است. مانند: (الاقوال الاربعه، حاشیه قمر الاقمار لنور الانوافی الاصول، الانصاف فی حکم الاعتکاف) و غیره، مراجعه به فهرس المؤلفین با الظاهریه، طبع بغدادی، هدیه العارفین ج دوم، ص ۳۷۴.

۷. عبدالحلیم، اللکنوی، حاشیه قمر الاقمار علی شرح المنار، ج دوم، ص ۲۱۶، ناشر دارالکتب العلمیه، ۱۹۹۵ م.

«عبارت از آنچه که انسان مستحق آن می شود».<sup>2</sup>

۳- ۱- حسن المروزی<sup>3</sup>

«حق عبارت است از اختصاصی در آنچه که شرعاً قصد کرده می شود متبلور خواهد شد».<sup>4</sup>

۲- فقهاء و حقوق دانان اسلامی معاصر

فقهاء و حقوق دانان اسلامی معاصر پیرامون تعریف حق، آنس را به سه دسته تقسیم نموده اند که برخی از آن ها بر مفهوم مصلحت برخی دیگری بر مفهوم اختصاص و گروه سومی جمع بین مفهوم مصلحت و اختصاص تاکید نموده اند.<sup>5</sup>

۱- ۲- مفهوم مصلحت نقد استاد چرا عنوان مفهوم مصلحت و محتوا موضوع حق است باید مصلحت تعریف شود نه حق. جواب: اینجا موضوع حق است و حق به مفهوم مصلحت آمده است.

حق عبارت از مصلحت دارای قیمت مالی که قانون از آن حمایت می کند.<sup>6</sup>

۲- ۲- مفهوم اختصاصی

دکتور مصطفی زرقاء: «حق عبارت از اختصاص که صاحب شریعت به واسطه آن صلاحیت و یا مکلفیتی را برای انسان تفویض می کند. این تعریف تمام حقوق را شامل می شود، اعم از حقوق دینی، مانند حق الله متعال که شامل نماز، زکاة، روزه، حج، حقوق مدنی مانند حق تملیک و آزادی بیان،

---

1. محمود پسر احمد پسر موسی، ابومحمد، بدرالدین العینی الحنفی (۷۶۲ - ۸۵۵ ه ق)، مؤرخ، علامه، و از کبار محدثین عالم مسلم و قاضی بود. سکونت اصلی آن حلب، مدتی در حلب زندگی نموده و در قاهره درس ۹۱ سالگی وفات نموده است کتاب های زیادی تصنیف نموده از مشهور ترین کتاب های وی شرح بخاری که بنام (عمدة القاری) در یازده جلد نوشته شده است، حاشیه قمر الاقمار علی شرح المنار و المقاصد النحویة فی شرح شواهد شروح الالفیه، مراجعه بدرالدین العینی، البناية شرح الهدایه، ۱ - ۱۳، ج اول، ۲۰۱۱ م.

2. زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، البحر الرایق شرح کنز الدقایق، ج ششم، ص ۱۸۴، طبع، المطبعة العلمیه ۱۳۱۱ ه ق.

3. حسین المروزی، پسر محمد، پسر احمد مروزی یا مروزی شافعی، کنیه او ابوعلی، قاضی، فقیه، اصولی، یکی از شیوخ شافعی، متوفی ۲۳ / محرم / ۴۶۲ - ۱۰۶۹ م، تألیفات وی تلخیص التهذیب، لغت نامه ده خدا حسین مروزی، معجم المؤلفین از طبقات الشافعیه، شاگرد مشهور آن البغوی، ج یازده هم، ص ۱۰۷، مراجعه به زرکلی خیرالدین ۲۰۰۲ م الاعلام ج دوم، ص ۲۵۴، طبع ۵، دار العلم للملایین، بیروت.

4. ضمیریه، عثمان جمعه، الحق فی الشیعة الاسلامیه، مجلة البحوث الاسلامیه، ص ۳۵۹، عنده، عدد ۴۰، ناشر: رئاسة العامه، للبحوث العلمیه والافتاء، ۱۴۱۴ ه ق - ۱۹۹۴ م،

5. داد محمد، نذیر، اساسات حقوق (جز اول) با تجدید نظر، ص ۳۶، انتشارات: مرکز طبع و نشر الغاروق، ۱۳۹۱ ه ش، کابل.

6. عبدالرزاق، السنهوری، مصادر حق فی الاسلامی، ج اول، ص ۹، طبع اول دار احیاء التراث العربی للطباعة والنشر والتوزیع ۱۹۹۷ م.

حقوق ادبی، مانند حق پدربرفرزندانش و حق شوهربرخانمش و حق استاد بالای شاگردانش، چنانچه شامل می شود، حقوق عمومی را مانند، حق سرپرسی رعیت که به عهده دولت لازم است و حقوق مالی مانند، حق نفقه و حقوق غیرمالی مانند، حق ولی در ولایت نفس و حق وکیل در وکالت را در بر می گیرد»<sup>۱</sup>.

۳-۲- مفهوم عام و خاص

۱- ۳-۲- حق به معنی عام عبارت است از یک مصلحتی که انسان از جانب صاحب شریعت مستحق آن می گردد.<sup>۲</sup>

۲- ۳-۲- حق به معنی خاص عبارت از سلطه و قدرتی که جهت تامین هدف مشخص از جانب شارع برای انسان ثابت می شود. هر دو تعریف فوق بر مصلحت است. ولی مصلحت ماهیت حق نبوده بلکه ثمره آن می باشد.<sup>۳</sup>

با در نظر داشت تعاریف که فقهای متقدمین و حقوق دانان اسلامی معاصر از حق نمودند، می توان گفت که حق به معانی عام «مصلحت» و به معنی خاص «مصلحت، سلطه و قدرت» است. هدف از مصلحت دست آورد (ثمره) آن است نه ماهیت.

### ج: انواع حق

دانشمندان حقوق در یک تقسیم بندی کلی حقوق فردی را به سه کته گوری اصلی تقسیم کرده اند که ذیلاً بیان می گردد.<sup>۴</sup>

۱- حق سیاسی

عبارت از حقی است که برای شخص به اعتبار اینکه شهروند کشوری می باشد ثابت می شود. مانند حق احترام مناسب عمومی، حق انتخاب کردن و حق انتخاب شدن در شورای ملی و شوراهای ولایتی و غیره.<sup>۵</sup>

---

۱. الزرقا، مصطفی، المدخل الی النظریه الالتزام فی فقه الاسلامیه، ص ۱۵، ناشر: دارالقلم، ۱۴۳۴هـ ق - ۲۰۱۳م، دمشق.

۲. الزرقا، مصطفی، المدخل الی النظریه الالتزام فی الفقه الاسلامیه، ص ۱۵.

۳. علی خفیف، الحق والذمة وتأثیر الموت فیها، ص ۳۷، مکتبه عبدالله و هبه، و دارالفکر العربی، طبع اول، ۱۴۳۱هـ ق - ۲۰۱۰م، القاهرة.

۴. داد محمد، نذیر، مبادی علم حقوق، ص ۱۱۹، انتشارات حامد رسالت، چاپ ششم، ۱۳۹۵، کابل.

۵. داد محمد، نذیر، مبادی علم حقوق، ص ۱۱۹.

## ۲- حق عمومی

حق که مربوط به شخصیت انسان و سلامت جسمی و روحی او یا ناظر به رابطه ای دولت و مردم است که در قانون اساسی کشورها تحت عنوان حقوق ملت تبیین می گردد. در واقع حقوق عمومی وسیله حمایت انسان در برابر تجاوز دولت و مهار قدرت است. با وجود این، حقوق عمومی در روابط خصوصی نیز قابل استناد است و تجاوز به آن، موجب الزام به جبران خسارت است.<sup>1</sup>

## ۳- حق خصوصی

عبارت از مجموعه ای امتیازات است که قواعد و قوانین آن را برای افراد به رسمیت می شناسد و دیگر افراد جامعه موظف با رعایت و احترام این حقوق می باشند.<sup>2</sup>

## مطلب دوم: تعریف خانواده

### الف: در لغت

خانواده واژه است مرکب از «خانه» و «پسوند» |واده| به معنای خاندان، دود مان، تبار، عائله تیره، اهل، آل، عشیره، پیروان و وابستگان است.<sup>3</sup> فرهنگ عمید برای واژه «خانواده» معنای متعدد از قبیل «خاندان، دود مان، اهل خانه زن و فرزند و فامیل» بر شمرده است.<sup>4</sup>

### ب: در اصطلاح

خانواده کوچکترین واحد اجتماعی که شامل پدر، مادر و فرزندان است.<sup>5</sup> خانواده: گرچه در بادی امر مفهوم خانواده از مفاهیم بسیار روشن و بدیهی به گونه ای که عامه مردم اعم از کوچک و بزرگ و با سواد و بی سواد هم آن را می فهمند آنقدرها هم ساده نیست و صاحب نظران بر اساس تخصص و نیازشان هر کدام تعریف از «خانواده» ارائه نموده اند. چنانکه برخی خانواده را یک سازمان اجرائی دانسته، بعضی روابط خویشاوندی و همخونی را اساس تشکیل خانواده تلقی کرده اند. عده ی دیگر عامل اقتصادی و گروهی نیز عامل روانی و جنسی را سبب پیدایش آن قلمداد کرده اند.<sup>6</sup>

---

1. عبدالحکیم، سلیمی، حقوق بشر از دیدگاه اسلام، ص ۹۷، ناشر: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی، چاپ اول، سال ۱۳۹۲، قم.

2. سید محمد، هاشمی، حقوق بشر و آزادی های اساسی ص ۳، نشر میزان چاپ دوم، سال ۱۳۹۱، تهران.

3. کاظم، موسوی، بجنوردی، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج اول، ص ۵۳۶، انتشارات: مرکز دایرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷، تهران.

4. حسن، عمید، فرهنگ عمید، ج اول، ص ۸۲۸، انتشارات: اشجع، چاپ دوم، ۱۳۷۲، تهران.

5. حسن، انوری، فرهنگ بزرگ سخن، ج چهارم، ص ۲۶۶۵، چاپخانه مهارت، چاپ دوم، ۱۳۸۲، تهران.

6. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج هشتم، ص ۹۴۳۸.

خانواده عبارت از گروه و جماعتی هستند که زیربنای جامعه را تشکیل می دهد و بنای آن بر روابط همسری میان زن و مرد استوار است.<sup>1</sup> به سخنی؛ خانواده در زمره ای عمومی ترین سازمان های اجتماعی به شمار میرود و بر اساس ازدواج بین دوجنس مخالف شکل می گیرد و در آن مناسبت کلی واقعی یا اسناد یافته به چشم می خورد، خانواده معمولاً دارای نوعی اشتراک مکانی است هر چند همواره چنین نیست و همین (اشتراک مکانی) امر نیز وجه تمایز مفاهیم خانواده است، و کارکردهای گوناگون شخصی، جسمانی، اقتصادی و تربیتی را به عهده دارد، بنابراین، خانواده واحد اجتماعی با ابعاد گوناگون زیستی، اقتصادی، حقوقی، روانی و جامعه شناسی است که از عوامل مهم مؤثر بر جامعه نیز قلمداد می شود.<sup>2</sup> خانواده از منظر قانونگذار مدنی: «فامیل انسان که متشکل از اقارب است که توسط یک اصل مشترک با هم جمع شده باشد»<sup>3</sup>.

بنابراین تعاریف لغوی و اصطلاحی فوق، خانواده را می توان چنین تعریف نمود: خانواده عبارت از فامیل، اعضای خانواده و یا گروهی از افراد که دارای پیوند سببی و نسبی «زن، فرزند و شوهر» باشند را گویند.

#### مطلب سوم: تعریف طفل

#### الف: در لغت

طفل به معنای بچه، کودک، و هر بچه ای نابالغ را گویند.<sup>4</sup> همچنین گفته اند: «طفل به معنی؛ آفتاب نزدیک غروب، جرقه ای آتش»<sup>5</sup> نیز آمده است.

#### ب: در اصطلاح

«طفل در اصطلاح به شخصی اطلاق می گردد که هجده سال را تکمیل نکرده باشد»<sup>6</sup> به بیانی دیگر، «کودک، انسانی است که سن هجده سالگی را هنوز تمام نکرده است، مگر اینکه سن بلوغ از نظر حقوق جاری در کشور های مربوطه زودتر تعیین شده باشد»<sup>7</sup>.

1. وهبه، زحیلی، فقه خانواده در جهان معاصر، ص ۲۹.
2. ساروخانی، باقر، مقدمه بر جامعه شناسی خانواده، ص ۱۳۶، انتشارات دانشگاه، چاپ اول ۱۳۸۴ تهران.
3. قانون مدنی افغانستان، ص ۹.
4. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج اول، ص ۲۲۳.
5. ابن منظور، محمد، ابن مکرّم، لسان عرب، ماده طفل، ج یازدهم، ص ۴۰۱-۴۰۳.
6. ماده (۹۵) فقره (اول) کود جزا، ص ۲۸ و وزارت عدلیه افغانستان، جریده رسمی، قانون حمایت حقوق طفل، مصوبه سال ۱۳۹۷.
7. کنوانسیون ملل متحد در مورد حمایت حقوق طفل، نافذ شده از تاریخ دوم سپتامبر، سال ۱۹۹۰ م، ماده (اول) نیز کنوانسیون ملل متحد در مورد حقوق طفل که در سال ۱۹۹۴ از طرف افغانستان به امضاء رسید.

## ج: نزد فقهاء

### ۱- نزد حنفیه

#### (الغلام يطلق على الصبي من حين يولد إلى إن يبيل)<sup>1</sup>

ترجمه: (غلام به صبی از حین تولد او تا زمانی که به بلوغ می رسد، اطلاق می شود).

امام ابو یوسف<sup>2</sup> و امام محمد بن حسن<sup>3</sup> بدین باوراند: 4 سن بلوغ را پانزده سالگی تعیین نموده اند، که: علامات نشان دهنده سن بلوغ می تواند یکی (منی)<sup>5</sup> باشد که اگر قبل از سن ۹ سالگی رخ داد در نتیجه مرض بوده و بلوغ را نشان نمی دهد، و دیگر حیض<sup>6</sup> و حمل<sup>7</sup> است که در خانم ها اتفاق می افتد و ممکن است در سن ۹ سالگی این علایم بروز کند.

1. ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی الحنفی، حاشیة ابن عابدین، ج ۶، ص ۱۵۳، ناشر: دارالفکر - بیروت، طبع دوم، سال ۱۴۱۲ق.

2. یعقوب بن ابراهیم بن حبیب بن خنسیس بن سعد بن جبیر ملقب به ابو یوسف، در سال ۱۱۳ هجری قمری در شهر کوفه عراق تولد شد. او شاگرد امام ابو حنیفه و فقیهی بزرگ حنفی و قاضی القضاة در بغداد بود. وی در سال ۱۸۲ هجری قمری در بغداد وفات یافت و در جنوب شرقی صحن آستان کاظمین دفن گردید، آثاری چون (اختلاف المصار)، (الرد علی سیر الأوزاعی) و (الخراج) و (الجوامع)، (کتاب الصلاة)، (کتاب الزکات) و غیره، مراجعه به الفهرست، ابن ندیم، ص ۲۸۶ و مقدمه اعلاء السنن، عثمانی، ج اول، ص ۲۰۷.

3. ابو عبدالله محمد بن حسن بن فرقد شیبانی کوفی، در سال ۱۳۲ هجری قمری تولد شد. اصل از حرستا، یکی از روستا های دمشق، و یا اهل جزیره بود و در کوفه بزرگ شد، به لحاظ اینکه مدتی با ابو حنیفه همنشین بود مذهب حنفی را اختیار کرده است، امام محمد در سال ۱۸۹ قمری به شهر ری سفر کرد و در همین سال از دنیا رفت، از تالیفات او الجامع الصغیر، الجامع الکبیر، زیادة الزیادات، اصول فقه و غیره می باشد. مراجعه به: ذہبی، محمد بن احمد، تاریخ الاسلام، ج دوازدهم، ص ۳۵۹، و الفهرست، ابن ندیم، ص ۲۵۳ - ۲۵۴.

4. قال الکاسانی، «وقد اختلف العلماء فی أدنی السنّ التي يتعلق بها البلوغ .. و قال ابو یوسف و محمد، و الشافعی رحمهم الله خمس عشرة سنة فی الجارية و الغلام جميعاً». (بدائع الصنائع)، ج هفتم، ص ۱۷۲.

5. الکاسانی، بدائع الصنائع، ج هفتم، ص ۱۷۲.

6. قال محمد ابن داود الظاهری فی کتابه: (الایجاز) كما نقله عنه ابن القطان: «واتفق اعل العلم إلا من شدّ ممن لا یعدّ خلافه علی الاحتمال و الحيض بلوغ». (الاقناع فی المسائل الاجماع) لابن القطان، ج ۱، ص ۳۵۱. و قل ابن قدامه: «أما الحيض فهو علم علی البلوغ لا نعلم فيه خلافاً». المغنی، ج ۴، ص ۳۴۶. و قال ابن المنذر: «اجمعوا علی أن المرأة إذا حاضت وجبت علیها الفرائض»، (الاجماع)، ص ۴.

7. حمل المرأة عند الشافعیه علامة علی البلوغها بالامناء قبل ذلك فيحكم بعد الوضع بالبلوغ قبله وبسته أشهر وشيء، ينظر: (روضة الطالبین للنووی)، ج ۴، ص ۱۷۹. (الاقناع للشربینی)، ج ۲، ص ۳۰۲.

## ۲- شافعیه

### (حد الصغير إلى زمان البلوغ).<sup>1</sup>

ترجمه: (تا زمانی که به بلوغ می رسد، صغیر گفته می شود).

از نصوص شافعیه<sup>2</sup> چنین نتیجه گرفته می توانیم که طفل نزد آن ها با الفاظ طفل، ولد و صغیر وارد شده است و همه آن ها دلالت بر کسی می کند که به بلوغ نرسیده است.

## ۳- مالکیه

### (الطفل هو من لم يبلغ، من الذكور و الإناث).<sup>3</sup>

ترجمه: «طفل آن است که هنوز به بلوغ نرسیده باشد، خواه مذکر باشد یا مؤنث». همچنین در بدهی

المجتهد ونهاية المقتصد در مورد تعریف (اللقیط) آمده است که: «هو الصبی الصغير غير البالغ».<sup>4</sup>

ترجمه: (صبی همان صغیری است که بالغ نشده باشد).

بناءً از متون مالکی ها چنین نتیجه گرفته می توانیم که طفل در نزد آن ها اگر با الفاظ طفل، صبی، و صغیر بیاید عبارت از کسی است که به بلوغ نرسیده است و کلمه طفل به مذکر و مؤنث می تواند اطلاق شود.

## ۴- حنابله

### (الصغير هو من لم يبلغ).<sup>5</sup>

ترجمه: «صغیر کسی است که بالغ نشده باشد». (إن أسلم أبو حمل أو طفل أو مميز، فالابن

مسلم)<sup>6</sup>

1. ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی، ج ۸، ص ۸، ناشر: دارالکتب العلمیه، سال ۱۴۱۴ ق - ۱۹۹۴ م.

2. شریینی، شیخ شمس الدین محمد بن الخطیب، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۱۶۶، ناشر: دارالکتب العلمیه، سال ۱۴۱۵ ق.

3. نفرای، احمد بن غانم بن سالم بن مهنا شهاب الدین، الفواکه الروانی علی رساله بن ابی زید القيروانی، ج ۱، ص ۳۴۹، ناشر: دارالفکر - بیروت، سال ۱۴۱۵ ق - ۱۹۹۵ م.

4. حفید بن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج ۲، ص ۲۳۲، ناشر: دار ابن حزم، سال ۱۴۱۶ ق - ۱۹۹۵ م.

5. نجدی، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمی، الحنبلی، حاشیة الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج ۵، ص ۹۴، ناشر: بدون نشر، طبع اول، سال ۱۳۹۷ ق.

6. ابن حزم، ابو محمد علی بن احمد بن سعید بن حزم اندلیسی القرطبی الظاهری، المحلی بالآثار، ج ۸، ص ۲۷۸، ناشر: دارالفکر - بیروت، سال ۱۷۸۸ م.



ترجمه: «واگر پدر جنین یا طفل یا ممیز اسلام آورد پس مسلمان است». طفل در نزد حنابله<sup>۱</sup> آن است که بالغ نشده باشد، و گاه گاهی با الفاظ صغیر و طفل می‌آید.

بنابراین، آرای فقهای اسلامی را می‌توان چنین ترسیم نمود: عدم بلوغ را معیار برای طفل بودن دانسته‌اند. اما فقهای مالکیه طفل بودن دختر و پسر را تا ۱۸ سالگی پذیرفته‌اند، ولی فقهای احناف معیار طفل بودن را در پسر حد اقل ۱۲ و در دختر حد اقل ۹ و حد اکثر ۱۷ سالگی را تعیین نموده‌اند.

## مطلب چهارم: تعریف قانون

### الف: در لغت

قانون از واژه یونانی گرفته شده است که دارای معانی متعدد بوده، از جمله: «روش، قاعده، ترتیب، سنت، دستور و اصل هر چیزی نیز تعبیر شده است»<sup>۲</sup>.

### ب: در اصطلاح

در اصطلاح حقوقی این واژه به عام و خاص تقسیم شده است، در اطلاق خاص اش به مقررات و قواعدی گفته می‌شود که قوه مقننه با تشریفات خاص دست به وضع آن می‌زند و در اطلاق عام اش هر نوع قاعده‌ی حقوقی است که بصورت گزاره مکتوب به وسیله یک مقام صلاحیتدار عام از قوه مقننه یا غیر آن همچو مجلس مؤسسان هیئت دولت یا هر یک از وزیران وضع گردد و ممکن است با عناوین دیگری همچون آئین نامه و بخش نامه از آن یاد شود.<sup>۳</sup>

قانون هم در معنای عام و هم در معنای خاص در نظام حقوقی افغانستان از جایگاه ویژه‌ی برخوردار است. بنابراین تعریف ماده نود و چهارم قانون اساسی افغانستان قانون «عبارت از مصوبه‌ی است که به تصویب هر دو مجلس رسیده باشد». این مصوبه توسط رئیس جمهور توشیح می‌شود و در صورتی که رئیس جمهور آن را به هر دلیل توشیح ننماید، ظرف مدت ۱۵ روز از تاریخ تقدیم میبایست ضمن ذکر دلایلش به مجلس نمایندگان مسترد سازد چون دوباره توسط مجلس شورای ملی به تصویب رسیده مصوبه توشیح شده و نافذ محسوب می‌شود.<sup>۴</sup>

۱. مرداوی، علاء الدین ابو الحسن علی بن سلیمان، الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف، ج ۵، ص ۲۳۷، ناشر: دار الاحیاء التراث العربی، طبع دوم و ابن قدامه المقدسی، شمس الدین ابی الفرج عبدالرحمن بن احمد، الشرح الكبير علی متن المقنع، ج ۴، ص ۵۱۲، ناشر: دارالکتب العربی للنشر والتوزیع.

۲. محمد تقی، رفعی، حقوق تطبیقی، ص ۲۰، نشر مجد، چاپ اول، ۱۳۸۹ تهران.

۳. مصطفی، دانش پژوه، مقدمه علم حقوق، ص ۱۵۱، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ناشر همکار سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۰ قم.

۴. قانون اساسی افغانستان، ماده ۹۴.

مجلس مؤسسان که همان نهاد تصمیم گیرنده در تصویب قوانین اساسی است، در افغانستان وجود ندارد. و این نقش بر عهده لوی جرگه قانون اساسی نهاده شده است. لوی جرگه از دو کلمه «لوی» به معنای بزرگ «جرگه» به معنای مجلس و اجتماع تشکیل شده است. منظور از لوی جرگه در عرف اجتماعی و سیاسی افغانستان، اجماع سران اقوام و قبایل و ارکان دولت برای تصمیم گیری در مسائل مهم کشوری است.<sup>1</sup>

از تعاریف رفته در لغت و اصطلاح دانسته می شود که قانون عبارت از یک اصل و قاعده است که برای برقراری نظم در جامعه تدوین شده و جنبه تطبیقی را به خود می گیرد.

### **مبحث دوم: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی درآمد**

این مبحث دارای دو مطلب است. مطلب اول نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی و همچنین مطلب دوم موضوع مزبور را در فقه اسلامی پی گرفته است.

#### **مطلب اول: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی**

در کشور عزیز ما افغانستان، قبل از سال (۱۳۵۳) ه ش، در مورد کلیه شؤون حیات اجتماعی، اسناد تقنینی متعدد و مختلف وجود داشت؛ مگر در زمینه حقوق مدنی و معاملات قانون مشخص و مدونی وجود نداشت. امور مدنی و معاملات به خصوص معاملات غیر تجاری با اساس احکام فقه حنفی مورد اجرا و رسیده گی قرار می گرفت. محاکم در رسیدگی قضایا و اطفال دعاوی در تنظیم ادعا و مدافعات، منبع غنی فقه اسلامی را در اختیار داشتند با آنکه شریعت اسلامی به خصوص فقه حنفی، در کلیه موارد و به خصوص امور مدنی، احکام وسیع و دقیق را در برداشت، مگر به دلیل وسعت احکام و موجودیت کتب مختلفه و متعدد فقهی محاکم به مشکلات ذیل مواجه بود:

۱- منابع فقهی نهایت وسیع بود و قاضی مجبور بود که کتب متعدد را برای دریافت حکم مورد نظر مرور نماید. این امر ایجاب اتلاف بیش از حد وقت را می کرد.

۲- این منابع شامل متون و شروح و مسائل قوی و ضعیف، راجح و مرجوح، مفتی به و غیره را در بر می گرفت.

۳- تمام منابع به زبان عربی تالیف شده بود. این امر سبب شده بود که قضات باید به زبان عربی آشنایی و تسلط کامل می داشتند و از سوی هم، اصحاب دعاوی قابلیت استفاده از احکام را بدون مراجعه به اهل زبان نداشتند. با در نظر داشت ملاحظات و نکات فوق و امثال آن، در سال (۱۳۵۰) ه ش سیمینار

---

1. مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، ص ۵۳.

رواسای محاکم ولایات ضمن مصوبه ای تجویز تحت عنوان «مجوزه» ذیل را اتخاذ نمودند تجویز در راه توحید و انسجام مسایل مفتی به از طریق اتکا و به مآخذ.<sup>1</sup>

«از آنجا که رسیدگی در قضایای حقوقی بشمول قضایایی احوال شخصی متکی به ماده (نود و شش) و (۱۰۲) قانون اساسی به موجب قواعد و مسایل فقه حنفی صورت می گیرد. مدعی در ادعی و مدعی علیه در دفع و قاضی در دلایل و حکم به جزئیات (مسایل مفتی به فقه حنفی) اتکا می نمایند. چون مآخذ فقه حنفی متعدد و در قول راجح، ارجح، مفتی به از غیر آن که به امام اعظم ابوحنیفه (رح) و یاران او نسبت می شود. در کتب مختلفه فقهی حنفی آرای مختلف به وجود دارد، طرفین دعوا به کتب مختلفه بر ادعی و دفع خود، مراجعه به مسایل مندرج آن اتکا می نمایند برا اینکه قاضی در صحت استناد و عدم آن و اینکه آیا جزئیه ای مذکور مفتی به است با غیر آن، مجبور می شود به کتب مختلف در یک قضیه چندین بار مراجعه کند و اینکه موضوع از یک طرف وقت قضات را بیش از حد لازم در بر می گیرد که موجب تعطیل حل و فصل قضایا و تراکم اموری گردد و از طرف دیگر تهیه ای همه مآخذ فقه حنفی به هر یک از محکمه در توان کلی ستر محکمه نبوده قضات هم عموماً همه ای مآخذ را در اختیار ندارند و این وضع مشکل را برای قضات به وجود می آورد. از طرف چون به اساس قاعده فقهی و قانونی «مدعی باید به ودعوی خود عالم باشد» تذکر جزئیات فقهی به زبان عربی از متون متعدد فقهی مشکل را در ادعی و استناد به مدعی و مدعی علیه به وجود می آورد و آنچه وکلایی دعوی می نویسند طرفین، آن را خوب نمی دانند و به آنچه آرزو دارند وفق داده نمی توانند. به منظور حل این معضله و تامین عدالت و مصاحلت به طرفین دعوی و محکمه و سرعت در اجرا امور چنین تجویز گردید که کتاب خالد اُتاسی «شرح جمله الاحکام» که مسایل راجح فقه حنفی را توحید نموده است به حیث مآخذ، محکمه به آن مراجعه و اتکا نماید. هرگاه مسئله در کتب دیگر فقهی نسبت به آن ارجح بود. قاضی می تواند در چنین حالت به کتب دیگر نیز مراجعه نماید. در چنین حالت به منظور توحید و انسجام و تامین فواید و مسایل مفتی به فقه حنفی، قاضی مکلف است دلایل رجحان قول را را ارائه مآخذ و دلایل حکم را به ستر محکمه بفرستد. بناء روی هدف فوق ترجمه کامل کتاب مذکور بعد از اتمام به همه محاکم فرستاده شود و به دسترس عامه نیز قرار گیرد».<sup>2</sup>

همچنان در سیمینار (سال ۱۳۵۰) به منظور غنامندی محاکم از حیث مآخذ و منابع فقهی برخی از قواعد فقهی زیر عنوان: قواعد مربوط به سمع و عدم سمع دعاوی در محاکم، قواعد مربوط

1. غلام مصطفی، نخبه، حقوق و جایب، صص ۸ - ۹، کابل، انتشارات سید حسیب الله، ۱۳۹۵.

2. قضا شماره فوق العاده، دومین سیمینار راسایی، محاکم ولایات، نشرات ستر محکمه، ۱۳۵۰ ه ش، صص

۱۰۳ و ۱۰۴.

در موارد بطلان در قضایای حقوقی، قواعد مربوط به احکام غیابی در قضایای حقوقی، قواعد مربوط به اشکال در تنفیذ در قضایای حقوقی، قواعد مربوط به ارزش اسناد شرعی به تناسب ذی الیدی، قواعد مربوط به حجر مدیون و امتناع آن از ادای دین و قواعد مربوط به وصایت حفظ اموال صغار و محاسبه آن با اوصیا را به اتکا و در مطابقت به احکام شریعت اسلامی طرح و تصویب نمود.<sup>1</sup>

این مصوبات در نظام قضایی افغانستان تسهیلات لازم را فراهم آورد اما بسنده نبوده لذا تدوین قانون مدنی که مفکوره آن طی سال های (۱۳۴۹ و ۱۳۵۰) ه ش به میان آمده بود روی دست گرفته شد و به اساس تجویز حکومت به وسیله ای ریاست قانون گذاری وزارت عدلیه به همکاری متخصصین مصری تدوین و پس از غور و تدقیق همه جانبه و تایید مجلس وزرا در سال (۱۳۵۳) ه ش با اساس فرمان تقنینی به داخل (۲۴۱۶) ماده توشیح و پس از نشر در جریده ای رسمی نافذ گردید. این قانون شامل چهار بخش ذیل می باشد:

بخش اول را باب تمهیدی تشکل می دهد که مباحث تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، استعمال حق، اشخاص حقی، حقوقی و عدیم الاهلیت، حقوق فامیل اعم از ازدواج، انحلال و آثار آن، حقوق اولاد، اداره اموال، احکام وقف و جمعیت ها را در بر می گیرد.

بخش دوم زیر عنوان «حق از منابع حق و تقسیم آن به تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی، بحث داشته و در مورد مسایل مربوط به حقوق و جایب، دیون و اثبات حق به ارتباط اسناد رسمی و عرفی، اقرار، قسم و انواع آن، شهود و قراین بحث می نماید.

بخش سوم احکام عقود معین را توضیح داده است در باب اول احکام عقود تمیلک شامل بیوع مختلفه، باب احکام عقود انتفاعی که شامل اجاره، عاریت، باب سوم احکام عقود کار که شامل مقاوله، استثناء و تعهدات، وکالات، ودیت نگهبانی، باب چهارم احکام عقود احتمالی که شامل مباحث قمار بازی، و عقد بیمه باب پنجم احکام عقود توثیق که شامل مسایل و کفالات، حواله، رهن حیازی و رهن رسمی مسجل می باشد.

بخش چهارم قانون مدنی به، «حقوق عینی» اختصاص دارد که احکام میراث، وصیت و مباحث حقوق عینی اصلی شامل: حقوق ملکیت، اسباب کسب مالکیت و حقوق متفرع از حق ملکیت و حقوق عینی طبعی در ارتباط حق حبس مال، حق اختصاص و حقوق بحث می کند.<sup>2</sup>

---

1. غلام مصطفی، نخبه، حقوق و جایب، صص ۹-۱۰.

2. مصطفی، نخبه، حقوق و جایب، صص ۱۰-۱۱.

حقوق مادی و معنوی اطفال بیشتر در بخش اول قانون مدنی: (قسمت اول اشخاص حقیقی؛ مباحث: اول، سوم، پنجم، ششم، و دهم) و همچنین در بخش چهارم فصل دوم قسمت دوم احکام عمومی مبحث اول میراث مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

### مطلب دوم: نگاه گذرا به حقوق خانوادگی اطفال در فقه اسلامی

جامعه متشکل از خانواده ها است. خانواده ها در واقع اساس وزیربنای جامعه را تشکیل می دهند. همان گونه که زیستن در جامعه یک سلسله حق و حقوقی را می طلبد، زندگی کردن در خانواده نیز مبتنی بر یک سره حق و حقوقی است. خانواده متشکل از زن، شوهر و فرزند است قرآن کریم و احادیث نبوی «□» در خصوص مباحث حقوق خانوادگی توجه خاص نموده است. چون جامعه سالم و سازنده از دل همین خانواده های سازنده و سالم بوجود میآید بنابراین؛ باتوجه به اهم بودن موضوع، شریعت اسلامی در خصوص نظام خانوادگی و مخصوصاً رعایت حقوق اطفال از مراحل قبل از تولد (جنین) تا مراحل مراقب و رسیدن به سن بلوغ توجه ای ویژه نموده است، که این احکام فقهی برای تبیین جایگاه حقوقی و اهمیت تامین احقاق حقوق اطفال بیان شده است. قرآن کریم (الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>1</sup>

ترجمه: «مادران (اعم از مطلقه و غیرمطلقه) دوسال تمام فرزندان خود را شیردهند، هرگاه یکی از والدین یا هر دوی ایشان خواستار تکمیل دوران شیرخوارگی شوند، بر آن کس که فرزند برای او متولد شده (یعنی پدر) لازم است خوراک و پوشاک مادران را (در آن مدت به اندازه توانایی) به گونه شایسته بپردازد». (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ)<sup>2</sup>

ترجمه: «خداوند (ج) درباره (ارث بردن) فرزندان تان (و پدران و مادران تان) به شما واجب می گرداند که (چون مُردید دخترانی و پسرانی از خود بجای گذاشتید) بهره هر یک مرد به اندازه بهره دوزن است». (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاَسَرْتُمْ فِئْتَرَضِعْ لَهُ أُخْرَى).<sup>3</sup>

ترجمه: «اگرانان (زنان مطلقه) باردار باشند، خرج و نفقه ایشان را بپردازید تا زمانی که وضع حمل می کنند. اگرانان حاضر شدند بعد از جدایی، فرزندان شمارا شیردهند، مزدشان را به تمام و کمال بپردازید. بایکدیگر درباره سرنوشت فرزندان، زیبا و پسندیده مشورت کنید (واجرتی متناسب با

1. بقره / ۲۳۳.

2. نساء / ۱۱.

3. طلاق / ۶.

مقداروزمان شیردادن، برحسب عرف و عادات، تعیین کرده، و به نوزادان و کودکان از هر نظر عنایت شود. اگر هم بر همدیگر سخت گرفتند و به توافق نرسیدید، دایه ای شیردادن به کودک مرد را بر عهده می گیرد تا نزاع و کشمکش ادامه نیابد.»

حدیث پیامبر اکرم «□» در رابطه به حفاظت و توجه به صحت جنین که حق آن می باشد فرمودند: (إن الله تعالى وضع عن المسافر الصوم و شطر الصلاة و عن الحامل أو المرضع الصوم - أو الصيام)<sup>1</sup>

ترجمه: «الله متعال نصف نماز و افطار ماه مبارک رمضان را برای مسافر، تخفیفاً اجازه داده است و برای زن حامله و شیرده روزه نگرفتن را جواز داده است.»

توجه شریعت بر حقوق مالی طفل حتی از مرحله جنین می باشد. طوری که رسول الله «□» فرمودند: (إذا ستهل الصبی صلی علیه و ورث)<sup>2</sup>

ترجمه: «هرگاه طفل آواز خود را بلند کرد، - در صورت وفات بر او نماز خوانده می شود و همچنان مستحق سهم از میراث مورث خود می گردد.»

بنابراین؛ اسلام توجه ای ویژه ای را در خصوص حقوق اطفال در نظر داشته، و جایگاه حقوق آن ها را با در نظر داشت قرآن کریم و احادیث نبوی «□» تبیین نموده است.

---

1. جامع ترمذی، کتاب الصوم، باب: ماجاء فی الرخصة فی الإفطار للحبلی والمرضع، ج دوم، ص ۲۱۵، شماره

حدیث ۷۰۴، حدیث را البانی در کتاب صحیح وضعیف سنن الترمذی، در مرتبه حسن قرار داده، بی تا.

۳. أبو عبد الله محمد بن یزید القزوی، و ماجة اسم أبیه یزید، المتوفی: 273 هـ، سنن ابن ماجة، کتاب الفرائض، باب:

باب إذا استهل المولود و رث، شماره حدیث ۲۷۵۰، حدیث مرفوع، فیصل عیسی البابی الحلب، تحقیق: محمد فؤاد عبد

الباقی، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - و البانی حدیث را در مرتبه ضعیف قرار داده است، بی تا.

## جمع بندی فصل اول

به طور کلی آنچه در این فصل مورد بحث و بررسی قرار گرفت؛ مفاهیمی از قبیل واژه گان: (حقوق، خانواده، طفل، قانون) و نگاه گذرا به مبانی و سیر قانونگذاری حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی و فقه اسلامی داشت. برآیند بررسی این فصل حاکی از آن است:

افغانستان تا سال (۱۳۵۳) ه ش فاقد قانون مدون در دعاوی و خصومات بود. اما ایده و مفکوره داشتن قانون در سال های «۱۳۴۹ - ۱۳۵۰» با توجه به لزوم دید حکومت، بوسیله ریاست قانونگذاری وزارت عدلیه و به همکاری متخصصین مصری تدوین و پس از بررسی ابعاد موضوع و تایید مجالس وزرا در سال (۱۳۵۳) ه ش به اساس فرمان تقنینی دارای «۲۴۱۶» ماده توشیح و پس از نشر در جریده رسمی نافذ گردیده است.

قانون مدنی در خصوص حقوق اطفال نگاه مادی دارد، اما فقه اسلامی علاوه بر حقوق مادی اطفال بر حقوق معنوی آن نیز توجه خاصی را مبذول داشته است، که چنین امر باعث شده تا پویایی و گیرایی همه جانبه بودن فقه اسلامی را نسبت به قانون مدنی افغانستان در بعد طفل پروری به نمایش بگذارد.

فقه اسلامی در زمینه حقوق خانوادگی طفل توجه نموده وزیر بنای خانواده سالم و جامعه سالم را در گرو تربیت سالم اطفال دانسته است. بنابراین ملحوظ فقه اسلامی رعایت حقوق اطفال از مراحل جنین تا ازدواج او را یک امر ضروری جهت مصون ماندن طفل، خانواده و جامعه قلمداد کرده است.

## فصل دوم

### حقوق معنوی خانوادگی طفل در قانون مدنی افغانستان وفقه اسلامی

مبحث اول: حقوق جنین

مطلب اول: حق جنین از منظر قانون مدنی

مطلب دوم: حق جنین از منظر فقه اسلامی

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات جنین در قانون مدنی وفقه اسلامی

مبحث دوم: حقوق ثبوت نسب

مطلب اول: حق ثبوت نسب از منظر قانون مدنی

مطلب دوم: حق ثبوت نسب از منظر فقه اسلامی

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات ثبوت نسب در قانون مدنی وفقه اسلامی

مبحث سوم: حقوق نامگذاری

مطلب اول: حق نامگذاری از منظر قانون

مطلب دوم: حق نامگذاری از منظر فقه اسلامی

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات نامگذاری در قانون وفقه اسلامی

مبحث چهارم: حقوق ازدواج

مطلب اول: حق ازدواج از منظر قانون مدنی

مطلب دوم: حق ازدواج از منظر فقه اسلامی

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات ازدواج در قانون وفقه اسلامی

مبحث پنجم: حقوق تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست

مطلب اول: حق تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست از منظر قانون مدنی

مطلب دوم: حق تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست از منظر فقه اسلامی

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست در قانون

فقه اسلامی



## فصل دوم

### حقوق معنوی خانوادگی طفل در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

درآمد

این فصل دارای پنج مبحث است. مبحث اول حقوق جنین، مبحث دوم حقوق ثبوت نسب، مبحث سوم حقوق نامگذاری، مبحث چهارم حقوق ازدواج و مبحث پنجم حقوق تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست را به شکل مقایسوی بین قانون مدنی و فقه اسلامی، مورد بحث و بررسی قرار داده است.

#### مبحث اول: حقوق جنین

درآمد

این مبحث در سه مطلب اختصاص یافته است. مطلب اول حق جنین از منظر قانون مدنی، مطلب دوم از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم با نگاهی تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات حق جنین در قانون و فقه اسلامی پرداخته است.

#### مطلب اول: حق جنین از منظر قانون مدنی

همانطور که حق‌گرایی یکی از اساسی‌ترین و بنیادی‌ترین دستورات ادیان الهی، حق یکی از محوری‌ترین عرف سالم در قوانین کشورهای اسلامی نیز است. مبنای تمام دستورات قانونی در افغانستان الهام گرفته از فقه اسلامی است. قانون مدنی بخش بزرگی از داد و ستدهای فردی، خانوادگی، حقوقی و اجتماعی را نیز با در نظر داشت آموزه های فقه اسلامی مورد کنکاش قرار داده است. حقوق اطفال یکی از حقوق مهم مدنی است که قانونگذار افغانستان توجه خاص به آن نموده است، ولی در خصوص حق جنین توجه در خورتأملی را نکرده است. بنابراین، حق جنین که اولین و ابتدائی‌ترین حق به حساب می‌آید، که از دید قانونگذار افغانستان مغفول مانده است. تا جاییکه این قلم تحقیق و تفحصی در خصوص حق جنین در قانون مدنی کرده است، فقط یک ماده حق جنین را به معرفی گرفته است. «جنین دارای حقوقی می‌باشد که قانون بر آن تصریح نموده است».<sup>1</sup>

جنین در قانون مدنی از نابختیارترین موضوعی است که پژوهشگر این پژوهش را وا داشت تا رد پای جنین را در مباحث دیگر دنبال کند. با توجه به حرف‌های رفته، مباحثی که مرتبط با جنین آمده است، می‌پردازد.

1. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 36 فقره (دوم)، مصوبه سال 1353 ه. ش.

## الف: حق تعیین وصی برای جنین

۱- قانون مدنی در خصوص حق تعیین وصی برای جنین را چنین اشعار می‌دارد: «پدرمی تواند برای اولاد ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن، وصی تعیین نماید».<sup>1</sup>

قانونگذار با توجه به مسوولیت بدویشی اخلاقی نسبت به اولاد ناقص یا حمل ثابت در بطن، حق تعیین وصی را حکم نموده است، که چنین حکم برخاسته از نیک اندیشی و عدالت محوری است.

۲- در فرآیند دیگر بیان نموده است: «هرگاه به اشخاص ناقص اهلیت مال تبرع گردیده و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود، استثناء چنین مال از تحت ولایت خارج ساخته می‌شود».<sup>2</sup>

۳- در صورت عدم موجودیت وصی اختیاری برای جنین صلاحیت تعیین وصی موکول به محکمه ذی صلاح می‌باشد. طبق بیان قانون مدنی «هرگاه برای شخص ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن وصی اختیاری موجود نباشد، محکمه وصی تعیین می‌نماید. وصایت برای حمل ثابت در بطن بعد از وضع حمل برای مولود نیز نافذ است، مگر اینکه محکمه وصی جدیدی را عوض وی تعیین کرده باشد».<sup>3</sup>

قانونگذار در این ماده به صراحت در مورد شخص ناقص اهلیت و حمل ثابت در بطن سخن زده است که در چنین حالت، وصی اختیاری نداشته باشد، محکمه برای آن می‌تواند وصی تعیین نماید و چنین وصایت را نیز بعد از حمل نافذ دانسته است، مگر اینکه با توجه به نیاز مبرم آن، وصی جدید تعیین کند.

۴- قانون مدنی چنین اشعار می‌دارد: «شرایط وصیت برای جنین (حمل) را در صورتی صحیح شمرده می‌شود که:

۱- ۴- در حالیکه وصیت کننده بوجود حمل هنگام وصیت اقرار نموده و حمل در خلال مدت سه صد و شصت و پنج روز یا کمتر از آن از وقت وصیت زنده فعال متولد شود؛

۲- ۴- در حالیکه وصیت کننده بوجود حمل اقرار نکرده مگر حمل حد اکثر در خلال مدت دو صد و هفتاد روز از وقت وصیت زنده متولد گردد مشروط بر اینکه حامله هنگام وصیت در عدت وفات یا تفریق باین نباشد در غیر آن اگر حمل در خلال مدت سه صد و شصت و پنج روز از وقت وفات یا فرقت باین زنده فعال متولد شود وصیت صحیح تلقی می‌شود».<sup>4</sup>

1. ماده (۲۹۱) فقره (اول) قانون مدنی

2. ماده (۲۷۱) قانون مدنی

3. ماده (۲۹۷) قانون مدنی

4. ماده (۲۱۳۳) قانون مدنی

## ب: حق میراث جنین

هرچند در فصل بعدی حق میراث طفل در مبحث جداگانه بطور مفصل خواهیم پرداخت، ولی در اینجا فقط در خصوص حق میراث جنین سخن رفته است.

۱- قانون مدنی افغانستان در مورد حق میراث جنین چنین بیان نموده است: «هرگاه حمل زنده و فعال تولد شود یا الی خروج اکثر حصه بدن زنده باشد، مستحق ارث شناخته می شود. اگر وضع حمل بآثر جنایت صورت گیرد، در هر حال مستحق ارث شده و هم از او میراث برده می شود».<sup>1</sup>

۲- قانونگذار مدنی در رابطه به میراث بردن جنین از پدر و غیر آن چنین حکم نموده است: «هرگاه زوجه یا معتده متوفی بعد از مرگ او موجود باشد، حمل او در صورتی مستحق میراث شناخته می شود که حد اکثر در خلال مدت سه صد و شصت و پنج (۳۶۵) روز از تاریخ وفات یا فرقت، زنده تولد شود. اما بغیر از پدر از شخص دیگری میراث برده نمی تواند، مگر در دو حالت ذیل:

۱- حد اکثر در خلال مدت (۳۶۵) روز از تاریخ وفات یا فرقت زنده متولد گردد، در حالیکه مادر او معتده وفات یا فرقت بوده و مورث هنگام عدت وفات نموده باشد؛

۲- حد اکثر در خلال مدت (۲۷۰) روز از تاریخ وفات مورث زنده متولد گردد، مشروط بر اینکه زوجیت بین پدر و مادر او حین وفات پدر قائم باشد».<sup>2</sup>

۳- قانون مدنی از حق جنین حرف می زند که می تواند سبب حجب نقصان ورثه شود: «هرگاه حمل با سایر ورثه شرکت نماید یا باعث حجب نقصان ورثه شود، حصه یک پسر یا یک دختر هر یکی که بیشتر باشد به او گذاشته می شود. در صورتیکه حمل موجب حجب حرمان گردد، تمام متروکه به او گذاشته می شود».<sup>3</sup>

۴- قانون مدنی از حق میراث جنین حتی بعد از تقسیمات ارث چنین بیان نموده است: «هرگاه حصه تخصیص داده شده به حمل، از حصه مستحقه او کمتر باشد، مقدار کمبود از حصه کسانی که از استحقاق خود اضافه گرفته اند، اخذ می شود. و اگر حصه تخصیص داده شده از استحقاق زیاد تر باشد، حصه مازاد استحقاق به مستحقین توزیع می شود».<sup>4</sup>

با در نظر داشت به این ماده قانونگذار مدنی دونکته را در خصوص جنین مد نظر گرفته است:

۱- از حق میراث جنین هنگام تقسیمات آن به ورثه قبل از تولد آن حمایت کرده است.

---

۱. ماده (۲۰۵۳) قانون مدنی

۲. ماده (۲۰۵۴) قانون مدنی

۳. ماده (۲۰۵۲) قانون مدنی

۴. ماده (۲۰۵۵) قانون مدنی

۲- از حفظ میراث جنین هنگام تقسیمات دفاع نموده است کسی به خود این جرأت و جسارت را ندهد تا از حق آن سواستفاده نمایند.

### مطلب دوم: حق جنین از منظر فقه اسلامی

این مطلب نخست به مفهوم و مراحل تدریجی جنین مرور دارد، و سپس حق جنین بر والدین و احکام اسقاط جنین را مورد بحث و بررسی قرار داده است.

### الف: تعریف لغوی و اصطلاحی جنین

#### ۱- لغوی

جنین هر چیز پوشیده، مستور و کودک تا زمانی که در شکم مادر است و زاییده نشده، بچه هر حیوان زنده که در رحم یا تخم قرار دارد و پس از رسیدن به مرحله خاصی از تکوین از جای خود خارج می شود، جمع آن اجنه است.<sup>1</sup>

#### ۲- اصطلاحی

جنین عبارت از موجودی است که پس از لقاح تخمک به وسیله اسپرم ماتوزوئید «آماده شده» و پس از تقسیمات اولیه سلول تخم حاصل می شود.<sup>2</sup>

#### ۳- تعریف جنین از دیدگاه مذاهب

##### ۱- ۳- احناف

جنین بحملی اطلاق می شود که بعضی از خلقت آن ظاهر شده باشد (مضغه) و پایین تر از آن را فاقد حکم می دانند. مانند موی، انگشتان، ناخن و غیره علایم مشخصات انسان است.<sup>3</sup>

##### ۲- ۳- مالکی

جنین عبارت است از حملی که بعضی از اعضای بدن آن تشخیص گردد. برابری است که مخلقه (مضغه) باشد و یا علقه به هر صورتی که باشد با لای آن احکام مرتب می شود.<sup>4</sup>

---

1. حسن، عمید، فرهنگ عمید، ج اول، ص ۸۳۵.

2. العسکری، الکهنه، لنیل درجة الماجستر حقوق الطفل بین الشريعة والقانون الدولي، ص ۴۳، ۲۰۱۵ م و عبدالله، نظام الدین، حقوق فامیل، ص ۱۴.

3. شومان، عباس، اجهاض الحمل وما یترتب علیه من احکام الشريعة الإسلامية، دار النقه، طبع اول - ۱۴۱۹ هـ ق، للنشر قاهر و الحصفی، علاء الدین، محمد بن علی بن محمد بن عبدالرحمن الحنفی، الدر المختار ج چهارم، ص ۵۹۰، ت ۱۰۸۸ هـ، ناشر: دارالکتب العلمیه، طبع اول، ۱۴۲۳ هـ - ۲۰۲ م، بیروت.

4. شیهانی، سمیر، مرکز الجنین فی القانون المدني والفقه الاسلامی، مذكرة لنیل الدرجة الماجستر فی الحقوق التخصص و عقود المسولیه جامعیه بومرداس، ۱۰ ص، ۲۰۰۵ م و محمد ابن احمد ابن عرفه الدسوقی المالکی، (۱۲۳۰ هـ) نشر کبیر در دیر مالکی، ج چهارم، ص ۸۰۲، ناشر: دارالفکر بی تا.

جنین عبارت است از حملی که شناخته شود توسط قابله مبدأ (آثار اولیه) خلقت انسان (نطفه، علقه و یا مضغه) در آن دیده شود.<sup>1</sup>

جنین عبارت است از حملی که، ظاهر شود بر بعضی از خلقت انسان (مضغه) واحکام بر او مرتب می گردد.<sup>2</sup>

### ب: نگاه گذرا به مراحل تدریجی جنین

آیات قرآنی، انسان را وادار می سازد به اینکه به اصل خلقت خویش به خوبی بیاندیشد و سپس در رشد و تکامل خود دقت و تأمل نماید به نعمتی که خداوند به او بخشیده است و هیچگاه از عبادت و پرستش او خود داری ننماید و از تکبر و تعدی دوری جوید.<sup>3</sup>

الله تعالی در خصوص مراحل تدریجی در قرآن کریم می فرماید: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا)<sup>4</sup>

ترجمه: «پس (هرآینه) آفریدیم شما را از خاک باز از قطره منی باز از خون بسته باز از پاره گوشت صورت داده و غیر صورت داده تا واضح سازیم برای شما و قرار می دهیم در رحم ها آن را که خواهیم تا وقت معین باز بیرون می آوریم طفل».

رسول الله «□» در یک حدیث نسبتاً طولانی بطور کلی و بصورت جامع تغییر و دگرگونی در تکامل تدریجی جنین را در رحم مادر چنین بیان کرده است: (ان احد کم یجمع خلقه فی بطن امه اربعین یوما نطفه، ثم یكون علقه مثل ذالک، ثم ینفخ فیہ الروح ویؤمر بأربع کلمات: بکتب رزقه واجله وعمله وشقیّ أوسعیّ)<sup>5</sup>.

1. العسکری، الکهنه، لنیل درجه الماجستر حقوق الطفل بین الشریعة والقانون الدولی، ص ۴۳، ۲۰۱۵ م والام، ج هشتم، ص ۲۴۹.
2. العسکری، الکهنه، لنیل درجه الماجستر حقوق الطفل بین الشریعة والقانون الدولی، ص ۴۳، ۲۰۱۵ م والمغنی، ج چهارم، ص ۸۰۲.
3. محمد نور، سوید، تربیت فرزندان از دیدگاه پیامبر، صص ۸۳-۸۴، ترجمه: صالح سیدی، انتشارات سوید، چاپ دوم، ۱۳۸۷، تهران.
4. حج / ۵.
5. بخاری، صحیح بخاری، ج نهم، ص ۱۳۵، شماره حدیث ۷۴۵۴، طبع اول، ۱۴۲۲هـ.

ترجمه: «اساس خلقت (وتکامل تدریجی) هریک از شما در شکم (رحم) مادرش چنین است: به مدت چهل روز بصورت نطفه می باشد، سپس در چنان مدتی بصورت یک تکه خون بسته در می آید، پس از آن بمانند چنان زمانی بصورت یک پاره گوشت تبدیل می شود و بعد از آن به امر خداوند «□» روح در آن دمیده می شود، سپس دستور داده می شود که چهار امر نوشته شود: نوشتن مقدار رزق و روزیش، و مدت عمرش در دنیا، و مشخص شدن عملش در هر کاری، و اینکه او خوشبخت می باشد یا بدبخت».

بنابراین مرحله خلقت انسان را الله تبارک تعالی در آیت متذکره فوق بطور واضح از ابتدا آفرینش تا زمانی که متولد می شود بیان شده است، پیامبر اکرم «□» نیز این مرحله را تفسیر نموده است و موضوع تعیین رزق، عمر، عمل و خوشبختی و بد بختی آن را از باب بیان جایگاه و ارزش بیان نموده و این خود برای انسان بیانگر درسی است در خصوص زندگی با تدریج نه یک دفعه ای.<sup>1</sup>

### ج: حقوق جنین بر والدین

شریعت اسلامی نه تنها برای حفظ حقوق اطفال توجه نموده است، بلکه قبل از تولد حق جنین را نیز در نظر گرفته است. طوری که در قرآن کریم از مبدا تشکیل خانواده که همانا انتخاب همسر و همسفر صالح دستور داده است.

(وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَا مَؤْمِنَةً خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ)<sup>2</sup>

ترجمه: «و نکاح نکنید زنان مشرک را تا آنکه ایمان آورند و البته که کنیز مسلمان بهتر از زن آزاد مشرک است. اگرچه او در نظر شما خوب باشد، و به نکاح ندهید مشرکان را تا آنکه ایمان بیاورند و البته غلام مسلمان بهتر از مشرک است، اگرچه او در نظر شما خوب باشد».

۱- حق جنین بر پدر

۱-۱- انتخاب مادر صالح

در بادی امریکی از حقوق اطفال بر پدر این است که او با توجه به دستورات شرعی و عاقبت اندیشی، پدر صالح نسبت به فرزندش مادر صالحه را انتخاب نماید و تا بتواند فرزند صالح و مصلح را هدیه برای جوامع اسلامی نماید. در احادیث و سنت نبوی شریف برای انتخاب نمودن همسر صالح

1. سويد، محمد نور، تربيت فرزندان از دیدگاه پیامبر، صص ۸۳-۸۴، ترجمه: صالح سیدی، انتشارات سويد، چاپ دوم ۱۳۸۷.

2. بقره ۲۲۱.

ونیک برای ازدواج امر شده است. چنانکه رسول اکرم «□» می فرماید: (تنکح المرأة لأربع: لمالها ونسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك).<sup>1</sup>

ترجمه: «زن بخاطر چهار چیز نکاح کرده می شود: بخاطر مالش، نسبش، جمالش و زیبایی اش، دینش، فقط دیندار را انتخاب کن دست هایت به خاک آلوده باد».

منظور از زن صالحه، زنی است که خود تربیت شده مکتب اسلام باشد؛ تا بتواند فرزند صالح و مصلح را تربیت نموده و تقدیم جهان اسلام نماید. پیامبرگرامی اسلام در حدیث شریف که فوقاً گذشت، چهار صفت را ملاک برای نکاح انتخاب کردند، ولی دینداری اش را مبنای خوشگامی دنیوی و اخروی در تاهل معرفی کرده اند. همچنین پیامبر اسلام «□» در حدیث دیگری می فرماید: (تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم)<sup>2</sup>

ترجمه: «برای نطفه های خود زنان پاکیزه و دیندار را انتخاب کنید، زنان درخور و شایسته خود را نکاح کنید و به افراد شایسته زن بدهید».

۱-۲- حق نفقه بر پدر

پدر نظریه مکلفیت های شرعی و اخلاقی که نسبت به جنین دارد، باید نفقه آن را نیز تأمین نماید. همینگونه اگر خانمی طلاق داد شود، پدر تا وقت ولادت طفل ملزم به پرداخت نفقه آن است. چنانکه الله متعال می فرماید: (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)<sup>3</sup>

ترجمه: «و اگر زنان باردار باشند، خرج و نفقه آن ها را بدهید تا آن وقتی که وضع حمل می کنند». ابن عباس<sup>4</sup> (رض) گفته است هدف این آیت زن حامله ای مطلقه یا طلاق باین می باشد که جهت حامله بودن، تأمین نفقه اش بر مرد واجب می باشد.<sup>1</sup>

---

1. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله، الجعفي، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الأکفا في الدين، ج هفتم، ص 7، شماره حديث 4802، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422هـ، وصحيح المسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، شماره حديث 1466.

2. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، المتوفى: 273هـ، فيصل عيسى البابي الحلبي، سنن ابن ماجه، ج اول، ص 633، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، بی تا، حديث را البانی در صحيح الجامع صحيح خوانده است، شماره حديث، 26870.

3. طلاق / 6.

4. عبدالله بن عباس ابن عبدالمطلب ابن هاشم ابن عبد مناف پسر کاکی رسول الله «□» مادرش ام فضل لبابه بنت الحارث هلالی می باشد سه سال قبل از هجرت تولد یافته است. ملقب به ابوالعباس، حبر الامه (دانشمند امت)، یت بحر (اشاره به علم زیاد از حدیث) از بزرگترین محققان نسل اول امت اسلامی است. او پدر علم تفسیر قرآنی است. اسدالغابه

همچنین ابن قدامه<sup>2</sup> (رح) گفته است: «جنینی که زن برآن حامله است، فرزند شوهرش است، و تأمین نفقه آن برپدرش که قبل از طلاق، شوهرمادرش بود، صورت الزامی دارد و نفقه به فرزندى که جنین باشد، جز تأمین نفقه ی مادرش، دیگر راهی ندارد. بنابراین، نفقه دادن به مادر، واجب می باشد. طوریکه اجرت دادن برای رضاعت واجب است» فقهاء پرداخت نفقه ای مطلقه حامله را بر شوهری که از آن طلاق گرفته است، جهت رعایت و مصئونیت جنین واجب قرار داده اند، هر چند خانم سرکش و ناشزه هم باشد.<sup>3</sup>

۳- ۱- حق انتخاب وصی

یکی از حقوق جنین برپدرانتخاب وصی است. چون «استحقاق تعلق گرفتن اموال از طریق وصیت دیگران»<sup>4</sup> را به رسمیت شناخته است. موضوع مزبور در فصل سوم این تحقیق مورد واکاوی قرار گرفته است.

۴- ۱- حق میراث

یکی دیگر از حقوق جنین برپدر «حق ارث بردن از پدر، مادر، و خویشاوندان» است.<sup>5</sup>

۲- حقوق جنین بر مادر

۱- ۲- انتخاب پدر صالح

همانطور که در بخش حقوق جنین برپدر تذکر رفت، مادر نیز در خصوص حق انتخاب پدر صالح برای جنین ملزم شده است. الله تبارک تعالی می فرماید: (أُرِيَّةَ بَعْضَهَا مِنْ بَعْضٍ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)<sup>6</sup> ترجمه: «فرزندانی که بعضی از بعضی دیگر می باشند».

---

(ت: ۳۰۳۳) الاصابه فی تمیز الصحابه، ج دوم، ص ۱۰۷۴، المكتبه المعروفیه پشاور پاکستان لامام ابن حجر عسقلانی.

1. ابن کثیر، ابوالفداء اسماعیل بن عمر، تفسیر قرآن عظیم الشان (ابن کثیر)، ج چهارم، ص ۳۸۳ ناشر: دارالکتب العلمیه - بیروت، طبع اول، سال ۱۴۱۹ ه ق.
2. ابن قدامه المقدسی، موفق الدین ابومحمد عبدالله بن احمد بن محمد، معروف به ابن قدامه، فقیه سنی و صوفی بود. او در سال ۱۱۴۷ م تولد و در سال ۱۲۲۳ م، در دمشق وفات نموده است، مراجعه شود به: العیرفی خبر من غیر، ج سوم، ص ۲۹ ذهبی، شمس الدین محمد، ناشر: دارالکتب العلمیه - بیروت - لبنان، سال: ۷۴۸ ه ق - ۱۳۴۷ م.
3. خرسی، محمد ابن عبدالله المالکی، ابو عبدالله، المتوفی: ۱۱۰۱ ه، علی مختصر سیدی خلیل، ج چهارم، ص ۱۹۲ ناشر: دارالفکر لطباعة - بیروت، بی تا.
4. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ص ۲۱۳.
5. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ص ۲۱۳.
6. آل عمران / ۳۴.



مرد صالح «پدر صالح» این آیت شریفه با به تصویر کشیدن داستان پیامبران جایگاه مرد صالح را بیان نموده است: (خداوند «□» آدم ونوح وآل عمران را برجھانیان برگزید (33) برحالی که نسل بر خی پدید آمده از بر خی دیگرانند و خداوند شنوای داناست).<sup>1</sup>

چنانچه پیامبر بزرگوار اسلام «□» نیز فرمودند: (تخیروا لنطفکم وانکحوا الاکفاء وانکحوا الیهم).<sup>2</sup>

ترجمه: «برای نطفه های خود (زنان پاکیزه و دیندار را انتخاب کنید)، وزنان درخور و شایسته خود را نکاح کنید و به افراد شایسته زن بدهید».

طفل حق دارد پدر شایسته داشته باشد تا در اجتماع نه تنها که از توهین و تحقیر هموعان اش محفوظ می ماند بلکه با داشتن پدر خوب متدین یک آینده درخشان خواهد داشت پدر برای فرزند هایش مایه افتخار خواهد بود.

## ۲-۲- حق تغذیه حلال

یکی از حقوق جنین بر مادر حق تغذیه حلال می باشد؛ چون جنین از طریق مادر تغذیه می شود. بنابراین، بر مادر لازم است تا از این حق جنین، خوب محافظت کرده و از طریق روزی حلال تغذیه شود. زیرا زمانی که جنین از خون مادری که از کسب و درآمد حلال و پاک غذایی آماده گردیده، تغذیه شود، رشد و نمو پاک و سالم خواهند داشت. اما چنانچه از درآمد حرام و ثروت نامشروع تغذیه شود، رشد و بار آمدن او ناسالم خواهد بود و حساسترین حالت درین مورد حالت «وحام» یا اشتهای شدید زن در اوایل حاملگی است که مادر باید همه سعی خود را بکار بگیرد تا آنچه که حلال و پاک است، اشتهایش را بر آورده نماید؛ زیرا چنین کاری عامل مهم در رشد و نمو درست و سالم جسمی و روحی جنین خواهد بود.<sup>3</sup>

## ۳-۲- حق مراقبت جنین

حق دیگری که جنین بر مادرش دارد، این است که مادر لزوماً در حفظ صحت طفل متوجه باشد؛ زیرا شریعت اسلام نه تنها از حقوق بعد از تولد اطفال حمایت می کند و سخن می زند؛ بلکه حقوق قبل از تولد جنین را نیز در نظر گرفته و در خصوص سلامتی و صحت مندی جنین برای خاتم حامله افطار

1. زحیلی، و هبه، تفسیر المنیر، ج ۳، ص ۲۷۴، ترجمه: عبدالرؤف مخلص، انتشارات شیخ الاسلام احمد جام، چاپ سوم ۱۳۹۵، تهران.

2. أبو عبد الله محمد بن یزید القزوی، وماجة اسم أبیه یزید، المتوفی: 273ه، فیصل عیسی البابی الحلبي، سنن ابن ماجه، ج اول، ص 633، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، بی تا، حدیث را البانی در صحیح الجامع صحیح خوانده است، شماره حدیث، ۲۶۸۷۰.

3. زحیلی، و هبه، فقه خانواده، ص ۱۲۱.

روزه ماه مبارک رمضان در صورتی که صحت جنین یا مادر را متاثر سازد، مباح قرار داده است، تا اینکه جنین در رحم مادر خود به صورت طبیعی و سالم رشد نماید؛ چون حفظ صحت طفل ضروری و مقدم از روزه گرفتن است، طوریکه از پیامبر (□) روایت شده است که فرمودند: (ان الله تعالى وضع عن المسافر الصوم و شطر الصلاة و عن الحامل أو المرضع الصوم أوصیام).<sup>1</sup>

ترجمه: «الله متعال نصف نماز و افطار ماه مبارک رمضان را برای مسافر، تخفیفاً اجازه داده است و همچنین برای زن حامله یا زن شیرده روزه نگرفتن را جواز داده است».

مراقبت از جنین در حقیقت مراقبت از یک انسان زنده می باشد بنابراین مادر باید در این مرحله متوجه تغذیه خود بخاطر رشد و سلامتی، صحت فرزند باشد زیرا عدم رسیدگی مادر خطر نارسای ذهنی، جسمی در بطن مادر حتی سبب تهدید سقط جنین شده می تواند.

۴-۲- سعی برای نگهداری جنین از امراض

اطباء در خصوص نگهداری جنین از امراض یک سری توصیه های پیشگیرانه را توصیه کرده اند که در ذیل بطور فقره وار پرداخته می شود.

1- ۴-۲- زن حامله نباید در معرض تصاویر رادیولوژیکی قرار بگیرد؛ زیرا تاثیر آن به جنین خیلی خطرناک می باشد.

2- ۴-۲- از سگرت کشیدن و از استفاده مسکرات و مخدرات، کلاً اجتناب نماید، زیرا این مواد کیمیاوی بر جنین به شدت آسیب می رساند.

3- ۴-۲- زن حامله باید کاملاً مطمئن باشد که قبلاً واکسین ها، سیرم های لازم ضد بیماری های را که برای جنین خطرناک تمام می شود، عملی و تطبیق کرده است، مثل بیماری سرخچه (سرخکان) که ممکن است باعث نقصان طفل گردد.

۴-۴-۲- معاینه عمومی زوجین قبل از عقد نکاح.

5- ۴-۲- ممنوعیت سقط جنین.

یکی از حقوق جنین این است که مادر برای محافظت آن این است که از هر عملی باعث سقط جنین می شود خوداری می کند.<sup>2</sup>

## د: احکام سقط جنین

۱- تعریف سقط جنین

---

1. جامع ترمذی، کتاب صوم، باب ما جاء فی الرخصة فی الإفطار سعلی والمرضع، شماره حدیث ۷۰۴، ترمذی حدیث را حسن گفته است.

2. محمد عوده، ریمای، فی علم النفس الطفل، صص ۹۸-۹۹، ناشر دار الشروق، ۱۹۹۸، عمان.

## ۱-۱- دلغت

بچه نارس و مرده افکندن را سقط جنین گویند و یا بچه نارس و مرده که پیش از فرا رسیدن هنگام ولادت از شکم مادریافتند.<sup>۱</sup> و همچنان در لسان العرب (سقط الولد من بطن امه ولا يقال وقع حين تلد).<sup>۲</sup> ترجمه: «زمانیکه طفل از بطن مادرش سقط شد این را سقط یا اجهاض می گویند نه آن زمانیکه به موعدش تولد می شود».

## ۱-۲- در اصطلاح

واژه سقط جنین یکی از واژه های است که در قانون کتب حقوقی و فقهی بطور ضمنی از آن تعریف ارایه شده و در خصوص واژه مزبور نظام الدین عبدالله در کتاب حقوق فامیل یک تعریف از اطباء را در خصوص سقط جنین آورده است: «اخراج قبل از وقت جنین به نحوی که قابل زیستن نباشد اطلاق می گردد».<sup>۳</sup> همچنین در کود جزا افغانستان درباره اسقاط جنین با این محتوا بیان شده است: «از بین بردن جنین بطور عمدی یا بیرون آوردن آن را قبل از موعد طبیعی تولد»<sup>۴</sup> اسقاط جنین شمرده شده است. در اصطلاح فقهی به سقط جنین «اجهاض» گفته می شود. اجهاض عبارت از سقط جنین می باشد که توسط فعل خود زن یا غیر از او انجام شده باشد و بعضی از خلقت آن ظاهر شده بدون اینکه زندگی کرده بتواند، حال آنکه زنده باشد و یا مرده».<sup>۵</sup>

## ۲- احکام سقط جنین در فقه

سقط جنین را فقهای اسلامی بر دینوع تقسیم نموده است: سقط جنین قبل از دمیدن روح و سقط جنین بعد از دمیدن روح که در ذیل به آن می پردازیم:

## ۲- حکم سقط قبل از دمیدن روح

۱. حسن، عمید، فرهنگ عمید، ج دوم، ص ۱۴۴۱.

۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب لتبیین المنظور، احکام الاجهاض، ج هفتم، ص ۷۸، دار صادر، چاپ سوم، سال ۱۴۱۴ق، بیروت.

۳. نظام الدین، عبدالله، حقوق فامیل، ص ۱۵.

۴. کود جزا، (569) فقره (اول)

۵. سلیمان بن محمد بن عمر البجیرمیّ المصري الشافعی (المتوفی: 1221هـ)، حاشیة البجیرمی علی الخطیب، ج دوم، ص ۲۵۰، الناشر: دار الفکر، الطبعة: بدون طبعة، 1415هـ - 1995م. والموسوعة الفقهية الكويتية، ج دوم، ص ۵۶، المصباح والقاموس واللسان (جهض)، وفي المعجم الوسيط: أن مجمع اللغة العربية أقر إطلاق كلمة إجهاض علی خروج الجنین قبل الشهر الرابع، وكلمة إسقاط علی إلقائه ما بین الشهر الرابع والسابع. وهذا اصطلاح متأخر بعد القرن الثالث عشر الهجري. البحر الرائق، ج هشتم، ص ۳۸۹.

۱- ۱- ۲- اکثریت فقهای حنفی براین نظراند که سقط جنین قبل از دمیدن روح فقط برای عذر مباح است و حقیقت مذهب حنفی همین است.<sup>۱</sup> اما ابن عابدین یکی از فقهای حنفی براین نظر است که سقط جنین قبل از دمیدن روح کراهیت دارد؛ اما علی بن موسی یکی دیگر از فقهای حنفی، به کراهیت مطلق سقط جنین نظر داده است.<sup>۲</sup>

۲- ۱- ۲- فقهای شوافع<sup>۳</sup> حنابله<sup>۴</sup> براین نظراند که سقط جنین قبل از دمیدن روح، مباح مطلق است.

۳- ۱- ۲- بنابر قول معتمد در مذهب مالکی سقط جنین حرام است. زیرا سقط، اخراج منی متکون در رحم زن است، اگرچه قبل از چهل روز باشد.<sup>۵</sup> همچنین از ابن رشد<sup>۶</sup> نقل شده است: «هرگونه جنایت زن بالای جنین در حالت مُضغِه و علقه در صورت علم به اینکه در بطن زن ولد است و سقط نماید، بالای آن زن غرامت لازم می شود».

بنابراین، آنچه که تا اینجا گفته شد، موضوع جنین یکی از بغرنج ترین موضوعی است که فقهای اسلامی با توجه به تفحصات و تدقیقات اسلامی هر کدام دارای دیدگاه های مختلف هستند. مذهب حنفیه نظر به عینک عقلانی به موضوع نگریسته و سقط جنین را بنابر عذر معقول مباح دانسته است. مذاهب شافعیه و حنابله سقط جنین را قبل از دمیدن روح بطور مطلق مباح پنداشته اند، که چنین دیدگاه برخاسته از ظواهر نصوص است. اما قول معتمد در مذهب مالکی بنابر سخن در دیر در فوق بیان شد سقط جنین قبل از دمیدن روح حرام است.

۲- ۲- حکم سقط بعد از دمیدن روح

ابن مسعود (رض) حدیث شریفی را از حضرت پیامبر گرامی اسلام «□» در خصوص مراحل تکوینی جنین که همان صد و بیست روز است را روایت کرده اند: (إِنْ أَحَدَكُمْ يَجْمَعُ خَلْقَهُ فِي بطنِ أُمِّهِ

۱. ابن عابدین، ج دوم، ص ۳۸۰ و ابن الهمام، فتح القدير ج سوم، ص ۴۹۵ و کاسانی، بدایع الصنایع هفتم، ص ۳۲۵.

۲. ابن عابدین، ج دوم، ص ۳۸۰.

۳. رملی، نهاية المحتاج، ج هشتم، ص ۴۱۶.

۴. المغنی، ج چهارم، ص ۸۰۲.

۵. شرح الكبير، در دیر مالکی، ج چهارم، ص ۸۰۲.

۶. ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد اندلیسی متولد سال ۱۱۲۶ میلادی در قرطبه- اسپانیا، و متوفای دهم دسامبر سال ۱۱۹۸ میلادی در مراکش، فیلسوف نامدار و فقهی مذهب مالکی بود، علاوه بر رشته های کلام، حقوق، فقه، طب، ریاضیات، نجوم و فلسفه تحصیل کرده که در سال ۱۱۸۲ میلادی ابتداء به عنوان طبیب و سپس به عنوان قاضی در کردوبا مشغول گردید. از آثار و تألیفات وی میتوان به: «بدایة المجتهد و نهاية المقتصد»، «مناهیج الادله»، «المسائل»، «کتاب اخلاق» و غیره اشاره نمود. (مراجعه شود به: ذهبی، سیر اعلام النبلاء، ج بیست و یکم، ص ۳۰۹).

اربعین يوماً نطفة، ثم یكون علقه مثل ذلک ثم یكون مضغه مثل ذلک ثم یرسل الملک فینفخ فیه الروح.<sup>1</sup>

ترجمه: «هرجنین چهل روز را در شکم مادرش در مرحله نطفه بودن می گذرانند، آن گاه به همان مقدار علقه خواهد بود، سپس به همان مدت مُضغه خواهد بود، سپس ملکی فرستاده می شود و در او روح می دمَد.»

بنابراین، آنچه که تا اینجا نظریات فقهی را بازگو نمودیم، حاکی از این است که پدیده سقط جنین بعد از چهارماهگی دیگاه فقهای اهل سنت بر این است که مطلق حرام است ولی قبل از چهارماهگی را بنابر عذر مباح دانسته اند.

در بیانیه نهایی کنفرانس رباط که در سال ۱۹۷۱ (۱۳۵۰ ه ش) تشکیل شد، جمع بندی زیر به چشم می خورد: «در باب سقط جنین ... کنفرانس، آرای فقهای مسلمان را بررسی کرد و روشن شد که این کار پس از ماه چهارم حرام است، مگر بر اثر ضرورتی شدید در جهت حفظ جان مادر، اما قبل از آن (ماه چهارم) با وجود آرای فقهی متعدد، نظر درست متوجه به منع آن در هر یک از مراحل بارداری است، جز بر اثر ضرورتی نهایی و شخصی برای جان مادر.» بنابراین؛ از نظر عده ی از فقهای اهل سنت، سقط جنین قبل از چهارماهگی جایز است و پس از آن تنها در موردی که جان مادر در خطر باشد می توان حکم جواز را صادر کرد. حال آنکه پاره دیگر، سقط را مطلقاً حرام می دانند.<sup>2</sup>

---

1. بخاری، صحیح البخاری، ج نهم، ص ۱۳۵، شماره حدیث: ۷۴۵۴، طبع اول ۱۴۲۲.  
2. عبدالله، نظام الدین، حقوق فامیل، ص ۲۳. (به نقل از سید حسن اسلامی، سقط جنین از منظر اخلاق، قانون و فقه، ماهنامه پیام زن شماره ۱۵۵، بهمن ۱۳۸۳، ص ۵).

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات جنین در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

#### الف: اشتراکات

بطور کلی قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی در خصوص حقوق جنین دارای وجوه اشتراکات

ذیل اند:

۱- مطابق قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی جنین در صورتی می تواند از پدر، مادرو خویشاوندان ارث ببرد که زنده متولد شده باشد.

۲- قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی بطور مطلق حق انتخاب وصی از طرف پدر را برای جنین پذیرفته اند.

۳- قانون مدنی و فقه اسلامی حق حیات و محافظت جنین را برای والدین الزامی دانسته اند.

#### ب: افتراقات

قانون مدنی افغانستان در قبال حقوق جنین نگاه مادی داشته و به جنبه معنوی آن توجه نکرده است. اما فقه اسلامی علاوه بر حقوق مادی جنین به فرازهای معنوی آن نیز توجه دارد که برای آینده جنین سازنده و کارا است، که ذیلاً به آن پرداخته می شود:

۱- قانون مدنی حق انتخاب پدر صالح و مادر صالحه را برای جنین مطمح نظر قرار نداده است، اما فقه اسلامی داشتن والدین صالح را برای جنین جزء از تکلیف شرعی معرفی کرده است.

۲- قانون مدنی به جنبه مادی جنین نگریسته است، اما فقه اسلامی علاوه بر جنبه مادی جنین، بر جنبه معنوی (تغذیه پاک و سالم، توجه مادر به آموزه های اخلاقی و اسلامی، مراقبت و عدم سقط جنین بعد از دمیدن روح) آن نیز توجه خاصی نموده است.

## مبحث دوم: حقوق ثبوت نسب

درآمد

این مبحث، درمطلب نخست به حق ثبوت نسب از منظر قانون مدنی، مطلب دوم، حق ثبوت نسب از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم، نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات موضوع مزبور را پی گرفته است.

### مطلب اول: حق ثبوت نسب از منظر قانون مدنی

یکی از ابتدایی ترین حق یک انسان، منحیث یک انسان برخوردار شدن از حق اثبات نسب است. قانونگذار مدنی افغانستان نیز برچنین توجه خاصی نموده است، که در این مبحث به آن پرداخته می شود.

### الف: ثبوت نسب در نکاح صحیح

قانون مدنی برای کمترین و بیشترین مدت حمل در خصوص اثبات ثبوت نسب در نکاح صحیح را اشعار نموده است: «کمترین مدت حمل شش ماه و اکثر آن یک سال است».<sup>1</sup> قانونگذار انتساب طفل را با شرایطی به پدر دانسته است: «طفل هر زوجه در ازدواج صحیح منسوب به زوج می گردد. مشروط بر اینکه کمترین مدت حمل در عقد ازدواج سپری شده مقاربت و خلوت صحیحه بین زوجین ثابت باشد».<sup>2</sup> اما در صورتی که طفل قبل از شش ماه متولد گردد قانونگذار طفل را منسوب به پدر دانسته است، مگر اینکه پدر خود ادعا نسب وی را از طریق غیر مشروع نماید. و چنین بیان کرده است: «هرگاه زوجه در مدت کمتر از شش ماه از عقد ازدواج وضع حمل نماید، چنین طفل منسوب به زوج نمی گردد. مگر اینکه زوج نسبت طفل را بغیر از طریق زنا بخواهد ادعا نماید».<sup>3</sup>

### ب: ثبوت نسب بعد از تفریق یا وفات زوج

قانون مدنی در خصوص ثبوت نسب طفلی که از مادر بعد از سپری شدن بیشتر از یک سال از مدت حمل متولد شده باشد را چنین بیان نموده است: «هرگاه معتده طلاق یا وفات زوج در مدت بیشتر از یک سال از طلاق یا وفات زوج وضع حمل نماید، دعوی نسب چنین معتده قابل سمع نمی باشد. مگر اینکه در صورت طلاق زوج و در وفات، ورثه زوج نسبت طفل را بخود ادعا نماید».<sup>4</sup> استاد سوالیه گذاشته هدف استاد ره نفهمیدم

1. ماده (۲۱۷) قانون مدنی.

2. ماده (۲۱۸) قانون مدنی.

3. ماده (۲۱۹) قانون مدنی.

4. ماده (۲۲۰) قانون مدنی.

اگر به ادعای زوجه جهت اثبات نسب به زوج جواب مثبت داده شود، قطعاً باعث تشدید نزاع بین طرفین می‌گردد. بنظرمی‌رسد که قانونگذار در ماده فوق جانب مصلحت اندیشی خانوادگی را در نظر گرفته و از طرف دیگر چنین حکم با منطق هم سازگار است.

قانون مدنی در فراز دیگری چنین حکم نموده است: «هرگاه مطلقه یا زوجه بعد از وفات زوج به تکمیل عدت خود اقرار نماید، نسبت طفل او به زوج وقتی ثابت می‌گردد که وضع حمل در مدت کمتر از شش ماه اقرار و یا کمتر از یک سال از طلاق یا وفات زوج، صورت گرفته باشد».<sup>1</sup>

### ج: ثبوت نسب در نکاح فاسد و دخول به شبهه

قانونگذار مدنی ثبوت نسب در نکاح فاسد و دخول به شبهه را چنین اشعار می‌نماید: «طفل زوجه در نکاح فاسد وقتی به زوج منسوب می‌گردد که طفل اقلماً بعد از شش ماه از تاریخ دخول تولد شده باشد. فقره (۲) در صورت متارکه یا تفریق، طفل وقتی به زوج منسوب می‌گردد که حد اکثر در خلال مدت یک سال تولد شده باشد».<sup>2</sup>

اینکه قانونگذار در فقره اول ماده فوق، اثبات نسب طفل را با گذشت حد اقل شش ماه بعد از دخول به زوج دانسته است؛ اینگونه داوری بلحاظ علمی همگام با بروزترین داده علمی امروز سازگار است. چنین حکمیت‌ها باعث می‌شود تا ملت بیشتر احساس بالندگی و پویایی را از آدرس دولت متبوعشان نصیب ببرند.

همچنین بیان می‌دارد: «در صورت ثبوت نسب گرچه در نکاح فاسد یا دخول به شبهه باشد، آثار مرتبه قرابت از قبیل نفقه، ارث، حرمت و امثال آن ثابت می‌گردد».<sup>3</sup>

### د: اقرار به نسب

قانون مدنی در خصوص ثبوت نسب از طریق اقرار چنین حکم کرده است: «ثبوت نسب توسط اقرار به بنوت گرچه در حال مرض موت باشد، وقتی صورت می‌گیرد که:

۱- مقرر دینی باشد که مقرر له فرزند وی شده بتواند؛

۲- مقرر له نسب معلوم نداشته باشد؛

۳- مقرر له ممیز ادعای مقرر را تصدیق نماید».<sup>4</sup>

---

۱. ماده (۲۲۱) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۲۲) فقره (اول و دوم) قانون مدنی.

۳. ماده (۲۲۳) قانون مدنی.

۴. ماده (۲۲۴) قانون مدنی.



شرایط قید شده (اختلاف سنی مقرر و مقرله، مجهول بودن نسب مقرله و ممیزبودن مقرله) در اقرار به نسب، فلتری خوبی است برای اثبات نسب. چنین نکته سنجی ها و ظرافت بینی ها است که عدالت نفس می کشد.

همچنین قانون مدنی چنین اشعار می نماید: «نسب توسط اقرار زوجه یا معتده، وقتی ثابت می گردد که زوج اقرار زوجه را تصدیق و یا از طرف زوجه ادله مثبته ارائه گردیده باشد».<sup>1</sup> قانونگذار اثبات نسب طفل را از طرف زوجه یا معتده منوط بر تصدیق زوج و ادله مثبت دانسته است. یعنی تا وقتی که زوج ادعای اقرار زوجه را مبنی بر اثبات نسب طفل بر زوج تصدیق نکند، و یا زوجه دلایلی اثبات کننده نسب طفل را (اقرار، بینه، شاهد) به زوج نیاورد، اقرار زوجه در محکمه قابل سمع نیست.

قانون مدنی اقرار مقر مبنای فصل خصومات بیان نموده است: «شخصی که نسب وی معلوم نباشد و به ابوت یا امومت شخص اقرار نماید، نسب وی وقتی ثابت می گردد که:

۱- مقردر سنی باشد که فرزند مقرله شده بتواند؛

۲- مقرله ادعای مقر را تصدیق نماید».<sup>2</sup>

و همچنین تصریح نموده است: «اقرار به نسب در خارج از بنوت، ابوت و امومت بر غیر تا ثیری ندارد، مگر اینکه تصدیق نموده باشد».<sup>3</sup>

در صورت که در ماده (۲۲۶) سن مقر به لحاظ عرفی و منطقی در تضاد نباشد و همچنین مقرله ادعای مقر را تصدیق نماید، همه حقوق ابوت و بنوت در برابر یکدیگر ثابت می گردد.

اما در صورتی که شخصی نسب او معلوم باشد و به فرزند خواندگی گرفته شود قانون مدنی حکم آن را چنین بیان شده است: «شخصی که نسب وی معلوم بوده و به صفت فرزند خوانده شود، آثار ثبوت نسب از قبیل نفقه اجرت، حضانت، میراث، حرمت مصاهره و حرمت ازدواج مطلقه بر آن مرتب ضمنی گردد».<sup>4</sup>

---

۱. ماده (۲۲۵) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۲۶) قانون مدنی.

۳. ماده (۲۲۷) قانون مدنی.

۴. ماده (۲۲۸) قانون مدنی.

## مطلب دوم: حق ثبوت نسب از منظر فقه اسلامی

حق اثبات نسب یکی از حقوقی است که فقه اسلامی ادعای اثبات آن را هم برای فرزند و هم برای والدین به رسمیت شناخته است. زیرا فرزند از یکطرف محصول ازدواج والدین است، و از سوی دیگر، بهترین هبه و ارمغان خداوند (□) برای بندگان بحساب می‌آید.

خداوند متعال می‌فرماید: (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا)<sup>1</sup>. ترجمه: «خداوند ذاتیست که از آب (منی) انسان‌ها را آفریده است و او را دارای خویشاوندی نسبی و دامادی قرار داده است و پروردگارتو همواره توانا بوده و هست». بنابراین مقوله مشهور: (رعایه النسب احد مقاصد الشریعه الخمسة)<sup>2</sup>. ترجمه: «حفظ نسب یکی از مقاصد پنجگانه شریعت است».

### الف: تعریف نسب

#### ۱- در لغت

نسب به معنای: «قرابت، خویشی، خویشاوندی و جمع آن انساب» است.<sup>3</sup>

#### ۲- در اصطلاح

«نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو (مادر و پدر) می‌باشد، موجود می‌گردد».<sup>4</sup>

### ب: اسباب ثبوت نسب

#### ۱- ثبوت نسب در ازدواج صحیح

فقهای اسلامی بدین باوراند که فرزند از طریق ازدواج صحیح متولد گردد، منسوب به پدرش می‌شود. چون پیامبر (□) در حدیثی فرموده است: (أولاد للفراش وللعاهر الحجر)<sup>5</sup>.

ترجمه: «فرزند از آن کسی است که صاحب فراش است و زانی مستحق سنگ است».

بنابراین تحقق انتساب نسب فرزند به صاحب فراش منوط بر تحقق شروط آتی است:

شروط اول: بالغ بودن مرد

شوهر مردی باشد که عادتاً حمل برداشتن زن از او متصور باشد.

1. فرقان / ۵۴.

2. وهبه، زحیلی، فقه الاسلامی وادلته، ص ۶۳۸.

3. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج سوم، ص ۲۳۹۳.

4. نظام الدین، عبدالله، حقوق فامیل، ص ۲۷.

5. صحیح البخاری، شماره حدیث: ۲۰۵۳، ج سوم، ص ۵۴.

در خصوص این شرط مالکی و شافعی به یک نظر هستند. اما نظر احناف و حنابله این است که به مرحله مراهق هم رسیده باشد. از دیدگاه احناف مراهق به شخصی گفته می شود که به سن دوازده سالگی رسیده باشد. و از دیدگاه حنابله ده سالگی رسیده باشد. همچنین نسب از طفل نا بالغ ثابت نمی شود، حتی اگر بیشتر از شش ماه بعد از تاریخ عقد متولد شده باشد.

#### شرط دوم: مدت و زمان حمل

تولد فرزند بعد از شش ماه از زمان که ازدواج صورت گرفته باشد؛ این رأی احناف است. اما جمهور بر این نظر اند که بعد از ازدواج امکان وطی نیز فراهم شده باشد. بنابراین، اگر طفل در مدت کمتر از شش ماه که کمترین مدت حمل است؛ بدنیا آمد، به اتفاق همه فقهاء نسب او به شوهر ثابت نمی شود، و این امر دلیلی برای حمل قبل از ازدواج است. مگر به یک شرط که شوهر نسب فرزند را به خود ادعا کند و اقرار شوهر بر تایید نسب فرزند بیانگر این است که زن قبل از عقد از او حمل برداشته است.

#### شرط سوم: تلاقی زوج و زوجه

فقهای اسلامی بر این باور اند که بعد از عقد، امکان تلاقی زوج و زوجه باشد. اما فقد در امکان تلاقی اختلاف نظر دارند. که در خصوص این موضوع دو نظریه وجود دارد:

#### ۱- امکان و تصور عقلی

امام ابو حنیفه (رح) تصور امکان عقلی را شرط می داند. بنابراین، وقتی تلاقی زن و شوهر عقلاً امکان داشته باشد، نسب فرزند برای شوهر ثابت می شود. اما در صورتی که اگر تلاقی و لقاء زن و شوهر ممکن نباشد فرزند زن برای شوهرش ثابت نمی شود.

#### ۲- امکان فعلی و عادی

نظر فقهای سه مذهب دیگر بر این است که امکان تلاقی فعلی، حسی و عادی را برای ثبوت نسب فرزند برای شوهر پذیرفته اند.<sup>1</sup>

بر اساس نظریات فقهای اسلامی در خصوص شرایط انتساب نسب به پدر، رأی امام مالک و امام شافعی عقلانی تر به نظر می رسد، چون حمل برداشتن یک خانم از یک شخص بالغ متصور است. اما فقهای احناف و حنابله بدین باورند که حمل برداشتن یک خانم از طفلی که در سن مراهق قرار دارد ممکن است. احناف و جمهور علماء در کمترین مدت حمل هم نظر هستند، ولی در زمان و امکان برداشتن

---

1. کاسانی، البدائع الصنائع، ج سوم، ص ۲۱۱، و ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی الحنفی، الدر المختار ج دوم، ص ۸۵۷، ناشر: دار الفکر - بیروت و ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السیواسی السکندری کمال الدین، فتح القدير، ج سوم، ص ۳۰۱، ناشر: دار الفکر، و ابن قدامه، المغني، ج هفتم، ص 428.

حمل اختلاف دارند. نظر احناف به نفس ازدواج کردن است، شش ماه بعد اگر وضع حمل صورت گرفت نسب ثابت می شود و جمهور علماء امکان وطی وجود داشته باشد در غیر آن نسب ثابت نمی شود و ادعای شوهر به تأیید نسب به این معنا است که شوهر قبول دارد که از طریق مقاربت به شبهه، نامزد بازی نسب فرزند به او تعلق می گیرد. در مورد شرط سوم باید گفت که قول امام ابوحنیفه (رح) بر این است که ملاقات زوج و زوجه عقلاً متصور باشد تا نسبت نسب به زوج داده شود. ولی سه مذهب دیگر بر این باورند که نسب برای زوج وقتی ثابت می شود که ملاقات زوج و زوجه عملاً، حساً و عادتاً صورت گیرد، در غیر آن اثبات نسب به زوج تعلق نمی گیرد. بنابراین، اگر زوجه طفلی را بدنیا آورد از شوهری که حمل برداشتن از آن متصور نیست، یا قبل از شش ماه که کمترین مدت حمل نزد فقها قلمداد شده است و یا ملاقات زوج و زوجه بر اساس نظریات علمای فقهی عقلاً و فعلاً امکان پذیر نبوده باشد نسب برای شوهر در چنین شرایط ثابت نمی گردد، در غیر این نسب طفل برای زوج از طریق نکاح صحیح ثابت است.

## ۲- ثبوت نسب در نکاح فاسد

ازدواج فاسد از نظر اثبات نسب مانند ازدواج صحیح است.<sup>1</sup> زیرا اثبات نسب طفل محافظت از حیات طفل را در بردارد.<sup>2</sup>

بنابراین ثبوت نسب در نکاح فاسد دارای سه شرط می باشد:

### ۱- ۲- حمل زوجه از زوج

از دیدگاه مالکیه و شافعیه مرد باید بالغ و از دیدگاه حنفیه و حنابله علاوه بر این که بالغ باشد، مراهق نیز باشد.

### ۲- ۲- دخول یا خلوت بعد از ازدواج

رأی مالیکه<sup>3</sup> بر این است که اگر دخول و یا خلوت بعد از ازدواج فاسد حاصل نشده باشد، نسب طفل برای شوهر ثابت نمی گردد. چون خلوت در ازدواج فاسد، مانند خلوت در ازدواج صحیح است. زیرا در هر دو (ازدواج صحیح و فاسد) امکان وطی زوجه وجود دارد. اما دیدگاه احناف<sup>4</sup> بر عکس دیدگاه مالکیه است. از نظر احناف خلوت برای ثبوت نسب در نکاح فاسد کفایت نمی کند. بلکه نسب

1. کاسانی، البدائع الصنایع، ج سوم، ص ۲۱۱، و ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی الحنفی، الدر المختار ج دوم، ص ۸۵۷، ناشر: دارالفکر - بیروت و ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السیواسی السکندری کمال الدین، فتح القدر، ج سوم، ص ۳۰۱، ناشر: دارالفکر، و ابن قدامه، المغنی، ج هفتم، ص 428.

2. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج هفتم، ص ۶۴۹.

3. الشَّرْحُ الْكَبِيرُ، ج هفتم، ص 345.

4. الدر المختار ج دوم، ص ۸۶۰.

فقط از طریق دخول ثابت می شود نه خلوت صحیحه. زیرا در نکاح فاسد برای زن و مرد وطیء حلال نیست.

### ۳-۲- مدت حمل

از نظر مالکیه<sup>۱</sup> از تاریخ دخول و یا خلوت صحیحه، و از نظر حنفیه<sup>۲</sup> از تاریخ دخول نسب ثابت می شود. بنابراین، اگر زن قبل از شش ماه از تاریخ دخول و یا خلوت صحیحه بر اساس رأی مالکیه طفلی بدنیا آورد، نسب طفل به مرد (شوهر) وی منسوب نمی شود. زیرا تولد طفل قبل از مدت تعیین شده (شش ماه) دلالت بر وجود وی قبل از ازدواج از مرد دیگری می نماید. اگر زن طفلی را بعد از شش ماه و یا بیشتر از تاریخ دخول یا خلوت صحیحه بدنیا آورد، طفل منسوب به پدر می گردد. منسوبیت طفل به پدر از بین نمی رود، مگر در صورت لعان بین همسر و شوهر از دیدگاه مالکیه، شافعیه و حنابله<sup>۳</sup>. اما منسوبیت وی به پدر از بین نمی رود، حتی در صورت لعان. زیرا لعان از دیدگاه حنفیه در نکاح فاسد واقع نمی شود، مگر در ازدواج صحیح<sup>۴</sup>.

بنابراین آراء علمای مذاهب شروط فوق را می توان چنین بررسی نمود:

در شرط اول: رأی احناف و حنابله عقلانی تر بنظر می رسد. چون بر علاوه در عمومیات، استثنائات موضوع را نیز در نظر گرفتند - که حمل برداشتن زوجه استثناءً از مراهق هم متصور است؛

در شرط دوم: رأی مالکیه بر این است که خلوت در ازدواج صحیح و فاسد یکی است، زیرا امکان وطی در هر دو وجود دارد، در صورت عدم وجود چنین امکان، نسب به شوهر ثابت نمی شود. ولی احناف تنها دخول را در نکاح فاسد، دلیل اثبات نسب به شوهر می دانند؛

۱. وَالشَّرْحُ الْكَبِيرُ، ج هفتم، ص 345.

۲. الدر المختار ج دوم، ص ۸۵۷

۳. المغني، ج هفتم، ص 4۰۰.

۴. مرغینانی، ابو الحسن برهان الدین علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل الفرغانی، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، ج دوم، ص 470، ناشر: دار الاحیاء التراث العربی - بیروت - ۱۴۴۰ ه ق - ۲۰۱۹، لبنان، وَبَدَائِعُ الصَّنَائِعِ، ج سوم،

ص 1553 و ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی الحنفی، حاشیة ابن عابدین، ج دوم، ص 633، ناشر: دار الفکر - بیروت، چاپ دوم، سال ۱۴۱۲ ق. و دسوقی، محمد، حاشیة الدسوقی علی مختصر المعانی، ناشر:

المکتبة العصریه، چاپ اول، سال ۱۴۲۸ ق، بیروت، لبنان. ج دوم، ص 457، و نووی، ابو ذکریا محی الدین یحیی بن شرف، روضة الطالبین وعمدة المفتین، ج هفتم، ص 42، ناشر: المکتبة الاسلامی، سال ۱۴۱۲ ق - ۱۹۹۱ م. وَ

المُغْنِي

شرط سوم: احناف و مالکیه معتقدند که نسب طفل وقتی به شوهر ثابت می شود که طفل بعد از کمترین مدت حمل «شش ماهگی» متولد شده باشد. در خصوص اثبات نسب طفل به شوهر، رأی مالیکه بر این است که طفل شش ماه بعد از گذشت خلوت یا دخول متولد شده باشد. اما رأی احناف، شش ماه بعد از تاریخ دخول را مبنا برای اثبات نسب بر شوهر پذیرفته اند.

### ۳- ثبوت نسب درو طی به شبهه

و طی به سبب شبهه عبارت است از این که مردی با زنی که بر او حرام است با جهل به تحریم نزدیکی کند. مثلاً: مرد زنی را در بستر خویش بیابد، و با وی مقاربت کند به گمان اینکه همسرش است، و یا با زن مطلقه ثلاثه در زمان عدت مقاربت نماید به باور اینکه همسر مطلقه برایش حلال است.<sup>1</sup>

و طی به سبب شبهه به دو نوع است:

#### ۱- شبهه به عقد

شبهه به عقد، شبهه ایست که مردی، با زنی، مانند همه زوج های قانونی، عقد نکاح منعقد کند و بعد از عقد معلوم شود که عقد به یکی از اسباب مُفسِدِ عقد، فاسد بوده است. مانند، ازدواج با زنی که در قید عدت غیر قرار دارد.

#### ۲- شبهه به فعل

شبهه به فعل، شبهه ایست که مردی با زنی مقاربت کند. بدون آنکه عقدی، چه صحیح و چه فاسد بین آن دو وجود داشته باشد، بلکه اصلاً بی توجه به هیچ چیزی با او مقاربت نماید، یا به این اعتقاد که زن بر او حلال است نزدیکی کند، سپس معلوم شود که ماجرا برعکس بوده است. نزدیکی و مقاربت سکران، مجنون و نایم از این نوع است. همچنین است مقاربت مردی با زنی که گمان می کند زوجه او است، ولی سپس مشخص می شود که بیگانه است. در چنین حالات، هرگاه زن طفلی را بعد از شش ماه و یا بیش از آن بعد از زمان و طی تولد نماید، طفل به مقاربت کنند منسوب می گردد. ولی، در صورتی که زن طفلی را قبل از تکمیل شش ماه به دنیا بی آورد، نسب طفل به مقاربت کنند منسوب نمی گردد، زیرا در چنین موارد، ممکن است حمل قبل از و طی تکوین یافته باشد، مگر این که و طی کننده ثبوت نسب را برای خود ادعا نماید.<sup>2</sup>

از آنچه گفته شد، می توان چنین نتیجه گرفت. فرزندی که به «شبهه» اعم از شبهه عقد و فعل، متولد می گردد مانند: فرزندی است که از «نکاح صحیح» به دنیا بی آید. بنابراین، هرگاه سکران،

1. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۷۲۶۴، المغنی، ج هفتم، ص 431.

2. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۷۲۶۴، المغنی، ج هفتم، ص 431.

مجنون، نایم ومکره ونا بالغ با زنی نزدیکی کند یا کسی گمان می کند که آن زوجه او است و با او نزدیکی می کند. ولی معلوم می شود که زوجه اش نبوده است، و آن زن فرزندی به دنیا بی آورد، چنین فرزندی شرعاً به مرد ملحق می شود. گاهی شبهه از دوطرف است: یعنی؛ از هرکدام مرد وزن نسبت به آن علم ندارند گاه از طرف یکی از آن دو است مانند اینکه: زن علم دارد که زوج شرعی دارد، ولی آن را از مرد پنهان می کند، یا اینکه مرد آگاه است، ولی زن مجنون یا سکران است. بنابراین، هرگاه شبهه از طرفین باشد، فرزند به هر دو ملحق می گردد، ولی اگر شبهه از طرف یکی از آن ها باشد فرزند به صاحب شبهه ملحق و از طرف دیگر نفی می شود.<sup>1</sup>

### ج: طرق ثبوت نسب

#### ۱- ازدواج صحیح و فاسد

یکی از راههای ثبوت نسب، ازدواج صحیح و فاسد است. فرقی نمی کند که ازدواج صحیح و فاسد باشد، و یا ثبت و راجستر در محکمه به شکل رسمی شده باشد و یا خیر؛ بلکه نفس ازدواج ملاک برای اثبات نسب فرزند به پدر است.<sup>2</sup>

#### ۲- اقرار

#### ۱-۲- اقرار مقرر

اقرار توسط مقرطوری است که شخص بگوید: «این پسر، پدر یا مادر من است» اقرار در چنین حالتی هر چند مقرر در مرض الموت قرار داشته باشد، صحیح است مشروط بر این که:

#### ۱- ۱- ۲- مجهول بودن نسب مقرر

یعنی؛ نسب وی از دیگری معروف و معلوم نباشد، زیرا در صورتی که نسب وی معلوم باشد اقرار مقرباطل پنداشته می شود.

#### ۲- ۱- ۲- تأیید عرف از اقرار

یعنی؛ نسب مقرر از نسب مقرر، محتمل الثبوت باشد و مقر در سنی قرار داشته باشد که بتواند فرزند مقر قرار بگیرد. بنابراین، در صورتی که مقرر از نظر سن از مقر بزرگتر باشد و یا هم سن وی باشد، به نحوی که عادت و عرف آن را تکذیب نماید، اقرار باطل و بی اثر پنداشته می شود.

#### ۳- ۱- ۲- اهلیت تصدیق مقرر

1. نظام الدین عبدالله، حقوق فامیل، صص ۹۴-۹۵.

2. مغنی المحتاج، ج دوم، ص 259، المغنی ج پنجم، ص 184،

به این معنا که به نظر جمهور فقها بالغ و عاقل و به نظر حنفیه ممیز باشد، زیرا اقرار، چنانچه در فوق به آن اشاره شد، حجت قاصره بر مقرر محسوب می شود. بنابراین، در صورتی که مقرر، صغیر یا مجنون باشد، تصدیق آن شرط نیست، زیرا مجنون و صغیر فاقد اهلیت اقرار و تصدیق اند. مالکیه تصدیق مقرر، را شرط ثبوت نسب نمی دانند، زیرا ثبوت نسب حق فرزند است. پس، نسب طفل بدون اینکه فرزندان آن را تصدیق نماید و یا خیر، ثابت می گردد مگر این که دلیلی دیگری دلالت بر کذب مقرر وجود داشته باشد.

#### ۴-۱-۲- عدم تحمیل اقرار نسب بر غیر

اعم از این که مقرر، آن را تکذیب و یا تصدیق نماید، زیرا اقرار حجت قاصره برای مقرر محسوب می شود، نه بر غیر مقرر. چون که اقرار بر غیر شهادت یا دعوی است و شهادت شخص، بر علیه شخص دیگر که از آن اطلاع نداشته باشد غیر عقلائی است. بنابراین، هرگاه زوجه یا معتده به بنوت دیگری اقرار نمایند، شرط است که زوج نیز با وی موافقت نموده ولادت طفل نیز از آن ثابت گردد. اقرار به بنوت تحمیل نسب به غیر است، که لازم الاجرا نمی باشد، مگر این که آن را شوهر تصدیق نماید و یا زوجه بینه بی آورد.<sup>1</sup>

#### ۳- بینه

بینه از ریشه «بین» گرفته شده که در لغت به معنی دلیل و حجت است. در اصطلاح فقهی بینه به هر آن چیزی که به بیان و اظهار حقیقت بیانجامد، بینه گویند.<sup>2</sup> در کتب فقهی بینه بیشتر بر شهادت شهود اطلاق می گردد.<sup>3</sup> اقرار مقرر، توسط شهادت شهود باطل می شود، زیرا بینه برخلاف اقرار حجت متعدیه است که اثر آن محدود و منحصر به مدعی علیه نمی باشد، بلکه به مدعی نیز متعدی می شود. بینه ی که توسط آن نسب ثابت می شود، یک موضوع اختلافی بین فقهای اسلامی است. امام ابوحنیه و امام محمد شهادت دو مرد و یا یک مرد و دو زن، مالکیه شهادت دو مرد، شافعیه، حنابله و امام ابویوسف (رح) شهادت تمام ورثه را ملاک برای باطل نمودن اقرار مقرر ادعای ثبوت نسب مبنا قرار داده اند. بنابراین، بینه نسبت به اقرار دلیل قوی تر است.<sup>4</sup>

با در نظر داشت نظریات علماء می توان گفت که نسب را به طرق «ازدواج صحیح، اقرار و بینه» به اثبات رساند.

1. البدائع، ج سوم، ص 215 و ج هفتم، صص 218 - 228 و المغنی ج پنجم، ص 184.

2. مسعود انصاری، و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج اول، صص 597-599.

3. صبحی، رجب محمسانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه: اسماعیل گلستانی، ص 278.

4. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المتوفى: 1230هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج سوم، صص

412-414، الناشر: دار الفكر، بی تا. و مختصر الخلیل الخرشى، ج چهارم، ص 316.



## د: ثبوت نسب از طریق (DNA) یا ژنتیک

۱- تعریف ژنتیک

۱-۱- در لغت

ژنتیک یا ژن در لغت از ریشه یونانی گرفته شده و به معنای خاستگاه، زایش، نژاد و گونه بکاررفته است.<sup>1</sup>

۲-۱- در اصطلاح

**DNA** مخفف دئوکسی ریبوکلئیک اسید (**Deoxyribonucleic Acid**) است، این ماده شیمیایی ژن ها را تشکیل می دهد. ژن ها حاوی دستورالعمل هایی هستند که ویژگی های ظاهری انسان را تعیین می کنند، از رنگ چشمها گرفته تا اندازه پا ها.<sup>2</sup> به بیان دیگر که عبارت از دو رشته نوکلئوتید است که بازهایشان با هم جفت شده اند. ژن در واقع قسمتی از مالکول **DNA** است که نوکلئوتیدهای سازنده آن توالی مشخصی دارند و به عنوان رمز تعیین کننده توالی امینواسیدها در مولکول پلی پپتید معینی که در سیتوپلاسم ساخته می شود، عمل می کنند.<sup>3</sup>

۲- تاریخچه علم ژنتیک یا ژن شناسی

در سال ۱۹۰۵م برای اولین بار واژه «ژنتیک» توسط زیست شناس انگلیسی به نام ویلیام بیتسون وضع گردید و مورد استفاده قرار گرفت. در سال ۱۹۲۷م واژه «جهش» برای بیان تغییرات فیزیکی در ژنها وضع شد. در سال ۱۹۳۱م واژه «برش» یا «همبندی» وضع گردید. در سال ۱۹۵۳م ساختار **DNA** بطور کامل به شکل مارپیچی توسط جمیز واتسون و فرانسیس کریک توضیح داده شد که برای آنان جایزه نوبل را نیز به ارمغان آورد. در سال ۱۹۷۷م اولین تلاشها برای دستیابی به مدل کامل ژنتیکی یعنی ژنوم انسانی به بار نشست. مشکلات بسیاری همچون تحقیقات بسیار پرهزینه

---

1. <https://fa.m.wikipedia.org>، [lib.science@ut.ac.ir](mailto:lib.science@ut.ac.ir). اصول ژنتیک پزشکی و ژنومیکس، دانشکدگان

علوم پست الکترونیکی:

2. آلیسون ولارد و سوفی گیلبرت، آموزش ژنتیک برای کودکان و نوجوانان، ص ۶، مترجمان: مهدی زراعی وزهرا لطیفی و عبدالله کاویانی راد و معصومه کاویانی راد.

3. راندی رودس و ریچارد فلانزر، فیزیولوژی بدن انسان، ج اول، ص ۸۱، مترجمان: حمیده علمی غروی وحسین دانش فر، چاپ چهارم ۱۳۸۴، تهران.

وزمان طولانی نسلها برای مطالعات ژنتیکی و نیز عدم امکان ایجاد ازدواج های با برنامه مانند موجودات آزمایشگاهی همچنان خود نمایی می کرد.

پیش بینی می شود پروژه «ژنومیک» یعنی نقشه برداری کامل ژنتیکی انسان تا پایان سال ۲۰۰۵م به انجام برسد. در صورت وقوع چنین امری، اهمیت این مسأله همردیف با کشف آتش یا اختراع خط ارزیابی می شود.<sup>1</sup>

### ۳- آزمایش DNA برای اثبات نسب

یکی از مهمترین کاربردهای آزمایش مولکولی برای تشخیص هویت، کشف روابط خانوادگی، تشخیص هویت اجساد سوخته و حلال بسیاری از مشکلات و ادعاهای موجود در طب عدلی است؛ چرا که این نوع آزمایش بسیار دقیق و با خطای پایین انجام می شود. از آنجا که خصوصیات ژنتیکی فرد در تک تک سلول هایش وجود دارد، استفاده از این شیوه پژوهشگران را امکان می دهد تا با در اختیار داشتن یک رشته مو، یک قطره خون، یک قطعه استخوان یا حتی آثار بزاق دهان یک فرد، نسبت به شناسایی او اقدام کنند.

بررسی DNA برای اثبات فرزند، آزمایشی است که رابطه خونی پدر و فرزند یا مادر و فرزند را در آزمایش می کند. این آزمایش ها امکان شناسایی خویشاوندان خونی دیگر را هم مثل رابطه خواهری و برادری، پدرکلان، مادرکلان با نواسه، عمه و کاکا و غیره را فراهم می کند.<sup>2</sup>

### ه: آثار ثبوت نسب

نظربه دیدگاه فقهی فقهاء اسلام و نتیجه گیری وهبه زحیلی در کتاب فقه الاسلامی وادلته در خصوص آثار ثبوت نسب؛ چنین بیان می دارد: در صورت ثبوت نسب هر چند که از طریق نگاه فاسد باشد یا وطی به شبهه، حقوق که اطفال از منظر شریعت اسلام برخوردارند، از آن برخوردار می شوند، از جمله حق برخورداری از قرابت خویشاوندی، منع ازدواج با محرمات، حق نفقه، حضانت، رضاعت، میراث و دیگر حقوق که بر اساس قرابت خویشاوندی می باشد برای اونیز متحقق است.<sup>3</sup>

---

1. [www.takbook.com](http://www.takbook.com) گرد آورنده: مصطفی عباسی کیا، الگوریتم فرا اکتشافی جستجو الگوریتم های ژنتیک.

2. <https://fa.m.wikipedia.org>، اصول ژنتیک پزشکی و ژنومیکس، دانشکدگان علوم پست الکترونیکی:

.lib.science@ut.ac.ir

3. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج هفتم، ص ۶۵۱.

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات اثبات نسب در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

#### الف: اشتراکات

قانون مدنی و فقه اسلامی برای اثبات نسب فرزند در موارد ذیل نظر مشترک دارند:

- ۱- قانونگذار مدنی و فقه اسلامی در خصوص اثبات نسب، نکاح صحیح را در صورتی انتساب نسب فرزند به پدر دانسته اند که طفل قبل از شش ماه متولد نشده باشد.
- ۲- قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی اثبات نسب طفل را در صورت گذشت شش ماه بعد از نکاح فاسد و دخول به شبهه به پدر دانسته است.
- ۳- قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی اقرار (مُقر یا مُقرله) را یکی از راه های اثبات نسب دانسته اند.

#### ب: افتراقات

قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به اهلیت پدر و راه های اثبات نسب با هم اختلاف دارند که در ذیل به آن بیان می گردد:

- ۱- قانون مدنی از اهلیت پدر طفل سخن به میان نیآورده، بلکه آن را بطور کلی اشاره نموده است. اما فقه اسلامی در خصوص اهلیت پدر طفل توجه خاصی نموده است. مالکیه و شافعیه اهلیت پدر طفل را بالغ بودن، حنفیه و حنابله علاوه بر بالغ بودن، مراهق را نیز از اهلیت پدر طفل می دانند.
- ۲- قانون مدنی برای راه های اثبات نسب: نکاح صحیح، فاسد، اقرار را دانسته است. اما فقه اسلامی علاوه بر راه های یاد شده؛ بینه «شهود» را نیز معرفی کرده است. در اشتراکات هم برای ثبوت نسب بالاجمال به ماده قانون مدنی و فقه اسلامی اشاره شود

## مبحث سوم: حقوق نامگذاری

درآمد

این مبحث دارای سه مطلب است. مطلب اول حق نامگذاری اطفال از منظر قانون مدنی، مطلب دوم از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم نگاهی تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات مذکور دارد.

### مطلب اول: حق نامگذاری از منظر قانون مدنی

قانون مدنی افغانستان حق انتخاب نامگذاری را چنین بیان کرده است: «هر شخص می تواند علاوه بر اسم خود، اسم خانوادگی انتخاب نماید، اسم خانوادگی با ولادت انتقال می یابد. اگر شخص اسم خانوادگی غیر را به خود انتقال دهد و این عمل اوموجب خساره به شخص اول گردد، متضرر می تواند علاوه بر مطالبه منع، جبران خساره را نیز از متعرض مطالبه نماید».<sup>1</sup>

قانونگذار مدنی در ماده فوق به صراحت انتخاب اسم و اسم خانوادگی را بعد از ولادت به رسمیت شناخته است، و از عواقب انتقال اسم خانودگی دیگری هشدار داده است که در صورت ضرر وارد شدن به شخص دیگری - به دلیل اسم گذاری آن به اسم خود - متضرر علاوه برگرفتن اسم خانوادگی خود ادعای جبران خسارت نیز از آن کرده می تواند. با توجه به اشارت کلی قانون مدنی طفل نیز مشمول چنین امتیاز است.

همچنین «حالت مدنی یک شخص در ورقه مخصوص هویت درج و در صورت مطالبه برایش داده می شود. ورقه هویت محتوی اسم، تخلص با اسم فامیلی، تاریخ تولد، وظیفه، تابعیت، محل اقامت، اسم همسر و اولاد با تاریخ و محل تولد شان می باشد».<sup>2</sup>

### مطلب دوم: حق نامگذاری از منظر فقه اسلامی

اسلام دینی است که علاوه بر حق انتخاب نام، نام نیک را نیز برای اطفال در نظر گرفته است. نامگذاری طفل از یک طرف دستور شرعی برای پدراست و از طرف دیگر آموزه های اخلاقی نیز پدر را به نام نیک گذاشتن فرزند توصیه نموده است.

### الف: نام های خوب

اسلام در خصوص حق نامگذاری اطفال توجه خاص به آن نموده است، بهترین نامها، نامهایی هستند که در بردارندهی معنای عبودیت خداوند (□) می باشند. مانند: عبدالله، عبدالرحمن و امثال اینها

1. ماده (۳۸) قانون مدنی

2. ماده (۴۷) فقره (اول) قانون مدنی.

وبعد از آن نام‌های پیامبران زیرا پیامبر(□) در این مورد فرموده است: (تسموا بأسماء الأنبياء وأحب الأسماء إلى الله عبدالله وأصدقها حارث وهمام وإقبحها حرب ومّره).<sup>1</sup>

ترجمه: «فرزندان خود را به اسامی پیامبران نام گذاری کنید و محبوبترین نام‌ها نزد خداوند عبد الله، عبد الرحمن هست صادق ترین نام‌ها حارث و همام است و زشت ترین نام حرب و مره می‌باشد». با توجه به توصیه پیامبر اسلام (□) در خصوص نامگذاری اطفال والدین نام‌های نیک را برای فرزندان شان برگزینند تا هم اطفال در معاشرت دنیوی از صدا زدن اسامی که پیام آور فرعونیت تا غوتیت بوده باشد، آزرده خاطر نشوند و هم والدین در روز آخرت از صدا زدن اسامی فرزندان شان حسرت نخورند.

### ب: نام‌های حرام

اسلام نام‌های مربوط به فرهنگ یهودی، مسیحی، بودایی و امثال این‌ها را حرام قلمداد کرده است. زیرا اسلام دارای فرهنگ غنی در همه ابعاد است. فقهای شافعی «حکم الحکما» و حنابله «سلطان السلاطین، عبدالکعب، عبدالمحمد، سیدالناس» و نظیر این‌ها را حرام دانسته‌اند.<sup>2</sup>

### ج: نام‌های مکروه

با توجه به آموزه‌های فقه اسلامی نام‌های مانند: (سید الناس، سید السادات، سید القضاة و سید العرب، سیدالفضل، رباح، افلح و یسار) و نذیر آن‌ها بنا بر رأی شافعی به دلیل دروغ بودنشان مکروه، ولی از دید حنابله چنین نام‌ها حرام است.<sup>3</sup> زیرا مسلم از سمره ابن جندب روایت کرده است که پیامبر(□) در این مورد فرمودند: (لا تسمین غلامک یساراً، ولا رباحاً ولا أفلح، فأنک تقول: أتمّ هو؟ فلا یكون فیقول: لا).<sup>4</sup>

ترجمه: «پسر خود را به اسم‌های همچون (سهل، منفعت، موفق و رستگاری) نامگذاری مکن زیرا مثلاً وقتی که می‌گویی رستگاریا موفق در خانه است اگر جواب منفی باشد و گفته شود خیر نیست این خود نوعی بد یمنی بشرمی‌باشد». به نظر فقهای مالکیه نام‌های زشت و ناپسند مانند: (شیطان) و نام‌های آدم‌های «بدنام و ظالم، شهاب، حما، کلب» و نظیر این‌ها کراهیت دارد. همچنین فقهای حنابله نیز نام‌های آدم‌های ظالم نظیر: (فرعون) و اسمای شیاطین را مکروه می‌دانند.<sup>5</sup>

1. سنن ابی باوی، ج چهارم، ص ۲۸۴، شماره حدیث ۴۹۵۰، قال البانی، صحیح دون قوله تسموا بأسماء الأنبياء.

2. علوان، ناصح، چگونه فرزندان خود را تربیت کنیم، ص ۷۸.

3. علوان، ناصح، چگونه فرزندان خود را تربیت کنیم، ص ۷۹.

4. أبوالحسین مسلم بن الحجاج بن مسلم القشیری النیسابوری، صحیح مسلم، ج ششم، ص ۱۷۲، الناشر: دار الجیل، بیروت - دارالأفاق الجدیة - بیروت.

5. علوان، ناصح، چگونه فرزندان خود را تربیت کنیم، ص ۷۶.

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجه اشتراک و افتراق نامگذاری در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

**الف: اشتراک**

قانون مدنی و فقه اسلامی بطور کلی در مورد حق انتخاب نام برای اطفال هم نظراند.

**ب: افتراق**

قانون مدنی برای انتخاب نام خوب فرزند پدر را مکلف نکرده است، اما فقه اسلامی در خصوص حق نامگذاری نگاه تکلیفی دارد. یعنی والدین را برای انتخاب نام نیک فرزند ملزم نموده است.

## مبحث چهارم: حقوق ازدواج

درآمد

این مبحث درسه مطلب اختصاص یافته است. مطلب اول حق ازدواج از منظر قانون مدنی، مطلب دوم حق ازدواج منظر فقه اسلامی و مطلب سوم نگاه تطبیقی به اشتراکات و افتراقات موضوع مذکور می پردازد.

### مطلب اول: حق ازدواج از منظر قانون مدنی

قانون مدنی اهلیت ازدواج را چنین بیان نموده است. «اهلیت ازدواج وقتی کامل می گردد، که ذکور سن (۱۸) و اناث سن (۱۶) سالگی را تکمیل کرده باشند».<sup>۱</sup> همچنین در رابطه به صلاحیت ازدواج دادن دختر صغیره چنین حکم نموده است. فقره (اول) «هرگاه دختر سن مندرج ماده (۷۰) این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمه با صلاحیت صورت گرفته می تواند؛ فقره (دوم) عقد نکاح صغیره کمتر از (۱۵) سال به هیچ وجه جواز ندارد».<sup>۲</sup> قانونگذار مدنی با قید سن (۱۸) برای پسر و سن (۱۶) برای دختر در ماده فوق، از یکطرف موانع خوبی را در مسیر خانواده های استفاده جواز فرزندان شان ایجاد نموده است و از طرف دیگر چنین قید سنی برای پسر و دختر بر خواسته از مصلحت اندیشی و خیرخواهی قانونگذار است. همچنین عقد دختر صغیره را منوط بر پدر صحیح التصرف و یا با محکمه با صلاحیت نمودن نیز نیک سرانجامی دختر، خانواده و اجتماع را در نظر گرفته است. در فقره دوم ماده (۷۱) بطور مطلق عقد نکاح صغیره کمتر از (۱۵) سال را مجاز ندانسته است. چون دختر در چنین سن از نعمت پختگی عقل برخوردار نیست.

---

۱. ماده (۷۰) قانون مدنی.

۲. ماده (۷۱) فقره (اول و دوم) قانون مدنی.

## مطلب دوم: حق ازدواج از منظر فقه اسلامی

در این مطلب به مفاهیم، دلایل مشروعیت، احکام، انواع، ارکان، شروط، دلایل اثبات، عدم اثبات صغیر و صغیره و صلاحیت ازدواج پرداخته شده است.

### الف: تعریف ازدواج و اهلیت

۱- ازدواج

۱-۱- در لغت

ازدواج به معنای با هم جفت شدن، جفت گرفتن، زن گرفتن، شوهر کردن، زنا شویی،<sup>۱</sup> یا به معنای ضم جمع نیز آمده است.<sup>۲</sup>

۲-۱- در اصطلاح

(النکاح، عقدٌ وُضِعَ لتملیک منافع البضع).<sup>۳</sup> صاحب عنایه می گوید: «نکاح عقدی است در برابر منافع بضع (استمتاع زن) وضع شده است». به بیانی: (عقد یرد علی تملیک منفعة البضع فعلاً).<sup>۴</sup>

ترجمه: «نکاح عبارت از عقدی است که به صورت قصدی بر بالای ملک متعه وارد می شود»

۲- اهلیت

۱-۲- در لغت

به معنای شایستگی و لیاقت است.<sup>۵</sup>

---

۱. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج اول، ص ۱۴۸.  
۲. الموصلی الحنفی، عبدالله بن مودود، الاختیار لتعلیل المختار، انتشارات، دار الفراس للنشر والتوزیع: ۱۹۸۷م،

استانبول.

۳. بابرقی، محمد بن محمد، الرومی، العناية شرح الهدیة، ج سوم، ص ۱۸۸، ناشر: دار الفکر - بیروت، چاپ اول، ۲۰۰۰ م.

۴. طهماز، عبدالحمید محمود، الفقه الحنفی لثبوة الجدید، ج دوم، ص ۹، ناشر: دار القلم و دار الشامیة، سال ۱۴۳۰ ق، ۲۰۰۹ م.

۵. محمد، معین، فرهنگ فارسی، ج اول، ص ۵۰۳، نشر امیر کبیر، چاپ یازدهم، ۱۳۷۶، تهران.



## ۲-۲- در اصطلاح

اهلیت به معنای صلاحیت و شایستگی شخص جهت دارا شدن حق و تکلیف و اجرای آن می باشد.<sup>۱</sup> به بیانی؛ عبارت از صلاحیت مشروع حقوقی مکلفیت وصیت تصرف در ملکیت آن می باشد.<sup>۲</sup> جمهور فقهای اسلامی بدین باورند که بلوغ و عقل، برای ازدواج شرط نیست.<sup>۳</sup>

### ب: دلیل مشروعیت ازدواج

#### ۱- قرآن کریم

(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)<sup>۴</sup>

ترجمه: «و از جمله نشانه های دال بر عظمت و حکمت خدا، این است که از جنس خود تان همسرانی را برای تان آفرید تا در کنارشان بیارامید و در میان شما و آن ها مهر و محبت قرارداد. بدون شک در این (امور) نشانه هایی است برای کسانی که می اندیشد».

نظریه آیه فوق دین مقدس اسلام ازدواج را یگانه مُسْکِن آرامبخش هم در امور غریزه یی معرفی کرده است و هم در امور معنوی. ازدواج محاسن زیادی را در پی دارد و بطور کلی می توان عناوین زیر را از اهم آن برشمرد:

#### ۱- بقای نسل بشری

درواقع همین ازدواج است که اساس توالد و تناسل را تشکیل می دهد. اگر توالد و تناسل وجود نمی داشت و انزوای جنسی در میان بشر ابتدایی حکم فرما می بود، یقیناً نسل بشر با گذشت مدت محدودی از بین می رفت.

#### ۲- جلوگیری از انحرافات جنسی و اخلاقی

یکی دیگر از اهداف و مقاصد عقد ازدواج، عبارت از جلوگیری از انحرافات جنسی و اخلاقی می باشد؛ زیرا به وسیله این عقد می توانیم غریزه جنسی را که یکی از نیرومندترین غرایزی است که در نهاد ما انسان ها به ودیعت نهاده شده، بطور مشروع ارضا و اشباع نمایم.<sup>۵</sup>

۱. رسولی عبدالحسین، قواعد عمومی قرار دادها، ص ۶۷، انتشارات امیری، چاپ دوم، ۱۳۹۱، کابل.

۲. ابن امیر اللجاج متوفی ۷۸۹ ه ق، التقرير والتحبير على علم اصول الفقه، ج دوم، ص ۱۶۲، انتشارات دارالفکر ۱۴۱۷ ه ق ۱۹۹۶ م، بیروت.

۳. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ص ۱۸۳.

۴. روم / ۲۱.

۵. دستنامه حقوق خانواده، حقوق مالکیت و حقوق میراث، صص ۵-۶، ناشر دفتر هیئت ناروی برای مهاجرین، چاپ موج ۱۳۹۱، کابل.

## ج: ارکان و شروط ازدواج

### ۱- ارکان ازدواج

ارکان جمع رکن بوده و عبارت از اساسی ترین عناصری است که باعث پدید آمدن و شکل گیری

یک چیزی می شود.<sup>1</sup>

### ۱-۱- ارکان ازدواج نزد احناف<sup>2</sup>

۱-۱-۱- ایجاب

عبارت از پیشنهاد یک شخص است به شخص دیگر جهت انعقاد قرارداد.<sup>3</sup>

۲- ۱- ۱- قبول

دومین لفظ است که توسط یکی از عاقدین به غرض انشاء تصرف صادر می گردد و عقد با آن به

اتمام می رسد.<sup>4</sup>

۲- ۱- ارکان ازدواج نزد جمهور

۱- صیغه (ایجاب و قبول)، ۲- زوجه (همسر)، ۳- زوج (شوهر)، ۴- ولی.<sup>5</sup>

۳- ۱- ارکان عقد نزد شافعیه

۱- شوهر، ۲- زن، ۳- وصی، ۴- دوشاهد ۵- صیغه.<sup>6</sup>

با در نظر داشت آرای فقهاء در ارکان ازدواج، ظاهراً اختلاف لفظی است، جز در (ولی). احناف

ارکان ازدواج را دوتا دانسته است و جمهور آن را چهارتا گفته اند، ولی حقیقتاً آنچه را که

جمهور ارکان ازدواج دانسته است، احناف اشارتاً نیز آن را در ضمن ایجاب و قبول بیان نموده است. به

عبارتی؛ وقتی سخن از صیغه ایجاب و قبول بین طرفین رفت، ضمناً ارکان پذیرفته شده جمهور داخل

در ارکان پذیرفته شده احناف می آید. بنابراین، فرق بین آرای احناف و جمهور تنها در مورد ولی است،

که جمهور حضور ولی را رکن دانسته است، اما احناف آن را شرط ازدواج.

---

1. سابق، محمد سید، فقه السنه، ص ۲۲، ج دوم، طبع ۲۱، انتشارات دارالفتح للاعلام العربی، جمهوریة مصر العربیة، ۱۴۳۰ هـ - ۲۰۰۹ م، القاهرة.

2. عثمان بن علی بن محجن البارعی، فخرالدین الزیلعی الحنفی، المتوفی: 743 هـ، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق وحاشیة الشلبي، ج دوم، ص ۹۵، الحاشیة: شهاب الدین أحمد بن محمد بن أحمد بن یونس بن إسماعیل بن یونس الشلبي، المتوفی: 1021 هـ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، الطبعة: الأولى، 1313 هـ، القاهرة.

3. حفیظ الله دانش، حقوق وجایب، ص ۳۰، انتشارات مستقبل، چاپ ششم، ۱۳۹۷، کابل.

4. مجلة الاحكام، ماده ۱۰۲.

5. زحیلی، فقه اسلامی وادلته، ص ۵۰.

6. زحیلی، فقه اسلامی وادلته، ص ۵۰.

## ۲- شروط عقد ازدواج

### ۱- ۲- شروط انعقاد عقد ازدواج

شروط انعقاد عقد ازدواج به شروطی اطلاق می شود که بدون هریکی از آن ها عقد منعقد نمی گردد. در نتیجه چنین عقد از هیچگونه آثار و احکام شرعی برخوردار نمی شود<sup>۱</sup>، که در ذیل به آن شروط پرداخته می شود:

۱- اهلیت و ممیز بودن عاقدین

۲- شنیدین و فهمیدن کلام عاقدین

۳- اتحاد مجلس ایجاب و قبول

۴- موافقه صریح یا ضمنی قبول با ایجاب.

### ۲- ۲- شروط صحت عقد ازدواج

شروط صحت عقد ازدواج به شروطی گفته می شود که بعد از تحقق ارکان عقد، بخاطر صحت ازدواج لازم و ضروری پنداشته می شود،<sup>۲</sup> که ذیلاً به آن اشاره می شود:

۱- عدم محرمیت دائمی و موقت بین زن و شوهر

۲- حضور شاهدین.

### ۳- ۲- شروط انفاذ عقد ازدواج

عبارت از شروطی است، که بعد از انعقاد عقد و صحت عقد مرتب شدن آثار عقد ازدواج بالفعل بر آن موقوف می باشد.<sup>۳</sup> و همچنین قانون مدنی در خصوص شروط صحت عقد ازدواج و شروط نفاذ عقد ازدواج هیچ فرقی قایل نشده است. ماده (۷۷ ق. م.) در زمینه اشعار می دارد: «برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است:

۱- انجام ایجاب و قبول صحیح توسط عاقدین یا اولیاء یا وکلای شان.

۲- حضور دونفر شاهد با اهلیت

۳- عدم موجودیت حرمت دایمی و یا مؤقت بین ناکح و منکوحه».

### ۴- ۲- شروط لزوم عقد ازدواج

۱. نایل، حقوق فامیل (احوال شخصیه)، صص ۵۰ - ۵۲ و شیخ عبدالوهاب، خلاف، احکام احوال شخصیه فی شریعت الاسلامی، ص ۲۳.

۲. ابوزهاده، محمد، الاحوال الشخصیه، ص ۵۴، ناشر دارالفکر العربی، ۱۳۶۸ هـ ۱۹۴۸ م و نایل، حقوق فامیل (احوال شخصیه)، صص ۶۵-۶۷.

۳. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ، ج نهم، ص ۶۵۳۳.

شروط لزوم عقد عبارت از شروطی است که در یک شرط جمع می شود طوریکه طرفین (زن و مرد) صلاحیت فسخ ازدواج را به تنهای وبدون رضایت همدیگر نداشته باشند در غیر آن عقد لازم نیست بلکه غیر لازم است.<sup>1</sup> شروط لزوم عقد ازدواج از دیدگاه فقه حنفی قرار ذیل است:

- ۱- انعقاد عقد ازدواج فاقد اهلیت یا ناقص الاهلیت توسط یکی از اولیای عاصب وی؛<sup>2</sup>
- ۲- رعایت مقدار مهر مثل؛
- ۳- رعایت اصل کفالت؛
- ۴- عدم فریب در عقد.<sup>3</sup>

#### د: دیدگاه های مطرح در خصوص ازدواج طفل

اصل در ازدواج وبه ازدواج دادن بلوغیت است، ولی در این بخش به جواز، عدم جواز، صلاحیت به ازدواج دادن و صلاحیت فسخ ازدواج صغیر و صغیره می پردازیم:

- ۱- جواز و عدم جواز ازدواج صغیر و صغیره
- ۱-۱- دلیل اثبات جواز ازدواج صغیر و صغیره
- ۱-۱-۱- قرآن کریم

(وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا).<sup>4</sup>

ترجمه: «وآن زنان شما که از حیض نا امید شده باشند، و اگر شک داشتید (خون می ببینند یا نه؟) عده (طلاق) ایشان سه ماه است و نیز زنانی (دخترانی) که هنوز حیض ندیده اند، و زنان باردار مدت شان این است که بار خود را بنهند، و هرکی از خدا پروا کند به (طاعت) او را در کارش آسانی پدید آرد». الله (□) در این آیت عدت صغیره را بیان نموده است و سبب عدت شرعاً نکاح است و به این دلیل تصور نکاح صغیره است.<sup>5</sup>

۲- ۱- ۱- سنت نبوی

---

۱. شیخ عبدالوهاب، خلاف، احکام احوال الشخصیه فی الشریعة الاسلامیه، ۲۸.  
۲. اولیای عاصب نزد فقها عبارت اند از: فرزند، پدر و پدیرکلان.  
۳. نایل، حقوق فامیل (احوال شخصیه)، صص ۷۹-۸۰ و زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، ج نهم، صص ۶۵۷۷-۶۷۷۸.  
۴. طلاق / ۴.  
۵. سرخسی، ابی بکر محمد، المبسوط، ج چهارم، ص ۲۳۶، انتشارات حبیبیه، کویت، بی تا.

درخصوص جواز به ازدواج دادن صغیره می توان ازدواج خود رسول اکرم (ﷺ) با عایشه صدیقه<sup>۱</sup> (رض) را یاد آورشد: (وبلغنا عن رسول الله (ﷺ) أنه تزوج عائشة (رض) وهي صغيرة بنت ستة سنين وبنى بها وهي بنت تسع سنين وكانت عنده تسعا).<sup>۲</sup>

ترجمه: «ما شاهد ازدواج رسول الله (ﷺ) با عایشه صدیقه (رض) بودیم، درحالیکه عایشه صدیقه (رض) حدوداً شش ساله بود، اما محضر پذیری او نزد پیامبر اسلام (ﷺ) در نه سالگی واقع شده است».

با توجه به ظاهر آیه مبارکه و حدیث گهربار پیامبرگرامی اسلام (ﷺ) می توان اذعان نمود که نکاح دختر صغیره جواز دارد. زیرا عمل، گفتار و رفتار پیامبر (ﷺ) دال بر جایز بودن یک عمل می نماید.

۳- ۱- ۱- آرای فقهاء

۱- احناف

ازدواج صغیر و صغیره وقتی جواز دارد که توسط ولی یا عصبه آن ها صورت بگیرد.<sup>۳</sup>

۲- مالکیه

تنها پدر حق ولایت به ازدواج دادن صغیره و صغیره را دارد.<sup>۴</sup>

۳- شافعیه

حق ولایت به ازدواج دادن صغیر و صغیره فقد بر پدر و پدرکلان است.<sup>۱</sup>

---

۱. عایشه، لقبش صدیقه و ام المؤمنین خطابش می کردند، کنیه اش ام عبدالله بود و چه بسا از لقب حمیرا نیز برای او استفاده می کردند. بسیاری اوقات رسول الله (ﷺ) او را به بنت الصدیق صدا میکرد. نام پدر حضرت عایشه عبدالله و کنیتش ابو بکر و لقبش صدیق، و نام مادرش ام رومان بود. ایشان قریشی نسب که از طرف مادربه قبیلۀ کنانیه و از طریق پدر به قبیلۀ تمیم مرتبط میشد بودند. سلسلۀ نسبش از طریق پدر بدین قرار است: عایشه بنت ابو بکر بن ابوقحافه عثمان بن عامر بن عمر بن کعب بن سعد بن تیم بن مره بن کعب بن لؤی بن غالب بن فهر بن مالک. در مورد تاریخ تولد حضرت عایشه رضی الله عنها مورخین کدام تاریخ دقیق و معینی را ننوشته اند، لیکن بعضی از مورخین گفته اند که او در اواخر سال پنجم بعثت به دنیا آمده و سه سال قبل از هجرت در سن شش سالگی به عقد رسول اکرم (ﷺ) در آمده است و در شوال سال یکم هجری به خانه پیامبر اکرم اسلام آمده است. در ربیع الاول سال یازدهم هجری به داغ بیوگی نشست. اوسرانجام در سال ۵۸ ه ق، مطابق به ۶۷۸ م، در ینرب درگذشت و در قبرستان بقیع دفن گردید. (مراجعه شود به: عسقلانی، تهذیب التهذیب، ج دوازدهم، ص ۹۵-۴۹۴ و ابن اثیر، اسد الغابة فی معرفة الصحابة، ج پنجم، ص ۵۸۳).

۲. سرخسی، ابی بکر محمد، المبسوط، ج چهارم، ص ۲۳۶.

۳. مرغینانی، هدایه، حامل المتین بدایة شرح فارسی، کتاب النکاح، ج دوم، ص ۱۹، انتشارات مکتبه رشیدییه، پشاور.

۴. شرح الکبیر، در دیر مالکی، ج چهارم، ص ۷۰۶.

نظر به اقوال رفته در فوق فقهای کرام به ازدواج دادن صغیر و صغیره جواز دارد، ولی در مورد آنچه اختلاف دارند موضوع صلاحیت به ازدواج دادن آن ها است که بعدا به آن خواهیم پرداخت.

۲- ۱- دلیل عدم جواز ازدواج صغیر و صغیره

۱- ۲- ۱- قرآن کریم

(وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْعَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوُلْدَانِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفَعَّلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا)<sup>2</sup>

ترجمه: «از تو درباره زنان سوال می کنند، بگو خداوند در این زمینه به شما پاسخ می دهد و آنچه در قرآن درباره زنان یتیمی که حقوق آن ها را به آن ها نمی دهید و می خواهید با آن ها ازدواج کنید».

۲- ۲- ۱- حدیث شریف

از پیامبر (ﷺ) روایت شده است که: (الْيَتِيمَةَ تَسْتَأْمِرُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ صَمَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا وَإِنْ (أَبَتْ) فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا)<sup>3</sup>

ترجمه: «باید از دختری یتیمه اجازه گرفت، آنگاه او را نکاح کرد، اگر سکوت کرد، سکوت او بمنزله اجازه اوست، اگر امتناع ورزید، نکاح وی جایز نیست».

۳- ۲- ۱- آرای فقهاء

۱- حنفیه و حنابله

رای عایشه و احمد و ابوحنیفه چنین است.

عایشه (رض) گفته است: مراد دختر یتیمی است که تحت سرپرستی ولی خود می باشد، اما ولی به نکاح کردن او رغبت و تمایل می کند و مهر المثل مناسب و شایسته او را نمی دهد. بنابراین، اینگونه اولیاء از ازدواج با دختری یتیم تحت سرپرست خود، منع شده اند، مگر اینکه درباره مهریه آنان راه عدل و انصاف را پیش گیرند.<sup>4</sup>

1. سرخسی، ابی بکر محمد، المبسوط، ج چهارم، ص ۲۳۷.

2. نساء / ۱۲۷.

3. ترمذی، ج دوم، ص 408، ترمذی حدیث را حسن و حاکم صحیح گفته است.

4. سرخسی، المبسوط، ج چهارم، ص ۲۳۵ و ترمذی، ج دوم، ص 408.

## ۲- شافعیه

تزویدج نکاح دختر یتیمه درست نیست، مگر بعد از بلوغ. چون پیامبر (ﷺ) فرمود (الیتیمه تستامر) وبدیهی است که کسب اجازه پس از بلوغ صورت می گیرد؛ چون کسب اجازه از صغیر و نا بالغ فائده ای ندارد.<sup>1</sup>

## ۳- مالکیه

از دواج دادن صغیر را تا وقتی که بالغ نشده باشد باطل شمرده است. اما در صورتی که ازدواج صورت گرفته باشد پس چنین ازدواج منسوخ است.<sup>2</sup>

## ۲- صاحب صلاحیت ازدواج صغیر و صغیره

### ۱- ۲- حدیث شریف

حدیثی که از ابن عمر (رض) روایت است: (ان قدامة ابن مظعون زوج ابن عمر ابنة اخيه عثمان، فرغ ذلك الى النبي (ﷺ) فقال «انها یتیمة ولا تنكح الا باذنها»)<sup>3</sup>. ترجمه: «قدامة ابن مظعون دختر برادر خود را به ابن عمر به نکاح داد، نبی علیه السلام خبر شد گفت: او یتیم است بدون اجازه وی به نکاح داده نمی شود».

حدیث فوق دلالت بر این دارد که تنها پدر حق تزویدج صغار را دارد و بس.

### ۲- ۲- آرای فقهاء

### ۱- حنفیه

پدر، پدرکلان و غیره عصابات حق تزویدج صغار را دارند، اما اگر تزویدج توسط پدر و پدرکلان صورت گیرد، اما ابو یوسف و محمد (رح) تزویدج صغار را توسط اولیاء مقید به قید کفالت و مهر مثل می دانند، زیرا ولایت بخاطر تحقق مصلحت صغیر و صغیره می باشد، بدون کفالت و مهر مثل مصلحت متحقق نمی گردد.

## 2- شافعیه

غیر از پدر و پدرکلان دیگر عصابات حق تزویدج صغار را ندارند. همچنان علمای شافعی در تزویدج صغیر و صغیره توسط پدر و یا کبیره را بدون اجازه وی شرایط ذیل را وضع نموده اند:

۱- بین ولی و صغیره کدام عداوت نباشد.

1. زحیلی، و هبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ص ۱۸۳.

2. سابق، محمد سید، ترجمه: فارسی فقه السنه، ج سوم، صص ۱۰۸۸-۱۰۸۹، مترجم: محمود ابراهیمی، نوبت انتشار: اول (دیجیتال)، ۱۳۹۴، شمسی.

3. ترمذی فی باب النکاح، ج ۳، ص ۴۰۸ شماره حدیث ۱۱۰۹، ترمذی حدیث را حسن و حاکم صحیح گفته است.

- ۲- ازدواج همراهی کف صورت نگیرد.
- ۳- ازدواج باید در مقابل مهر مثل باشد.
- ۴- مهر از جمله نقد بلد باشد (پول مروج در کشور).
- ۵- زوج قادر به ادای مهر باشد.
- ۶- ازدواج همراهی کسی نباشد که صغیره با وی متضرر شود مثل: شخص کور و مرد پیروکهن سال.
- ۷- حج بالای کبیره واجب نشده باشد، زیرا زوج امکان دارد که کدام غرض و مقصد عالی داشته باشد. در صورت ممانعت از طرف زوج این غرض فوت می گردد.<sup>1</sup>
- ۳- مالکيه و حنايله
- بغیر از پدر، وصی پدر و یا حاکم، برای کسی دیگر این حق ثابت نیست، بخاطریکه پدر شفقت کامل داشته و به مصالح صغیره و صغیره درست می اندیشد و حاکم و وصی پدر هم مثل پدر است.<sup>2</sup>
- ۳- صلاحیت فسخ ازدواج بعد از بلوغ
- برای صغیره در فسخ ازدواج بعد از رسیدن به سن بلوغ دو حالت است:
- ۱- ۳- حق صلاحیت فسخ
- امام ابوحنیفه و امام محمد بر این نظر اند: هرگاه صغیره توسط غیر پدر و پدرکلان به ازدواج داده شود، او بعد از رسیدن به مرحله بلوغ، اختیار فسخ ازدواج صورت گرفته را دارد.<sup>3</sup>
- همچنین، پیش از بلوغ می توان دختر یتیم را به نکاح کسی در آورد و اولیاء او عقد نکاح را اجرا کنند و پس از بلوغ حق «خيار» را دارد و می تواند اگر راضی نباشد، نکاح خویش را فسخ کند.<sup>4</sup>
- ۲- ۳- حق عدم صلاحیت فسخ
- امام ابوحنیفه و امام ابو یوسف بر این نظر است که اگر صغیره توسط پدر و یا پدرکلان به ازدواج داده شود، او بعد از رسیدن به مرحله بلوغ، اختیار فسخ را ندارد. زیرا ابو یوسف می گوید: که پدر و پدرکلان بیشتر از هر کسی نسبت به دختر مهر بانتر و دور اندیش تر است.<sup>5</sup>
- امام مالک بدین باور است که صغیره وقتی صلاحیت فسخ ازدواج را ندارد که فقد توسط پدر به ازدواج داده شده باشد.<sup>1</sup>

1. فایز، عبدالصیر، توضیحی بر قانون مدنی افغانستان، ص ۱۱۵، انتشارت سعید، چاپ اول، ۱۳۸۸، کابل.

2. سرخسی، ابی بکر محمد، المبسوط، ج چهارم، ص ۲۳۷.

3. مرغینانی، هدایه حامل المتین بدایة شرح فارسی، کتاب النکاح، ص ۲۰، ج دوم، انتشارات مکتبه رشیدی، پشاور.

4. سابق، محمد سید، ترجمه: فقه السنه، ج سوم، صص ۱۰۸۸ - ۱۰۸۹.

5. مرغینانی، هدایه، حامل المتین بدایة شرح فارسی، کتاب النکاح، ج دوم، ص ۲۰.



مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات ازدواج در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

#### الف: اشتراکات

قانون مدنی و فقه اسلامی در موارد ذیل توافق دارند:

۱- قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی در خصوص به ازدواج دادن صغیره هم نظراند، که جز ولی کسی دیگر حق به ازدواج دادن دختر خورده سال را ندارد.

۲- قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی بالغ بودن را مبنای ازدواج قرار داده اند.

#### ب: افتراقات

قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به موارد آتی اختلاف دارند:

۱- قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی با وجودی که در مورد اهلیت ازدواج هم نظراند، ولی در مورد سن آن اختلاف نظر دارند. قانون مدنی سن مشخص را برای اهلیت ازدواج دختران (۱۶) سال و برای پسران (۱۸) سال مد نظر گرفته است، ولی فقه اسلامی مبنای اهلیت ازدواج را بلوغ قرار داده است.

۲- قانون مدنی در خصوص صلاحیت صغیره بعد از رسیدن به سن بلوغ سخن نگفته است، اما فقه اسلامی بعد از رسیدن صغیره به سن بلوغ حق فسخ ازدواج را برای او داده است.

۳- قانون مدنی به نکاح ندادن یتیم را بطور ضمنی بیان نموده است، اما فقه اسلامی آن را بطور صریح بیان نموده که نکاح دادن یتیم جواز ندارد مگر به اجازه خود یتیم.

---

<sup>1</sup>. شرح الکبیر، در دیر مالکی، ج چهارم، ص ۷۰۶.

## مبحث پنجم: حقوق تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست

درآمد

این مبحث در سه مطلب اختصاص یافته است. مطلب اول حق تکافل اطفال بی سرپرست از منظر قانون مدنی و مطلب دوم موضوع مذکور را در آینه فقه اسلامی بررسی نموده و مطلب سوم با نگاه تطبیقی به اشتراکات و افتراقات حق اطفال بی سرپرست پرداخته است.

### مطلب اول: حق تکافل اطفال بی سرپرست از منظر قانون سرپرستی اطفال

با توجه به ممنوع بودن فرزند خواندگی در نظام حقوقی افغانستان، قانون سرپرستی اطفال منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۳۰ در تاریخ ۱۳۹۳/۱/۲۳ در افغانستان نافذ گردیده است. اهداف این قانون قرار ذیل است:

- ۱- حمایت و کمک به اطفال یتیم بی سرپرست و تامین منافع مادی و معنوی آن ها.
- ۲- فراهم نمودن زمینه رشد، تربیت سالم، تعلیم و آموزش اطفال یتیم و بی سرپرست.
- ۳- تأمین معیشت، صحت و سلامت جسمی و روحی اطفال یتیم و بی سرپرست.
- ۴- تعیین سرپرست برای اطفال یتیم و بی سرپرست.<sup>۱</sup>

بنابراین قانون فراهم آمده می توان اذعان کرد، اطفال بی سرپرست از یکطرف بلحاظ مادی مورد توجه قانونگذار قرار می گیرد و از طرف دیگر از محرومیت عاطفی و بی خانوادگی نجات پیدا می کنند.

### الف: مفهوم اطفال بی سرپرست

قانون سرپرستی اطفال، اطفال بی سرپرست را چنین تعریف نموده است: «طفلی است که یکی از والدین وی فوت یا غایب و یا هم ولی وی طبق حکم محکمه با صلاحیت فاقد شرایط حضانت اعلام شده باشد».<sup>۲</sup>

به عبارت عام تر: اطفال بی سرپرست به اطفال اطلاق می شود که به دلایل متعدد از نگهداری و حمایت خانواده محروم بوده اند و امکان زندگی در محیط خانواده را ندارند. خانواده های که بطور موقت یا دائم سرپرستی خود را از دست داده اند و از حمایت های مالی و خدماتی و توانایی امرار معاش و گذران زندگی به دلیل وجود مشکلات اقتصادی اجتماعی محروم اند. این کودکان در مراکز شبانه روزی خوابگاه پرورشگاه مهد کودک و شیرخوارگاه ها نگهداری می شوند.<sup>۳</sup>

۱. عبدالله، نظام الدین، شرح قانون مدنی افغانستان- حقوق اطفال، ص ۱۲۹، انتشارات سعید، چاپ پنجم ۱۳۹۷، کابل.

۲. ماده (۳) فقره (۳) قانون سرپرستی اطفال،

3. www. SID.ir.

## ب: درخواست سرپرستی (زوجین و اطفال تحت سرپرستی)

- ۱- شرایط درخواست زوجین داوطلب برای سرپرستی اطفال دولت جهت اعتماد سازی بهتر برای زوجینی که درخواست سرپرستی اطفال را دارند، شرایطی آتی را در نظر گرفته است:
  - ۱- مسلمان باشند.
  - ۲- سن «۳۰» سالگی را تکمیل نموده باشند.
  - ۳- از توانایی مالی برخوردار باشند.
  - ۴- به جرایم اخلاقی و ضد حقوق بشری محکوم نگردیده باشند.
  - ۵- از طرف محکمه از سرپرستی و نگهداری طفل ممنوع نگردیده باشند.
  - ۶- از طرف محکمه به حجر محکوم نگردیده باشند.
  - ۷- به امراض ساری و روانی مصاب نباشند.
  - ۸- معلول نباشند، مگر اینکه معلولیت آن ها مانع سرپرستی طفل نگردد.
  - ۹- به مواد مخدر و الکول معتاد نباشند.
  - ۱۰- به فساد اخلاقی مشهور نباشند.
  - ۱۱- کسب اجازه ولی یا وصی طفل (در صورت موجودیت).
  - ۲- شرایط اطفال تحت سرپرستی.<sup>۱</sup>

- قانون سرپرستی اطفال، شرایط اطفال تحت سرپرستی را مشروط به شروط ذیل نموده است:
- «هرگاه طفل تحت شرایط ذیل قرار گرفت مورد سرپرستی و توجه دولت قرار می گیرد:
- ۱- به سن رشد نرسیده باشد.
  - ۲- ولی و وصی شرعی نداشته یا ولی و وصی وی فاقد توان سرپرستی بوده و یا به حکم محکمه فاقد صلاحیت اعلام شده باشند.
  - ۳- محارم شرعی طفل دختر علاوه بر حالت مندرج جزء (۲) این فقره، از قبول سرپرستی وی اباء و رزد.
  - ۴- طفلی که والدین وی در حبس و یا توقیف قرار دارند»<sup>۲</sup>.

## ج: اجراءات محکمه ذیصلاح

قانون سرپرستی اطفال حدود اجراءات محکمه ذیصلاح را در خصوص درخواست سرپرستی طفل حکم نموده است: «محکمه ذیصلاح بعد از دریافت درخواست سرپرستی طفل مکلف است شرایط

۱. ماده ۵، فقره سوم، قانون سرپرستی اطفال.

۲. ماده ۶، فقره اول، قانون سرپرستی اطفال.

درخواست کننده سرپرستی طفل را طبق حکم مندرج ماده پنجم و وضعیت طفل را مطابق حکم مندرج ماده ششم (ق.س.ا) تشخیص و تثبیت نموده و درمورد تصمیم اتخاذ نماید»<sup>1</sup>.  
با توجه به ماده مزبور قانونگذار صلاحیت ها و مکلفیت های ذیل را به محکمه ذیصلاح اعطاء نموده است:

#### اول - مصلحت و منفعت طفل

«محکمه درحالت منفعت و مصلحت طفل را مقدم شمرده می تواند علاوه برشرایط مندرج در قانون، سرپرست را ملزم به رعایت شرایط دیگری نیز نماید، فقره(دوم) محکمه مکلف است شکایات اقارب طفل را استماع نموده و درزمینه ازسرپرست توضیحات مطالبه و مطابق مصالح طفل، تصمیم مقتضی اتخاذ می نماید»<sup>2</sup>.

#### دوم - اخذ تعهد ازسرپرست

«درخواست کننده سرپرستی طفل، مکلف است موارد ذیل را تعهد نماید:

۱- عدم سوء استفاده یا بهره کشی ازطفل.

۲- رعایت احکام شریعت، آداب و اخلاق اسلامی و قوانین درخصوص طفل تحت سرپرستی.

۳- تعهد مبنی بروارسی و مواظبت ازطفل درحدود احکام این قانون.

۴- ارائه گزارش سالانه عندالضرورت ازوضعیت طفل به محکمه.

فقره (دوم) سرپرست تعهد می کند که درهیچ صورت درامسرپرستی طفل اهمال و غفلت نکرده بدون استیذان محکمه ازایفای تعهدات خود صرف نظر نمی نماید»<sup>3</sup>.

#### سوم- سرپرستی آزمایشی

«محکمه می تواند درصورت لزوم قرارمبنی برسرپرستی طفل را برای یک دوره آزمایشی،

الی مدت شش ماه صادرنماید»<sup>4</sup>.

#### چهارم- مرحله رشد

«محکمه می تواند بعد از اخذ معلومات و گزارش سرپرست درپایان بررسی های لازم دوره

آزمایشی را تمدید ویا قرار سرپرستی را الی رسیدن طفل به مرحله رشد، صادرنماید. فقره (دوم)

1. ماده ۱۲، قانون سرپرستی اطفال.

2. ماده ۱۴، فقره اول و دوم، قانون سرپرستی اطفال.

3. ماده ۱۳، فقره اول و دوم، قانون سرپرستی اطفال.

4. ماده ۱۵، قانون سرپرستی اطفال.

محکمه مکلف است قرار سرپرستی در مورد طفل مجهول الهویه را به اداره ثبت احوال نفوس و بررسی امور خارجیان وزارت امور داخله به منظور ثبت ارسال نماید.<sup>1</sup>

#### د: انصراف و فسخ سرپرستی

##### اول- انصراف

قانون سرپرستی درخواست انصراف از سرپرستی طفل چنین حکم نموده است: «سرپرست و اولیای طفل تحت سرپرستی می توانند درخواست خویش را مبنی بر انصراف یا فسخ تعهد به محکمه با صلاحیت، ارائه نماید».<sup>2</sup>

##### دوم- فسخ

قانون سرپرستی اطفال در رابطه به فسخ سرپرستی طفل چنین بیان نموده است: «هرگاه سرپرست، تقاضای فسخ قرار سرپرستی طفل را نماید، محکمه با در نظر داشت مصلحت و منافع طفل و دلایل درخواست کننده، قرار سرپرستی طفل را فسخ می نماید؛ فقره (دوم) طفل می تواند در حالت صحت جسمی و روانی بعد از اكمال سن مندرج جزء (اول) ماده ششم این قانون، به دوام زندگی خود همراه با سرپرست یا پایان دادن به آن، در حضور محکمه توافق نماید؛

فقره (سوم) در صورت فسخ قرار سرپرستی موضوع به اطلاع اقارب طفل رسانیده شده محکمه راجع به سرنوشت آینده طفل تصمیم لازم اتخاذ می نماید».<sup>3</sup>

##### سوم- فقدان شرایط وفوت سرپرست

قانون سرپرستی اطفال در خصوص به فقدان شرایط وفوت سرپرست چنین بیان کرده است: «هرگاه سرپرست یکی از شرایط مندرج ماده پنجم این قانون را از دست بدهد یا فوت نماید، محکمه قرار سرپرستی را فسخ و طفل را به پرورش گاه دولتی یا مؤسسه خیریه ثبت شده تسلیم می نماید؛ فقره (دوم) هرگاه رابطه زوجیت سرپرست منحل گردد، محکمه با نظر داشت اصل تقدم منفعت و مصلحت طفل می تواند، طفل را به یکی از آنان یا سرپرست دیگری که واجد شرایط باشد یا به پرورش گاه و یا مؤسسه خیریه ثبت شده تسلیم نماید».<sup>4</sup>

##### چهارم- لغو سرپرستی

ماده (۲۱) قانون سرپرستی اطفال، لغو سرپرستی را مشروط به شروط آتی بیان کرده است: «محکمه می تواند قرار سرپرستی طفل را که مطابق احکام مندرج این قانون صادر گردیده است در موارد ذیل لغو سرپرست را طبق احکام قانون مجازات نماید:

1. ماده ۱۶، فقره اول و دوم، قانون سرپرستی اطفال.

2. ماده (۱۸)

3. ماده (۱۹) در فقره اول، دوم، سوم،

4. ماده (۲۰) فقره (اول) قانون سرپرستی اطفال.

- ۱- در صورت بد رفتاری، لت و کوب، تعذیب جسمی یا تهدید؛
- ۲- در صورت عدم رعایت احکام مندرج ماده هفتم این قانون؛
- ۳- در صورت سوء استفاده از طفل یا معتاد نمودن وی به مواد مخدر و الکول؛
- ۴- در صورت اجبار طفل به عمل گدایی یا کارشاقه و یا بهره کشی جنسی و تهیه فیلم و تصاویر منافع اخلاق (پورنوگرافی) و امثال آن؛
- ۵- در صورت تشویق طفل به همکاری در باندها یا فعالیت های جنایت کارانه، قاچاق انسان، مواد مخدر، یا گروه های تروریستی و تشویق به فحشاء و سایر اعمال غیر قانونی».

#### ه: حقوق و وجایب میان طفل و سرپرست

طبق قانون سرپرستی اطفال میان طفل و سرپرست آثار ذیل ایجاد می گردد:

- اول - «حقوق و وجایب متقابل سرپرست و طفل از لحاظ نگهداری آداب معاشرت، احترام و شفقت، شبیه حقوق وجایب دینی و قانونی بین والدین و اولاد است».<sup>1</sup>
- دوم - «سرپرست، مطابق احکام قانون سرپرستی اطفال مسوولیت ولی و وصی را دارد و در مسائل مدنی از مصالح طفل تحت سرپرستی خویش باید حمایت و از ضرر رساندن به وی اجتناب و دفاع کند».<sup>2</sup>
- سوم - «سرپرستی طفل داوطلبانه و تبرعی (مجانی) است. لذا، س پرست نمی تواند مصارف دوره سرپرستی طفل را مطالبه نماید».<sup>3</sup>
- چهارم - «سرپرست نمی تواند طفل را مورد لت و کوب یا تعذیب جسمی یا روانی قرار دهد و یا به کارهای غیر مجازی یا شاقه بگمارد. همچنین، فقره (چهارم) سرپرست مکلف است زمینه تعلیم و تحصیل یا آموزش های فنی و حرفوی را برای طفل فراهم نماید».<sup>4</sup>
- پنجم - سرپرست طفل می تواند دارائی منقول یا غیر منقول خود را مطابق احکام قانون به طفل تحت سرپرستی خود اهدا یا هبه نماید. ماده (۷) در فقره (پنجم) پرسش این است که آیا سرپرستی موجب توارث میان سرپرست و طفل می شود؟ در پاسخ به این پرسش ماده (۴)، فقره (اول) حکم می نماید: «سرپرستی، حق ارث، نسب و محرمیت شرعی را به بار نمی آورد؛
- فقره (دوم) «هرگاه طفل در دوره شیرخوارگی تحت سرپرستی قرار گرفته و یکی از اعضای خانواده سرپرست به او شیر بدهد» در مورد وی حکم ماده (۲۳۵ ق. م. ا.) چنین حکم می نماید: «زنی که طفلی را قبل از تکمیل مدت دوسال از تولد وی شیر بدهد مادر رضایی طفل و شخصیکه به

1. ماده (۷) فقره، اول، قانون سرپرستی اطفال.

2. ماده (۷) فقره، دوم، قانون سرپرستی اطفال.

3. ماده (۲۲)، قانون سرپرستی اطفال.

4. ماده (۷) فقره سوم، قانون سرپرستی اطفال.

سبب مقاربت اوشیربه وجود آمده باشد، پدررضاعی وی محسوب شده و احکام مندرج ماده (۸۲) این قانون (مدنی) بر آن تطبیق می گردد».<sup>۱</sup>

ششم - «سرپرست نمی تواند در مورد عقد نکاح طفل تحت سرپرستی خود قبل از رسیدن وی به سن قانونی ازدواج و رضایت کامل او، تصمیم اتخاذ نماید».<sup>۲</sup>

هفتم- «سرپرست نمی تواند طفل را به خارج از کشور با خود ببرد، مگر اینکه اجازه محکمه با صلاحیت را در مورد کسب نموده باشد.

فقره (دوم) محکمه مکلف است حین صدور اجازه مصلحت طفل را در نظر می گیرد.

فقره (سوم) در صورت اجازه مبنی بر خروج طفل از کشور، سرپرست مکلف است، گزارش خود را در مورد اوضاع و احوال طفل در سال یکبار به نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان ارائه نماید.

فقره (چهارم) نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان مکلف است، در صورتی که مصالح طفل به خطر مواجه باشد، موضوع را از طریق وزارت امور خارجه به محکمه مربوطه ارائه نماید».<sup>۳</sup>

هشتم - قانون سرپرستی اطفال در مورد اشخاصی قبل از انفاذ (ق.س.ا) به سرپرستی گرفته شده اند حکم می نماید: «اشخاصی که قبل از انفاذ این قانون، اطفالی را تحت سرپرستی گرفته اند و واجد شرایط مندرج ماده پنجم این قانون باشند، مکلف اند که در خلال مدت یکسال بعد از انفاذ این قانون درخواست سرپرستی خویش را به محکمه مربوطه ارائه نمایند».<sup>۴</sup>

#### و: رهنمود و تعدیل و زیادت در تکافل اجتماعی بی سرپرستان

به اساس فتوای شرعی دارالافتاء ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان و تأیید سیمینار عالی رؤسای محاکم منعقدۀ ۱۲-۱۷ عقرب سال ۱۳۸۶ ریاست عمومی افتاء احتساب ضمیمه مکتوب نمیر (۹۱۶) مؤرخه ۱۳۸۶/۶/۲۵ ریاست عمومی تدقیق و مطالعات دوماوضوع ذیل را استنباط می نماید:

#### ۱- جواز تکافل اجتماعی بی سرپرستان

علماء ریاست افتاء در روشنایی احکام شرعی موضوع را قرار ذیل توضیح می دهد:

مسأله تینی (پسرخواندگی) در زمان جاهلیت در میان مردم یک امر معمول بود و بعداً دین مقدس اسلام حرمت قرابت، میراث و ثبوت نسب شخص را به غیر فامیل و پدرش ممنوع و حرام گردانید، ولی تکافل اجتماعی را که از ضروریات اجتماعی انسان است قبول دارد. و عبارت ذیل را به منظور توضیح بیشتر این مسأله تقدیم می داریم:

۱. ماده (۴) فقره، اول، دوم، قانون سرپرستی اطفال.

۲. ماده (۸) قانون سرپرستی اطفال.

۳. ماده (۱۷) فقره اول، دوم، سوم و چهارم، قانون سرپرستی اطفال.

۴. ماده (۲۴) قانون سرپرستی اطفال.

«عن سهل بن سعد قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما)»<sup>1</sup>.

ترجمه: سهل بن سعد روایت می کند که حضرت رسول اکرم (ﷺ) فرموده است: «من و سرپرست یتیم در بهشت مثل این هستیم و دوانگشت سبابه و وسطی خود را در حالی که در بین آن ها فاصله انداخته بود نشان داد».

## ۲- وثیقه تکفل اجتماعی بی سرپرستان

مقام شورای عالی مصوبه (۵۱۰) ۱۳۸۷/۸/۸ در زمینه هدایت ذیل را صادر فرمود:

«از آنجا که سرپرستی جان و مال طفل یافت شده از صلاحیت قاضی بوده در امور محافظت، تعلیم و تربیه و تزویج وی و تصرف در مال نیز قاضی ولایت داشته و ذیصلاح می باشد، بالأثر کسی که طفل را یافته صلاحیت تزویج و تصرف در مال وی را ندارد و با رعایت احکام اسلامی کسی که سرپرستی طفل را می نماید، باید امین و نیک سرشت باشد، تا سبب اصلاح جسمی، عقلی و اخلاقی طفل گردد. بنابراین، قاضی حق نظارت بر کسی که سرپرستی طفل را می نماید نیز دارد و اگر وی را غیر صالح تشخیص دهد، قاضی می تواند طفل را تحت سرپرستی شخص دیگری و یا اداره رسمی مربوط قرار دهد. چنانچه غیرمسلمان سرپرست طفل مسلمان شده نمی تواند بالأثر فقره (سیزدهم) رهنمود توضیحی در مورد تکافل اجتماعی بی سرپرستان به متن ذیل تصویب گردید:

الف: تکفل شخص بی سرپرست از طرف اقارب اصولی درجه اول تا درجه سوم صورت می گیرد.

ب: تکفل شخص مجهول الهویه و فاقد هویت به عهده دولت است.

ج: محکمه مربوط با رعایت حکم ماده (۷۸) قانون مدنی می تواند سرپرستی شخص مجهول الهویه و فاقد هویت را به اشخاص واجد اهلیت و شرایط قانونی واگذار نماید.

د: شخص مسوول تعهد می نماید که تمام احکام شریعت و قوانین دولت به خصوص احکام و قواعد مندرج این رهنمود را در خصوص طفل بی سرپرست و فاقد هویت یا مجهول النسب جدا رعایت نموده و در مواقع معینه به حکم مربوط از وضع طفل گزارش دهد».

همچنین، فقره (چهاردهم) در رهنمود مذکور به متن ذیل ایزاد گردد: «هرگاه ولی و یا قریب طفل توان و قدرت سرپرستی طفل را نداشته باشد می تواند طفل را توسط وثیقه علیحده از طریق محکمه به منظور سرپرستی برای شخص مناسب و واجد شرایط سرپرستی بسپارد». در تمام حالات محکمه

1. صحیح بخاری، ج دهم، ص ۹. و ترمذی، ۱۹۱۹.



از سرپرستی طفل مراقبت و نظارت نماید و اگر طفل از طریق محکمه جهت سرپرستی برای شخصی که در خارج افغانستان اقامت دارد سپرده شده باشد، سفارت افغانی را از طریق وزارت امور خارجه به منظور مراقبت و نظارت طفل تحت سرپرستی در جریان قرار دهد. مصوبه جهت توحید به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار گردد». مراتب مصوبه مقام به این وسیله متحدالماً به محاکم محترم استیناف اخبار شد که البته متن آن را به محاکم مربوط خویش تأمین تا مطابق به آن اجراءات مقتضی قانونی به عمل آورده و ریاست دارالانشاء شورای عالی را در جریان قرار دهند.<sup>1</sup>

### **مطلب دوم: حق تکافل اطفال بی سرپرست از منظر فقه اسلامی**

با توجه به بررسی های صورت گرفته در زمینه ای اطفال بی سرپرست به اطفال یتیم، لقیط و پسر خوانده گفته شده است. بناء در این مطلب به تعاریف و حقوق یتیم، حقوق لقیط و پسر خواندگی در دوره جاهلیت و اسلام پرداخته شده است.

#### **الف: حقوق یتیم**

۱- تعریف یتیم

۱-۱- در لغت

یتیم در لغت فقدان پدر را گویند.<sup>2</sup>

یتیم به کودک پدر مرده، کودکی که پدرش مرده باشد، ایتم جمع، و نیز به معنی مفرد و یکتا

از هر چیز.<sup>3</sup>

۲-۱- در اصطلاح

یتیم نزد عرب ها به کسی گفته می شود که پدر نداشته باشد تا اینکه به سن بلوغ برسد، هرگاه که

به سن بلوغ رسید از این اسم خارج گردیده و در جمله مردان محسوب می گردد.<sup>4</sup>

۲- حق یتیم

۱-۲- حق کفالت

---

1. نظام الدین، عبدالله، حقوق اطفال، صص ۱۳۷-۱۳۸، به نقل از: محمد عثمان ژوبل، مجموعه متحدالمال ها، مصوبات و رهنمودهای ستر محکمه، ج. ۱، ۱۳۸۹-۱۳۸۵، صص ۲۹۶-۵۹۹.

2. فیروز، آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، ناشر: دارالکتب العلمیه، حرف الیاء، باب الیاء، بیروت.

3. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج سوم، ص ۲۵۲۶.

4. ابن عربی، ابوبکر محمد بن عبدالله، احکام القرآن (محقق: جابوی، علی محمد)، ج اول، ص ۳۰۸، ناشر: دار الجیل، سال نشر: ۱۴۰۸، بیروت.

هرگاه طفلی پدرش را از دست داد، وی بدون مقدمه در حضانت مادر خود داخل می شود، و نفقه اش از مال خودش که از پدرش به میراث مانده است می باشد، اما هرگاه خودش صاحب مال نباشد، آنگاه نفقه اش بر حسب ترتیب میراث، بردوش اقارب اش می باشد، اما هرگاه والدین خود را از دست داد، آنگاه اقارب وی بر حسب ترتیب میراث، در محل والدین وی قرار گرفته و کفالت وی را بدوش می گیرند. این کفالت حق شرعی یتیم می باشد، اما هرگاه کسی از اقارب وی وجود نداشته باشد، آنگاه کفالت وی بردوش دولت می باشد.<sup>1</sup>

کفیل یتیم هرکس که باشد، شرعاً مکلف است که به رعایت، صیانت و حمایت حقوق یتیم قیام نموده بر اموال وی تعدی نکند، و با تمام ابزار و وسایل ممکن، با وی احسان و نیکویی نماید، طوریکه رسول الله (ﷺ) در پیوند به کفالت یتیم می فرماید: **(أنا وكافل الیتیم كهاتین یشیرباصبعه)**<sup>2</sup>

ترجمه: «من و کفیل یتیم مانند این دوانگشت (دربهشت) با هم نزدیک هستیم، به دوتا از انگشت های خود اشاره می کردند». شریعت آزار و اذیت و عدم اهتمام به یتیم را با شدت تحریم و ممنوع قرارداده است، تا به این حد که نکول از رعایت و عدم قیام به اطعام یتیم را از نوع تکذیب به دین محسوب نموده است طوریکه الله متعال این موضوع را با صراحت در سوره ای ماعون ذکر نموده است. **(أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَدِّبُ بِالْأَيْدِينَ (1) فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتِيمَ (2) وَلَا يَحِضُّ عَلَىٰ طَعَامِ الْمِسْكِينِ)**.<sup>3</sup>

ترجمه: «کسانی که به دین و آیین، و سزا و جزا در پیشگاه خدا ایمان ندارد، می فهمی که چگونه کسانند؟ (۱) آنان کسانی اند که یتیم را سخت از پیش خود می رانند (۲) و دیگران را به سرکردن و به خوراک دادن مستمندان تشویق و ترغیب نمی نمایند». همچنان رسول الله (ﷺ) فرمودند: **(خیربیت فی المسلمین بیت فیہ یتیم یحسن الیه، و شر بیت فی المسلمین بیت فیہ یتیم یساء الیه)**.<sup>4</sup>

ترجمه: «بهترین خانه ای مسلمان ها عبارات از خانه ای است که در آن یتیمی زندگی می کند و با وی برخورد نیکو و معامله ای احسن صورت می گیرد و بدترین خانه ای مسلمان ها همان خانه ای است که در آن یتیمی زندگی می کند و با پی برخورد زشت و معامله ای بد صورت می گیرد».

۲-۲- حق حفظ مال

1. زیدان، المفضل فی أحكام المرأة والیتیم المسلم فی الشریعة الاسلامیه، ج دهم، ص ۱۰۴.
2. صحیح بخاری، کتاب الأدب، باب من یعول یتیمًا، شماره حدیث ۶۰۰۵.
3. ماعون / ۱-۳.
4. بخاری، کتاب الادب المفرد، باب خیربیت فیہ یتیم یحسن الیه، شماره حدیث ۱۳۷ و ابن ماجه، ج دوم، ص ۱۲۱۳.

حق حفظ مال و رد آن به یتیم در هنگام رسیدن به بلوغ ولی یتیم شرعاً مکلف است که مال یتیم را بصورت احسن وبدون خیانت اداره نماید ودرحفظ ونگهداری ونموی آن ازهیچ گونه تلاش دریغ نوزد، طوریکه الله متعال می فرماید: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُا).<sup>1</sup>  
ترجمه: «وبه مال یتیم نزدیک نشوید، مگر به نیکوترین وجه (که برای اصلاح باشد)، تا به سن رشد خود (بلوغ) برسد».

قرآنکریم اعتدا به اموال یتیم را باسخرترین الفاظ وکلمات، تحریم نموده ومردم را ازارتکاب خیانت به مال یتیم به شدت برحذرداشته به مرتکب آن، سخت مجازات را درنظرگرفته است، طوریکه الله متعال می فرماید: (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا).<sup>2</sup>

ترجمه: «بی گمان کسانیکه اموال یتیمان را به ستم می خورند، جزاین نیست که آتش را درشکم خود فرومی برند ومی خورند، وبه زودی به آتشی برافروخته درآیند». قرآنکریم ولی یتیم را مأمورمی سازد که هرگاه یتیم به سن بلوغ ورشد رسید، مکلف است که مال وی را بدون کم وکاستی به خود وی مسترد بسازد تا تصرف کامل نماید. طوریکه الله متعال می فرماید: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا).<sup>3</sup>  
ترجمه: «یتیمان را بی آزمایش تا وقتیکه به (سن) ازدواج (وبلوغت) رسد، بس اگردرایشان رشد (کافی) یافتید، اموال شان را به آنان بدهید، وآن را (ازبیم) آنکه بزرگ شوند، به اصراف وشتاب نخورید».

### ۳-۲- حق یتیم در مال غنیمت

قرآنکریم در مال غنیمت وفی برای یتیم ها حق وسهم مشخص را تعیین کرده است. طوریکه الله متعال می فرماید: (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ)<sup>4</sup>

ترجمه: «وبدانید که هرگونه غنیمتی بدست آوردید، یک پنجمش برای خدا، وبرای پیامبر، وبرای خویشان، ویتیمان ومسکینان ودرماندگان است».

1. انعام / ۱۵۲.

2. نساء / ۱۰.

3. نساء / ۶.

4. انفال / 41.

در آیت فوق الله تبارک تعالی از جایگاه طفل حمایت کرده و همچنین با شریک کردن طفل در مال غنیمت وفیء انسان را در راستای سرپرستی و توجه داشتن به یتیم تشویق و ترغیب نموده است.

### ب: تعریف لقیط

#### ۱- در لغت

به بچه گویند که از سر راه بردارند، آنچه که از زمین برچینند یا بردارند، بچه که کنار بگذارند و دیگری او را بردارد، بچه سر راهی.<sup>1</sup>

#### ۲- در اصطلاح

لقیط عبارت از طفل و کودک غیر بالغی که در خیابان یافته می شود یا کسی که راه گم کرده و نسب او شناخته نشود، نیست.<sup>2</sup>

#### ۳- حکم لقیط

حکم لقیط آن است که برداشتن و نگهداری آن فرض کفایی است، یعنی اگر یکی از آن نگهداری کرد، گناه آن از گردن همه مردم آن ناحیه میفتد والا همه مردم آن ناحیه مسوول آن هستند. همان گونه که نگهداری از هر چیزی که گم شده و ضایع باشد و سرپرستی نداشته باشد، فرض است زیرا رها کردن و به حال خود گذاشتن آن، موجب تباهی و ضایع شدن آن می گردد و مادام که لقیط در کشور و قلمرو اسلام یافته گردد، به مسلمان بودن وی حکم می شود.<sup>3</sup>

#### ۴- حضانت لقیط

کسی که لقیط را می یابد اگر آزاد یا و عادل و امین و رشید و عاقل باشد او برای سرپرستی از وی شایسته تر و بر اوست که به تعلیم و پرورش او بپردازد و تعلیم و تربیت او واجب است، سعید ابن منصور در سنن خود روایت کرده است که سنین ابن جمیله گفت: من لقیطه (کودکی) یافتم و او را پیش عمر ابن خطاب بردم و معرف من به عمر خطاب گفت: ای امیر مومنان سنین مرد درست کاری است. عمر گفت آیا چنین است؟ گفت: بله لذا عمر گفت پس او را با خود ببر او آزاد است نه بنده و توسط سرپرستی و ولایت بر او را به عهده داری و هزینه زندگی اش به عهده ما است. در روایتی آمده است هزینه شیر دادن به وی به عهده ما است.

1. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج سوم، ص ۲۱۱۵.

2. سابق، سید محمد، ترجمه: فقه السنه، ج سوم، ص ۱۹۰۳.

3. سابق، سید محمد، ترجمه: فقه السنه، ج سوم، ص ۱۹۰۳.

اگر چنین لقیطی در دست شخص فاسد بود از او گرفته می شود و باید حاکم کار تربیت و پرورش او را به عهده بگیرد.<sup>1</sup>

#### ۵- نفقه لقیط

اگر همراه لقیط مالی باشد و با وی یافته شود از آن بر وی هزینه می شود و اگر با وی مالی یافته نشود هزینه او از بیت المال می باشد، چون بیت المال برای هوایج و نیازهای مسلمین است اگر از بیت المال میسر نباشد، هر کسی که از حال او اطلاع داشته باشد واجب است که نفقه و هزینه او را بدهد، چون این عمل نجات ورهایی او از هلاکت و تباهی است و او این هزینه را از بیت المال مطالبه نخواهد کرد، مگر اینکه قاضی بر آن حکم کند، که او نفقه اش را بدهد که در این صورت حق دارد آن را مطالبه کند و اگر حاکم بدان اجازه نداده باشد، این هزینه و نفقه او تبرع و خیریه به حساب می آید.<sup>2</sup>

#### ۶- میراث لقیط

هرگاه لقیط مُرد و وارث و ماترک از خود گذاشت و وارث نداشت، ارث و ماترک او از آن بیت المال است و اگر کشته شود خون بهای او از آن بیت المال است. کسی که لقیط را پیدا کرده وارث او نیست پس ارث از آن او نیست.

#### ۷- ادعی نسب لقیط

هرکس لقیط را به خود نسبت دهد، خواه مرد باشد یا زن، لقیط به وی ملحق می شود مشروط بر اینکه پیدا شدن لقیط از او ممکن باشد، چون این عمل به سود و مصلحت لقیط است بدون اینکه به کسی ضرری برساند، در این صورت نسب وارث او برای مدعی ثابت می شود. اگر بیش از یک نفر ادعای نسب وی به خود کنند، او از آن کسی است که بر ادعای خویش گواه داشته باشد و اقامه بینه کند و اگر هیچکدام گواه و بینه نداشته باشد یا همه آنان گواه و بینه نداشته باشند، لقیط را بر قیافه شناسان عرضه می کنند که نسبت را بوسیله مشابَهت تشخیص می دهند، هرگاه قیافه شناسی بدان حکم کرد و او مرد مکلف و عادل و با تجربه در قیافه شناسی بود حکم او قبول است.<sup>3</sup>

از حضرت عایشه روایت شده است که یک بار پیامبر (ﷺ) پیش من آمد در حالیکه سرور و خوشحالی از خطوط چهره اش می درخشید و گفت: (ألم تری أن مجزرا المدلجی نظرأنا إلی زید وأسامة وقد غطیا رؤوسهما أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض).<sup>4</sup>

1. سابق، سید محمد، ترجمه: فقه السنه، ج سوم، ص ۱۹۰۴.

2. سابق، سید محمد، ترجمه: فقه السنه، ج سوم، ص ۱۹۰۴.

3. سابق، سید محمد، ترجمه فقه السنه، ص ۱۹۰۵.

4. بخاری، صحیح بخاری، ج هشتم، باب القائف، ص ۱۵۷، شماره حدیث: ۶۷۵۱.

ترجمه: «مگر نمی بینی که مجزومدلجی اکنون به زید و أسامه نگریست درحالیکه روی و سرخود را پوشانده بودند و تنها پاهای شان پیدا بود و گفت: بعضی از این پاها با بعضی نسبت دارند و از همدیگرند».

اگر قیافه شناسی ممکن نشد، مدعیان بین خود قرعه کشی می کنند و قرعه بنام هر کس در آمد، لقیط از آن اوست. احناف گویند: درباره نسب لقیط به قیافه شناسی و قرعه عمل نمی گردد، هرگاه جماعتی در ادعای انتساب کودکی بخود باهم مساوی باشند و مشترک بین آنان باشد، اوازه همه چون یک فرزند کامل ارث می برد و همه آنان با هم از اوارث یک پدر می گیرند. چون پدری بیش نیست.<sup>1</sup>

### ج: پسرخواندگی

#### ۱- دوره جاهلیت

پسرخواندگی یک عرف قبول شده اعراب دوران جاهلیت بود. پسرخوانده از تمام مزایای یک پسر اصلی برخوردار بود. یکی از نمونه های پسرخواندگی اعراب را می توان در داستان پسرخواندگی زید بن حارث دید. حضرت رسول (ﷺ) قبل از بعثت زید بن حارثه را به عنوان پسر خوانده خود قبول کرد. زید بن حارثه یک جوان عرب بود که در سن کودکی در یکی از غارها و چپاول گری های اسیر شد و حکم ابن حزم او را برای عمه اش خدیجه خریداری نمود و خدیجه (رض) بعد از ازدواج با پیامبر (ﷺ) او را به پیغمبر (ﷺ) بخشید، وقتی پدر و عموی زید اطلاع پیدا کردند که زید در خدمت پیامبر اکرم (ﷺ) است آمدند و از پیامبر (ﷺ) خواستند که ذیل را به ایشان برگرداند، پیامبر (ﷺ) زید را مختار ساخت که آزاد است به نزد پدر و فامیلش برگردد یا نزد او بماند، زید بدون هیچ تردیدی مانند پیش پیامبر (ﷺ) را بر بازگشت به سوی پدر و اقوام خود ترجیح داد. سپس پیغمبر (ﷺ) او را آزاد کرد و او را به عنوان پسرخوانده خود قبول نمود. و مردم را به این امر آگاه ساخت و از آن تاریخ به بعد به زید پسر محمد معروف گردید و اولین عبد آزاد شده بود که به پیغمبر (ﷺ) ایمان آورد.<sup>2</sup>

#### ۲- حکم آن

1. سابق، سید محمد، ترجمه فقه السنه، ص ۱۹۰۵.

2. قرضاوی، یوسف، حلال و حرام، ص ۲۷۶، مترجم: ابوبکر حسن زاده، نشر احسان، چاپ دهم، ۱۳۹۴، تهران

پسرخواندگی در اسلام حرام است وقتی اسلام اجازه ندهد که پدر بدون دلیل قاطع نسبت فرزندى را که در محیط خانوادگی او به دنیا آمده است انکار نماید، مسلماً اجازه نمى دهد و حلال نمى داند که کسى فرزند کسى را به فرزندى بگیرد و او را پسرخواند.<sup>1</sup>

**مطلب سوم: نگاه تطبیقى به وجوه اشتراکات و افتراقات حق اطفال بی سرپرست در قانون سرپرستى اطفال افغانستان وفقه اسلامى**

بناء پژوهش حاضر بر این بود که حقوق اطفال در قانون مدنى وفقه اسلامى را بطور مقایسوى و تطبیقى مورد بررسی قرار مى داد، ولى چون قانون مدنى در مورد اطفال بی سرپرست سخن نگفته است. بنابراین؛ لازم دانسته شد تا از قانون سرپرستى اطفال در این مطلب کمک گرفته شود، که چنین کار صورت گرفت.

#### **الف: اشتراکات**

قانون سرپرستى اطفال با فقه اسلامى در موارد زیر با هم نظر مشترک دارند:

۱- قانون سرپرستى اطفال وفقه اسلامى در خصوص حمایت، نگهدارى، سرپرستى و رسیدگى به تأمین پرداخت هزینه های زندگى آن ها هم نظراند.

۲- از دید قانون سرپرستى اطفال وفقه اسلامى اطفال بی سرپرست یتیم، لقیط و پسرخوانده گفته مى شود. قانون سرپرستى اطفال وفقه اسلامى در رابطه به لقیط اختلاف لفظى دارند نه معنایى (تعبیر که قانون سرپرستى اطفال، از اطفال بی سرپرست دارد، اطفالی اند که بر علاوه اینکه پدر و مادرشان معلوم نیست اقارب و خویشاندان آن ها نیز معلوم نیست وفقه اسلامى نیز همین تعبیر را دارد).

#### **ب: افتراق**

قانون سرپرستى اطفال در خصوص اینکه اطفال بی سرپرست مى توانند تحت حمایت و کفالت یک خانواده قرار بگیرند، ولى در رابطه به اینکه از آن ها میراث برده نمى توانند سخن نگفته است، اما فقه اسلامى موضوع مزبور را روشن ساخته، طفل که تحت سرپرستى قرار دارد از هر نوع رسیدگى و حمایت برخوردار است، مگر ارث بردن.

---

1. قرضاوى، یوسف، حلال و حرام، ص ۲۷۴.

## جمع بندی فصل دوم

اطفال دارای حقوق مادی و معنوی است که در این فصل به حقوق معنوی آن پرداختیم که در نهایت بعد از بررسی موضوعات در قانون مدنی و فقه اسلامی به نتایج ذیل دست یافتیم:

۱- جنین یک موجود زنده و دارای کرامت است. قانون مدنی در مورد حق محافظت، میراث و داشتن وصی جهت نگهداری مال (جنین) با فقه اسلامی هم نظر است، اما فقه اسلامی علاوه بر حق رفته در فوق، دید وسیع تری دارد، که همانا برخورداری طفل از والدین صالح و صالحه و منفعت اندیشی جنین را بعد از تقسیمات میراث آن در نظر گرفته که چنین تقسیمات بنفع جنین است و یاخیر؟ که چنین نکته از دید قانونگذار مدنی مغفول مانده است.

۲- اثبات ثبوت نسب یک امر مسلم و پذیرفته شده در تمام جهان است. قانون مدنی اثبات نسب طفل را از طریق نکاح صحیح، فاسد و اقرار در نظر گرفته، اما فقه اسلامی بر علاوه طرق یاد شده اثبات نسب طفل را از طریق شهادت نیز پذیرفته است.

آنچه قابل یاد آوری است، این است که دنیا رو به پیشرفت و ترقی علمی است. مخصوصاً علم طب و تکنالوژی امروزه که با استفاده از علم و فناوری می تواند نسب جنین را با یک نمونه برداری از طریق آزمایش DNA نسب او را به پدرش و یا حتی نسب خویشاوندی او را نیز تشخیص دهد، که قانون مدنی و فقه اسلامی در زمینه هیچ توجهی نکرده اند. بنابراین می بایست قانونگذار مدنی افغانستان و فقهای معاصر اسلامی در زمینه گام های علمی و عملی را جهت سهولت بیشتر برای اثبات نسب بردارند.

۳- داشتن نام برای هر انسان لازم و ضروری است. قانون مدنی بطور کلی برای هر شخص داشتن نام را به رسمیت شناخته و حق انتخاب تخلص را نیز داده است و والدین را مکلف به نامگذاری و نام نیک نکرده است، اما فقه اسلامی بر علاوه داشتن نام، نام نیک را بردوش والدین تکلیف شرعی دانسته است.

نامگذاری طفل از دید قانونگذار مدنی رویکرد مادی دارد، ولی از دید فقه اسلامی علاوه بر نگاه مادی نگاه معنوی نیز دارد.

۴- ازدواج امر نیکو است. قانونگذار مدنی حق به ازدواج دادن اطفال صغیر و صغیره را به پدر صحیح التصرف داده است. زیرا پدر را مصلحت اندیش فرزند دانسته است، اما فقهای اسلامی با توجه به نیک سرانجامی در قبال به ازدواج دادن اطفال صغیر و صغیره، دیدگاه های مختلف دارند:

فقهای حنابله: حق چنین ازدواج را منوط به پدر، پدرکلان و وصی آن ها، مالکیه: به پدر و ولی او، و احناف پدر و غیر پدر را پذیرفته است. از دید این قلم دیدگاه احناف نسبت به قانون مدنی و فقهای مذکور در خصوص به ازدواج دادن اطفال صغیر و صغیره کاربردی تراست. قانون مدنی نسبت به



موضوع ازدواج یتیم سکوت نموده ولی فقهای اسلامی چنین ازدواج را مشروط به بلوغ او دانسته است.

۵- سرپرستی اطفال بی سرپرست یک عمل شرعی و اخلاقی است، که قانون مدنی از آن سخن نگفته است. موضوع مزبور توسط قانون سرپرستی اطفال بی سرپرست در نظر گرفته شده است. اطفال بی سرپرست توسط قانون سرپرستی اطفال بی سرپرست وفقه اسلامی مورد حمایت همه جانبه قرار گرفته است.

## فصل سوم

### حقوق مادی خانوادگی طفل در قانون مدنی افغانستان وفقه اسلامی

مبحث اول: حقوق مسکن

مبحث دوم: حقوق رضاع

مبحث سوم: حقوق حضانت

مبحث چهارم: حقوق نفقه

مبحث پنجم: حقوق ولایت

مبحث ششم: حقوق وصیت

مبحث هفتم: حقوق میراث

## فصل سوم

### حقوق مادی خانواده گی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

#### درآمد

این فصل در هفت مبحث سازماندهی شده است. مبحث اول حقوق مسکن، مبحث دوم حقوق رضاع، مبحث سوم حقوق حضانت، مبحث چهارم حقوق نفقه، مبحث پنجم حقوق ولایت، مبحث ششم حقوق اموال و مبحث هفتم حقوق میراث را به شکل تطبیقی بین قانون مدنی و فقه اسلامی، مورد بحث و واکاوی قرار داده است.

#### مبحث اول: حقوق مسکن

##### درآمد

این مبحث دارای سه مطلب است. مطلب اول حق مسکن طفل از منظر قانون مدنی، مطلب دوم از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم به وجوه اشتراکات و افتراقات حق مسکن در قانون مدنی و فقه اسلامی پرداخته است.

#### مطلب اول: حق مسکن از منظر قانون مدنی

##### الف: اقامتگاه اصلی

قانونگذار مدنی مسکن را چنین تعریف نموده است: «اقامتگاه جای است که شخص عادتاً در آن سکونت دارد، خواه این سکونت دایم یا مؤقت باشد».<sup>1</sup> همچنین نیز بیان می دارد: «شخص می تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد».<sup>2</sup>

بنابراین اقامتگاه طفل ناقص اهلیت با اقامتگاه ولی قانونی و یا اشخاص مستحق حضانت اومشابه است. این امر در مورد طفل ناقص اهلیت نیز صدق می نماید.

##### ب: اقامتگاه اختیاری

قانون مدنی حق انتخاب اقامتگاه اختیاری را برای اتباع افغانستان چنین بیان نموده است: «جایکه شخص در آن تجارت یا پیشه اختیاری نماید، از جهت اداره امور متعلق به آن اقامتگاه وی شناخته می شود».<sup>3</sup> همچنان «شخص می تواند برای اجرای یک عمل معین قانونی اقامتگاه اختیاری

1. ماده (۵۱) فقره (اول) قانون مدنی.

2. ماده (۵۱) فقره (دوم) قانون مدنی.

3. ماده (۵۳) قانون مدنی.

داشته باشد».<sup>1</sup> در فقره (دوم) این قانون نیز تصریح می دارد: «اقامتگاه که برای اجرای یک معامله معین قانونی اختیاری گردد، برای جمیع مسایل مربوط به آن به شمول اجراءات متعلق به تنفیذ اجباری اعتبار دارد، مگر اینکه اقامتگاه مذکور صراحتاً برای معاملات مشخص تعیین شده باشد». فقره (سوم) نیز در خصوص اقامتگاه چنین بیان نموده است: «اقامتگاه اختیاری بدون اسناد کتبی جواز ندارد».

### ج: اقامتگاه قانون مدنی

قانون مدنی چنین بیان می نماید که: «اقامتگاه ناقص اهلیت، محجور، مفقود و غایب عبارت از اقامتگاه قایم مقام قانونی شان می باشد».<sup>2</sup> همچنین در فقره (دوم) ماده مذکور چنین بیان می کند: «شخص ناقص اهلیت که مأذون به تجارت باشد، می تواند برای اجرای معاملات و تصرفات مجوزه صاحب اقامتگاه خاص شناخته شود». بنابراین شخص ناقص اهلیت و مأذون به تجارت (صغیر ۱۶) سال در ماده (277) فقره (اول) تصریح شده است: «هرگاه صغیر به سن (16) سالگی رسیده باشد ولی می تواند به اجازه محکمه با صلاحیت مبلغی را برای تجارت بدسترس وی بگذارد. فقره (دوم) اذن به تجارت، خواه مطلق باشد یا مقید، یا وفات یا عزل ولی از بین نمیرود». همچنین ماده (278) «تصرفات صغیر مأذون در حدودیکه محکمه با صلاحیت در اموال وی مجاز قرار داده است، بمنزله تصرف شخصی است که به سن رشد رسیده باشد».

با در نظر داشت مواد قانونی فوق می توان گفت: موضوع داشتن مسکن یک حق عمومی و همه شمول است که هر فردی از اتباع یک کشوری تواند از داشتن حق مسکن بهره مند شود. با توجه به تحلیل رفته می توان اذعان کرد؛ قانونگذار قانون مدنی بطور کلی و ضمنی برای اطفال حق داشتن مسکن را در نظر گرفته است.

### مطلب دوم: حق مسکن از منظر فقه اسلامی

#### الف: تعریف مسکن

##### ۱- در لغت

مسکن در لغت به «کسر میم، سکون سین، کسر کاف و سکون نون» و یا به «فتح میم، سکون سین، و کسر کاف و سکون نون» |سکن - اسم| می باشد، که به معنای خانه، منزل، محل سکونت، مسکن، اقامتگاه به کار رفته است و جمع آن مساکن.<sup>3</sup>

1. ماده (۵۴) فقره (اول) قانون مدنی.

2. ماده (۵۲) فقره (اول) قانون مدنی.

3. قیّم، النبی، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، ص ۹۸۵، انتشارات: فرهنگ معاصر، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۷، تهران.

## ۲- در اصطلاح

مسکن عبارت از مکانی است که شامل تمام لوازم و اساس منزل مثل اسباب منزل، فرش، ظروف (دیگ و کاسه) و هر آنچه خانواده به آن احتیاج دارند با در نظر داشت حالات سختی و آسانی و وضعیت اجتماعی زوج و زوجه.<sup>1</sup>

### ب: حق مسکن در نفقه

مسکن بر اساس تعریف نفقه و فرموده الله تبارک تعالی: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>2</sup>

ترجمه: «بر آن کس که فرزند برای او متولد شده (پدر) لازم است تا خوراک و پوشاک مادران را (در آن مدت) بگونه شایسته بپردازد». از انواع نفقه است، فقهای اسلامی این حق را در خصوص زوجه (مادر طفل) دانسته اند اما در این مطلب در مورد حق مسکن طفل می پردازیم:

### ۱- حکم مسکن

مسکن زوجه (همسر) بر زوج (شوهر) واجب است. بنا بر چهار دلیل:

دلیل اول: قرآن کریم

(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ)<sup>3</sup>

ترجمه: «زنان مطلقه را در جای سکونت دهید که خودتان در آنجا زندگی می کنید و در توان

دارید»

وجه استدلال

آیت مذکوره در رابطه به وجوب مسکن برای زنان مطلقه است، وقتی زن مطلقه از چنین حقی

برخوردار باشد؛ پس به طریقه اولی همسر نکاحی از چنین حق (مسکن) مقدم تر است.<sup>4</sup>

---

1. شلبی، محمد مطفی، احکام الاسرة فی الاسلام، ص ۴۵۵، انتشارات: الدار الجامعیه بیروت، طبعة الرابعة، ۱۹۸۳، لبنان.

2. بقره / ۲۳۳.

3. طلاق / ۶.

4. ابن قدامه، المغنی، ج هشتم، ص ۲۰۰.

دلیل دوم: اجماع

ابن حزم<sup>1</sup> گفته است: «همانطوریکه به اتفاق نظر فقهاء نفقه مُنْفِقِ عَلَیْهِ (زنان) بر مُنْفِقِ (شوهر) لازم است، پوشاک و مسکن آن نیز بر او لازم است»<sup>2</sup>. موضوع سکونت زوجه در حقیقت مربوط به نفقه وی می شود، زیرا زنان جسماً ظرفیت تأمین امرار معاش را در بیرون از منزل ندارند.<sup>3</sup>

دلیل سوم: عدم تمکن مالی زن

زن نیازمند داشتن مسکن است، زیرا بخاطر محفوظ ماندن او از نگاه ها و بهره برداری ها مسکن برای او ضرورت است.<sup>4</sup>

دلیل چهارم: مصلحت زنان

حق مسکن با نفقه (خوراک) و پوشاک بخاطر مصلحت زنان هم ردیف قرار گرفته است، زیرا از دواج یک معامله دوامدار است و مسکن لازمه چنین دوام برای زندگی است.<sup>5</sup>

از دلایل فوق به خوبی دانسته می شود که زنان از داشتن حق مسکن برخوردارند، اما در رابطه به اطفال فقه اسلامی بطور مشخص سخن نگفته است، ولی با توجه به اصل کلی که مادران است، اطفال بالتبع نیز از مزایای که مادران برخوردارند، آن ها نیز برخوردار می شوند.

- 
1. ابو محمد علی بن احمد بن سعید بن حزم در سال ۳۸۴ قمری در شهر قرطبه اندلس متولد شد، مؤرخین گفته اند او در ابتدا بر اساس فقه شافعی عمل می کرد سپس اجتهادش او را به این اندیشه رسانید که بطور کامل قیاس را چه آشکار و چه پنهان نفی کند، و تنها ظاهر نص و عموم کتاب و حدیث را قبول کند. او فقیه، محدث، فیلسوف، عالم ادیان و مذاهب، ادیب، شاعر و یکی از درخشان ترین چهره های فرهنگ اسلامی در اندلس بوده که تقریباً ۴۰۰ جلد کتاب از او بجا مانده است. او در روستای لبله در غرب اندلس در ۲۸ شعبان سال ۴۵۶ وفات یافت، ابن عبدالبر، الاستغناء فی معرفة المشهورین من حملة العلم بالکنی، ج اول، ص ۳۵.
  2. ابن حزم، مراتب الإجماع، ص ۸۰ و ابن القطان، علی بن محمد بن عبدالملک الکتامی الحمیری الفارسی ابوالحسن، الاقناع فی مسایل الاجماع، ص ۸۰، ناشر: الفاروق الحدیثة للطباعة والنشر، سال ۱۴۲۴ ق - ۲۰۰۴ م.
  3. الکاسانی، بدایع الصنایع، ج سوم، ص ۶۰۷.
  4. ابن قدامه، المغنی، ج هشتم، ص ۲۰۰.
  5. الکاسانی، بدایع الصنایع، ج چهارم، ص ۳۸.

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات مسکن در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

الف: اشتراک

۱- قانون مدنی و فقه اسلامی بطور کلی مسکن را برای هر شخص محل بود و بانش دانسته و یکی از ضروریات زندگی معرفی نموده است.

ب: افتراقات

قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به موارد آتی اختلاف نظر دارند:

۱- قانون مدنی مسکن را بطور کلی تعریف نموده است ولی فقه اسلامی به جزئیات (اسباب منزل، فرش، ظروف) مسکن نیز پرداخته است.

۲- قانون مدنی اقامتگاه (مسکن) را به اصلی، اختیاری و قانونی دسته بندی نموده است، اما فقهای اسلامی مسکن را دسته بندی نکرده اند.

نکته مهم این بحث این است که قانون مدنی و فقه اسلامی هر دو در مورد برخورداری بودن زنان از حق مسکن بطور کلی و عمومی سخن گفته اند که طفل نیز مشمول آن می گردد.

## مبحث دوم: حقوق رضاع

درآمد

این مبحث دارای سه مطلب است، مطلب اول حق رضاع از منظر قانون، مطلب دوم حق رضاع از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم به وجوه اشتراکات و افتراقات حق رضاع در قانون مدنی و فقه اسلامی پرداخته است.

### مطلب اول: حق رضاع از منظر قانون مدنی

#### الف: اجرت رضاع

##### ۱- شخص مکلف به پرداخت اجرت رضاع

قانون مدنی در خصوص مکلفیت پرداخت اجرت شیردادن طفل چنین بیان نموده است: «اجرت شیردادن طفل بدمه شخصی است که به ادای نفقه وی مکلف است. این اجرت به مقابل تغذیه طفل پرداخته می شود».<sup>1</sup> همچنان در خصوص پرداخت اجرت شیردهی طفل در صورت وفات پدر چنین حکم می نماید. «اجرتی که نسبت شیردادن برای مادر تعیین گردیده، به علت وفات پدر طفل ساقط نشده از ترکه متوفی مثل سایر دیون پرداخته می شود».<sup>2</sup>

از مواد فوق بوضوح دانسته می شود که قانونگذار قانون مدنی افغانستان پدر را برای پرداخت اجرت شیردادن طفل مکلف گردانیده است، زیرا نفقه طفل بردوش پدر است. همچنین در صورت وفات پدر پرداخت اجرت شیر دادن طفل از دوش پدر ساقط نشده بلکه مانند سایر دیون از متروکه او پرداخت می شود.

##### ۲- حالات استحقاق اخذ اجرت توسط مادر

قانون مدنی در رابطه به عدم مکلفیت پدر در خصوص پرداخت اجرت شیردادن طفل توسط مادر چنین اشعار می دارد: «مادرتا وقتی که در قید نکاح زوج بوده یا در عدت طلاق رجعی باشد، مستحق اجرت شیردادن طفل نمی گردد».<sup>3</sup> همچنین قانون در خصوص محروم شدن مادر از اجرت شیردادن طفل اش چنین حکم می نماید: «هرگاه زن دیگری بدون اجرت یا به اجرت کمتر از آنچه مادر مطالبه می نماید، به شیردادن طفل حاضر شود، مادر مستحق اجرت شیردادن نمی گردد».<sup>4</sup>

1. ماده (۲۲۹) قانون مدنی.

2. ماده (۲۳۴) قانون مدنی.

3. ماده (۲۳۰) قانون مدنی.

4. ماده (۲۳۳) قانون مدنی.



قانونگذار مدنی در این ماده بطور صریح بیان نموده است که زوجه وقتی مستحق گرفتن اجرت می باشد که در قید نگاه یا در عدت نباشد، چون زن وقتی در قید نکاح یا در زمان عدت طلاق رجعی باشد، پدر طفل نفقه و مصارف آن را می پردازد که همچون عمل دلالت بر این دارد که شوهرگویا اجرت شیر دادن طفل را برای مادر پرداخته است.

قانون مدنی افغانستان در خصوص زمان و مدت اجرت شیر دادن طفل چنین حکم می نماید: «هرگاه مادر طفلش را در خلال عدت طلاق بائن یا بعد از تکمیل آن شیر بدهد، مستحق اجرت می گردد»<sup>1</sup>.

### ب: مدت رضاع

#### ۱- مدت و آغاز زمان اجرت

قانونگذار مدنی مدت اجرت چنین حکم نموده است: «مادربیش از دو سال، مستحق اجرت شیر دادن طفل نمی گردد».

#### ۲- مدت حرمت رضاعی

قانون مدنی پدر و مادر رضاعی طفل را چنین بیان نموده است: «زنی که طفلی را قبل از تکمیل مدت دو سال از تولد شیر بدهد، مادر رضاعی طفل و شخصی که به سبب مقاربت او شیر بوجود آمده باشد، پدر رضاعی وی محسوب شده و احکام مندرج ماده (۸۴) این قانون بر آن تطبیق می گردد»<sup>2</sup>. ماده (۸۴) چنین حکم می نماید.

«حرمت رضاعی به استثنای حالات ذیل مانند حرمت نسبی است:

۱- خواهر پسر رضاعی ۲- مادر خواهر یا برادر رضاعی ۳- مادر کلان پسر یا دختر رضاعی

۴- خواهر برادر رضاعی».

### مطلب دوم: حق رضاع از منظر فقه اسلامی

#### الف: تعریف رضاع

##### ۱- در لغت

رضاعت مشتق از فعل «رَضَعَ يَرْضَعُ وَيَرْضَعُ» از هر دو باب آمده است به معنی نوشیدن شیر از پستان انسان و یا حیوان می باشد، و جمع آن «رُضَعٌ» است، و کلمه «الرَّضَاعَةُ» به فتحه و کسره راء نیز همین معنی را می دهد، و «مُرْضِعَةٌ» زنی را گفته می شود که طفل خود را توسط پستان شیر بدهد

۱. ماده (۲۳۱) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۳۵) قانون مدنی.

و جمع آن «مَرَضِعٌ» می باشد. همچنان کلمه «الرَّضُوعَةُ» برای گوسفندی اطلاق می شود که به چوپه خود شیر بدهد.<sup>1</sup>

۲- در اصطلاح

«عبارت از مکیدن شیر از پستان زن آدمی در زمان مخصوص است طفلی که شیر را می مکد، مرتضع یا رضیع وزنی که شیر از پستان او مکیده شود مرضعه نامیده می شود».<sup>2</sup>

فقه‌های کرام درباره رضاعت تعریف های مختلفی بیان نموده اند که ذیلاً به آن پرداخته می شود:

۱- احناف

امام ابن نجیم<sup>3</sup> «رحمه الله» چنین تعریف کرده است: «رضاعت عبارت از مکیدن طفل از پستان انسان در وقت مخصوص است».<sup>4</sup>

۲- شافعیه

«عبارت از رسیدن شیر زن و یا شیری که از آن حاصل شده باشد، در شکم طفل به شرایط خاص است».<sup>5</sup>

۳- مالکیه

«عبارت از رسیدن شیر انسان به شخص دیگری بطور غداء است».<sup>6</sup>

۴- حنابله

«عبارت از رسیدن شیر انسان در شکم طفل زنده است».<sup>7</sup>

---

1. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، رضع، ج دوم، ص ۴۰۰، ابن منظور، لسان العرب، ماده: رضع، ج دوم، ص ۴۰۰.

2. ابو البركات، عبدالله بن احمد بن محمود النسفی حنفی، كنز الدقایق، ص ۲۱، ناشر: دار البشارت الاسلامیه، لبنان بیروت، بی تا.

3. محمد ابن محمد بن ابی بكر مشهور به ابن نجیم المصری الفقیه الحنفی متولد سال ۹۲۶ و متوفی سنه ۹۷۰، آثارش الاشباه والنظائر فی الفروع، البحر الرائق شرح كنز الدقایق فی الفروع، تحرير المقال فی المسئلة الاستبدال، التحفة المرضیة فی الاراضی المصریة، تعليق الانوار علی اصول المنار لنسفی وحاشیة علی جامع الفصولین، مراجعه به کتاب، دانشنامه بزرگ اسلامی، مركز دائرة المعارف بزرگ اسلامی ج پنجم، ص ۱۸۵۶.

4. ابن نجیم، البحر الرایق، ج سوم، ص ۲۳۸ و ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج سوم، ص ۲۰۹.

5. الرملى، شمس الدين، محمد ابن شهاب الدين الرملى، نهاية المحتاج، ج هفتم، ص ۱۷۰.

6. الخرشى، محمد ابن عبدالله الخرشى المالکى، شرح مختصر خليل الخرشى، ج چهارم، ص ۱۷۶، چاپ دارالفکر.

7. ابن مفلح، ابواسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد، المبدع فى شرح المقنع، ج هشتم، ص ۱۴۱، ناشر: المكتبة

الاسلامی، سال ۱۴۰۰ هـ - ۱۹۸۰ م.

بنابر تعاریف رفته در فوق، تعریف امام ابن نجیم منطقی تر بنظر می رسد، به این دلیل که اثبات رضاعت به شیوه های گوناگون ممکن است. طوری که تعاریف فوق به گونه های مختلف اثبات رضاعت پرداخته است، اما تعریف ابن نجیم با قید «مکیدن» درخور فهم متعارف است.

## ب: رضاع در فقه

### ۱- حکم رضاع

جمهور فقهای احناف،<sup>۱</sup> مالکیه،<sup>۲</sup> و شوافع<sup>۳</sup> در این باره اتفاق دارند که شیردادن طفل اعم از اینکه یتیم باشد و یا غیر یتیم، بر مادرش اخلاقاً واجب است.

بنابراین مادران هم به لحاظ دینی و هم به لحاظ عاطفی مکلف بنظر می رسند تا اطفال شان را از نعمت شیرمادری محروم نکنند. اما وقتی مادر با نداشتن عذر مؤجبه از شیر دادن طفل خویشتن داری کند شرعاً گناه پیشه و اخلاقاً محکوم بر بی عاطفگی است.

جمهور فقهاء برای نظر اند که مادریه شیردادن طفل در حالات ذیل مجبور کرده نمی شود:

- ۱- غیر از مادر، کدام زن دیگری پیدا نشود که به اجرت و یا بدون آن به طفل شیر بدهد.
- ۲- هنگامی که طفل غیر از پستان مادر، پستان زنان دیگر را قبول ننماید.
- ۳- پدر و یا طفل یتیم مالی نداشته باشند که به اجرت زنی را برای شیردادن بگیرند و کس دیگری نیز بطور تبرّع به شیردادن آماده نشود.

در این صورت های فوق، از طریق قاضی مادر را مجبور کرده می شود که طفل یتیم خویش را شیر بدهد، اعم از اینکه نکاح آن با شوهرش حقیقتاً قایم باشد و یا حکماً البته اگر مادر طفل در حالت عدت رجعی باشد مستحق اجرت نمی باشد و اگر طلاق باین واقع شده باشد و در حالت عدت باشد در این صورت مستحق اجرت می گردد؛ زیرا که نکاح وی از بین رفته است.<sup>۴</sup>

اگر بنا بر مصلحتی، مادر طفل خویش را شیر ندهد، در این صورت بر پدر و در صورت عدم آن بر ولی یتیم لازم است که برای شیردادن طفل خویش کس دیگری را به اجرت بگیرد تا حیات طفل در خطر واقع نشود.<sup>۵</sup>

۱. ابن عابدین، حاشیه رد المختار، ج سوم، ص ۲۱۱.

۲. الخرشی، شرح مختصر خلیل للخرشی، ج چهارم، ص ۱۷۸.

۳. رملی، شمس الدین محمد بن ابی العباس، نهایی المحتاج إلى شرح المنهاج، ج هفتم، ص ۱۷۳، ناشر: دار الفکر - بیروت، طبع اخیر، سال ۱۴۰۴ ه ق - ۱۹۸۴ م.

۴. النووی، روضة الطالبین، عمدة المفتین، ج نهم، ص ۸۸.

۵. عقله، نظام الاسرة فی الاسلام، ج سوم، ص ۴۵۸.

اما نزد فقهای حنابله شیردادن طفل یتیم برمادریانتاً وقضاً واجب نیست، البته اگر ضرورت داشته باشد، مانند اینکه: طفل شیرزنان دیگر را قبول نکند، در این صورت شیردادن بروی لازم می باشد؛ زیرا که بنا بر عدم شیردادن خوف هلاکت و از بین رفتن طفل وجود دارد لذا حفاظت آن از هلاکت لازمی است.<sup>1</sup>

۲- مدت رضاع

۱- ۲- جمهور فقهاء

مالکیه، شافعیه، حنابله و صاحبین (قاضی ابویوسف و امام محمد) مدت زمان مورد نظر برای شیردهی را همان دو سال اول عمر طفل دانسته اند، این دسته از علماء برای اثبات نظر خود به نصوص آتی استدلال نموده اند.<sup>2</sup>

( حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ )<sup>3</sup>

ترجمه: «دو سال تمام شیر دهند»

( وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ )<sup>4</sup>

ترجمه: «و بازگرفتنش از شیر در دو سال است».

۲-۲- نظر امام ابوحنیفه

امام ابوحنیفه در خصوص مدت رضاع طفل به این نظر است که مدت شیرخوارگی طفل دو نیم سال یا همان سی ماه اول عمر طفل است، و این نظریه وی بر اساس آیه ذیل می باشد:

( وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا )<sup>5</sup>

ترجمه: «و حمل از شیر گرفتن اوسی ماه شد»

---

1. النجدی، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصی الحنبلی النجدی، المتوفی: ۱۳۹۲هـ، حاشیه الروض المربع شرح زاد

المستقیع، ج هفتم، ص ۱۳۸، چاپ ملتقى اهل الحديث، بی تا.

2. مالک بن انس بن مالک بن عامر الاصبیحی المدنی متوفی ۱۷۹ هـ، موطاء امام مالک، ج دوم، ص ۷-۹ - ۱۲،

ناشر موسسة الرسالة، ۱۴۱۲هـ ق.

3. بقره / ۲۳۳.

4. لقمان / ۱۴.

5. احقاف، ۱۵.

### ۳- أُجرت رضاع

۱- ۳- از دید فقهای احناف، شوافع<sup>۱</sup> وحنابله<sup>۲</sup> اگر مادر در حال قایم بودن نکاح و یا در اثنای عدت طلاق رجعی به طفل خویش شیر بدهد، در این صورت وی مستحق أُجرت نمی گردد؛ زیرا که نفقه وی در این اوقات بر شوهر لازم است لذا اگر أُجرت رضاعت هم لازم باشد. در این صورت دو نفقه بر شوهر لازم می شود که شرعاً درست نمی باشد، تا اینکه بروی دو واجب بر یک وقت لازم نشود: یکی نفقه و دوم أُجرت رضاعت، و این نوع لازم شدن دو واجب شرعاً درست نیست.<sup>۳</sup>

البته از نظر فقهای مالکیه<sup>۴</sup> اگر مادربه رضا و رغبت خویش شیردهی را بدوش بگیرد، در این صورت طبق قول فقهای گذشته، أُجرت نیز لازم نمی گردد و اگر شیردادن بر مادر لازم نباشد، مانند مادران که از خاندان شریف باشند ایشان بر شیردهی مکلف نیستند، پس اگر در این صورت شیر بدهد باز مستحق نفقه می گردد.

۲- ۳- مادر اگر در اثنای عدت طلاق باین، طفل خویش را شیر بدهد، از نگاه فقهای احناف<sup>۵</sup> و مالکیه<sup>۶</sup> و شوافع<sup>۷</sup> مستحق أُجرت می گردد؛ زیرا که در این صورت وی مانند زن اجنبی است، اما از دید فقهای حنابله اعم از اینکه در نکاح باشد و یا مطلقه، در هر دو صورت مستحق أُجرت می گردد و بدون أُجرت، بروی جبر کرده نمی شود.<sup>۸</sup> (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ).<sup>۹</sup>

ترجمه: «اگر آنان (حاضر شدند بعد از جدایی، فرزندان) شما را شیر دهند، مزد شان را به تمام و کمال بپردازید».

- 
۱. نووی، ابو ذکریا محی الدین یحیی بن شرف، المجموع شرح المذهب، ج هجدهم، ص ۳۱۱، ناشر: ادارة الطباعة المنيرية - مطبعة التضامن الاخوی- القاهرة، ۱۳۴۴ ه ق.
  ۲. الخرقی، متن الخرقی علی مذهب ابی عبدالله أحمد بن حنبل الشیبانی، ج اول، ص ۱۱۹.
  ۳. الکاسانی، بدایع الصنائع، ج چهارم، ص ۴۱.
  ۴. ابن رشد، محمد بن احمد بن رشد الاقرطبی، البیان و التحصیل، ج پنجم، ص ۱۴۸، چاپ دارالعرب الإسلامی.
  ۵. ابن عابدین، حاشیة ابن عابدین، ج سوم، ص ۶۱۹.
  ۶. ابن رشد، البیان و التحصیل، ج پنجم، ص ۱۴۸.
  ۷. النووی، المجموع، ج هجدهم، ص ۳۱۴.
  ۸. المقدسی، عبدالرحمن بن ابراهیم ابن احمد، ابو محمد بهاء الدین المقدسی، العدة شرح العمدة (وهو شرح الكتاب عمدة الفقه، لموفق الدین بن قدامه المقدسی)، المحقق: صلاح بن محمد عویضة، ج دوم، ص ۷۸، چاپ دارالکتب العلمیة، الطبعة الثانية، ۱۴۲۶هـ / ۲۰۰۵م.
  ۹. طلاق / ۶.

امام قرطبی در ضمن آیه فوق متذکره چنین نوشته است: (یعنی المطلقات - اولادکم منهن فعلی الأباء أن يعطوهن أجره إرضاعهن).<sup>1</sup>

ترجمه: «زنان مطلقه اگر اطفال خویش را شیر بدهند مستحق اجرت می گردند».

۳-۳- فقهای کرام در این باره نیز اتفاق دارند؛ اگر مادربدون اجرت، به شیردادن طفل خویش آماده شود وی مستحق تر از زنان دیگر است. اما اگر برابر زنان دیگر اجرت طلب نماید باز هم وی مستحق رضاعت می باشد؛ زیرا که الله متعال در قرآن کریم نیز همین حکم را بیان نموده است: (لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا)<sup>2</sup>

ترجمه: «هیچ مادری نباید بخاطر فرزندش ضرر ببیند».

و اگر زنان دیگر اجرت را بیشتر طلب نماید و یا زن دیگری بطور تبرع به شیردهی آماده شود و مادربدون اجرت به شیردادن آماده نباشد در این صورت نزد فقهای مالکیه،<sup>3</sup> حنابله<sup>4</sup> شافعی و عطفی و حنبلیه نسبت طفل بیشتر می باشد وی را مقدم دانسته اند، اما احناف<sup>5</sup> و شوافع<sup>6</sup> «رح» زن اجنبی را مقدم دانسته اند، اعم از اینکه پدر مالدار باشد و یا فقیر؛ زیرا که در این صورت بر پدر نرمی صورت دارد.

#### ۴- حکمت رضاع

حکمت مشروعیت رضاعت در شریعت اسلام در واقع یک تضمین حیاتی، عاطفی و اجتماعی برای اطفال و نوزادان محتاجی است که مادران شان را در آغازین لحظات زندگی از دست داده و یا اطفالی که بنا بر دلایلی از شیر مادر محروم گردیده اند، می باشد. شریعت اسلام بخاطر رسیده گی به این مهم مادران را برای آماده شدن شیردادن تشویق و ترغیب نموده است تا از یک طرف اطفال محروم از آغوش مادری نشوند و از طرف دیگر خانم شیرده به جایگاه شامخ مادری نایل آید.<sup>7</sup>

1. القرطبی، الجامع لأحكام القرآن، ج هجدهم، ص ۱۶۷.

2. بقره / ۲۳۳.

3. ابن رشد، البیان والتحصیل، ج پنجم، ص ۱۴۸.

4. الخرقی، متن الخرقی علی مذهب ابی عبدالله احمد بن حنبل الشیبانی، ج اول، ص ۱۱۹.

5. الکاسانی، بدایع الصنایع، ج چهارم، ص ۴۱.

6. النووی، المجموع شرح المذهب، ج هجدهم، ص ۳۱۱.

7. نایل، عبدالقادر، حقوق فامیل (الحوال شخصیة)، ج اول، ص ۱۲۱، انتشارات: حامد رسالت، چاپ اول ۱۳۹۴،

کابل.

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات رضاعت در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

#### الف: اشتراکات

قانون مدنی با فقه اسلامی در موارد آتی با هم توافق دارند:

۱- قانون مدنی بطور صریح در خصوص برخورداری طفل از حق شیرخوارگی سخن نگفته است، اما بطور ضمنی از فحواى مواد قانونی دانسته می شود که طفل از چنین حق برخوردار است. اما فقه اسلامی حق شیرخوارگی طفل را مشروعیت داده است.

۲- قانون مدنی و فقه اسلامی پرداخت اجرت رضاع را برعهده پدر دانسته اند.

۳- گرفتن اجرت رضاع نخست حق مادر است. اما در صورت عدم موجودیت مادری انکار مادر از شیردادن، حق زن شیرده می باشد.

۴- قانون مدنی و فقه اسلامی در صورت قید نکاح و طلاق رجعی مستحق اجرت رضاع نداشته اند، زیرا شوهر مصارف همسر نکاحی و مطلقه رجعی را می پردازد.

۵- قانون مدنی و فقه اسلامی بدلیل فقیر بودن پدر طفل مادر را از حق اجرت رضاع محروم نموده اند.

۶- قانون مدنی و فقه اسلامی مادر را در خلال عدت باین مستحق اجرت رضاع شناخته اند.

۷- قانون مدنی و فقه اسلامی مدت رضاع را دوسال تعیین نموده اند.

۸- قانون مدنی و فقه اسلامی حق داشتن مادر، پدر، خواهر و برادر رضاعی را برای طفل به رسمیت شناخته است.

#### ب: افتراقات

قانون مدنی افغانستان با فقه اسلامی در موارد ذیل اختلاف دارند:

۱- قانون مدنی در رابطه به موضوع رضاع هیچ قیدی نیاورده که مادر باشد یا دیگری، در حالی که فقه اسلامی مادر را نسب به سایر زنان در حق شیردهی و اخذ اجرت برتر دانسته است.

۲- قانون مدنی شیردادن طفل را امر الزامی ندانسته است، اما فقه اسلامی شیردادن طفل را بر مادران شرعاً مستحب و دیانتاً واجب گردانیده است.

۳- قانون مدنی و جمهور فقهاء مدت رضاع را دوسال در نظر گرفته است، اما برخی از فقهای احناف دونیم سال را پذیرفته اند.

## مبحث سوم: حقوق حضانت

درآمد

این مبحث دارای سه مطلب است، مطلب اول حق حضانت از منظر قانون، مطلب دوم حق حضانت از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات حق حضانت در قانون مدنی و فقه اسلامی دارد.

### مطلب اول: حق حضانت از منظر قانون مدنی

#### الف: تعریف حضانت

قانون مدنی در خصوص تعریف حضانت می گوید:

«حضانت عبارت از حفاظت و پرورش طفل است در مدتی که طفل به حضانت و پرورش زن محتاج باشد».<sup>1</sup>

#### ب: حق حضانت

قانون مدنی در رابطه به حق حضانت چنین حکم می نماید: «حضانت حق اشخاصی است که به اساس این قانون تنظیم گردیده است».<sup>2</sup>

#### ج: اهلیت حضانت

قانون مدنی اهلیت حضانت را چنین حکم نموده است: «زنی که حضانت طفل را بعهده می گیرد باید عاقله، بالغه، وامینه بوده که خوف ضیاع طفل نسبت عدم واریسی متصور نباشد و توان حفاظت و پرورش طفل را داشته باشد».<sup>3</sup>

همچنین اشعاری دارد: «مادر نسبی در خلال زوجیت و بعد از تفریق به حفاظت و پرورش طفل حق اولیت دارد. مشروط بر اینکه واجد شرایط اهلیت حضانت باشد».<sup>4</sup>

#### د: اجرت حضانت

قانون در رابطه به اجرت حضانت در مواد زیر چنین حکم می نماید:

۱- قانون مدنی در خصوص پرداخت اجرت حضانت از طرف پدر خود طفل چنین بیان نموده است: «اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع و نفقه بوده و پدر طفل به پرداخت آن مکلف می باشد».

---

1. ماده (۲۳۶) فقره (اول) قانون مدنی.

2. ماده (۲۳۶) فقره (دوم) قانون مدنی.

3. ماده (۲۳۸) قانون مدنی.

4. ماده (۲۳۷) قانون مدنی.



در صورتی که طفل مالک دارائی شخصی باشد، این اجرت از دارائی وی پرداخته می شود. مگر اینکه پدرتبرعاً آن را بپردازد»<sup>1</sup>.

۲- قانون مدنی در مورد چگونگی مستحق بودن مادر و گرفتن و نگرفتن اجرت در حضانت طفل چنین بیان می دارد: «مادرتا وقتی که در قید نکاح یا عدت طلاق رجعی زوج باشد، مستحق اجرت حضانت نمی گردد»<sup>2</sup>. همچنین در فقرة (دوم) چنین اشعار نموده است: «در صورتی که در عدت طلاق بائن بوده یا با شخصی که محرم طفل است ازدواج کرده و یا معتده او باشد، مستحق اجرت می گردد».

۳- قانون مدنی در مورد مدت نفقه پسر و دختر چنین بیان کرده است: «نفقه با تمام انواع آن در قسمت پسر صغیر تا وقت توان کسب و کار و در قسمت دختر صغیره تا وقت ازدواج بدوش پدر می باشد»<sup>3</sup>.

#### ه: مدت حضانت

قانون مدنی در مورد سن مدت حضانت طفل چنین اشعار داشته است: «مدت حضانت پسر با سن هفت و از دختر تا سن (۹) سالگی تمام خاتمه پیدا می کند»<sup>4</sup>. همچنان «محکمه می تواند مدت حضانت مندرج ماده (۲۴۹) این قانون را تمدید نماید. مشروط بر اینکه مدت تمدید شده از دوسال تجاوز نکند»<sup>5</sup>.

#### و: شرایط حضانت

قانون مدنی در مورد زنی که اهلیت حضانت طفل را داشته باشد چنین حکم نموده است: «زنی که حضانت طفل را بعهده می گیرد باید عاقله، بالغه، وامینه بوده که خوف ضیاع طفل نسبت عدم واری متصور نباشد و توان حفاظت و پرورش طفل را داشته باشد»<sup>6</sup>.

#### ز: ترتیب مستحقین حضانت

قانون مدنی در مواد زیر در خصوص حق اولویت و اهلیت پرورش، حق حضانت بترتیب درجه استحقاق، صلاحیت محکمه در قبال انتخاب حاضنه و مصلحت اندیشی برای طفل اشعار می نماید:

---

۱. ماده (۲۴۴) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۴۵) فقرة (اول و دوم) قانون مدنی.

۳. ماده (۲۴۷) قانون مدنی.

۴. ماده (۲۴۹) قانون مدنی.

۵. ماده (۲۵۰) قانون مدنی.

۶. ماده (۲۳۸) قانون مدنی.

## ۱- حق اولویت استحقاق

قانون مدنی در مورد حق اولویت شیر دادن چنین حکم می نماید: «مادر نسبی در خلال زوجیت و بعد از تفریق به حفاظت و پرورش طفل حق اولویت دارد. مشروط بر اینکه واجد شرایط اهلیت حضانت باشد»<sup>۱</sup>.

نوت: در رابطه به واجد شرایط اهلیت حاضنه قبلاً در ماده (۲۳۸) این قانون بیان شد.

## ۲- ترتیب درجه استحقاق

۱- ۲- «زنانی که حق حضانت طفل را دارند بترتیب درجه استحقاق عبارت اند از:

- ۱- مادر، مادرمادرویا بالاترازآن ۲- مادرپدر ۳- خواهرایانی ۴- خواهرایافی ۵-
- خواهرعلاتی ۶- دخترخواهرایانی ۷- دخترخواهرایافی ۸- دخترخواهرعلاتی ۹- خاله ایانی
- ۱۰- خاله ایافی ۱۱- خاله علاتی ۱۲- خاله ایانی پدر ۱۳- خاله ایافی پدر ۱۴- خاله علاتی پدر ۱۵- عمه مادر ۱۶- عمه پدر»<sup>۲</sup>.

## ۲- ۲- ترتیب درجه عصابات

قانون مدنی در رابطه به واگذاری حضانت طفل به عصابات چنین تصریح می دارد: «هرگاه اشخاص مندرج ماده (۲۳۹) این قانون وجود نداشته یا فاقد شرایط اهلیت حضانت باشند، حق حضانت به عصابات طفل به ترتیب میراث انتقال می نماید»<sup>۳</sup>.

## ۳- ۲- نوبی الارحام

قانون مدنی در مورد مسوولیت حضانت طفل برنوبی الارحام چنین بیان می دارد: «هرگاه اشخاص مندرج مواد (۲۳۹ و ۲۴۰) این قانون وجود نداشته یا فاقد شرایط اهلیت حضانت باشند، طفل جهت حفاظت پرورش به نزدیکترین محرم ازنوبی الارحام وی به ترتیب درجه استحقاق، به اشخاص ذیل سپرده می شود:

- ۱- پدرمادر ۲- برادرایافی ۳- پسربرادرایافی ۴- کاکای ایافی ۵- مامای ایافی ۶- مامای علاتی ۷- مامای ایافی، دختر کاکا، دختر عمه، دختر ماما و دخترخاله در صورتی که طفل پسر باشد،

۱. ماده (۲۳۷) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۳۹) قانون مدنی.

۳. ماده (۲۴۰) قانون مدنی.

همچنان پسر کاکا، پسر عمه، پسر ماما و پسر خاله در صورتی که طفل دختر باشد، حق حضانت آن را ندارد»<sup>1</sup>.

### ۳- صلاحیت محکمه

قانون مدنی در مورد صلاحیت محکمه در خصوص انتخاب حاضن و مصلحت طفل چنین حکم می نماید:

۱- ۳- «هرگاه بیش از یک نفر حق حضانت طفل را داشته باشند، محکمه می تواند هر کدام را که بیشتر به مصلحت طفل باشد، انتخاب نماید»<sup>2</sup>.

۲- ۳- «هرگاه زوجه ناشزه گردد و سن طفل از پنج سال متجاوز باشد محکمه می تواند طفل را به هریک از زوجین که بیشتر به مصلحت طفل باشد، تسلیم نماید»<sup>3</sup>.

۳- ۳- «هرگاه ثابت گردد شخصی که حضانت طفل را بعهده دارد گرچه پدر وی نیز باشد، به مصلحت طفل تمام نمی شود، محکمه می تواند طفل را جهت حفاظت و پرورش به شخصی که به درجه دوم مستحق حضانت است، تسلیم نماید»<sup>4</sup>.

قانونگذار مدنی در قبال حضانت اطفال معتادانه عمل کرده بخاطر تربیه ای بهتر اطفال و در نظرگیری مصلحت آن ها در مواقع احاد محاکم محکمه را صاحب صلاحیت دانسته و از جنبه قانونی و موقف دولتی از حقوق اطفال حمایت نموده است.

### ۴- از دست دادن حق حضانت

۱- ۴- قانون مدنی در مورد زنی که اهلیت حضانت طفل را داشته باشد چنین حکم نموده است: «زنی که حضانت طفل را بعهده می گیرد باید عاقله، بالغه، وامینه بوده که خوف ضیاع طفل نسبت عدم واریسی متصور نباشد و توان حفاظت و پرورش طفل را داشته باشد»<sup>5</sup>.

هرگاه شروط ماده فوق از حاضن و یا حاضنه ساقط شد حق حضانت از وی سلب نیز می شود.

۲- ۴- در خصوص سلب حاضن از حضانت طفل و صلاحیت محکمه برای مصلحت طفل چنین اشعار می دارد: «هرگاه ثابت گردد شخصی که حضانت طفل را بعهده دارد گرچه پدر وی نیز باشد،

---

۱. ماده (۲۴۱) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۴۲) قانون مدنی.

۳. ماده (۲۴۸) قانون مدنی.

۴. ماده (۲۵۱) قانون مدنی.

۵. ماده (۲۳۸) قانون مدنی.

به مصلحت طفل تمام نمی شود، محکمه می تواند طفل را جهت حفاظت و پرورش به شخصی که به درجه دوم مستحق حضانت است، تسلیم نماید»<sup>1</sup>.

از ماده فوق دانسته می شود که قانونگذار مدنی از حق طفل حمایت کرده و مصلحت اندیشی آن ها را مدنظر گرفته است؛ زیرا از سلب کردن پدر طفل بخاطر عدم رعایت مصلحت او سخن گفته است.

۳- ۴- در رابطه به اعاده شدن حق حضانت چنین بیان نموده است: «هرگاه حق حضانت به سببی از اسباب قانونی ساقط گردد، با از بین رفتن سبب مذکور، این حق دوباره اعاده می گردد»<sup>2</sup>.

۵- صلاحیت های حاضنه

قانونگذار مدنی در زمینه صلاحیت های حاضنه در مواد ذیل چنین اشعار می دارد:

۱- ۵- «مادر تا وقتی که در قید نکاح یا عدت باشد، نمی تواند بدون اجازه پدر، طفل را با خود به سفر ببرد»<sup>3</sup>.

۲- ۵- «حاضنه غیر از مادر نمی تواند بدون اجازه ولی، طفل را با خود به سفر ببرد»<sup>4</sup>.

۳- ۵- «پدر طفل نمی تواند در خلال مدت حضانت بدون اجازه حاضنه، طفل را با خود به سفر ببرد»<sup>5</sup>.

۴- ۵- «زنی که شوهر نداشته و نتواند تأمین معیشت نماید، نفقه وی را ولی محرمش تا وقتی می پردازد که مشارالیه در مسکن ولی محرم مذکور سکونت داشته باشید»<sup>6</sup>.

## مطلب دوم: حق حضانت از منظر فقه اسلامی

### الف: تعریف حضانت

۱- در لغت

حضانت (به کسر و فتح حاء) از ماده (حَضَنَ) برون (نَصَرَ) گرفته شده، واژه حَضَن در لغت عرب غالباً در دو معنی استعمال گردیده است که عبارت اند از:

۱- ۱- جانب، پهلو، کنار، وزیر بغل: چنانچه وقتی پرنده تخم خود را زیر بدن وبال خود قرار می دهد، عرب ها می گویند: (حَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضَتَهُ) یعنی پرنده تخم خود را زیر بال گرفت.<sup>1</sup> همچنان با

۱. ماده (۲۵۱) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۴۳) قانون مدنی.

۳. ماده (۲۵۲) قانون مدنی.

۴. ماده (۲۵۳) قانون مدنی.

۵. ماده (۲۵۴) قانون مدنی.

۶. ماده (۲۵۵) قانون مدنی.

تاسی از لسان عربی در لغت نامه ها و فرهنگ های فارسی نیز واژه حضانت در معانی: زیربال گرفتن، دربرگرفتن، در دامن پروراندن، دایگی، پرستاری کودک در روی تخم خوابیدن پرنده تا جوجه برآید، استعمال گردیده است.<sup>2</sup>

۲- ۱- حفظ، صیانت، نگهداری و تربیت: چنانچه عرب ها در مورد مرد وزنی که طفل خود را حفاظت، نگهداری و تربیت می نماید، می گویند که؛ (حَضَنْتِ الْمَرْأَةَ صَبِيَّهَا) و (حَضَنْ الرَّجُلُ الصَّبِيَّ) زیرا که (حَاضِنٌ وَحَاضِنَةٌ) وظیفه و مسئولیت حفظ، صیانت، نگهداری و تربیت (محضون و محضونه) یعنی شخص مورد حضانت را بدوش دارند.<sup>3</sup>

۲- در اصطلاح

ابن نجیم مصری «رح» حضانت را چنین تعریف نموده است: (وهي بكسر الحاء وفتحها وتربية الولد).<sup>4</sup>

ترجمه: «حِضَانَتٌ وَحِضَانَةٌ عِبَارَتٌ مِنْ تَرْبِيَةِ وَرِشِ طِفْلِ وَبِأَنَّ كُودَكَ اسْت.»

و همچنین ابن عابدین<sup>5</sup> «رح» حضانت را چنین تعریف نموده است: (فهو تربية الولد لمن له حق الحضانة).<sup>6</sup>

ترجمه: «حِضَانَتٌ عِبَارَتٌ اسْتِ مِنْ تَرْبِيَةِ وَرِشِ طِفْلِ تَوْسُطِ كَسِي كِهْ حَقِّ حِضَانَتِ رَا دَارِد.»

---

1. رازی، مجید بن ابی بکر، مختار الصحاح، ص ۱۶۷، ناشر: بیروت و ابراهیم ابن احمد الزیاد، مصطفی، المعجم الوسیط، ج دوم، ص ۱۸۲، دارالدعوه.

2. عمید، حسن، فرهنگ فارسی، ج دوم، ص ۹۴۷، انتشارات امیر کبیر، چاپ ۱۳۸۳، تهران.

3. قنیبی، محمد رواس، حامد صادق، المعجم اللغة الفقهاء ص ۱۸۱، دارالنفائس للطباعة، چاپ ۱۴۰۴ هـ و لسان العرب، ۱۰۸ و محمد بن مکرم بن منظور الأفریقی مصری، ج سیزده، ص ۱۲۲، بی تا، دارصادر بیرت، الطبعة الاولى والمعجم الوسیط، ابراهیم ابن احمد الزیاد مصطفی، ص ۱۸۲، التوقیف علی مهمات التعاریف، ص ۲۸۲، دالفکر المعاصر، دمشق.

4. بن نجیم، زین الدین بن ابراهیم مصری، بی تا، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصری، المعروف بن نجیم، بی تا، ص ۱۸۵.

5. محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز بن احمد بن عبدالرحیم بن محمد صلاح الدین بن نجم الدین دمشقی الحنفی المفتی العلامة مشهور به ابن عابدین متولد سال ۱۱۹۸ و متوفی سنة ۱۲۵۲، له من التصانيف الابانة عن اخذ الاحرة على الحضانة صاحب رد المختار، حاشیه علی المطول فی البلاغه، حواشی علی تفسیر البیضاوی، الرحیق المختوم فی الفرائض وغیره، مراجعه به کتاب ابن عابدین الموقع الرسمي للمكتبة الشاملة نسخه محفوظة ۲۰۱۸ م علی موقع وای باک مشین.

6. ابن عابدین، محمد امین بن عمر، الرد المختار علی در المختار، (بی، تا) ج سیزدهم، ص ۲۱.

با توجه به تعاریف فوق، تعریفی که ابن عابدین از حضانت داده است، نسبت به تعریف که ابن نجیم مصری ارائه کرده است، با درج «حق حضانت» جامع‌تر بنظر است.

### ۳- محضون

(محضون کسی است که بطور استقلال قادر به انجام امورات خود نباشد، مانند: صغیر، ضغیره، کبیر مجنون و کبیر معتوه).<sup>1</sup>

### ۴- حاضنه

در لغت: حاضنه کلمه ای است که اصل آن اسم (حاضن) بشکل مفرد مذکور جذران (حضن) و جذع آن (حاضن) و تحلیل آن (حاضنه) است، جمع حواضن به معنی زنی که سرپرستی کودکی را بنماید.<sup>2</sup>

در اصطلاح: «حاضن عبارت از عمل سرپرستی کردن و مصالح طفل خورد سال توسط مادر و یا قایم مقام آن از زن ها برای مصلحت طفل است».<sup>3</sup>

### ب: حق حضانت در فقه

#### ۱- حکم حضانت

حضانت شرعاً واجب است.<sup>4</sup> طوری که در نفقه صحت‌مندی و حالت جسمی طفل مطمح توجه شارع مقدس بوده، حضانت نیز یکی از موضوعاتی است که شارع مقدس نسبت به آن توجه خاصی را مبذول نموده است. با حضانت و تربیت سالم می‌توان زیربنای جوامع انسانی را در عالم اسباب و در حد توان بشری از حق تلفی‌ها و هلاکت‌ها جلوگیری نمود که این مهم در واقع یک وجبیه شرعی و انسانی است، زیرا منظور شارع مقدس از یک طرف بی‌توجهی را از حضانت و تربیت طفل برچیده و از طرف دیگر چنین امر باعث شده است که طفل از ضرر و هلاکت دیگران در امان بماند. موضوع مذکور را در آیه کریمه می‌توان استدلال کرد:

(مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا)<sup>5</sup>

1. فایز، عبدالصیر، توضیحی بر قانون مدنی افغانستان، (حقوق فامیل)، ص ۲۷۳، انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۸۸،

2. فرهنگ لغت عربی - فارسی المعانی، almaany.com.

3. <https://drive.uqu.edu.sa>.

4. الفواکه الدوانی، ج دوم، ص ۱۰۲ و المغنی ج هفتم، ص ۶۱۲.

5. مائده، ۳۲.

ترجمه: «به همین جهت بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که هرکس انسانی را بدون ارتکاب قتل یا فساد در زمین بکشد، چنان است که گویی همه انسان ها را کشته است و هرکس جان انسانی را از مرگ رهایی بخشد چنان است که گویی همه ای مردم را زنده کرده است».

## ۲- شروط حضانت

حضانت دارای شروطی است که بعضی آن مربوط به محضون است و بعضی مربوط به حاضنه و حاضن، که در ذیل به ترتیب اشاره می گردد:

### ۱- ۲- شروط محضون

شرایط محضونیت از دید جمهور فقهاء کودک (طفل)، مجنون و معتوه بالغ است، که در ذیل به آن پرداخته می شود:

### ۱- ۲- طفل

(الصغير: فتح فکسر، صغار صغراء، القليل الجسم اول الحجم، الصغير المميز: الصبي دون البلوغ الذي يفرق بين الضار والنافع، والرابع والخساره الصغير: الصبي دون البلوغ ولا يفرق بين الربح والخساره ولا بين الضار والنافع...)<sup>1</sup>

ترجمه: «صغیر به فتح صاد وکسر عین الصغار و صغراء است، به معنی کم جسم و حجم، صغیر ممیز خورد یا طفل ممیز؛ کودکی را گویند که به بلوغ نرسیده باشد و بین سود و زیان و ضرر و منفعت فرق کرده نتواند.

### ۱- ۲- ۲- جنون

(المجنون على قسمين: احدهما المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع اوقاته، والثاني: المجنون غير المطبق هو الذي يكون في بعض الاوقات مجنوناً ويفيق في بعضها)<sup>2</sup>

ترجمه: «مجنون به دو نوع است که عبارت اند از: مجنون مطبق و آن کسی است که همیشه جنون داشته باشد و مجنون غیر مطبق؛ به کسی گفته می شود که گاهی جنون و گاهی هم هوشمند باشد».

### ۱- ۳- ۲- معتوهیت

(المعتوه هو الذي اختل شعوره بان كان فهمة قليلا كلامه مختلطا وتدبيره فاسداً)<sup>3</sup>

1. مبادی و اصطلاحات علم فقه، جلال، جلال زاده، ص ۲۰۷، نشر احسان، چاپ اول ۱۳۷۸، تهران و ابوحیب، سعدی، القاموس الفقہی، لغت و اصطلاحات، ص ۱۷۲، طبع الثانیه، ۱۹۹۳م، دالفکر دمشق.

2. مجلة الاحكام العدليه، ص ۱۸۵، اللجنة المكونة من عدت علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية.

3. مجلة الاحكام العدليه، اللجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الاخلافة العثمانية، ص ۱۸۵.

ترجمه: «معتوه به کسی گفته می شود که فاقد شعور سالم باشد، طوری که سخن وی ناموزون بوده و تدبیر چنین شخص فاسد است».

## ۲-۲- شروط عام حاضن و حاضنه

فقه‌های اسلامی در زمینه حاضن و حاضنه شروط مشترکی را تعیین نموده اند که در ذیل به آن‌ها اشاره می شود:

۱- عقل ۲- بلوغ ۳- حرو آزاد بودن (برده نبودن) ۴- قدرت و توانمندی نگهداری ۵- عدالت و شایستگی اخلاق ۶- سکونت در محل ثابت (مقیم بودن) ۷- رعایت مصلحت طفل (محضون).<sup>۱</sup>

## ۳-۲- شروط خاص حاضنه

۱- بلوغ ۲- عقل ۳- امانت و اخلاق نیکو ۴- قدرت و توانمندی نگهداری ۵- مسلمان بودن ۶- عدم ازدواج مادر با مرد بیگانه ۷- زن از محرّمات طفل ۸- به نظر احناف حاضنه از حضانت طفل بدون عوض امتناع نوزد و پدر طفل مُعسر (تهی دست) باشد.<sup>۲</sup>

## ۴-۲- شروط خاص حاضن

۱- عقل ۲- بلوغ ۳- حر و آزاد بودن (برده نبودن) ۴- قدرت و توانمندی نگهداری ۵- عدالت و شایستگی اخلاق ۶- سکونت در محل ثابت (مقیم بودن) ۷- رعایت مصلحت طفل (محضون).<sup>۳</sup>

## ۳-۳- برتری مادر بر حضانت طفل

۱-۳- حق حضانت طفل به مادر واگذار شده است، اگرچه مادر بدون اجرت، حضانت طفل را با موجودیت داوطلب برای نگهداری نپذیرد، این در صورتی است که پدر طفل توانایی مالی داشته باشد.<sup>۴</sup>

۲-۳- حق حضانت اجباراً منسوب به مادری شود و اجرت پرداخت مصارف حضانت طفل بر ذمه پدر فقیر دین محسوب می شود تا آن را پرداخت نماید. در صورتی که داوطلب و هیچ یکی از اقارب آن‌ها برای نگداری طفل آماده نباشد.<sup>۵</sup>

۱. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۷۳۱۴.

۲. زحیلی، وهبه، ج دهم، ص ۷۳۱۴.

۳. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۷۳۱۴.

۴. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۷۳۱۴.

۵. عبدالرحمن، الجزایری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج چهارم، ص ۴۶۰.



۳-۳- حق حضانت طفل برای شخص داده می شود که داوطلب برای نگهداری طفل است. در حالی که مادر بدون اجرت آماده نگهداری نیست و پدر طفل نیز فقیر بوده و توانایی پرداخت اجرت را ندارد.<sup>1</sup>

#### ۴- اجرت حضانت

فقهای اسلامی می گویند، نگهداری کودک یک عمل اخلاقی و احسن عملی بشمار می رود - هرچند مادر کودک عدّه طلاق اش خاتمه یافته باشد؛ استحقاق اجرومزد را دارد. اما همسر وزن که در حال گردانیدن طلاق رجعی قرار دارد، استحقاق اجرت نگهداری کودک را ندارد و اداء آن بالای پدر واجب است، از نظر فقهای مالکی زمان حضانت پسر پس از بلوغ به پایان می رسد و حضانت و نگهداری از دختر باید تا ازدواج او ادامه داشته باشد.<sup>2</sup>

#### ۵- مدت حضانت

فقهای مذاهب اربعه در رابطه به مدت حضانت نظریات متفاوت دارند که بطور خلاصه به آن پرداخته می شود:

#### ۱- ۵- نظریه حنفی

وقتی محضون پسر باشد و از خدمات زنان بی نیاز شده باشد و بطور مستقل امور خود را تنظیم نماید، مدت حضانت او که معمولاً تا سن ۷ سالگی است خاتمه می یابد. ولی در مورد اینکه محضون دختر باشد حضانت او تا رسیدن دختر به سن حیض که ۹ سالگی است ادامه می یابد.<sup>3</sup>

#### ۲- ۵- نظریه مالکی

مدت حضانت پسر از زمان تولد تا بالغ شدن و از دختر تا ازدواج است.<sup>4</sup>

#### ۳- ۵- شافعی

حضانت مدت معلوم ندارد، بلکه طفل نزد مادرش می ماند تا (صاحب تشخیص) شود و بتواند یکی از والدین را انتخاب نماید، اگر پسر مادر را انتخاب کرد، شب نزد او و روز نزد پدر می ماند تا پدر به تعلیم او به پردازد، و اگر دختر مادر را انتخاب کرد روز و شب نزد اومی ماند، اگر فرزند خواه

---

1. سید سابق، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، ج سوم، صص ۲۹۷-۲۹۸.

2. جزایری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج چهارم، ص ۴۵۹.

3. سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج سوم، ص ۱۶۶۶.

4. عبدالرحمن، الجزایری، فقه علی المذاهب الاربعه، ج چهارم، ص ۴۶۰.

پسر باشد یا دختر هر دو (پدر و مادر) را انتخاب کرد میان آن دو قرعه انداخته می شود و اگر ساکت بود حضانت اش حق مادر است.<sup>1</sup>

#### ۴-۵- حنبلی

مدت حضانت پسر و دختر تا ۷ سالگی است و پس از آن طفل مخیر است و تحت حضانت کسی قرار می گیرد که انتخاب کند خواه پدر باشد یا مادر.<sup>2</sup>

با توجه به نظریات فقهای اسلامی، نظریه مالکیه در پیوند به مدت حضانت از قوت عقلانی تری برخوردار است، زیرا قید بالغ شدن و ازدواج دختر نقطه قوت و عطف توجه عقلانیت چنین نظریه را به تصویر کشیده است و چنین نظریه امروزه از کاراترین نظریه در شرایط زندگی مدنی اخلاقی و انسانی محسوب می شود.

#### ۶- مستحقین حضانت

اصل در حضانت اطفال حق اولویت برای زنان است در صورت عدم موجودیت آن ها برای مردان و اگذار می شود؛ زیرا زنان در بعد نگهداری و مراقبت نسبت به مردان بخاطر شفقت و عطوفت که دارند در صبورتر اند.<sup>3</sup> و فقهای کرام در رابطه اتفاق نظر دارند اما در رابطه به اشخاص غیر مادر اختلاف نظر دارند که چه کسی بعد از مادر در حضانت طفل مقدم تر است.

#### ۱-۶- نزد حنفیه

ترتیب حضانت نزد احناف چنین است: حق اولویت نخست برای زنان محرم، سپس عصبه مردان، بعد حق خویشاوندان مردان غیر از عصبات است.<sup>4</sup>

#### ۲-۶- نزد مالکیه

مادر و اصول او در حضانت طفل نسبت به دیگران حقدارتر اند، سپس پدر و خویشاوندان، اگر این دونوع خویشاوندان موجود نباشد در این صورت حق حضانت برای ولی و سرانجام چنین حق برای عصبات می رسد.<sup>5</sup>

---

1. مغنیه، محمد جواد، احوال الشخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه: مصطفی جباری و حمید مسجد سرای، صص ۱۱۱-۱۱۲.

2. وزارة اوقاف والشؤون الاسلامیه، الموسوعه الفقهيه، ج هفدهم، صص ۳۱۴-۳۱۵.

3. الكاسانی، بدایع الصنائع، ج چهارم، ص ۴۱.

4. الكاسانی، بدایع الصنائع، ج چهارم، ص ۴۱ و ابن نجیم، البحر الرایق، ج چهارم، ص ۱۸۱.

5. العبدری، التاج والإكلیل، ج چهارم، ص ۲۱۴.

۳- ۶- نزد شافعیه

مستحقین حضانت نزد شافعیه دارای حالات ذیل است:

۱- ۱- ۶- زنان

اگر آنها زنان باشند، طبق قرابت نزدیک و دوربودن مستحقین حضانت می باشند.

۲- ۱- ۶- مردان

اگر آنها مردان باشند حق حضانت برای مردی می رسد که ذی رحم محرم و وارث برای

محضون باشد

۳- ۱- ۶- زنان و مردان

اگر زنان و مردان هر دو موجود باشند در این صورت حق حضانت نخست برای مادر، سپس

مادرِ مادرتا اخیر و در نهایت برای پدر است.<sup>1</sup>

۴- ۱- ۶- نزد حنابله

نخست حق حضانت برای مادر، و مادران نزدیک او ثابت می گردد. اما در صورت عدم

موجودیت آن ها برای خویشاوندان نزدیک حق حضانت می رسد.<sup>2</sup>

۷- حق تعلیم و تربیت

تعلیم و تربیت یکی از مهمترین حق طفل یعد از تولد است، مسولیت چنین امر مهم، بردوش

والدین طفل است که دارین مطلب نخست به حق تربیت و انواع آن و سپس به حق تعلیم و انواع آن می

پردازیم:

۱- حق تربیت و انواع آن

۱-۱- حق تربیت

۱- ۱- ۱- تربیت اجتماعی

یکی از ویژگی های وجودی انسان تربیت اجتماعی بودن او است که والدین در این زمینه مکلف

اند که در زمینه جهت شکوفایی و بالندگی تربیت اجتماعی تلاش به خرج بدهند، زیرا جامعه سالم

درگرو تربیت اجتماعی اطفال است.<sup>3</sup>

۲- ۱- ۱- تربیت بدنی

---

1. الشریینی، مغنی المحتاج، ج سوم، ص ۴۵۱.

2. ابن قدامه، المغنی، ج نهم، ص ۲۹۹.

3. مجید وزیری، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، صص ۲۱۵ - ۲۱۴.

والدین علاوه بر تربیت اجتماعی، مکلف به تربیت بدنی اطفال نیز هستند. زیرا عقل سلیم در بدن سالم است و لازمه چنین عمل برمی گردد به توانایی جسمی اطفال. زیرا ضعف جسمی مانع برای پیش رفتن آنها در زندگی می شود.<sup>1</sup>

### ۳-۱-۱- تربیت فکری

عقل یگانه ابزار دانش و معرفت است که انسان را نسبت به موجودات دیگر متمایز می سازد. والدین علاوه بر مکلفیت تربیت اجتماعی و بدنی اطفال، تربیت فکری او را نیز دارند. زیرا رشد تربیت فکری هم اطفال و جامعه را سمت رشد و تعالی هدایت می کند.<sup>2</sup>

### ۴-۱-۱- تربیت عاطفی و انسانی

انسان ذاتاً موجود عاطفی است منظور از تربیت عاطفی و انسانی تقویت جنبه های انسانی اطفال است مانند احساس لذت، احساس درد، شادمانی، اندوه، ایثار، حُبّ نیکی و تنفر از بدی است.<sup>3</sup>

### ۵-۱-۱- تربیت بهداشتی

رعایت تربیت بهداشتی باعث سلامت جسمی و روانی است. زیرا رعایت چنین امر باعث می شود تا اطفال از سلامت جسمی و روانی برخوردار شوند و هم خانواده و هم جامعه مصون بماند.<sup>4</sup>

### ۶-۱-۱- تربیت جنسی

والدین به صورت تدریجی و حکیمانه با در نظر داشت مراحل نوجوانی، رسیدن به مرحله ازدواج به صورت کنایه و اشاره و پس از بلوغ به طور صریح بیان نمایند.<sup>5</sup>

### ۲-۱-۱- حق تعلیم و انواع آن

تعلیم یک حق انسانی است که چنین حق باعث شده است که بزرگان نسبت به کوچکان احساس مسولیت کنند و زمینه تعلیم فراهم آورند. یکی از حقوق اساسی اطفال بر والدین حق تعلیم است که در این مطلب به انواع حق تعلیم پرداخته می شود:

### ۱-۱-۱-۲- تعلیم توحیدی

1. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، ص ۴۶.
2. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، صص 52-51.
3. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، صص 48-49.
4. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، صص 51-52.
5. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، صص ۵۰-۵۳.

اساسی ترین مکلفیت والدین نسبت به فرزندان تعلیم درست علم توحید است، که عبارت از باور  
راسخ داشتن به وجود خدا، فرشته ها، کتاب ها، پیامبران، روز آخرت، قضا و قدر و زنده شدن بعد  
از مرگ است.<sup>1</sup>

#### ۲-۱-۲- تعلیم محبت پیامبر و اصحاب کرام

والدین اولین معلم هستند که می توانند بذر محبت پیامبر گرامی اسلام را در دل کودک بکارند و  
بفهمانند که پیامبر اسلام اولین و آخرین و گرامی ترین پیامبران است و پیروی از او باعث کامیابی  
دنیا و آخرت می گردد.

#### ۳- ۱- ۲- تعلیم قرآن

#### (خیرکم من تعلم القرآن و علمه)<sup>2</sup>

ترجمه: «بهترین شما کسانی هستند که قرآن را بیاموزند و آن را برای دیگران آموزش می  
دهند».

#### ۴- ۱- ۲- تعلیم اخلاقی و تربیتی

علمای اخلاق و صاحب نظران تعلیم و تربیت گفته اند از مسایل اخلاقی و تربیتی نظری است که  
باید آموخت و بخش دیگر عملی است که باید به آن ها عمل نمود. بنابراین، والدین باید این دو بخش را  
رعایت نمایند.<sup>3</sup>

#### ۵- ۱- ۲- تعلیم فرایض دینی

تعلیم فرایض دینی به عنوان یک تکلیف و وظیف والدین است تا به اطفال خود تعلیم بدهند تا بخ  
مرور زمان انسان دیندار به بار آید.

#### ۶- ۱- ۲- آموزش فن و حرفه

علمای همه مذاهب بر این باوراند که آموزش فنون و حرفه ها به کودکان هر یک با توجه به  
علاقه و استعداد شان واجب است.<sup>4</sup>

#### ۷- ۱- ۲- تعلیم زبان عربی و علوم مفید

---

1. مجید وزیری، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، صص ۲۱۵ - ۲۱۴.

2. بخاری و مسلم.

3. مجید وزیری، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، ص ۲۰۰.

4. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، ص ۲۷.

زبان عربی کلید فهم قرآن و سنت و بستر علوم و معارف شریعت اسلامی است. همچنین آموزش علوم و زبان های دیگر نیز برای کودک مفید می باشد.<sup>1</sup>

**مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات حضانت در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی**

**الف: اشتراکات**

قانون مدنی و فقه اسلامی در موارد ذیل هم نظراند:

۱- قانون مدنی و فقه اسلامی تعریفی که از حضانت آورده اند، یکسان است. زیرا هر دو جانب مصلحت و نیک سرانجامی طفل را مطمح نظر قرار داده اند.

۲- قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به شرایط حاضن یا حاضنه که همانا عقل، بلوغ و امین بودن حاضانه است توافق دارند.

۳- قانون مدنی و فقه اسلامی در مورد برتریت حضانت طفل، مادر را نسبت به دیگران به دلیلی عاطیفی بودن برتر دانسته اند.

۴- قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به مکلف بودن پدر در پرداخت اجرت، مستحق بودن و نبودن (در صورتی که منحوسکه زوج و یا در عدت رجعی باشد) مادر در اخذ اجرت حضانت، با هم توافق دارند.

۵- قانون مدنی و فقه اسلامی مدت حضانت را برای پسر هفت سالگی و برای دختر نه سالگی - مطابق فقه حنفی تعیین نمودن.

**ب: افتراقات**

قانون مدنی و فقه اسلامی در موارد زیر با هم اختلاف دارند:

۱- قانونگذار مدنی تعریفی از حاضن، حاضنه و محضون نکرده است، اما فقهای اسلامی آن ها را تعریف نموده اند.

۲- قانون مدنی در رابطه به موضوع تعلیم و تربیت اطفال سکوت نموده است اما فقه اسلامی نسبت به حق تعلیم و تربیت طفل توجه خاص مبذول داشته است.

---

1 زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، ص 43 و الفقه الاسلامی وادلته، ج دهم،



## مبحث چهارم: حقوق نفقه

این مبحث دارای سه مطلب است، مطلب اول حق نفقه از منظر قانون، مطلب دوم حق نفقه از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات حق نفقه در قانون مدنی و فقه اسلامی دارد.

### مطلب اول: حق نفقه از منظر قانون مدنی

#### الف: تعریف نفقه

قانون مدنی نفقه را چنین تعریف نموده است: «نفقه زوجه مشتمل است بر طعام، لباس، مسکن و تداوی مناسب مطابق به توان مالی زوج».<sup>1</sup>

قانونگذار مدنی در ماده فوق در خصوص نفقه مادر سخن گفته است که به طفل نیز تعلق می‌گیرد، زیرا طفل تابع مادر است.

#### ب: وجوب نفقه طفل - صغیر و صغیره

قانونگذار مدنی وجوب نفقه طفل - صغیر و صغیره را چنین بیان کرده است: «نفقه با تمام انواع آن در قسمت پسر صغیر تا وقت توان کسب و کار و در قسمت دختر صغیره تا وقت ازدواج بدوش پدر می‌باشد».<sup>2</sup>

#### ج: شروط وجوب نفقه طفل

قانون مدنی شرط وجوب نفقه طفل را حکم می‌نماید: «پدر مکلف به پرداخت نفقه زوجه پسرش نمی‌گردد، مگر اینکه قبلاً به آن تعهد نموده باشد. در این صورت پدر حین پسر مصارف نفقه را از وی مطالبه می‌نماید».<sup>3</sup> همچنین قانونگذار مدنی نفقه پسر و دختری که درآمدی کافی برای تامین زندگی نداشته باشند را نیز ضمناً در قانون مدنی بیان نموده است: «مصارف نفقه پسر یا دختر صاحب کسب و کار در صورت کفایت از عواید شان تامین گردیده و در صورت عدم کفایت بقیه نفقه از طرف پدر تکمیل می‌گیرد».<sup>4</sup>

#### د: صلح در نفقه طفل

قانون مدنی در خصوص توافق والدین بر نفقه اولاد را چنین اعلام می‌نماید: «زوجین می‌توانند در مورد مصارف نفقه اولاد شان صلح نمایند. هرگاه صلح به کمتر از نفقه لازمه صورت گرفته باشد.

1. ماده (۱۴۱) قانون مدنی.

2. ماده (۲۵۶) قانون مدنی.

3. ماده (۲۶۲) قانون مدنی.

4. ماده (۲۵۸) قانون مدنی.



پدر مکلف به تکمیل نفقه بوده و در صورت صلح به مقدار بیشتر از نفقه لازمه و وجود تفاوت فاحش پدر پرداخت مقدار اضافی مکلف گردانیده نمی شود.<sup>1</sup>

قانونگذار مدنی در ماده فوق بطور صریح در زمینه مصارف نفقه و مقدار آن در نفقه اولاد صحبت نموده و والدین را مخیر نموده است که در زمینه نفقه اولاد با هم صلح نمایند. واژه اولاد عام است که دربرگیرنده طفل نیز می شود. بنابراین می توان گفت که والدین می توانند در خصوص نفقه و مقدار آن برای طفل با هم صلح نمایند.

### ه: اشخاص مسؤل نفقه طفل

قانون مدنی در مورد اشخاص مسؤل نفقه طفل، در مواد زیر چنین تصریح نموده است:

۱ - «نفقه با تمام انواع آن در قسمت پسر صغیر تا وقت توان کسب و کار و در قسمت دختر صغیره تا وقت ازدواج بدوش پدر می باشد».<sup>2</sup>

۲ - طفلی که پدرش وجود نداشته و مالک دارایی مشخصی نباشد در حالی که اقارب طفل مرکب از اصول و حواشی باشد، نفقه وی به ترتیب آتی پرداخته می شود:

۱- ۲- در صورتی که تنها اصول و یا حواشی وارث طفل باشد. اصول خواه وارث طفل گردد یا نه، مکلف به پرداخت نفقه می باشد؛

۲- ۲- در صورتی که اصول و حواشی مشترکاً وارث طفل باشند. نفقه به تناسب سهم میراث هر کدام پرداخته می شود».<sup>3</sup>

### مطلب دوم: حق نفقه از منظر فقه اسلامی

#### الف: تعریف نفقه

##### ۱- در لغت

(النَّفَقَةُ فِي اللُّغَةِ اسْمٌ مِنَ الْإِنْفَاقِ وَمِنْ مَعَانِيهَا مَا يَنْفَقُ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَنَحْوِهَا وَالزَّادُ).<sup>4</sup>

«نفقه در لغت اسمی از انفاق می باشد و از جمله معانی آن خرج نمودن درهم و مانند آن از توشه و زاد می باشد. آن چیزی است که انسان به عیال خود مصرف می نماید».

1. ماده (۲۶۳) قانون مدنی.

2. ماده (۲۵۶) قانون مدنی.

3. ماده (۲۶۱) قانون مدنی.

4. ابراهیم، مصطفی، احمد الزیاد، حامد عبدالقادر، محمد النجار، المعجم الوسیط، ج دوم، ص ۹۴۲.

## ۲- در اصطلاح

«نفقه عبارت از آماده کردن مایحتاج و لوازم زندگی همسر از قبیل خوراک، پوشاک، مسکن، خدمات لازمه و درمان و امثال آن ها است»<sup>۱</sup>.

### ب: حق نفقه در فقه اسلامی

نفقه در درجه اول حق و تکلیف طبیعی شرعی و اخلاقی پدر و مادر در قبال فرزند به سن بلوغ نرسیده باشد است نفقه طفل یک حق مالی است که در این بخش مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- حکم وجوب نفقه طفل - صغیر و صغیره

(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>۲</sup>

ترجمه «بر آن کس که فرزند برای او متولد شده (پدر) لازم است تا خوراک و پوشاک مادران را (در آن مدت) بگونه شایسته بپردازد».

از آیه فوق به خوبی می توان استنباط کرد که سبب وجوب نفقه طفل، طفولیت طفل است و این موضوع را از بعد وجوب نفقه زوجه مورد بررسی قرار می دهیم. زیرا طفل تابع مادر بوده و جز طفلیت چیزی دیگری سبب برای وجوب نفقه در بخش فقهی بنظر نمی رسد. بنابراین می توان از طریق اصل که مادر است و طفل که فرع محسوب می شود، وجوب نفقه را ثابت نمود.

### 2- انواع نفقه طفل

نفقه اطفال از جمله حق مالی است که شامل مصارف (رضاعت، حضانت، لباس و مسکن، عقیقه و تکفین و تجهیز) طفل بوده که در ذیل به هر کدام آن ها بطور مختصر پرداخته می شود:

۱- ۱- مصارف رضاعت طفل

فقه های اسلامی به این باوراند که در صورتی عدم تمکن مالی طفل، اجرت آن بر پدر واجب است. اما در صورتی که پدر توان مالی نداشته و یا وفات نموده باشد، اجرت رضاعت طفل بر کسی واجب بوده که نفقه طفل بر او واجب شده است.<sup>۳</sup>

بنابراین؛ برای اثبات مدعی فوق می توان با آیات زیر استدلال نمود:

۱- (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>۴</sup>

۱. سابق، سید، فقه السنه، ص ۱۱۲۶.

۲. بقره / ۲۳۳.

۳. بدائع الصناعات، ج چهارم، ص ۳۰-۳۲-۳۳ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج چهارم، ص ۲۱۹ وحاشیه ابن

عابدین، ج دوم، ص ۶۷۵.

۴. بقره / ۲۳۳.

ترجمه: «برآن کس که فرزند برای او متولد شده (پدر) لازم است تا خوراک و پوشاک مادران را (در آن مدت) بگونه شایسته بپردازد».

۲- (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)<sup>1</sup>

ترجمه: «اگر آنان (حاضر شدند بعد از جدایی، فرزندان) شما را شیردهند، مزد شان را به تمام وکمال بپردازید».

۲- ۱- أُجْرَتِ رِضَاعَتِ

أُجْرَتِ رِضَاعَتِ مانند نفقه طفل است، زیرا شیردهی در حق طفل مانند نفقه کردن در حق کبیرمی باشد و نفقه طفل که صاحب مال نباشد برای پدر و اقارب که عهده‌ار نفقه طفل گفته شده اند.<sup>2</sup> با توجه به سخن های رفته می توان گفت که طفل تابع مادر بوده و تنها راه تغذیه و رساندن نفقه به طفل پرداخت أُجْرَتِ و رسیدگی به مادر طفل می باشد البته تنها در مدت زمان رضاعت، چنین امر به عنوان یک پدیده عاطفی و گزاره اخلاقی در خور شأن محسوب می شود.

۳- ۱- مَصَارِفِ حِضَانَتِ طِفْلِ

فقه‌ای اسلامی بر این نظر هستند که أُجْرَتِ حِضَانَتِ طِفْلِ بر کسی واجب بود نفقه آن نیز بر وی واجب می باشد.<sup>3</sup>

با توجه به استدلال فوق می توان گفت که مَصَارِفِ حِضَانَتِ از جمله اسباب کفایت بوده، مانند نفقه ای که از جمله اسباب کفایت تقوی می شود. لذا طوری که نفقه ای طفل بر عهده داران نفقه ای وی لازم بوده أُجْرَتِ حِضَانَتِ وی نیز بردوش آن ها واجب می گردد.<sup>4</sup>

۴- ۱- مَصَارِفِ لِبَاسِ وَمَسْكَنِ

فقه‌ای اسلامی بدین نظراند همان طور که مَصَارِفِ پوشاک و محل بود و باش طفل فقیر بدوش اشخاص می باشد که نفقه ای وی را بر عهده دارند.<sup>5</sup>

و دلیل فقه‌ای برای اثبات موضوع مزبور چنین استدلال کرده اند که در ذیل به آن پرداخته می شود:

---

۱. طلاق / ۶.

۲. حاشیه ابن عابدین، ج دوم، ص ۶۷۵ و جامع احکام الضغار، ج سوم، ص ۴۵ و الکافی فی المذهب الامام احمد بن حنبل، ج دوم، ص ۳۷۹ و المبدع، ج هشتم، ص ۲۲۱.

۳. مغنی المحتاج، ج دوم، صص ۳۴۵-۴۵۵ و الانصاف، ج نهم، ص ۴۱۶.

۴. المبسوط، ج پنجم، ص ۲۲۳، روضة الطالبین، ج نهم، ص ۹۸.

۵. کشاف القناع، ج پنجم، ص ۴۸۶.

کفایت دلیل وجوب نفقه است، کسانی که مکلف برپرداخت نفقه طفل باشند مصارف پوشاک و مسکن وی نیز بر آنان واجب می گردد.<sup>1</sup>

۵- ۱- مصارف عقیقه طفل

در زمینه مصارف عقیقه طفل بین فقهای اسلامی نظریات متفاوتی وجود دارد که بطور مختصر به آن می پردازیم:

۱- مذاهب مالکیه و حنابله

قول مشهور در این دو مذهب بر این است که مصارف پرداخت عقیقه طفل از مال پدر است و بس چنانچه فقیری در قید حیات باشد و یا وفات کرده باشد.<sup>2</sup>

۲- مذهب مالکی

مصارف پرداخت عقیقه طفل در صورتی که طفل ثروت داشته باشد از ثروت خودش پرداخته می شود ولی در صورتی که ثروت نداشته باشد مصارف عقیقه از مال پدر پرداخته می شود.<sup>3</sup>

۳- پرداخت مصارف عقیقه بر ذمه کسانی است که نفقه طفل را تأمین می کنند برابر است که طفل غنی باشد یا فقیر.<sup>4</sup>

۶- ۱- مصارف تکفین و تجهیز طفل

فقهای کرام بر این نظر اند، مصارف تکفین طفل فقیر بردوش کسانی واجب بوده که نفقه وی را بردوش داشته اند.

دلیل اول: در صورتی که عهده داران نفقه طفل ناتوان از تهیه ای آن بوده، هزینه تکفین طفل از بیت المال پرداخت می شود.<sup>5</sup>

دلیل دوم: بیت المال بخاطر رفع نمودن هواج مسلمین اساس گذاشته شده تا حاجت نیازمندان را رفع نموده و به مصالح آن ها پردازد در صورت عدم بیت المال مصارف تکفین و تجهیز مسلمان موسر بردوش مال اغنیاء است.<sup>6</sup>

---

1. کشف القناع، ج پنجم، ص ۴۸۶.

2. والمغنی، ج سیزدهم، ص ۳۹۷ و المقنع، ج اول، ص ۴۸۲ والانصاف، ج چهارم، صص ۱۱۰-۱۱۲.

3. طرابلسی، شمس الدین ابو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المالکی، مواهب الجلیل فی شرح مختصر الخلیل، ج سوم، ص ۲۵۶، ناشر: دار الفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ه ق - ۱۹۹۲ م.

4. المجموع شرح المذهب، ج هجدهم، ص ۴۳۲.

5. نهاية المحتاج، ج دوم، ص ۴۶۳.

6. فتح القدير، ج دوم، ص ۷۷ و البحر الرائق، ج دوم، ص ۱۹۰.

## 2- شروط و سبب وجوب نفقه طفل

(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>1</sup>

ترجمه: «بر آن کس که فرزند برای او متولد شده (پدر) لازم است تا خوراک و پوشاک مادران را (در آن مدت) بگونه شایسته بپردازد».

### ۱- ۱- فقر طفل

فقرو ناتوانی طفل در کسب کار به خاطر بدست آوردن نفقه یکی از شروط انفاق بروی می باشد، پرداخت نفقه آن ها بر عهده آن واجب می گردد، البته تا زمانی که به سن قانونی برسد. فقهاء کرام در خصوص این شرط انفاق نظر دارند، بنابراین دلایل ذیل:

دلیل اول: نفقه بر دیگران مبنی بر همدردی، غمخواری و کمک بوده و این همه مرادف کلمه مواسات در اصطلاح فقهی می باشد. ناتوانی طفل یک نوع حرج است، رفع حرج و فقر طفل ضرورت به همدردی دارد؛ اما در صورتی که طفل توانایی مالی (مثل متروکه والدین و تبرع اقارب) داشته باشد نیازی به همدردی ندارد و نفقه وی بر دیگران نیز واجب نمی باشد.<sup>2</sup>

دلیل دوم: نفقه طفل ثروتمند بر عهده ای اقارب وی واجب نمی گردد، بلکه نفقه اقارب فقیر وی بر او واجب می گردد تا همدردی و مواسات صورت گرفته، رفع احتیاجات آن ها گردد؛ هرگاه نفقه طفل ثروتمند بر دیگران واجب گردد تعارض به وجود می آید.<sup>3</sup>

زیرا قرار گرفتن یک شخص هم فقیر و هم غریب در دو صورت ممکن نیست. بنابراین می توان گفت که فقر شرط وجوب نفقه طفل است.

### ۲- ۱- موسر بودن مُنفق

فقه‌های اسلامی بر این نظراند در صورتی برخوردار از اقارب طفل از تمکن مالی اضافه از مصارف اصلی شان مکلف به پرداخت نفقه طفل می باشند.

دلایل آن قرار ذیل است:

دلیل اول: (ابدأ بنفسک فتصدق علیها فإن فضل شیءٍ فلاهک فإن فضل عن أهک شیءٍ فلیذی قرابتک).<sup>4</sup>

ترجمه: «از خود شروع کن پس تصدیق کن بر آن پس اگر چیزی برتری داشت پس برای خانواده ات پس اگر برتر بود از خانواده ات چیزی پس برای او است نزدیکی تو».

1. بقره / ۲۳۳.

2. المذهب، ج هجدهم، ص ۲۹۸.

3. المبسوط، ج پنجم، ص ۲۲۳.

4. صحیح مسلم، کتاب الزکاة، باب الإبتداء فی النفقة بنفس ثم اهله ثم القرابه، ج دوم، صص ۶۹۲ - ۶۹۳.

دلیل دوم: پرداخت نفقه طفل در صورت بردیگران واجب می گردد که از توانایی مالی برخوردار باشند.<sup>1</sup>

دلیل سوم: نفقه بردیگران بر اساس مواسات و همدردی صورت گرفته که این بر محتاج واجب نیست مثلی که بر فقیرزکات مال نمی باشد. پس نفقه طفل بالای اقارب فقیر و محتاج وی لازم نمی باشد.<sup>2</sup>

### ۳-۱- اتحاد دین

اگر طفلی پیرو دین اسلام باشد و اقارب وی که عهده داری پرداخت نفقه ای او است، اما کسی که پیرو دین اسلام نباشند مانند هندو هیزم و غیره و یا برعکس آن نفقه یکی بالای دیگری واجب نمی گردد. چون وحدت دین میان هر دو وجود نداشته که شرط عمده در انفاق پنداشته می شود.<sup>3</sup>

### ۴-۱- حُریت مُنْفِق و مُنْفَق علیه

اشخاصی که پرداخت نفقه اولاد را به دوش داشته و یا اولادیکه نفقه آن ها به دوش اشخاص متوالی می باشد که آزادی و حریت هر دو جانب در خصوص انفاق، شرط انفاق تلقی می شود که در این شرط فقهاء اتفاق نظر دارند.<sup>4</sup>

### ۵-۱- صلح در نفقه طفل

(وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرُّضِعْ لَهُ الْآخِرَى)<sup>5</sup>

ترجمه: «بایکدیگر درباره سرنوشت فرزندان زیبا و پسندیده مشورت کنید اگر بر همدیگر سخت گرفتید و به توافق نرسیدید دایه ای شیر دادن به کودک را مرد بر عهده می گیرد».

از لایه های درونی آیه فوق می توان به خوبی فهمید وقتی بین زن و شوهر در رابطه به نفقه طفل که همانا شیر دادن است؛ زن و شوهر می توانند در خصوص نفقه طفل هر طوری که لازم می بینند صلح نمایند، اما اگر چنین نشد پدر مکلف به پرداخت اجرت دایه شیرده برای طفل می باشد.

1. بدائع الصنائع، ج چهارم، ص ۳۴.

2. کشاف القناع عن متن الاقناع، ج پنجم، ص ۴۸۲.

3. المبدع، فی شرح المقتع، ج هشتم، ص ۲۲۰.

4. دردیری، ابی البرکات احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغیر علی اقرب المسالک الی مذهب امام مالک، ج دوم، ص ۳۳۰، نشر دیجیتال: ۲۰۰۸ م.

5. طلاق، ۶.

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات نفقه در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

#### الف: اشتراکات

قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به حق نفقه طفل در موارد ذیل نظریات مشترک دارند:

۱- تعریف نفقه؛ شامل طعام، لباس، مسکن و تداوی می باشد.

۲- وجوب نفقه طفل بر پدر.

۳- انواع نفقه بصورت کلی؛ (پوشاک، خوراک، مسکن و تداوی).

۴- صلح بر نفقه طفل.

#### ب: افتراقات

قانون مدنی با فقه اسلامی در خصوص نفقه ای طفل در رابطه به موضوعات آتی وجه افتراق

دارد:

۱- قانون مدنی از جزئیات انواع نفقه سخن نگفته بلکه بطور کلی اشاره نموده است، اما فقه

اسلامی انواع نفقه را با شرح و بسط آن بیان نموده است.

۲- قانون مدنی در مورد شروط وجوب نفقه تنها فقیر بودن طفل را شرط دانسته است، اما فقه

اسلامی بر علاوه فقیر بودن طفل، موسر بودن منفق، اتحاد دین، حریت منفق و منفق علیه را شرط

وجوب نفقه طفل دانسته اند.

## مبحث پنجم: حقوق ولایت

این مبحث درسه مطلب اختصاص یافته است، مطلب اول حق ولایت از منظر قانون، مطلب دوم حق ولایت از منظر فقه اسلامی و مطلب سوم با نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات موضوع مذکور پرداخته است.

### مطلب اول: حق ولایت از منظر قانون مدنی

#### الف: تعریف ولایت

قانون مدنی در خصوص حق ولایت بر اموال ناقص اهلیت (اطفال) را چنین تعریف نموده است: «ولایت اموال اولاد ناقص اهلیت، به درجه اول به پدر و ثانیاً به جد صحیح، تعلق می‌گیرد. مشروط بر اینکه از طرف پدر و وصی تعیین نگردیده باشد. فقره (دوم) در این صورت ولی و وصی نمی‌توانند، بدون اجازه محکمه با صلاحیت از سرپرستی اموال وی کناره‌گیری نمایند».<sup>1</sup>

#### ب: شروط ولی بر اموال طفل ناقص اهلیت

قانون در مورد صلاحیت های ولی و حق استفاده از حقوق متعلق به ولایت را چنین حکم کرده است: «ولی وقتی می‌تواند از حقوق متعلق به ولایت استفاده نماید که واجد اهلیت کامل در مورد استفاده از عین حقوق متعلق به اموال خود باشد».<sup>2</sup>

#### ج: صلاحیت و مکلفیت های ولی

##### ۱- صلاحیت ولی

قانون مدنی در مورد صلاحیت ولی چنین اشعار می‌دارد: «ولی بمنظور اداره و سرپرستی اموال اشخاص تحت ولایت خود می‌تواند مطابق به احکام مندرج این قانون تصرف نماید».<sup>3</sup> همچنین تصریح نموده است: «فقره (اول) هرگاه صغیر به سن (۱۶) سالگی رسیده باشد ولی می‌تواند به اجازه محکمه با صلاحیت مبلغی را برای تجارت بدسترس وی بگذارد. فقره (دوم) اذن به تجارت، خواه مطلق باشد یا مقید، یا وفات یا عزل ولی از بین نمی‌رود».<sup>4</sup> همچنان چنین حکم نموده است: «ولی می‌تواند از مال شخص تحت ولایتش نفقه خود و یا شخص دیگری را تامین نماید. مشروط بر اینکه قانوناً نفقه‌شان در مال شخص مذکور لازم دانسته شود».<sup>5</sup>

1. ماده (۲۶۸) فقره (اول و دوم) قانون مدنی.

2. ماده (۲۶۹) قانون مدنی.

3. ماده (۲۷۰) قانون مدنی.

4. ماده (۲۷۷) قانون مدنی.

5. ماده (۲۸۲) قانون مدنی.



چنین اشعار می دارد: «پدرمی تواند عقدی را باسم شخص تحت ولایت خویش بحساب خود یا شخص دیگری انجام دهد. مگر اینکه قانون خلاف آن حکم کرده باشد».<sup>1</sup>

در ماده فوق هر چند لفظ ولی ذکر نشده اما پدر خود ولی طفل می باشد.

## ۲- مکلفیت ولی

قانون مدنی مکلفیت ولی را چنین حکم نموده است: «ولی مکلف است فهرست مکمل اموال متعلق به شخص تحت ولایت خود را در ظرف دوماه از آغاز ولایت یا از تاریخی که شخص تحت ولایت، مالک دارائی گردیده است، ترتیب نموده و به اداره مربوط محکمه با صلاحیت تسلیم نماید».<sup>2</sup>

همچنین «پدر از خسارات ناشی از خطای فاحش خود بر اموال شخص تحت ولایت مسئولیت دارد. مسئولیت پدر کلان درین مورد عین مسئولیت وصی می باشد».<sup>3</sup>

مطابق این ماده اگر ولی در خصوص مکلفیت خویش مرتکب سهل انگاری خود شود باید خسارت ناشی از عمل خود را برای تحت ولایت خویش بپردازد. زیرا هر عقل سلیم حکم می نماید که چنین عمل جبران داشته باشد.

## د: سلب ولایت

قانون مدنی در رابطه به سلب ولایت چنین اشعار می دارد:

۱- «هرگاه نسبت سوء تصرف ولی ضرری به اموال شخص تحت ولایت متوجه باشد، محکمه می تواند ولایت ولی را سلب و یا صلاحیت او را محدود سازد».<sup>4</sup>

۲- «هرگاه ولی غایب شناخته شده یا به مدت بیش از یک سال حبس محکوم گردد، محکمه به تعطیل ولایت وی حکم صادر می نماید».<sup>5</sup>

از مواد فوق به خوبی استنباط می شود، اگر ولی از جایگاه خویش استفاده سوء نماید و چنین استفاده باعث ضرر زدن به اموال شخص تحت ولایت او گردد محکمه با توجه به لوزم دید می تواند او را سلب ولایت نماید و یا صلاحیت او را نسبت به ولایت اش محدود نماید اما اگر ولی در مکلفیت اش غایب باشد یا در اثر ارتکاب جرمی محکوم به حبس بیش از یک سال گردد محکمه نظریه مصلحت اندیشی و خیرخواهی نسبت به اموال مولی علیه ولایت او را تعطیل می نماید.

---

۱. ماده (۲۷۹) قانون مدنی.

۲. ماده (۲۸۱) قانون مدنی.

۳. ماده (۲۸۷) قانون مدنی.

۴. ماده (۲۸۴) قانون مدنی.

۵. ماده (۲۸۵) قانون مدنی.

## ه: انتهای ولایت

قانون مدنی ولایت ولی را درحالات زیرپایان یافته اعلام نموده است:

- ۱- «هرگاه سن شخص تحت ولایت به هجده سال تمام برسد، ولایت ولی بانجام می رسد، مگر اینکه به سببی از اسباب حجر محکمه با صلاحیت بدوام آن حکم نموده باشد».<sup>1</sup>
- ۲- «ولی یا ورثه او مکلف اند اموال شخص تحت ولایت را حین رسیدن او به سن رشد، به وی تسلیم نمایند. و در صورت تصرف، قیمت مال را طبق نرخ روز به وی بپردازد».<sup>2</sup>

## مطلب دوم: حق ولایت از منظر فقه اسلامی

لازمه مسولیت بدو شوی صداقت پیشه گی را می طلبد پذیرش ولایت یک تکلیف شرعی، اخلاقی و انسانی قرآن کریم، احادیث شریف و آموزه های فقهی فقهای اسلامی چنین پذیری را یک امر حیاتی جهت حفظ اموال ناقص اهلیت (اطفال) ضروری می دانند، که در این مطلب به بررسی موضوع ولایت می پردازیم.

## الف: تعریف ولایت

### ۱- در لغت

کلمه «الولاية» به فتح واو مصدر است، و به کسر حرف واو اسم می باشد، و جمع آن «ولایات» می باشد، و معنای آن قرابت و نصرت و سلطنت و منقطه می باشد، و کلمه «استولی» به معنای غلبه و قدرت یافتن بر کسی، و لفظ «المولی» بر چند معانی می آید: پسر کاکا، عصبه، مددگار، حلیف، مُعْتَق، مُعْتَق، و کلمه «الولی» و «والی» یکی از اسماء الله متعال نیز می باشد که به معنای مددگار و متصرف در امور خلاق است.<sup>3</sup>

### ۲- در اصطلاح

ولایت عبارت از قدرت و اقتدار شرعی است که توسط آن، انسان بر امور دیگر تصرف کرده بتواند.<sup>4</sup> به بیانی: ولایت اقتدار شرعی را گفته می شود که توسط آن انسان در امور زندگی دیگری حق

1. ماده (۲۸۳) قانون مدنی.

2. ماده (۲۸۸) قانون مدنی.

3. القیومی، المصباح المنیر (الولی)، ج دوم، ص ۶۷۲ و ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ماده «ولی»، ج ششم، ص ۱۴۱.

4. زحیلی، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۲۵.

تصرف را داشته باشد، و این نوع اقتدار برای شخصی حاصل می شود که اهلیت کامل داشته و در امور خویش کامل التصرف باشد.<sup>1</sup>

### ب: حق ولایت در فقه اسلامی

فقهای اسلامی با توجه به درایتی که در عمق آیات قرآن کریم و احادیث نبوی دارند بحث ولایت بر مال طفل را جهت عدم هم پاشی شیرازه خانوادگی در کتب فقهی به بحث گرفته اند که در این بخش نظرات فقهای اسلامی را در خصوص ولایت بر مال طفل مورد بررسی قرار می دهیم.

#### ۱- ولایت بر مال طفل

ولی بر مال عبارت از سرپرستی و اداره امور مالی در کارگیری و دخل و تصرف مطلوب و حفظ ثروت و دارایی اشخاص فاقد و ناقص اهلیت است که خود توانایی علمی فکری و جسمی لازم را برای اداره آن ندارد. ولایت بر مال طبق فقه بر پدر، پدرکلان، وصی پدر و پدرکلان و وصی قاضی ثابت است.<sup>2</sup>

#### ۱-۱- شروط ولی بر مال طفل

فقهای اسلامی در خصوص اینکه چه کسی می تواند ولایت بر مال طفل را داشته باشد، شرایط آتی را بر شمرده اند:

#### ۱- اهلیت کامل

ولی ولایت بر مال، باید دارای اهلیت کامل یعنی عاقل و بالغ باشد. چون شخص ناقص اهلیت، فاقد صلاحیت دخل و تصرف در اموال خود و دیگران است.

#### ۲- عدم سفیه مذبذرو محجور علیه بودن ولی

ولی ولایت بر مال، غیر سفیه و غیر محجور علیه باشد. زیرا وقتی کسی که جهت تحقق مصلحت خود محکوم به حجر گردیده باشد نمی توان بر اموال و دارایی دیگران ولایت داشته باشد.

---

1. الشلبی، محمد مصطفی، المدخل فی التعریف فی اللغة الاسلامی وقواعدالملکیة والعقود، ص ۵۱۸، دالنهضة العربیة، بیروت، ۱۹۸۱م.

2. الزیلعی، تبیین الحقایق، ج پنجم، ص ۱۹۵.

۳- اتحاد دین میان ولی و مولی علیه

ولی ولایت برمال، دارای دین واحد باشند.<sup>1</sup>

شرایط فوق برای ولایت برمال طفل از یک طرف جلوگیری از حیف و میل اموال طفل می شود و از طرف دیگر اهلیت داشتن و اتحاد دین نیز در اجتماع نظم و نسق و مسولیت پذیری را به وجود می آورد.

۲- ۱- تصرفات ولی برمال طفل

اطفال، مجانین و معتوهین از هر لحاظ آسیب پذیرترین قشر جامعه اند. با توجه به نیاز مبرم فقهای اسلامی جهت مکلف ساختن ولی برای عهده دار شدن ولایت برمال اطفال شرایط ذیل را ضروری پنداشته اند:

۳- ۱- رعایت احتیاط در تصرف اموال

فقهای اسلامی در مورد رعایت احتیاط در تصرف اموال صغیر اتفاق نظر دارند؛

۴- ۱- خرید و فروش اموال

پدرمبذرحق خرید و فروش مال طفل را ندارد، اموال طفل به وصی که اصلح است سپرده می شود. در غیر آن حق ولایت بر اموال طفل را دارد.

بر اساس نظریه حنفیه و مالکیه ولی حق خرید و فروش اموال عقار و منقول اطفال را با در نظر داشت مصلحت آن دارد. اما اگر در آن غبن فاحش وجود داشته باشد جواز ندارد و قابل انفاذ نیست.<sup>2</sup>

۵- ۱- هبه، صدقه و وصیت اموال

ولی «پدر» نمی تواند مال طفل را هبه دهد، تبرع، صدقه و یا وصیت نماید؛ زیرا این عمل سبب از آله ملک بدون عوض که ضرر محض برای طفل تلقی می گردد.<sup>3</sup>

۶- ۱- رهن اموال

بحث رهن اموال یکی از موضوعات بغرنج در مباحث فقهی بین فقهای اسلامی است در خصوص موضوع مذکور در فقه حنفیه دودیدگاه وجود دارد:

---

1. محمد، محی الدین عبدالحمید، احوال شخصییه فی شریعة الاسلامیه، ص ۴۳۴، ناشر: المكتبة التجارية الكبرى، ۲۰۱۹م.

2. زحیلی، و هبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۷۳۳۹.

3. المهدب، ج اول، ص ۳۳۵، و شرح المنتهی، ج دوم، ص ۲۹۲، و مغنی المحتاج، ج دوم، ص ۱۷۴.

۱- امام ابوحنیفه و امام محمد

پدرمی تواند مقداری از اموال فرزند خویش را در مقابل دینی که بر ذمه وی است به رهن بدهد، همان طوریکه مال طفل را به ودیعه داده می توانند.

۲- امام ابو یوسف و زفر

پدر مال طفل را به رهن داده نمی تواند؛ زیرا چنین عمل به مصلحت طفل تمام نمی شود.<sup>1</sup>

۷- ۱- اقامه دعوی جهت اصول دین

ولی توانایی دارد تا جهت مطالبه حقوق مولی علیه اقامه دعوی نماید، و در صورت انکار حلف (قسم) را متوجه خصم نماید، و در برابر دفع عین و دین مولی علیه صلح، اموال مولی علیه بر غیر را قبض نماید.<sup>2</sup>

۸- ۱- قرض دادن اموال

ولی حق قرض دادن، و یا بعنوان قرض نزد خود گرفتن مال طفل «مولی علیه» را ندارد؛ زیرا مفاد متوجه طفل نمی شود. اما می تواند مبلغی یا کالایی را برای طفل صغیر خود قرض بگیرد.<sup>3</sup>

۹- ۱- سرمایه گذاری

جمهور فقهای (حنفیه، شافعیه و حنابله) در خصوص تجارت و انکشاف مال صغیر بدین نظراند: ولی می تواند با مال صغیر تجارت نماید.<sup>4</sup>

۱۰- ۱- اجاره دادن مال

ولی مال صغیر را در برابر اجرت مثل یا بیشتر از اجرت مثل و یا برعکس آن که غبن یسیر در آن متصور باشد به اجاره داده می تواند.<sup>5</sup>

موارد رفته فوق دلالت صریح و شفاف بر این دارد که طفل هم به لحاظ بدنی و هم به لحاظ ذهنی نیاز مبرم برای توجه دیگران دارد. بنابراین ملحوظ فقهای کرام موارد فوق را برای نفع مالی اطفال در نظر گرفته اند.

۱۱- ۱- تأمین نفقه ولی

---

1. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۷۳۳۴.

2. البهوتی، منصور بن یونس بن ادريس، شرح منتهی الارادات، ج دوم، ص ۲۹۳ - ۲۹۶، ناشر: عالم الکتب، طبع اول، ۱۴۱۴هـ - ۱۹۹۳م، بیروت.

3. موسی، محمد یوسف، احکام احوال الشخصیه فی الفقه الاسلامی، ص ۴۵۷.

4. سوید، محمد نور، تربیت فرزندان از دیدگاه پیامبر، ترجمه محمد صالح سیدی، ص ۲۹۹.

5. موسی، محمد یوسف، احکام احوال الشخصیه فی الفقه الاسلامی، صص ۴۵۵-۴۵۶.

فقهای اسلامی درباره تأمین نفقه ولی از مال مولی علیه نظریات مختلف دارند:

۱- حنفیه

فقهای حنفیه به صورت مطلق تأمین نفقه از مال صغیر را منع نموده اند.

۲- مالکیه

فقهای مالکیه ولی در صورتی که غنی باشد از مال صغیر نفقه ای خویش را تأمین نمی تواند.

۳- شافعیه

فقهای شافعیه بدین باورند که ولی مستحق هیچگونه نفقه و اجرت از مال صغیر نمی شود. اما در صورتی که فقیر باشد و ولایت مانع اکتساب درآمد وی گردد حد اقل نفقه و اجرت را به گونه شایسته از مال صغیر اخذ نماید.

۴- حنابله

فقهای حنابله نیز گفته اند صرف ولی می تواند، نه حاکم و امین، حاکم می تواند در صورت حاجت نفقه خود را از مال صغیر به صورت حد اقل تأمین نماید، اما در صورت نبود نیاز چنین حق را ندارند.<sup>1</sup>

آنچه را در رابطه به تأمین نفقه ولی از مال صغیر را در نظرات فقها بررسی نمودیم به نظر می رسد نظر شافعیه با قید عدم اکتساب درآمد ولی عقلانی ترین نظر است زیرا شخص ولی در صورت عدم تمکن مالی به دلیل ولایت بر اموال طفل دچار تنگنای مالی می گردد بنابراین هر غفل سلیمی حکم می نماید در چنین مورد باید برای ولی اجرت درخورشان در نظر گرفته شود.

۲- ولایت بر نفس

یکی از موضوعات مهم شرعی و اخلاقی در بعد حفظ حرمت و شخصیت انسان ها تصرف بر نفس است، که در ذیل موضوع مزبور را بررسی می نمایم:

۱- ۲- ولی بر نفس

همان طور که شخصی بخاطر اداره اموال طفل صلاحیت دخل و تصرف بر مال را دارد، بر نفس طفل نیز چنین صلاحیت را دارد، و مقصد از صلاحیت بر نفس اجازه به نکاح دادن صغیر و صغیره است که در فصل دوم بطور مفصل مورد بحث قرار گرفته، اما جهت جلوگیری از تکرار آن در این بحث خود داری شده است.

---

1. المهدب، ج اول، ص ۳۳۷، و مغنی المحتاج ج دوم، ص ۱۷۶.

## ۲-۲- انواع ولایت بر نفس

ولایت بر نفس بردو نوع است، ولایت اجبار، ولایت اختیار ویا ولایت استحباب، هریک را ذیلاً بالترتیب مورد بررسی قرار می دهیم:

### ۱- ولایت اجبار

عبارت از تنفیذ قول به نمایندگی از غیر است، کسی که دارای چنین ولایتی باشد، ولی مجبر نامیده می شود، واین نوع ولایت بنا بر سه سبب به غیر ثابت می گردد:

#### ۱-۱- قرابت

صاحب قرابت به سبب خویشاوندی که با مولی علیه دارد ثابت می گردد، مانند ولایت پدر، جد پدری که در شرایط خاص ایجاد می گردد.

#### ۲-۱- موالات

چنانچه دوکس بر اساس عقدی میان خود معین نمایند که همدیگر را یاری و در صورت فوق از همدیگر ارث ببرند، به موجب چنین عقدی ولایت تزویج نیز ایجاد می گردد و جهت ثبوت شرط است که ولی عاقل، بالغ و از طریق سبب ارث نبرند.

#### ۳-۱- ولایت امامت

ولایت امامت عبارت از ولایت امام عادل یا جانشین او، یعنی قاضی است که هریک می تواند شخص عدم اهلیت ویا ناقص اهلیت را بر اساس حدیث: **(السلطان ولی من ولی له)**<sup>۱</sup> ترجمه: «یعنی سلطان ولی کسی است که ولی نداشته باشد» به دیگری تزویج نماید.

### ۲- ولایت اختیار

ولایت اختیاریا ولایت استحباب عبارت از حق ولی در تزویج مولی علیه بر مبنای رضایت و اختیار است.<sup>۲</sup>

#### ۳-۲- شروط ولی بر نفس

شخص وقتی ولی شده می تواند که دارای شرایط ذیل باشد:

#### ۱- عاقل

#### ۲- بالغ

۱. الترمذی، سنن الترمذی، رقم الحدیث ۱۱۰۲، ج سوم، ص ۴۰۷.

۲. الکاسانی، بدایع الصنائع، ج دوم، ص ۲۴۱، الحصفی، الدرالمختار شرح تنویر الابصار، ج دوم، ص ۴۰۶.

۳- از طریق سبب ارث نبرد.<sup>1</sup>

۴- ۲- انتهای ولایت بر نفس

ولایت بر اساس شرایط آتی منتهی یا ختم می گردد:

۱- در صورت وفات مولی علیه.

۲- بارسیدن شخص عاقل به سن رشد، ولایت منتهی می گردد؛ اما در صورت رسیدن سفیه و غافل به سن رشد ولایت با صدور حکم محکمه ادامه می یابد. برعکس در صورت رسیدن مجنون و معتوه به سن رشد، ولایت بدون حکم محکمه استمرار می یابد.

۳- دور شدن سبب حجرمانند افاقه مجنون، معتوه و غافل ورشید شدن سفیه.

۴- فوت، سلب و زایل شدن اهلیت ولی.<sup>2</sup>

هدف از آوردن انواع ولی و شروط آن در این مبحث شناخت ولی و شروط آن جهت حفظ حق اطفال است تا مسوولیت سرپرستی و محافظ اموال اطفال به دست هر طمع جو و کام جو نیافتد و محفوظ بماند طوریکه قانون وفقه اسلامی برای آن اموال و نفس عموم اعم از زن و مرد بالغ و نا بالغ سخن گفته است.

---

1. الحصفی، الدرالمختار شرح تنویر الابصار، ج دوم، ص ۴۰۶.

2. موسی، محمد یوسف، احکام احوال الشخصیه فی الفقه الاسلامی، ص ۴۶۷.



مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات ولایت در قانون مدنی افغانستان و فقه

اسلامی

الف: اشتراکات

قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به ولایت با هم نظریات مشترک دارند که قرار ذیل است:

۱- صلاحیت و مکلفیت های ولی به حفظ و نگهداری و دخل و تصرف محدود،

۲- اذن تجارت (سرمایه گذاری).

۳- تأمین نفقه ولی از مال مولی علیه.

۴- صلاحیت ولی (پدر، پدرکلان و وصی آن ها) در ازدواج دادن طفل.

۵- انواع ولایت بصورت کلی (ولایت بر نفس و ولایت بر مال).

ب: افتراقات

قانون مدنی با فقه اسلامی در بعضی موارد اتفاق نظر ندارند و یا سکوت نموده اند:

۱- قانون مدنی سخن از تعریف ولی گفته است نه از نفس ولایت، در حالی که فقه اسلامی تعریف

ولایت را از آدرس صلاحیت ولی در ولایت اش نسبت به طفل سخن گفته است.

۲- قانون مدنی بطور عمومی انواع ولایت را به طور ضمنی بردونوع (برمال و نفس) بیان کرده

است، اما فقه اسلامی علاوه بر آن جزئیات ما تحت آن را که تقسیمات ولایت برمال (سرمایه گذاری،

اجاره دادن مال، رهن، هبه، خرید و فروش، قرض دادن و غیره) و ولایت بر نفس (بردونوع است ولایت

اجبار شامل قرابت، موالات و ولایت امامت است اما ولایت اختیارتنها در خصوص به تزویج دادن)

است را نیز بیان کرده است.

۳- قانون مدنی در مورد شروط ولی سکوت نموده است، در حالی که فقه اسلامی شروط ولی

بر نفس را بر مبنای عقل بلوغ و ارث نبردن به وسیله سبب، و شروط ولی برمال را (اهلیت کامل، عدم

سفیه مبذر، محجور بودن ولی و اتحاد دین میان ولی و مولی علیه دانسته اند.

۴- قانون مدنی ختم ولایت را تنها در بالغ شدن طفل دانسته است در حالی که فقه اسلامی بر علاوه

بلوغ، وفات مولی علیه، دور شدن سبب حجر، فوت - سلب وزایل شدن اهلیت ولی را سبب ختم

ولایت دانسته است.

## مبحث ششم: حقوق وصیت

این مبحث دارای سه مطلب است. مطلب اول حق وصیت از منظر قانون، مطلب دوم حق وصیت از منظر فقه اسلامی را بررسی نموده است و مطلب سوم با نگاه تطبیقی به موضوع مزبور از منظر قانون مدنی و فقه اسلامی پرداخته است.

### مطلب اول: حق وصیت از منظر قانون مدنی

#### الف: تعریف وصی

قانون در خصوص تعیین وصی و واجد اهلیت کامل بودن آن طی یک ماده قانون چنین حکم می نماید: «وصی باید شخصی عادل، باکفایت و واجد اهلیت کامل بوده با شخصی که تحت وصایت او قرار می گیرد دین مشترک داشته باشد».<sup>1</sup>

#### ب: انواع وصی

##### ۱- وصی اختیاری

قانون مدنی در رابطه به صلاحیت تعیین وصی در مواد زیر چنین تصریح می نماید:

- ۱- ۱- «پدر می تواند برای اولاد ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن، وصی تعیین نماید. همچنان شخص متبرع می تواند در حالت مندرج ماده (۲۷۱) ۲ وصی اختیار نماید».<sup>3</sup>
- ۲- ۱- «اختیار وصی در چنین موارد توسط وصایت خط رسمی یا عرفی صورت می گیرد که به خط و امضای پدر یا متبرع باشد و یا از امضا و یا شصت شدن در چنین اسناد تصدیق بعمل آمده باشد».<sup>4</sup>
- ۳- ۱- «پدر و متبرع می توانند در مورد اختیار وصی از تصمیم شان رجوع نمایند».<sup>5</sup>
- ۴- ۱- «محکمه می تواند حین ضرورت برای شخص ناقص اهلیت بیش از یک وصی تعیین نماید».<sup>6</sup>

قانونگذار قانون مدنی در مورد صلاحیت و حق تعیین وصی به پدر و گذار کرده است.

##### 2- شرایط وصی اختیاری

- 
۱. ماده (۲۸۹) قانون مدنی.
  ۲. ماده (۲۷۱) «هرگاه به اشخاص ناقص اهلیت مالی تبرع گردیده و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود، استثناء چنین مال از تحت ولایت ولی خارج ساخته می شود».
  ۳. ماده (۲۹۱) فقره (اول) قانون مدنی.
  ۴. ماده (۲۹۱) فقره (دوم) قانون مدنی.
  ۵. ماده (۲۹۲) قانون مدنی.
  ۶. ماده (۲۹۸) فقره (اول) قانون مدنی.

قانون مدنی در رابطه به شروط وصی اختیاری در مواد ذیل چنین اشعار می دارد:

۱- ۲- محکمه می تواند بیش از یک وصی تعیین نماید به شرطی که ضرورت دیده شود.

«محکمه می تواند حین ضرورت برای شخص ناقص اهلیت بیش از یک وصی تعیین نماید»<sup>1</sup>

۲- ۲- اوصیا نمی توانند به تنهای در اموال طفل تصرف داشته باشند به شرطی که به مصلحت

آن ها باشد این موضوع را قانون مدنی چنین تصریح می نماید: «در صورت تعدد وصی، اوصیا نمی توانند در اموال شخص تحت وصایت شان منفرداً تصرف نمایند، مگر اینکه همچو تصرف کاملاً به مصلحت ناقص اهلیت باشد»<sup>2</sup>.

۳- ۲- حکم محکمه قابل تعمیل در صورتی که اوصیا در رابطه به تصرف اموال طفل بین شان

اختلاف داشته باشند. قانون مدنی در خصوص موضوع مزبور چنین حکم می نماید: «حین اختلاف نظربین اوصیا تجویزی که از طرف محکمه اتخاذ می گردد، قابل تعمیل می باشد»<sup>3</sup>.

۴- ۲- قانون مدنی در خصوص شروط اشخاصی که وصی تعیین شده نمی توانند: چنین اشعار می

نماید:

«۱- شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت محکوم به جزاء شده

باشد؛

۲- شخصی که شهرت بد داشته یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد.

۳- شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد.

۴- شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخص دیگری به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد.

۵- شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد.

۶- شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش یا شخص ناقص اهلیت منازعه

قضائی داشته یا چنان اختلاف فامیلی موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد»<sup>4</sup>.

قانونگذار مدنی در مواد فوق اعم از شروط تعیین وصی، صلاحیت تصرف اوصیا در مال، تعمیل

حکم محکمه، صلاحیت حکم محکمه و اشخاصی که وصی تعیین شده نمی تواند سخن گفته است،

بنابراین می توان گفت که قانون از حق حفظ اموال طفل حمایت نموده حتی شروطی را برای تعیین

وصی به شکل واضح بیان نموده است، تا اموال اطفال از تلف و غارت شدن در امان باشد.

1. ماده (۲۹۸) فقره (اول): قانون مدنی.

2. ماده (۲۹۸) فقره (اول) قانون مدنی.

3. ماده (۲۹۸) فقره (دوم) قانون مدنی.

4. ماده (۲۹۰) قانون مدنی.

### 3- حقوق و وجایب وصی اختیاری

قانون مدنی بخاطر حفظ مال اشخاص تحت وصایت (اطفال، زنان و محجورین) مکلفیت ها و وجایب وصی را در مواد ذیل تصریح نموده است:

۱- ۳- «وصی مکلف است تماماً عایدات نقدی شخص تحت وصایت خود را بعد از وضع مصارف نفقه و مصارف متفرقه ای که از طرف محکمه تعیین گردیده است، بحساب امانت محکمه یا بانکی که از طرف محکمه معرفی شده، بنام وی به ودیعت بگذارد».<sup>1</sup>

۲- ۳- «همچنان وصی باید تمام اشیاء از قبیل اوراق بها دار، زیورات، جواهرات و امثال آن را حسب لزوم دید محکمه بودیعت بگذارد. این اجراءات وصی باید در ظرف (۱۵) روز از تسلیمی عواید و اشیاء متذکره صورت گیرد».<sup>2</sup>

۳- ۳- «وصی نمی تواند آنچه را که در بانک به ودیعت گذاشته بدون اجازه محکمه اخذ نماید».<sup>3</sup>

۴- ۳- «وصی مکلف است دعاوی را که علیه شخص ناقص اهلیت اقامه می گردد، توام با اجراءات مربوط به آن، به اطلاع محکمه رسانیده و اوامر محکمه را در مورد پیروی نماید».<sup>4</sup>

۵- ۳- «وصی مکلف است صورت حساب سالانه را با استناد متعلق به آن، قبل از آغاز سال جدید به محکمه مربوط تقدیم نماید».<sup>5</sup>

قانونگذار قانون مدنی در مواد فوق مکلفیت ها و وجایب وصی را به صورت عام بیان نموده است نه خاص، بنابراین، همه افراد تحت وصایت را شامل می شود چي اطفال باشند چي غیر آن، زیرا اطفال نیز بر اساس میراث یا تبرع صاحب عایدات نقدی، ملکیت، زیورات، جواهرات و حساب بانکی می شود و برای آن ها حق داشتن وصی متحقق است.

### 4- اجرت وصی اختیاری

---

1. ماده (۳۰۵) فقره (اول) قانون مدنی.

2. ماده (۳۰۵) فقره (دوم) قانون مدنی.

3. ماده (۳۰۵) فقره (سوم) قانون مدنی.

4. ماده (۳۰۶) قانون مدنی.

5. ماده (۳۰۷) قانون مدنی.

«اجرای وصایت بدون اجرت می باشد. محکمه استثناء می تواند پرداخت اجرت یا مکافات را در برابر عمل معین بنا بر مطالبه وصی امر نماید. مگر پرداخت اجرت برای مدت قبل از مطالبه به هیچ صورت جواز ندارد»<sup>1</sup>.

#### 5- ختم وصایت

بر اساس مواد زیرین قانون مدنی وصایت اختتام می یابد:

۱- «هرگاه شخص دیگری بعوض وصی تعیین گردد، وصی مکلف است در ظرف سی روز از ختم وصایت صورت حساب متعلق به اموال شخص تحت وصایت خود را ترتیب و به محکمه تقدیم نماید»<sup>2</sup>.

۲- «وظیفه وصی در حالات ذیل ختم می گردد:

۱- وفات شخص ناقص اهلیت.

۲- رسیدن شخص ناقص اهلیت به سن هجده سالگی، مگر در صورتی که دوام وصایت قبل از رسیدن به سن مذکور معتوه یا مجنون باشد. اینکه شخص ناقص اهلیت حین رسیدن به سن مذکور معتوه یا مجنون باشد.

۳- اعاده مجدد ولایت ولی.

۴- ختم عملی که وصی خاص غرض اجرای آن تعیین گردیده است.

۵- عزل وصی یا قبول استعفای وی.

۶- فقدان اهلیت قانونی وصی یا غیاب و یا وفات وی»<sup>3</sup>.

۳- «وصی در حالات ذیل عزل می گردد:

۱- هرگاه سببی از اسباب حرمان وصایت مندرج ماده (۲۸۹-۲۹۰) این قانون موجود گردد؛

۲- اگر در اداره اموال شخص ناقص اهلیت اهمال یا سوء تصرف نماید، یا اینکه در عدم عزل وصی مصلحت وی به خطر مواجه باشد»<sup>4</sup>.

۴- «وصی مکلف است در خلال سی روز از ختم وصایت اموال تحت اداره خود را با صورت

حساب و اسناد متعلق به آن به قایم مقام یا خود شخص ناقص اهلیت که به سن رشد رسیده باشد و یا

---

1. ماده (۳۱۰) قانون مدنی.

2. ماده (۳۰۹) قانون مدنی.

3. ماده (۳۱۱) قانون مدنی.

4. ماده (۳۱۲) قانون مدنی.

در صورت وفات وی ورثه شخص ناقص اهلیت تسلیم نماید و پس از تسلیمی، صورت حساب و تسلیمی اموال را به اداره محکمه مربوط تقدیم نماید».<sup>1</sup>

۵- «هرگاه وصی وفات نماید یا محجور علیه واقع گردد و یا غایب شناخته شود، ورثه یا شخص قائم مقام اوبه تسلیمی اموال و تقدیم صورت حساب آن مکلف می گردد».<sup>2</sup>

۶- «تعهد یا ابراء شخص ناقص اهلیت که به سن رشد رسیده باشد، به منفعت وصی وقتی اعتبار دارد که وصی صورت حساب نهائی مربوط به اموال وی را قبلاً ترتیب و تقدیم نموده باشد».<sup>3</sup>

۶- وصی قاضی

۱- ۶- وصی خاص

قانونگذار مدنی در رابطه به وصی خاص چنین اشعار نموده است: «محکمه درحالات ذیل وصی خاص و موقت تعیین می نماید:

۱- «در صورتی که مصلحت شخص ناقص اهلیت با مصلحت وصی، زوج وی یا یکی از اصول و فروع وصی و یا با مصلحت اشخاصی که وصی نماینده قانونی شان می باشد، متصادم واقع گردد.

۲- در صورتی که به شخص ناقص اهلیت مال تبرع گردیده، و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود.

۳- در صورتی که اجرای وصایت اوصاف خاصی را که وصی دایمی فاقد آن است ایجاب نماید».<sup>4</sup>

۲- ۶- وصی مؤقت

قانونگذار قانون مدنی در مورد وصی مؤقت چنین تصریح می دارد: «محکمه درحالات ذیل وصی موقت تعیین می نماید:

۱- در صورتی که محکمه ولایت ولی را متوقف نموده و شخص ناقص اهلیت ولی دیگری نداشته باشد.

۲- در صورتی که وصایت به تقاضای خود وصی متوقف شده باشد.

۳- در صورتیکه عوامل موقت مانع اجرای وصایت گردیده باشد».<sup>5</sup>

---

۱. ماده (۳۱۳) قانون مدنی.

۲. ماده (۳۱۴) قانون مدنی.

۳. ماده (۳۱۶) قانون مدنی.

۴. ماده (۲۹۹) قانون مدنی.

۵. ماده (۳۰۰) قانون مدنی.

### ۳-۶- وصی خصومت

قانونگذار قانون مدنی در رابطه به تعیین وصی خصومت برای حل و فصل دعاوی چنین اشعاری دارد: «محکمه می تواند برای حل و فصل دعاوی مربوط به شخص ناقص اهلیت وصی خصومت تعیین نماید، گرچه شخص ناقص اهلیت مالک دارائی نباشد».<sup>1</sup>

با در نظر داشت ماده فوق این نکته دانسته می شود که قانون مدنی برای حفاظت از مال، جان، و به ناحق متعم شدن اطفال وصی خصومت تعیین نموده است.

### ۷- حقوق وجایب و اختتام وصایت

قانونگذار قانون مدنی همانطور که برای وصی اختیاری یک سلسله مکلفیت ها و وجایب را بر شمرده است، که برای وصی قاضی نیز محکمه همان مکلفیت ها و وجایب فوق را تعیین نموده است.

۱- «هرگاه شخص مازون به اداره اموال مخالف احکام مندرج ماده (۳۱۷) این قانون اجراءات نموده یا در اداره خود سوء تصرف نماید و یا اسبابی موجود گردد که از رهگذر دوام تصرف شخص مازون اموال تحت اداره وی مواجه به ضرری باشد. محکمه می تواند بر حسب صواب دید خود یا با اثر مطالبه خارنوال یا یکی از اشخاص ذی علاقه پس از استماع دلایل شخص مازون، اجازه داده شده را محدود و یا سلب نماید».<sup>3</sup>

۲- «وصی نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال شخص تحت وصایت تصرفات ذیل را بعمل آرد:

- ۱- خرید و فروش، مقایضه، شراکت، رهن، قرض دادن و هر نوع تصرف دیگری که موجب انتقال ملکیت یا اثبات حق عینی گردد.
- ۲- حواله دادن دینی که شخص ناقص اهلیت بذمه شخص دیگری دارد و یا قبول حواله دین علیه او.

---

۱. ماده (۳۰۱) قانون مدنی.

۲. ماده (۳۱۷) «فقره (۱) شخص ناقص اهلیت که مازون به اداره اموال باشد، مکلف است صورت حساب سالانه اموال را به محکمه مربوط تقدیم نماید. محکمه نظر وصی را حین رسیدگی حساب اخذ می نماید. همچنان فقره (۲) محکمه می تواند امر دهد تا عواید خالص سالانه شخص مازون بحساب امانت خود محکمه یا یکی از آن ها طور پس انداز به ودیعت گذاشته شود. درین صورت مازون نمی تواند بدون اجازه محکمه از آن استفاده نماید».

۳. ماده (۳۱۸) قانون مدنی.

- ۳- گذاشتن اموال بمنظور بهره برداری و تصفیه حسابات مربوط به آن یا قرض گرفتن به حساب شخص ناقص اهلیت.
- ۴- اجاره دادن اموال غیرمنقول شخص ناقص اهلیت برای مدت بیش از سه سال، در صورتی که اموال غیرمنقول زمین زراعتی و مدت بیش از یک سال در صورتی که اموال غیرمنقول عمارت باشد.
- ۵- اجاره دادن اموال غیرمنقول شخص ناقص اهلیت برای مدتی که بعد از رسیدن به سن رشد تا یک سال دوام نماید.
- ۶- قبول یا رد تبرعاتی که مشروط به شرط باشد.
- ۷- پرداخت نفقه اشخاصی که نفقه آن ها بر ذمه شخص ناقص اهلیت لازم است، مگر اینکه نفقه لازم به حکم قطعی محکمه ثابت گردیده باشد.
- ۸- صلح و حکمیت.
- ۹- ایفای تعهدات که بر متروکه و یا بر ذمه شخص ناقص اهلیت ثابت باشد، مگر اینکه حکم قطعی محکمه در مورد صادر گردیده باشد.
- ۱۰- اقامه دعاوی، مگر اینکه در تاخیر آن ضرر و یا ضیاع حقوق شخص ناقص اهلیت متصور باشد.
- ۱۱- انصراف از حقوق دعاوی و یا قناعت به چنان احکام محکمه که قابل اعتراضات عادی باشد، یا انصراف از چنین اعتراضات بعد اقامه آن و اقامه اعتراضات غیر عادی در برابر احکام محکمه.
- ۱۲- انصراف از تأمینات یا تقلیل آن که بضرر ناقص اهلیت تمام شود.
- ۱۳- اجاره اموال شخص ناقص اهلیت برای خود، زوج یا یکی از اقارب شان تا درجه چارم و یا برای کسی که وصی نایب وی باشد.
- ۱۴- پرداخت مصارف ازدواج شخص ناقص اهلیت.
- ۱۵- پرداخت مصارف تعلیمی و یا پرداخت چنان مصارفی که شخص ناقص اهلیت در اجرای شغل معین به آن ضرورت دارد»<sup>۱</sup>.
- در صورت انجام یکی از موارد ذکر شده در مواد فوق سبب خاتمه وصایت قاضی می گردد. زیرا دستبرد به چنین عمل بیانگر این است که از مکلفیت وصایت خویش سبک دوش شود.

---

<sup>۱</sup>. ماده (۳۰۴) قانون مدنی.





## مطلب دوم: حق وصیت از منظر فقه اسلامی

شریعت اسلام در راستای اداره اموال محجورین و اطفال در قرآن کریم و احادیث نبوی به کرات تأکید نموده است که حقوق هیچ کس نباید تلف شود و روی همین مصلحت اندیشی بخاطر حفظ اموال مردم وصایت را اجازه داده است که در این مطلب موضوع وصایت را از آینه شریعت اسلامی به کنکاش می گیریم.

### الف: تعریف وصایت

#### ۱- در لغت

به معنای عهد و سفارش کردن را گویند.<sup>1</sup>

#### ۲- در اصطلاح

وصایت عبارت است اینکه شخصی؛ یعنی: وصی برای دیگری؛ یعنی: موصی تعهد کند که بعد از وفات او وصیت های او را از قبیل: پرداخت و گرفتن دیون، سرپرستی و تامین مخارج اطفال او را انجام دهد.<sup>2</sup>

### ب: وصیت در فقه اسلامی

#### ۱- انواع وصایت

شریعت اسلام برای پیروانش تعیین وصی را یک حق مسلم دانسته و هرکسی نظر به لزوم دید مصلحت خویش می تواند از چنین حق برای حفظ اموالش بعد از وفات بهره مند شود. فقهای کرام وصی را به دو نوع تقسیم کرده اند که در ذیل به آن پرداخته می شود:

#### ۱-۱- وصی اختیاری

وصی اختیاری یا وصی الایب عبارت از وصی است که از طرف پدر یا پدرکلان طفل، مجنون و سفیه جهت اداره امور مالی آن ها پس از مرگ موصی تعیین می گردد.<sup>3</sup>

---

1. لسان العرب، ج پانزدهم، ص ۳۹۵.

2. مغنیه، محمد جواد، احوال شخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، ص 223.

3. زحیلی، وهبه، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه: عبدالعزیز سلیمی، ص 431.

## ۲- ۱- وصی قاضی

وصی قاضی عبارت از شخصی است که از طرف قاضی جهت اداره امور مالی اطفال تعیین

گردد.<sup>1</sup> (السلطان ولی من لا ولی له).<sup>2</sup>

ترجمه: «قاضی ولی کسی است که ولی نداشته باشد».

## ۲- ارکان و شرایط وصایت

### ۱- ۲- ارکان وصایت

فقهای کرام برای وصایت ارکان ذیل را برشمرده اند:

### ۱- موصی

شخص است که دیگری را وصی تعیین می نماید که عبارت از ولی یا قاضی است.

### ۲- وصی

شخص است که جهت اجرای وصایت از طرف ولی یا قاضی تعیین می گردد.

### ۳ موصی به

موضوع وصایت (شخصی که وصیت بخاطر او صورت گرفته باشد)

### ۴- صیغه

که عبارت از لفظ است؛ اما نظر فقهای حنفیه رکن وصایت عبارت است از صیغه ایجاب و قبول

می باشد. اما جمهور بدین باوراند که ارکان وصایت عبارت اند از: موصی، وصی، موصی به

وصیغه است.<sup>3</sup>

### ۲- ۲- شرایط موصی

### ۱- عقل و بلوغ

به اتفاق فقها وصیت هر شخصی (عقل و بالغ)؛ مختار صحیح است. باتوجه به قید فوق، وصیت

مجنون و صغیر صحیح نیست. چون صغار و مجانین خود به متولی نیاز دارند.

### ۲- رشد

موصی از نعمت رشد بودن برخوردار باشد. بنابراین؛ پدر محجور علیه نمی تواند برای طفل

صغیر و یا سفیه خویش وصی تعیین نماید.

### ۳- عدالت

---

1. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج سوم، ص 2172 و حاشیه ابن عابدین، ج پنجم، ص 214.

2. الترمذی، سنن الترمذی، رقم الحدیث 1102، ج سوم، ص 407.

3. المغنی ابن القدامه، ج ششم، ص 574، نشر دار اکتب العلمیه، بیروت، و الفتاوی الخانیه، ج سوم، ص 513.

فقهای حنفیه، حنابله و مالکیه عادل بودن موصی را شرط وصایت دانسته، و وصایت فاسق را صحیح ندانسته اند. اما فقهای شافعیه عادل بودن را برای وصایت شرط نمی داند؛

۴- اسلام

وصایت کافر برای مسلمان صحیح نیست.<sup>1</sup>

۳- ۲- شرایط موصی له (وصی)

به اتفاق فقها وصی باید از نعمت عقل، امانتداری و رشید بودن برخوردار باشد. بنابراین؛ وصایت

صبی و مجنون صحیح نیست. زیرا آن ها تحت ولایت دیگری قرار دارند.<sup>2</sup>

۴- ۲- شرایط موصی به

موصی به دارای شرایط ذیل است:

۱- تصرف معلوم باشد، تا وصی بتواند آن را انجام دهد.

۲- موصی به معلوم باشد، زیرا وصایت مانند وکالت است و تصرف وصی به اذن موصی است.

۵- ۲- احکام تصرفات وصی

۱- خرید و فروش عقار صغیر توسط وصی

۲- وکیل و وصی تعیین نمودن وصی

۳- مضاربت و تجارت وصی با مال صغیر

۴- تأجیر (اجاره دادن یا به اجاره گرفتن) صبی موصی علیه توسط وصی

۵- اجاره دادن وصی خود را به صبی

۶- اجاره دادن مال صبی توسط وصی

۷- تبرع و صدقه دادن مال صغیر توسط صبی

۸- قرض دادن و گرفتن مال صغیر

۹- به رهن دادن مال صغیر

۱۰- اعاره دادن مال صغیر

۱۱- به ودیعه گذاشتن مال صغیر نزد غیر

۱۲- اختلاف وصی و موصی علیه در اصل نفقه، مقدار و دفع مال آن به صبی بعد از بلوغ

۱۳- اقرار وصی

---

1. وزارت الاوقاف والشئون الاسلامیه، الموسوعه الفقهیة، ج چهل و سه، صص 185 - 184، الحاوی ج دهم، ص

۱۹۰ و الفتاوی الهندیة ج ششم، ص ۱۳۸ و شرح المنتهی ج دوم، ص ۴۹۴.

2. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، ج دهم، ص 7577.

۱۴- تعدد اوصیاء

۱۵- اخذ اجرت در برابر وصایت

۱۶- ضمان وصی

۶-۲- بطلان وصایت

در صورت نبود یکی از شرایط آتی وصیت باطل می گردد:

۱- هرگاه موصی دچار جنون مطابق<sup>۱</sup> شود و تا زمان مرگ ادامه یابد وصیت باطل می شود؛

۲- هرگاه موصی له پیش از مرگ موصی بمیرد وصیت باطل می شود.<sup>۲</sup>

۷-۲- ختم وصایت

وصایت در موارد زیر منتهی یا ختم می شود:

۱- در صورت وفات موصی علیه اعم از اینکه قاصر، مجنون، معتوه، غافل یا سفیه باشد؛ زیرا

در صورت فوت موصی علیه، وصایت بدون موضوع می گردد.

۲- با رسیدن شخص موصی علیه به سن رشد، مگر اینکه شخص موصی علیه به مجنون و یا عته

(معتوه) مواجه گردد.

۳- زوال سبب حجر، مانند افاقه مجنون، معتوه و غافل ورشید شدن سفیه.

۴- فوت وصی، سلب وصایت و زایل شدن اهلیت وصی.<sup>۳</sup>

**مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات وصایت در قانون مدنی افغانستان و فقه**

**اسلامی**

**الف: اشتراکات**

قانون مدنی و فقه اسلامی در موارد ذیل با هم توافق دارند:

---

۱. مجنون مطبق به کسی گویند که در تمام اوقات بی خود است یعنی مجنون دایمی می باشد. (مجله الاحکام

ماده ۹۴۴) و دیوانه همیشه گی در حکم صغیر غیر ممیز است. (مجله الاحکام ماده، ۹۷۹).

۲. سید، سابق، ترجمه فقه النسبه، ص ۲۱۳۵.

۳. مغنیه، محمد جواد، احوال شخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه: مصطفی جباری و

حمید مسجد سرائی، ص ۴۶۷.

۱- قانون مدنی و فقه اسلامی در مورد انواع وصی که بردونوع (وصی اختیاری و وصی قاضی) است توافق دارند.

۲- قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به شروط وصی که همانا عاقل، بالغ، امانتدار، رشید و عادل بودن است، توافق دارند.

۳- قانون مدنی و فقه اسلامی صلاحیت و حق تعیین وصی اختیاری را برای پدرانسته اند

۴- قانون مدنی و فقه اسلامی صلاحیت تعیین وصی خاص، مؤقت و خصومت را برای قاضی دانسته اند.

۵- قانون مدنی و فقه اسلامی در خصوص ختم وصایت (وفات موصی علیه، سن رشد، عزل وصی، اعاده مجدد ولایت ولی، قرار گرفتن وصی در عمل انجام شده، فقدان اهلیت، یا غایب و یا وفات موصی) با هم هممنظر اند.

#### **ب: افتراقات**

قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به موارد آتی اختلاف دارند:

۱- قانون مدنی در رابطه به تعریف وصایت سکوت نموده است، اما فقه اسلامی وصایت را چنین تعریف نموده است: «وصایت عبارت است از اینکه وصی برای موصی تعهد کند بعد از وفات او وصیت های او را از قبیل: پرداخت و گرفتن دیون، سرپرستی و تامین مخارج اطفال او را انجام دهد»

۲- قانون مدنی برای وصی قاضی و وصی اختیاری شرایط جداگانه قانونی را مد نظر گرفته است، در حالی که فقه اسلامی تعریف و شرایط وصی اختیاری و وصی قاضی را یکسان بیان نموده است.

۳- قانون مدنی در رابطه به حقوق و وجایب (تصرفات) وصی اختیاری و وصی قاضی هرکدام را ماده وار مفصل بیان نموده است، در حالی که فقه اسلامی تصرفات هر دو را یکجا و کلی بیان نموده است.

۴- قانون مدنی در خصوص اجرت وصایت (وصایت بدون اجرت می باشد، اما در صورت مطالبه وصی محکمه می تواند استثناء قایل شود، ولی قیل از مطالبه وصی به هیچ وجه جواز ندارد، فقه اسلامی در رابطه به موضوع مزبور سکوت نموده است.

۵- قانون مدنی عزل و اسباب عزل وصی را بطور مشرح بیان کرده است، اما فقه اسلامی در رابطه سکوت نموده است.

۶- قانون مدنی در مورد ارکان وصایت و بیان شروط آن سکوت نموده است. اما فقه اسلامی ارکان وصایت را (موصی، وصی، موصی به وصیغه) و شروط وصایت را (عقل و بلوغ، رشد، عدالت و اسلام) دانسته است.

۷- قانون مدنی در خصوص بطلان وصایت سکوت نموده است، اما فقه اسلامی دچار شدن موصی به را به جنون مطبق و وفات موصی له قبل از موصی سبب بطلان وصایت دانسته است.

## مبحث هفتم: حقوق میراث

### درآمد

اثبات ثبوت نسب بین طفل و والدین یگانه عامل است که طفل مال متروکه والدین را به ارث می برد. قانون مدنی افغانستان که الهام گرفته از فقه اسلامی است، تفاوت جنسی در زمینه میراث بردن بین پسر و دختر از مال متروکه و همچنین تفاوت در اخذ میراث بردن بین ذوالفروض (عصبات) و ذوالارحام (غیر عصبات) قایل شده است که در این مبحث به بحث و بررسی آن می پردازیم:

### مطلب اول: حق میراث از منظر قانون مدنی

قانونگذار قانون مدنی افغانستان میراث را به ذوالفروض و ذوالارحام تقسیم نموده است که در ذیل بر آن پراخته می شود:

#### الف: تعریف میراث

قانونگذار مدنی بطور واضح میراث را تعریف نکرده است ولی از فحواى ماده (۱۹۹۳) بدست می دهد. «ملکیت اموال منقول و عقار و حقوق که از مورث به ارث گذاشته شود، مطابق قواعد و حصص مندرج مواد ذیل به ورثه انتقال میابد».

#### ب: ذوی الفروض

قانون مدنی ذوالفروض را تصریح نموده است: «فرض سهم معین وارث است در توزیع متروکه و در میراث سهام صاحبان فروض مقدم به دیگران داده می شود، صاحبان فروض عبارت اند از پدر، جد صحیح گرچه مراتب آن بالا رود، برای برادر مادری، خواهر مادری، زوج، زوجه، دختری دختران دختر، یا دختران پسر؛ گرچه مراتب آن ها تنزیل نماید. خواهر عینی، خواهر پدري، مادر جد صحیح، گرچه مراتب آن ها بالا رود».<sup>1</sup>

ماده فوق دختر را از جمله صاحبان فروض دانسته است. با توجه به قید رفته از دختر در ماده فوق به خوبی می توان استنباط کرد دختر لفظ عام است، شامل دختر بالغ و نا بالغ (طفل) شده می تواند. بنابراین به صراحت می توان گفت که طفل از حق میراث بهره مند شده می تواند چون از جمله صاحبان فروض است.

#### ج: ذوی الارحام

قانون مدنی ذوی الارحام را چنین بیان می دارد: «هرگاه هیچ یک از عصبات و اصحاب فروض نسبی وجود نداشته باشند تمام متروکه یا باقی مانده به ذوی الارحام پرداخته می شود.

---

<sup>1</sup>. ماده (۲۰۰۴) قانون مدنی.



ذوی الارحام را چهارصنوف ذیل تشکیل می دهد که با الترتیب یکی بردیگری درارث مقدم شناخته می شود:

- ۱- اولاد دختران گرچه مراتب آن ها تنزیل نماید و اولاد دختران پسرگرچه تنزیل درجه نماید.
- ۲- جد غیر صحیح گرچه درجه اول او بالا برود و جد غیر صحیحه گرچه درجه او بالا شود.
- ۳- پسران برادران و اولاد آن ها گرچه درجه آن ها تنزیل نماید اولاد خواهران عینی یا پدری یا مادری گرچه مراتب آن ها تنزیل کند و دختران برادران عینی یا پدری یا مادری و اولاد آن ها گرچه مراتب تنزل نماید و دختران پسران برادران عینی یا پدری گرچه مراتب آن ها تنزیل نماید و اولاد آن ها گرچه تنزل درجه نماید.

۴- مشمولین شش طایفه... در استحقاق ارث مقدم می باشد...<sup>1</sup>

قانونگذار مدنی در ماده فوق ذوالارحام را با تمام صنوف شان بیان نموده است، اما در اینجا بطور کلی به آن اشاره شده تا از خروج موضوعی جلوگیری کرده باشیم.

#### د: ارکان و شروط میراث

##### ۱- ارکان ارث

قانون مدنی ارکان میراث را در مواد ذیل چنین اشعار نموده است:

- ۱- متروکه «میراث یا ارث» چنین بیان می دارد: «ملکیت اموال منقول و عقار و حقوق که از مورث به ارث گذاشته شود، مطابق قواعد و حصص مندرج مواد ذیل به ورثه انتقال میابد».<sup>2</sup>
- ۲- وارث «شخصی که میراث می برد» تصریح نموده است: «برای تثبیت استحقاق ارث، تحقق حیات حقیقی، یا حکمی وارث هنگام مرگ مورث یا هنگام صدور حکم به مرگ مورث، حتمی شمرده می شود».<sup>3</sup>

۳- مورث چنین تصریح کرده است: «استحقاق ارث به مرگ مورث یا به اعتبار اینکه به حکم قاضی مرده شمرده شده، تحقق می یابد».<sup>4</sup>

با در نظر داشت مواد فوق ارث «میراث» وارث «شخصی که مستحق میراث می شود» و مورث «شخصی که میراث از خود بجا می گذارد» را ارکان میراث دانسته است. سوال که در این جا مطرح می شود این است که آیا اطفال هم می توانند ارث، وارث و مورث واقع شوند این موضوع هر چند در مواد ذیل واضح بیان نشده است ولی بر اساس آنچه بیان شد می توان گفت که اطفال هیچگاه

1. ماده (۲۰۴۳) قانون مدنی.

2. ماده (۱۹۹۳) قانون مدنی.

3. ماده (۱۹۹۵) قانون مدنی.

4. ماده (۱۹۹۴) قانون مدنی.

به ارث (میراث) برده نمی شود. - بنابراین عرف های معمول در بعضی مناطق اطفال مخصوصاً دختران کوچک و بزرگ به ارث برده می شوند که همچون عمل در واقع جایگاه یک انسان را به عنوان انسان زیر سوال برده است - ولی اطفال می توانند وارث و مورث واقع شوند.

## ۲- شروط میراث

قانون مدنی بر اساس مواد ذیل شروط وجوب میراث را تصریح می دارد:

1- مُورث «شخصیکه از خود ارث بجا میگذارد» چنین بیان نموده است: «استحقاق ارث به مرگ مورث یا به اعتبار اینکه به حکم قاضی مرده شمرده شده، تحقق می یابد».<sup>1</sup>

2- متروکه «میراث یا ارث» چنین بیان می دارد: «ملکیت اموال منقول و عقار و حقوق که از مورث به ارث گذاشته شود، مطابق قواعد و حصص مندرج مواد ذیل به ورثه انتقال میابد».<sup>2</sup>

۳- وارث «شخصی که میراث می برد» تصریح نموده است: «برای تثبیت استحقاق ارث، تحقق حیات حقیقی، یا حکمی وارث هنگام مرگ مورث یا هنگام صدور حکم به مرگ مورث، حتمی شمرده می شود».<sup>3</sup>

از مواد رفته در فوق دانسته می شود یک شخص از شخص دیگر در صورتی وجود شرایط آتی مستحق میراث می شود:

یک: وفات مورث

شخصی که از وی میراث برده می شود مرده باشد. مرگ مورث یا حقیقی است و یا حکمی و تقدیری.

دو: حیات وارث

شخصی که میراث می گیرد باید حیات داشته باشد، حیات وارث یا حقیقی و یا تقدیری است.<sup>4</sup>

سه: عدم وجود مانع

موانع میراث حالت های است که شخص وارث اهلیت استحقاق ارث (اختلاف دین، قتل عمد، اختلاف دار و بردگی) خویش را از دست می دهد. در شرایطی کنونی زمینه تطبیق علمی دومانع اختلاف دار و بردگی میسر نیست، قانون مدنی قتل عمد را یکی از موارد موانع میراث تلقی کرده است: «از موانع میراث قتل عمدی مورث است، اعم از اینکه قاتل فاعل است یا شریک یا شاهد ناحق

---

1. ماده (۱۹۹۴) قانون مدنی.

2. ماده (۱۹۹۳) قانون مدنی.

3. ماده (۱۹۹۵) قانون مدنی.

4. دفتر هیئت نارو برای مهاجرین (NRC)، آموزش گام به گام علم میراث، ص ۱۰، انتشارات: چاپخانه ستاره نقره ای ۲۳۲۳۱۰، چاپ چهارم، ۱۳۹۲.

باشد که شهادت ناحق اوموجب حکم اعدام وتنفيذ آن گردیده باشد. مشروط براینکه قتل بدون حق وبدون عذربوده وقاتل عاقل وسن هجده سالگی را تکمیل نموده باشد»<sup>1</sup> و همچنان اختلاف دین را چنین اشعار می دارد: «استحقاق ارث بین مسلمان وغیرمسلمان نیست. اما غیرمسلمان ازیکدیگرمستحق میراث شده می توانند. اختلاف دوکشوردربین مسلمین مانع میراث نمی گردد، مگراینکه قانون مملکت بیگانه میراث بردن بیگانه را منع نموده باشد اجانب نمی توانند براساس ارث مندرج فقره یک این ماده، حق ملکیت را دراموال عقاری تمسک نمایند»<sup>2</sup>.

قانونگذار مدنی درمواد فوق به طورکلی درخصوص شرط ارث بردن صحبت کرده است. اما درمورد اینکه آیا طفل هم می تواند از مزایای ارث بردن بهره مند شوند سخن به میان نیآورده است که چنین امری طلبد تا در این موضوع سخنی بیان نمایم. سوالی که این جا مطرح می شود این است که آیا برای اطفال هم شرط ارث بردن ثابت است یا خیر؟ درجواب باید گفت همان طورکه اطفال مورث و وارث شده می تواند جای سوالی نیست البته وقتی که مورث شده می توانند دراین صورت لفظ مورث خود به معنی اثابت وفات آن شخص است ووارث شدن درحقیقت اثبات درقید حیات بودن اوست. همچنان عدم وجود مانع این شرط بدون شک وشبهه برای اطفال متحقق است زیرا قتل عمد وقتی برذمه شخص ثابت می شود که عاقل وبالغ باشد، واطفال ازاین دونیرو برخوردارنیستند، عدم وجود این دو نیرو دلیل اثبات حق اطفال درمیراث بردن ازپدراست. موضوع اختلاف دین نیزبرای اطفال تحقق پذیرنیست زیرا اطفال تابع دین والدین شان می باشند. چون اطفال درانتخاب دین بخاطرنداشتن قوه عقل وبلوغ فاقد اختیارهستند. بنابراین می توان گفت شروطی را که قانونگذارمدنی برای میراث بردن درنظرگرفته است، اطفال نیزازآن برخوردارشده می تواند.

#### ه: اسباب ارث

قانونگذارقانون مدنی درخصوص اسباب میراث چنین تصریح نموده است: «اسباب میراث - زوجیت وقرابت است»<sup>3</sup> همچنان میراث به طریقه زوجیت را چنین بیان نموده است: «ارث به اساس زوجیت تنها به طریقه فرض بوده ودرقرابت به طریقه فرض عصوبت یا به هردو یا رحم یا رعایت قواعد حجب و رد می باشد»<sup>4</sup>.

1. ماده (۱۹۹۹) قانون مدنی.

2. ماده (۲۰۰۰) قانون مدنی.

3. ماده (۲۰۰۱) قانون مدنی.

4. ماده (۲۰۰۲) قانون مدنی.

با در نظر داشت مواد فوق می توان گفت که رابطه قرابت ثمره ولادت است؛ که از مهمترین اسباب میراث محسوب می شود و همچنان طریقه کسب میراث نیز به شکل واضح و کلی بیان شده است که در این موضوع به همین مقدار بسنده می کنیم.

### و: حق میراث طفل

قانون مدنی حق میراث طفل را در مواد زیرچنین حکم می نماید:

۱- «هرگاه حمل با سایر ورثه شرکت نماید یا باعث حجب نقصان ورثه شود، حصه یک پسر یا یک دختر هر یکی که بیشتر باشد به او گذاشته می شود و در صورتی که حمل موجب حجب حرمان گردد، تمام متروکه به او گذاشته می شود»<sup>1</sup>.

۲- «هرگاه حمل زنده و فعال تولد شود یا الی خروج اکثر حصه بدن زنده باشد، مستحق ارث شناخته می شود. اگر وضع حمل به اثر جنایت صورت گیرد، در هر حال مستحق ارث شده و هم از او میراث برده می شود»<sup>2</sup>.

۳- «هرگاه زوجه یا معتده متوفی بعد از مرگ او موجود باشد، حمل او در صورتی مستحق میراث شناخته می شود که حد اکثر در خلال مدت سه صد و شصت و پنج روز از تاریخ وفات یا فرقت، زنده تولد شود.

حمل بغیر از پدرازشخص دیگری میراث برده نمی تواند، مگر در دو حالت آتی:

۱- حد اکثر در خلال مدت (۳۶۵) روز از تاریخ وفات یا فرقت زنده متولد گردد، در حالی که مادر او معتده وفات یا فرقت بوده و مورث هنگام عدت وفات نموده باشد.

۲- حد اکثر در خلال مدت (۲۷۰) روز از تاریخ وفات مورث زنده متولد گردد، مشروط بر اینکه زوجیت بین پدر و مادر او حین وفات پدر قائم باشد»<sup>3</sup>.

۴- «هرگاه حصه تخصیص داده شده به حمل، از حصه مستحقه او کمتر باشد، مقدار کمبود از حصه کسانی که از استحقاق خود اضافه گرفته اند، اخذ می شود و اگر حصه تخصیص داده شده از استحقاق زیاد تر باشد، حصه مازاد استحقاق به مستحقین توزیع می شود»<sup>4</sup>.

قانونگذار قانون مدنی حق میراث بردن اطفال را حتی از مرحله حمل در حالی که توانایی شناخت، طلب و نگهداری میراث را ندارند بیان نموده، تا باشد که حق آن ها را مد نظر گرفته باشد. از مواد

1. ماده (۲۰۵۲) قانون مدنی.

2. ماده (۲۰۵۳) قانون مدنی.

3. ماده (۲۰۵۴) قانون مدنی.

4. ماده (۲۰۵۵) قانون مدنی.

فوق به خوبی دانسته می شود که اطفال در میراث بردن گاهی صاحب همه ای میراث متوفی، گاهی نصف حصه میراث و اکثراً حصه معینه که قانون تعیین کرده است را مالک شده می تواند.

### مطلب دوم: حق میراث از منظر فقه اسلامی

رابطه خونی باعث شده است تا فرزند سهمی در مال متروکه والدین داشته باشد چنین امر از دید قرآن کریم و احادیث نبوی مغفول نمانده است. قرآن کریم و احادیث نبوی «□» در زمینه میراث به عنوان یک حق مسلم تأکیدی فراوانی نموده است که در این مطلب به آن می پردازیم:

#### الف: تعریف میراث

##### ۱- در لغت

میراث از مادهٔ ارث است، ریشه در زبان عربی دارد و به معنای باقی، حصه، سهم، حق، خاکستر، و استحقاق آمده است و گاهی به معنای بخش، اندازه ی اموال اصل و نسب و اثر ذکر شده است، و همچنان از این عربی<sup>۱</sup> نقل است که ارث در نسب استعمال می شود و ورث در مال.<sup>۲</sup>

##### ۲- در اصطلاح

«عبارت از مال منقول و غیر منقولی است که بعد از وفات شخص به وارثان او به میراث مانده باشد».<sup>۳</sup>

#### ب: حق میراث در فقه اسلامی

فقه‌های اسلام با توجه به آیات قرآن کریم و احادیث نبوی «□» بحث های عمیقی نسبت به میراث نموده اند که در ذیل به بخش های آن می پردازیم:

##### ۱- ارکان میراث

میراث دارای سه رکن می باشد:

۱- وارث: شخصی که بنا بر سببی از اسباب مال متوفی را از خود کند.

۲- مورث: شخص متوفی حقیقی و حکمی که حکم متوفی را به خود می گیرد.

---

۱. ابو عبدالله، محیی الدین محمد بن علی بن محمد بن العربی طائی الحاتمی، متولد ۲۷ ژوئیه ۱۱۶۵ - متوفی ۱۶ نوامبر ۱۲۴۰ م معروف به ابن عربی، شیخ اکبر، اندیشمند، عارف و صوفی بزرگ جهان اسلام، کسب تحصیل را در اشبیلیه نزد استادان معروف به آموختن قرائت هفت گانه، حدیث، ادبیات و دیگر دانش های زمان پرداخت، مراجعه به کتاب ابن تیمیه، احمد، مجموعه الرسائل والمسائل، بیروت ۱۹۸۳ م.

۲. محمد، الزبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، انتشارات: دار الهدایة، بی تا، ج پنجم، ص ۱۵۵ و محمد بن مکرم بن منظور، لسان العرب، انتشارات: دار صادر - بیروت، ج دوم، ص ۱۱۱، احمد ابن فارس، مقاییس اللغة، انتشارات: اتحاد الکتاب العرب، ۱۴۲۳ هـ ۲۰۰۲ م ص ۱۰۶.

۳. سعدی، ابوجیب، القاموس الفقہی لغة واصطلاحاً، ص ۳۷۷.

3- مَوْرُوث: عبارت از مَتْرُوكه یا مال بجا گذاشته شده از مَوْرِث برای وارث می باشد.<sup>1</sup>  
با در نظر داشت رأی فقهاء مخصوصاً احناف ارکان میراث سه است؛ (وارث، مَوْرِث و مَوْرُوث) که بدون این ها در میراث (ارث) تقسیمات صورت نمی گرفت؛ زیرا تقسیم میراث وقتی صورت می گیرد که پایه های اساسی آن که ارکان است موجود باشند.

## ۲- اسباب میراث

شخص بنا بر سه سبب (قرابت خویشاوندی - نسب حقیقی -، ولاء - نسب حکمی - و زوجیت - ازدواج صحیح)<sup>2</sup> می تواند وارث ارث مَوْرِث شود:

### 1- ۲- نسب حقیقی

نسب حقیقی (قرابت و رحم) «عبارت است از هر رابطه ای که سبب آن ولادت یا تولد باشد، که در برگیرنده فروع میت، اصول میت و فروع اصول میت است».<sup>3</sup>

هدف از نسب حقیقی آن است که افراد به طور واقعی و حقیقی با همدیگر پیوند داشته باشند و این گونه نسب را خداوند «ج» از اسباب میراث محسوب نموده است: (وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ)<sup>4</sup>

ترجمه: «وکسانی که با یکدیگر خویشاوندند برخی برای برخی دیگر سزاوارترند».

میراث به سبب نسب شامل موارد آتی می باشد:

۱- فرزند و فرزندِان فرزند (دختری و پسری)

۲- پدرکلان و پدرِ پدرکلان، مادرِ پدرکلان (مادر، مادرِ مادر و مادرِ پدرکلان)

۳- خواهر و برادر

۴- کاکاها و فرزندِانِ پسری کاکاس

با توجه به آنچه درباره نسب حقیقی فقهای کرام و شریعت اسلامی بیان نموده است، می توان گفت که اطفال شامل نسب حقیقی می شوند و این نسب باعث میراث بردن اطفال از والدین شان می گردد.

1. سابق، سید، فقه السنة، ج چهارم، صص ۲۹۲-۲۹۳.

2. الدرالمختار، ج پنجم، ص ۵۳۸، الشرح الصغير، ج چهارم، ص ۶۱۹، بداية المجتهد، ج دوم، ص ۳۵۵، مغنی المحتاج، ج سوم، ص ۴، كشاف القناع، ج چهارم، ص ۴۴۸، المغنی، ج ششم، صص ۳۰۴-۳۲۶.

3. الدرالمختار، ج پنجم، ص ۵۳۸، الشرح الصغير، ج چهارم، ص ۶۱۹، بداية المجتهد، ج دوم، ص ۳۵۵، مغنی المحتاج، ج سوم، ص ۴، كشاف القناع، ج چهارم، ص ۴۴۸، المغنی، ج ششم، صص ۳۰۴-۳۲۶.

4. انفال / ۷۵.

## ۲-۲- نسب حکمی (ولاء)

در اصطلاح میراث نسب حکمی یا ولاء «عبارت است از سببی است که باعث میراث بردن می گردد». در مذهب احناف مولای موالات نیز اعتبار داده شده است.<sup>۱</sup>

ولاء در میراث به دو نوع می باشد:

### ۱- ولاء عتق

«عبارت است از عصوبیت که آزاد کرده برآزاد شده دارد». از ولای عتق به نسب حکمی و یا اعتباری نیز یاد شده است. هدف از نسب حکمی و اعتباری آن است که پیوند خونی واقعی در بین افراد وجود ندارد، اما شارع به آن اعتبار داده و آن را پذیرفته است؛ و آن را به منزلت نسب خوانده است. چنانچه پیامبر «□» فرموده اند: (الولاء لحمة كلحمة النسب)<sup>۲</sup>

ترجمه: «نسبت ولاء مانند نسبت نسب است». در حدیث مذکور ولاء همانند نسب خوانده شده است، بناءً از جمله اسباب نسبی محسوب گردیده است.<sup>۳</sup> در حدیث دیگری پیامبر «□» فرموده اند: (إنما الولاء لمن أعتق)<sup>۴</sup>

ترجمه: «یقیناً ولاء عتق آزاد کننده مستحق ارث آزاد شده می باشد و آزاد شده دارای حق ارث از آزاد کننده نمی باشد».<sup>۵</sup>

### ۲- ولأء موالات

هدف از ولاء موالات آن است که در بین دوشخص عقد و عهد برکمک و پرداخت عاقله<sup>۶</sup> ایجاد شود و یکی از دیگری مستحق ارث گردد خداوند «□» در قرآن فرموده: (وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِي مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ)<sup>۷</sup>

1. زحیلی، و هبه، فقه الاسلامی وادلته، ج هشتم، ص ۲۴۹.
2. محمد ابن ادریس، شافعی، المسند الشافعی، ص ۳۳۸، انتشارات: دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۰ بیروت، البانی در کتاب صحیح الجامع الصغیر و زیاداته، صحیح قرار داده است.
3. وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج سوم، ص ۲۲، ابن عابدين ج پنجم، ص ۴۸۶.
4. بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح بخاری، ج هشتم، ص ۱۵۴، انتشارات: دارطرق النجاة ۱۴۲۲ ق. قال البانی فی إرواء الغلیل، صحیح، رقم الحدیث ۱۳۹۸.
5. عبدالکریم، بن محمد اللاحم، الفرائض، ص ۹، انتشارات: وزارة الشؤون الاسلامیة والاقواف والدعوة والارشاد، المملكة العربية السعودية، ۱۴۲۱ ه ق.
6. عاقله در اصطلاح فقهی: نزدیکان و خویشاوندان شخصی هستند که مرتکب قتل غیر عمد و جرح مخصوص می شود که لازم دیه آن قتل و جرح پیردازند.
7. نساء / ۳۳.

ترجمه: «برای هر یک وارثان تعیین کردیم تا از میراث پدر و مادر و نزدیکان برخوردار شوند».

۳-۲- ازدواج صحیح

یکی از اسباب میراث ازدواج پنداشته شده است ازدواج سبب می شود که زوجین تا زمانی که در عقد همدیگر هستند از همدیگر مستحق میراث شوند و در ماهیت این مسئله در بین مذاهب و فقه های اسلامی هیچ گونه اختلاف وجود ندارد.<sup>1</sup> زیرا خداوند متعال می فرماید: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ... وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ)<sup>2</sup>

ترجمه: «و برای شما نصف دارایی بجای مانده همسرانتان است اگر فرزندی نداشته باشند و اگر فرزندی داشته باشند سهم شما یک چهارم ترکه است... و برای زنان شما یک چهارم ترکه شما است اگر فرزندی نداشته باشید اگر شما فرزندی داشتید سهمیه ای همسرانتان یک هشتم ترکه است».

3- شرایط میراث

۱- تعریف شرط

۱-۱- در لغت

شرط در اصل به معنای لزوم، وابستگی شی، علامه و نشانه آمده است. از همین جهت، نشانه های قیامت را اشراف ساعت گویند.<sup>3</sup>

۱-۲- در اصطلاح

شرط عبارت از وصفی است که از نبود آن نبود حکم لازم می گردد و از وجود آن وجود حکم لازم نیست و حکم را طلب هم نمی کند. معمولاً شرط در ماهیت حکم و شی داخل نمی باشد، برخلاف رکن.<sup>4</sup>

۲- شرایط میراث در فقه

۱- موت مورث

وفات شخص یکی از شرایط وجود میراث است؛ زیرا بدون وفات و اثبات مرگ حکم میراث صادر نمی شود. چنانچه الله «□» می فرماید: (إِنَّ أُمَّرَأَةً لَمَّا أَحْتَتَ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ)<sup>5</sup>

1. عبدالعزیز، احکام میراث از نگاه فقه و قانون، ص ۲۳.

2. نساء / ۱۲.

3. علی بن محمد سید شریف الجرجانی، التعریفات، ص ۱۶۶، انتشارات مطبعه خبره جمالیه، 1306 ه ق.

4. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی وادلته، ج دهم، ص ۶۳۶.

5. نساء / ۱۲۶.



ترجمه: «اگر مردی مرد و فرزندی نداشت و دارای خواهری بود نصف ترکه از آن او است.» هرگاه شخص هلاک شد و اولاد نداشت و از وی خواهر باقی مانده بود برای آن نصف ترکه است.»

در آیت ذیل بطور واضح بیان شده که میراث بعد از وفات شخص تحقق پیدا می کند.

## ۲- حیات وارث

حیات وارث یکی از شرایط میراث است. در صورتی که وارث زنده نباشد مسئله ارث هم مطرح نمی گردد. حیات وارث در زمان اهمیت دارد که هنگام موت مورث متحقق باشد. هدف از حیات عام است چه حقیقی باشد یا هم حکمی و تقدیری.

## ۳- عدم موانع میراث

میراث حق مسلم هر مسلمان است. وارث وقتی ارث گرفته می تواند که ارکان، شرایط و اسباب ارث موجود باشد. اما گاهی به دلیل بعض موانع وارث از مورث محروم می گردد که ذیلاً به آن پرداخته می شود:

### ۱- قتل

یکی از موانع ارث قتل است و در ماهیت چنین امر هیچ اختلافی بین فقهای اسلامی نیست، چون پیامبر گرامی اسلام فرموده اند: **(القاتل لا يرث)**.<sup>1</sup>

ترجمه: «قاتل میراث برده نمی تواند.»

در روایت دیگر فرموده اند: **(لیس للقاتل میراث)**<sup>2</sup>

ترجمه: «برای قاتل میراث ثابت نمی شود.»

اهل ادب قتل را چنین تعریف نموده اند:

قتل در لغت؛ از عنصر (ق ت ل) مصدر ثلاثی مجرد، به فتح عین ماضی و ضم آن در مضارع به

مفهوم (کشتن و از حاق نفس و یا روح) آمده است.<sup>3</sup>

اما در اصطلاح قتل عبارت است از حاق و سلب روح و حیات شخص انسانی توسط انسان دیگر

و یا قتل عبارت از کشتن و یا گرفتن جان انسان معصوم برابر و یکسان است.<sup>4</sup>

---

1. محمد بن عیسیٰ ترمذی، سنن ترمذی، مکتبه المصطفیٰ، البانی ... ص 1395 ه ق، ج چهارم، ص 425. قال الشیخ البانی حدیث صحیح. وقال الترمذی: هذا حدیث لا یصح.

2. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج دوم، ص 884، شماره حدیث 2646، البانی حدیث را در کتاب صحیح الجامع الصغیر و زیاداته، ج دوم، ص 954، شماره حدیث 5420، در مرتبه صحیح قرار داده است.

3. سید شریف جرجانی، التعریفات، ص 74.

4. الالب لویس معلوف، المنجد فی الغت، ص 20، ناشر: اسماعیلیان، 1365 ه ش.

## ۲- اختلاف دین

منظور از اختلاف، اختلاف در دین است. زیرا پیامبر گرامی اسلام فرموده اند: (لا یرث المسلم

للكافر ولا الكافر المسلم)<sup>1</sup>

ترجمه: «نه مسلمان از کافر میراث می برد و نه کافر از مسلمان».

## ۳- اختلاف دار

یکی از موضوعات بسیار مهم در حوزه میراث در بین فقهاء اختلاف دار است. چون از تعریف واحد برخوردار نیست.

هدف از دار آن است که یک سرزمین دارای لشکر و پادشاه مستقل باشد.<sup>2</sup> همچنین اختلاف

دار عبارت از اختلاف نظام، عسکر، منافع و... است.<sup>3</sup>

## ۴- رِق و بردگی

یکی دیگر از موانع میراث رِق و بردگی است. افرادی که برده بوده باشند نمی توانند مستحق میراث

گردند. چون برده در اسلام دارای ملکیت نیست و نمی تواند در اموال و دارای تصرف نماید.<sup>4</sup>

با در نظر داشت نظریات فقهی و اسلامی (موت مُورث، حیات وارث و عدم موانع) را شروط

میراث دانسته اند؛ و موانع میراث را چهار عنصر دانسته شده که در عصر امروز موضوع اختلاف دار و

رِق (بردگی) کاربرد ندارد. بنابراین اختلاف دین و قتل عمد از موانع میراث می توان بر شمرد که

در خصوص اطفال متحقق نیست.

## ۳- ترتیب مستحقین ترکه

### ۱- تقسیم ترکه در بین وارثین

اموال میت بعد از تکفین و تجهیز، ادای دین و وصیت، اموال میت در بین وارثین به ترتیب ذیل

تقسیم می گردد:

۱- ذوالفروض ۲- عصابات نسبی و سببی است ۳- رد بر اصحاب فرض ۴- ذوی الارحام ۵-

مولای موالات ۶- مقررله به نسب ۷- بیت المال.<sup>1</sup>

---

1. محمد بن اسماعیل، ابو عبدالله البخاری الجعفی، الجامع الصحیح المختصر، ج سوم، ص ۱۴۰۷، ج ششم،

ص ۲۴۸۴، انتشارات: دار ابن کثیر، بیروت.

2. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلتہ، ج دهم، ص ۳۹۵.

3. شمس الدین ابوبکر بن ابی سهل سرخسی، المبسوط لسرخسی، ج پنجم، ص ۹۲، انتشارات: دار الفکر للطباعة ۱۴۲۱

ه ق، بیروت.

4. زیلعی، عثمان بن علی حنفی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، ج ششم، ص ۲۴۸، نشر: دار الکتب العلمیه، ۲۰۱۱م

۴- مستحقین ترکه در مذهب احناف

۱- صاحبان فرض ۲- عصبه نسبی ۳- عصبه سببی ۴- رد بر صاحبان فرض ۵- ذوالارحام ۶- مولای موالات ۷- مقرله به نسب غیر ۸- موصی له به بیشتر از ثلث اموال ۹- بیت المال.<sup>2</sup>

از نظریات فقهای کرام واضح دانسته می شود که اطفال نیز شامل مستحقین میراث اند؛ بنا بر دودلیل اولاً اطفال وارث مُورث است بر اساس اسباب میراث که قبلاً مفصلاً بیان شد، دوماً اطفال اگر دختر باشد ذوالفروض، عصبه نسبی و گاهی به صفت ذوالارحام و اگر پسر باشد منحیث عصبه نسبی مستحق میراث مُورث شده می تواند.

---

1. سجاوندی، سراج الدین، السراجی فی المیراث، ص ۵، انتشارات: المكتبة الحقانیة، (بی- تا).

2. سابق، سید، فقه السنه، ج چهارم، ص ۲۹۵.

مطلب سوم: نگاه تطبیقی به وجوه اشتراکات و افتراقات میراث در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی

#### الف: اشتراکات

قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به موارد ذیل توافق دارند:

۱- قانون مدنی و فقه اسلامی ذوالفروض «صاحبان فروض عبارت اند از پدر، جد صحیح گرچه مراتب آن بالا رود، برای برادر مادری، خواهر مادری، زوج، زوجه، دختر یا دختران دختر، یا دختران پسر؛ گرچه مراتب آن ها تنزیل نماید. خواهر عینی، خواهر پدیری، مادر جد صحیح، گرچه مراتب آن ها بالا رود» در مستحق بودن میراث مقدمتر از همه دانسته اند.

۲- قانون مدنی و فقه اسلامی ذوالأرحام (صاحبان رحم) را در میراث بردن بعد از ذوالفروض و عصبیات نسبی قرار داده اند.

۳- قانون مدنی و فقه اسلامی (وارث، مُورث و اِراث) را ارکان میراث دانسته اند.

۴- قانون مدنی و فقه اسلامی (حیات و اِراث، وفات مُورث و عدم موانع میراث) را شروط میراث محسوب نموده اند.

۵- قانون مدنی و فقه اسلامی در رابطه به مستحق بودن اطفال حتی قبل از تولد (جنین) در میراث موافق اند.

#### ب: افتراقات

قانون مدنی وفق اسلامی در موارد آتی باهم اختلاف دارند:

۱- قانون مدنی موانع میراث را قتل عمد و اختلاف دین تلقی نموده است، اما فقه اسلامی بر علاوه قتل عمد و اختلاف دین، اختلاف داروبردگی را نیز از جمله موانع در مستحق شدن میراث بر شمرده است.

۲- قانون مدنی قرابت و زوجیت را اسباب میراث تعیین نموده است، اما فقه اسلامی بر علاوه قرابت و زوجیت نسب حکمی (ولاء) را نیز از اسباب میراث می دانند.

## جمع بندی فصل سوم

مطالبی که زیرعناوین (حقوق مسکن، شیرخوارگی، حضانت، نفقه، وصایت، ولایت و میراث) که در این فصل مورد بررسی قرار گرفت؛ برآیندش قرار ذیل است:

۱- داشتن مسکن از حقوق اولیه انسان است. قانونگذار مدنی افغانستان و فقه اسلامی چنین حق را به رسمیت شناخته اند که طفل بالتبع نیز از آن برخوردار است.

۲- شیرخوارگی یکی از حقوق مهم طفل است. قانون مدنی در زمینه آن سکوت نموده ولی در رابطه به اجرت، مدت و داشتن خانوادۀ رضاعی بر طفل، با فقه اسلامی توافق دارد. قانون مدنی در خصوص رضاع بطور مطلق صحبت نموده و هیچ تکلیفی را برای مادر در نظر نگرفته ولی فقه اسلامی مادر را نسبت به سایر زنان شرعاً مستحب و دیانتاً واجب می داند.

۳- سرپرستی طفل علاوه بر اینکه حق شرعی اوست، حق انسانی اونیتمحسوب می شود. قانون مدنی و فقه اسلامی داشتن عقل، بلوغ و امین بودن را برای حاضنه شرط دانسته و مدت حضانت را برای پسر تا هفت سالگی و برای دختر تا نه سالگی را بیان کرده است، ولی قانونگذار مدنی به موضوع تعلیم و تربیت طفل ساکت است، اما فقه اسلامی آن را مورد توجه خاص قرار داده و والدین او را مکلف نموده تا در زمینه تلاش نمایند که از نعمت تعلیم و تربیت بهره مند شود.

۴- نفقه طفل که شامل مسکن، لباس نفقه و تداوی است. قانون مدنی و فقه اسلامی پدر را برای تهیه مواد فوق ملزم نموده است.

۵- برای مصلحت اندیشی در زندگی وصی داشتن یک امر شرعی و عقلانی تلقی می شود. قانون مدنی و فقه اسلامی داشتن حق تعیین وصی اختیاری و وصی قاضی را جهت جلوگیری از تلف مال برای طفل به رسمیت شناخته و شروطی را برای تعیین وصی که همانا عاقل، بالغ، امین و عادل بودن را در نظر گرفته است، و ختم وصایت را مبتنی بر وفات موصی علیه، سن رشد، عزل وصی و اعداء مجدد ولایت ولی بیان کرده است. قانون مدنی در خصوص تعریف وصایت، ارکان، شروط و بطلان آن سکوت نموده اما فقه اسلامی موارد فوق را به طور صریح تعریف نموده و شروط وصایت را عقل، بلوغ، رشد، عدالت و اسلام قلمداد کرده است، و دچار شدن موصی به را به جنون دایمی و وفات موصی له را قبل از موصی دلیل برای بطلان وصایت معرفی کرده است. همچنین هر دو در بخش انواع نفقه و صلح والدین جهت نفقه طفل نیز توافق دارند.

۶- ولی جهت عدم توانایی مدیریت در نظر گرفته می شود. قانون مدنی بطور کلی نام از ولایت برمال و ولایت برنفس را برده اما در مورد ولایت طفل و شروط ولی مسکوت است ولی فقه اسلامی علاوه بر موارد فوق در رابطه به صلاحیت ولی در ولایت نسبت به طفل، شروط ولی برنفس را عقل، بلوغ و ارث نبردن به سیله سبب و شروط ولی برمال دانسته است. همچنین قانون مدنی ختم ولایت را درگرو بالغ شدن و فقه اسلامی علاوه بر آن وفات مولی علیه، دور شدن سبب حجر، فوت ولی را قید کرده است.

۷- میراث حق شرعی هرورثه است. قانونگذار مدنی و فقه اسلامی در خصوص ذوی الفروض، ذوی الارحام، ارکان میراث - وارث، مورث، ارث - شروط میراث - حیات وارث، وفات مورث و عدم موانع میراث و مستحق بودن جنین قبل از تولد هم نظرند. اما قانون مدنی موانع میراث را قتل عمد اختلاف دین گفته ولی فقه اسلامی علاوه بر موارد فوق اختلاف دار و بردگی را نیز موانع میراث بردن بیان نموده است. همچنین قانون مدنی قرابت، زوجیت و نسب حقیقی را از جمله اسباب دین دانسته اما فقه اسلامی علاوه بر موارد فوق قرابت، زوجیت و نسب حکمی را نیز از اسباب میراث بیان نموده است.

بنابراین آنچه در فوق مرقوم است حاکی از حقوق مادی طفل است که قانونگذار مدنی و فقه اسلامی چنین حقوق مادی را در نظر گرفته است.

## نتیجه گیری

با توجه به آنچه گفته شد یافته های این تحقیق نشان می دهد که مواد قانون مدنی افغانستان در بیشتر مباحث الهام گرفته از منابع غنی فقه اسلامی بخصوص فقه حنفی و مالکی است. این تحقیق، حقوق خانوادگی اطفال در قانون مدنی افغانستان و فقه اسلامی را مورد کنکاش علمی قرارداد که نتایج ذیل از آن بدست آمد:

۱- آنچه در فصل اول به عنوان مقدمه و ورود به مباحث اصلی صورت گرفت؛ روی مفاهیم کلیدی از قبیل: حق، خانواده، طفل، قانون و نگاه گذرا به قانونگذاری و همچنین به حقوق خانوادگی اطفال در فقه اسلامی داشت. مردم افغانستان تا سال ۱۳۵۳ از نبود قانون مدون مدنی، کثرت منابع فقهی، شروح و مسایل قوی و ضعیف، راجع و مرجوع و... در دعاوی و خصومات در ادارات دولتی دچار مشکل بود. دولت بنابر لزوم دید در صدد ایجاد قانون مدنی به وسیله ریاست قانونگذاری وزارت عدلیه و به همکاری متخصصین مصری قانون مدنی را تدوین و پس از بررسی ابعاد موضوع و تایید مجالس وزرا در سال (۱۳۵۳) ه ش به اساس فرمان تقنینی دارای (۲۴۱۶) ماده توشیح، در چهار بخش و پس از نشر در جریده رسمی نافذ گردید.

فقه اسلامی در زمینه حقوق خانوادگی طفل توجه نموده وزیر بنای خانواده سالم و جامعه سالم را در گروتربیت سالم فرزندان دانسته است. بنابر همین ملحوظ فقه اسلامی رعایت حقوق اطفال از مراحل جنین تا به ازدواج دادن او را یک امر ضروری جهت پاکی طفل، خانواده و جامعه قلمداد کرده است.

۲- هماهنگی آراء و نظریات معلول مبانی است. قانون مدنی افغانستان بیشتر برگرفته از داده های فقهی است. نتایج به دست آمده از فصل دوم در زمینه حق محافظت (جنین)، ثبوت نسب، نامگذاری و به ازدواج دادن طفل (صغیر و صغیره) در کلیت موضوع با فقه اسلامی توافق دارد، اما قانونگذار مدنی به ازدواج دادن طفل (صغیره) را منوط بر اجازه پدر دانسته ولی فقه اسلامی علاوه بر پدر بر دیگران نیز اجازه به ازدواج دادن او را داده است.

قانون مدنی نسبت به حقوق اطفال بی سرپرست ساکت است، اما موضوع مذکور را قانون سرپرستی اطفال بی سرپرست مانند فقه اسلامی به اطفال بی سرپرست توجه نموده است. همچنین قانون برای اثبات نسب نکاح صحیح، فاسد و اقرار را مبنا قرار داده اما فقه اسلامی بر علاوه طرق یاد شده شهود را نیز برای اثبات نسب در نظر گرفته است.

آنچه در پیوند به اثبات ثبوت نسب قابل یادآوری است، این است که جهان در حال پیشرفت و سیر صعودی قرار دارد، مخصوصاً علم طبی. امروزه با استفاده از علم تخنیک و سیستم های پیشرفته به راحتی می توان جنین را با یک آزمایش نمونه برداری از طریق **DNA** نسب او را تشخیص نمود. بنابراین می سزد که قانونگذار مدنی و فقه اسلامی با توجه به نیازهای روز دست به بازنگری بزنند، تا باشد سهولت های لازم جهت تشخیص راحت تر اثبات نسب همگام با پیشرفت های بشری امروزی فراهم آید.

۳- قانونگذار مدنی و فقه اسلامی در مورد حق سکونت (طفل)، رضاعت، حضانت، نفقه، ولایت، وصایت و میراث با هم، هم نظراند، اما قانون مدنی مادر را بخاطر شیردادن طفل ملزم نکرده و فقه اسلامی شیردادن طفل را بر مادر شرعاً مستحب و دیانتاً واجب دانسته است. قانون مدنی همچنین در رابطه به حق تعلیم و تربیت اطفال مسکوت است و فقه اسلامی به آن توجه خاص نموده است، همچنین قانون مدنی در مورد شروط ولایت (ولی بر نفس و ولی بر مال) ساکت است، در حالیکه فقه اسلامی شروط ولی بر نفس را بر مبنای عقل، بلوغ و ارث نبردن به وسیله سبب و شروط ولی بر مال را اهلیت کامل، عدم سفیه مبدر، محجور بودن ولی و اتحاد دین میان ولی و مولی علیه دانسته است. قانون مدنی ختم ولایت را در گرو بالغ شدن طفل دانسته اما فقه اسلامی بر علاوه آن وفات مولی علیه دور شدن سبب حجر - سلب وزایل شدن اهلیت ولی را نیز ختم ولایت دانسته است. همچنین قانون مدنی در مورد ارکان، شروط و بطلان وصایت سخن نگفته ولی فقه اسلامی موارد فوق را بیان نموده است. قانون مدنی مبنا و ملاک موانع میراث را قتل عمد و اختلاف دین دانسته اما فقه اسلامی بر علاوه آن دو، اختلاف داروبردگی را نیز از موانع میراث بر شمرده است. قانون مدنی قرابت و زوجیت را از اسباب میراث تعیین نموده اما فقه اسلامی بر علاوه آن دو، نسب حکمی را نیز از اسباب میراث دانسته است.



## پشنهادات:

### ۱- دولت

دولت بنابر مسؤولیت که در برابر ملت دارد به لحاظ حقوقی مکلف بنظر می رسد تا در راستای اطفال بی سرپرست توجه خاص را مبذول داشته و اطفال بی سرپرست جهت آینده خوبتر برناه های همه جانبه را در نظر بگیرد تا اطفال بی سرپرست از حقوق مادی و معنوی که حق مسلم آن ها محسوب می شود برخوردار گردند.

### ۲- خانواده

خانواده جهت استحکام بخشی احقاق حق از مهم ترین کانون در همه جوامع به حساب می آید. اطفال در صورتی بهر مند از حقوق مادی و معنوی خویش می شوند که خانواده از نعمت علم و خرد برخوردار باشند، تا بتوانند حقوق مادی و معنوی اطفال را در همه ابعاد زندگی جامه عمل ببوشانند.

### ۳- پوهنتون و محصلین

بررسی های صورت گرفته در این رساله بیانگر یک سلسله موضوعاتی است که پوهنتون زمینه تحقیق آن را برای محصلین فراهم کنند تا محصلین بتوانند روی آن تحقیق نمایند:

۱- بررسی جایگاه DNA در نظام عدلی - قضایی وفقه اسلامی.

۲- فلسفه نظام برده داری در آئینه ای اسلام.

۳- جایگاه خانواده در تربیت طفل از منظر قانون مدنی وفقه اسلامی.

۴- فلسفه سکوت قانون مدنی در موضوع تعلیم و تربیت طفل.

۵- بررسی فرجام اطفال بی سرپرست در جاده ها.

١- فهرست آيات

شماره	نص آيات مبارکه	آدرس سوره و آيه	صفحه
١	(وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ)	سوره بقره، آيه ٤٢	7
٢	(إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ)	سوره بقره، آيه ١١٩	٧
٣	(وَلَا تَتَّبِعُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ وَلَا مَهْمًا)	سوره بقره، آيه ٢٢١	٢٨
٤	(الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...)	سوره بقره، آيه ٢٣٣	١٩
٥	(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ...)	سوره بقره، آيه ٢٣٣	85
٦	(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ...)	سوره بقره، آيه ٢٣٣	١١٣
٧	(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ...)	سوره بقره، آيه ٢٣٣	١١٤
٨	( حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...)	سوره بقره، آيه ٢٣٣	٩٢
٩	(لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا...)	سوره بقره، آيه ٢٣٣	٩٣
١٠	(الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ)	سوره آل عمران، آيه ٦٠	٧
١١	(ذُرِّيَّةً بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ...)	سوره آل عمران، آيه ٣٤	٣١
١٢	(وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ)	سوره نساء، آيه ٦	٧٤
١٣	(يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ...)	سوره نساء، آيه ١٠	٧٤
١٤	(إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا..)	سوره نساء، آيه ١١	١٩
١٥	(وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنَّ...)	سوره نساء، آيه ١٢	١٥٠
١٦	(وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِي مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ...)	سوره نساء، آيه ٣٣	١٤٩
١٧	(وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ...)	سوره نساء، آيه ١٢٧	٦١

١٥٠	سورة نساء، آيه ١٧٦	(إِنَّ أَمْرًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَاوَدٌ وَلَهُ ...)	١٨
١٠٢	سورة مايدة آيه ٣٢	(مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ ...)	١٩
٧٣	سورة انعام آيه ١٥٢	(وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ )	٢٠
٧٤	سورة انفال، آيه ٤١	(وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ ...)	٢١
١٤٨	سورة انفال، آيه ٧٥	(وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي ...)	٢٢
٢٧	سورة حج، آيه ٥	(ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا)	٢٣
٢٨	سورة حج، آيه ٥	(وَيُقْرَأُ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى)	٢٤
٤١	سورة فرقان، آيه ٥٤	(وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا ...)	٢٥
٥٦	سورة روم، آيه ٢١	(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ ...)	٢٦
٧	سورة جاثية، آيه ٢٢	(وَخَلَقَ اللَّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ)	٢٧
٥٩	سورة طلاق، آيه ٤	(وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ...)	٢٨
٣٧	سورة طلاق، آيه ٦	(وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ ...)	٢٩
١١٤	سورة طلاق، آيه ٦	(فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ وَأْتَمِرُوا...)	٣٠
١١٧	سورة طلاق، آيه ٦	(وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ ...)	٣١
٨٥	سورة طلاق، آيه ٦	(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ...)	٣٢
٩٢	سورة ماعون، آيه ١-٣	(رَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالْإِيمَانِ...)	٣٣
٩٢	سورة لقمان، آيه ١٤	(وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ...)	٣٤
٩٢	سورة احقاف، آيه ١٥	(وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...)	٣٥

٢- فهرست احاديث نبوى

شماره	احاديث نبوى	مصدر	صفحه
١	(إن الله تعالى وضع عن المسافرين الصوم)	جامع ترمذى و ابن ماجه	٣٢/٢٠
٢	(إذا سنَّهَلَ الصبى صلى عليه و ورث)	سنن ابن ماجه	٢٠
٣	(إن أحدكم يجمع خلقه فى بطن أمه)	بخارى	٣٥/٢٧
٤	(أولاد للفراش وللعاهر الحجر)	صحيح البخارى	٤١
٥	(أنا وكافل اليتيم كهاتين يثير بإصبعه)	صحيح بخارى	٧٤
٦	(ألم ترى أن مجززا المدلجى نظر أنفا إلى)	صحيح بخارى	٧٧
٧	(إنما الولاء لمن أعتق)	صحيح بخارى	١٤٩
٨	(أبدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء)	صحيح مسلم	١١٦
٩	(البن قدامة ابن مظعون زوج ابن عمر ابنة)	جامع ترمذى	٦٢
١٠	(السلطان ولى من ولى له)	سنن الترمذى	١٣٧/١٢٦
١١	(اليتيمة تستأمر فى نفسها، فإن صمنت)	ترمذى	٦١
١٢	(القاتل لا يرث)	سنن ترمذى	١٥١
١٣	(الولاء لحمه كلحمه النسب)	المسند الشافعى	١٤٩
١٤	(لاتسمين غلامك يساراً، ولارباحاً)	صحيح مسلم	٥٢
١٥	(ليس للقاتل ميراث)	ابن ماجه	١٥١
١٦	(لا يرث المسلم للكافر ولا الكافر المسلم)	الجامع الصحيح المختصر	١٥٢
١٧	(خير بيت فى المسلمين بيت فيه يتيم يحسن)	بخارى	٧٤
١٨	(خيركم من تعلم القرآن و علمه)	صحيح بخارى	١٠٨
١٩	(تنكح المرأة لأربع: لمالها لنسبها وجمالها)	صحيح البخارى و المسلم	٣١/٢٩
٢٠	(تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفوانكحوا)	سنن ابن ماجه	٣٣/٣١/٢٩
٢١	(تسموا باسماء الأنبياء وأحب الأسماء)	سنن ابى داوى	٥٢

۳- فهرست اعلام

شماره	اسامی شخصت های علمی	صفحه
۱	ابو یوسف	12
۲	ابن قدامه المقدسی	۲۹
۳	ابن حزم اندلسی	۸۵
۴	ابن رشد	۳۳
۵	ابن نجیم	۸۹
۶	ابن عابدین	۱۰۰
۷	بدرالدین العینی الحنفی	۹
۸	حسین المروزی	۹
۹	محمد عبدالحلیم لکنوی	۸
۱۰	محمی الدین - ابن عربی	۱۴۶
۱۱	فرقد شیبانی کوفی	12
۱۲	عبدالله بن عباس	۲۹
۱۳	عایشه صدیقه	۵۹

## منابع ومآخذ

### قرآن كريم

- ١- ابوالفداء اسماعيل، ابن كثير، بن عمر، تفسير قرآن عظيم الشأن (ابن كثير)، ناشر: دارالكتب العلمية - بيروت، طبع اول، سال ١٤١٩ هـ ق، جلد ٤.
- ٢- ابوبكر محمد، ابن عربى، بن عبدالله، احكام القرآن (محقق: بجاوى، على محمد)، ناشر: دارالجيل، سال ١٤٠٨، جلد ١.
- ٣- ابواسحاق برهان الدين ابراهيم، ابن مفلح، بن محمد، المبدع فى شرح المقنع، ناشر: المكتبة الاسلامى، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م، جلد ٨.
- ٤- ابوالبركات، عبدالله ابن احمد ابن محمود النسفى حنفى، كنزالدقايق، بيروت، ناشر: دارالبشائر الاسلاميه لبنان، بى تا.
- ٥- ابو الحسن، مرغينانى، برهان الدين على بن ابى بكر بن عبدالجيل الفرغانى، الهداية فى شرح بدايه المبتدى، بيروت، ناشر: دارالاحياء التراث العربى - ١٤٤٠ هـ ق - ٢٠١٩، جلد ٢.
- ٦- ابو الحسن، ماوردى، على بن محمد بن حبيب، الحاوى الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعى، ناشر: دارلكتب العلميه، سال ١٤١٤ ق - ١٩٩٤ م، جلد ٨.
- ٧- ابو ذكريا، نووى، محى الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، القايره، ناشر: اداره الطباعة المنيريه - مطبعة التضامن الاخوى، ١٣٤٤ هـ ق، جلد ١٨.
- ٨- ابوذكريا، نووى، محى الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ناشر: المكتبة الاسلامى، طبع سوم، ١٤١٢ ق - ١٩٩١ م، جلد ٤، ٩.
- ٩- ابو الحسين، نيشاپورى، مسلم بن حجاج مسلم قشيرى، صحيح مسلم، ناشر: دارا الإحياء التراث العربيه - بيروت، جلد ٢، ٤.
- ١٠- ابوبكر محمد، سرخسى، بن ابى سهل، المبسوط، بيروت، انتشارات: دارالفكر للطباعة ١٤٢١ هـ ق، جلد ٥، ١.
- ١١- ابو عبدالله محمد، قزوينى، بن يزيد بن ماجه، فيصل عيسى البانى الحبلى، السنن بن ماجه، ناشر: دار إحياء الكتب العربيه، بى تا، جلد ١.
- ١٢- ابو حبيب، سعدى، القاموس الفقهى، لغت واصطلاحات، دمشق، نشر: دالفكر، طبع الثانيه، ١٩٩٣ م.
- ١٣- ابراهيم ابن احمد الزيد مصطفى، حامد عبدالقادر، محمدالنجار، المعجم الوسيط، دمشق، نشر: دارالدعوه، جلد ٢.

- ١٤- ابى البركات احمد، درديرى، بن محمد بن احمد، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب امام مالك، نشر ديجيتل: ٢٠٠٨م، جلد ٢.
- ١٥ - ابو محمد على، ابن حزم، بن احمد بن سعيد بن حزم اندليسى القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ناشر: دارالفكر - بيروت، ١٧٨٨م، جلد ٨.
- ١٦- ابن امير، اللجاج متوفى ٧٨٩ هـ ق، التقرير والتحبير على علم اصول الفقه، بيروت، انتشارات دارالفكر ١٤١٧هـ ق ١٩٩٦م، جلد ٢.
- ١٧- ابو محمد موفق الدين عبدالله، ابن قدامه، بن محمد، المغنى، ناشر: دارالعالم الكتب - القاهرة، ١٤١٧ ق، جلد ٤، ٥، ٧، ٨ و ١٠.
- ١٨- ابو عبدالله محمد، القرطبي، بن احمد بن أبى بكر بن فرح الانصارى الخزرجى شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، ناشر: دارالكتب المصرية - القاهرة، طبع دوم، سال ١٣٨٤ ق - ١٩٦٤ م، جلد ١٨.
- ١٩- ابو بكر محمد، ابن المنذر، بن ابراهيم، الاجماع، ناشر: دارالمسلم للنشر و التوزيع، ١٤٢٥هـ ق - ٢٠٠٤ م، طبع اول . ١٧
- ٢٠- احمد، ابن فارس، بن زكريا القزوينى الرازى، معجم مقاييس اللغة، ناشر: دارالكتب العلميه، ١٤١٦هـ ق، جلد ٢، ٦.
- ٢١- احمد، نفرأوى، بن غانم بن سالم بن مهنا شهاب الدين، الفواكة الروانى على رسالة بن أبى زيد القيروانى، ناشر: دارالفكر - بيروت، ١٤١٥ق - ١٩٩٥م، جلد ١. ٢٦
- ٢٢- احمد بن محمد بن على الفيومى، ثم الحموى، ابو العباس، المصباح المنير (الولى)، قاهره، ناشر: دارالمعارف، تاريخ اضافه ٢٠١٦ / ٤ / ٦، جلد ٢.
- ٢٣ - الاب لويس معلوف، المنجد فى الغت، ناشر: اسماعيليان، 1365 هـ ش.
- ٢٤- النبى، قيم، فرهنگ معاصر عربى - فارسى، تهران، انتشارات: فرهنگ معاصر، چاپ سيزدهم، ١٣٩٧.
- ٢٥- الخرقى، متن الخرقى على مذهب ابى عبدالله أحمد بن حنبل الشيبانى، بى تا، جلد ١.
- ٢٦- الكهينه، العسكري، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولى، لنيل درجة الماجستير، ٢٠١٥ م.
- ٢٧- باقر، ساروخانى، مقدمه بر جامعه شناسى خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه، چاپ اول، ١٣٨٤.
- ٢٨- جلال، جلال زاده، مبادئ واصطلاحات علم فقه، تهران، نشر احسان، چاپ اول ١٣٧٨،
- ٢٩- داد محمد، نذير، مبادئ علم حقوق، كابل، انتشارات حامد رسالت، چاپ ششم، ١٣٩٥.
- ٣٠- داد محمد، نذير، اساسات حقوق با تجديد نظر، كابل، انتشارات: مركز طبع ونشر الفاروق، ١٣٩١هـ ش، جلد ١.

- ۳۱- دستنامه حقوق خانواده، حقوق مالکیت و حقوق میراث، کابل، ناشر: دفتر هیئت ناروی برای مهاجرین، چاپ موج، ۱۳۹۱.
- ۳۲- وزارت عدلیه افغانستان، جریده رسمی، قانون حمایت حقوق طفل، مصوبه سال ۱۳۹۷.
- ۳۳- وزارت عدلیه افغانستان، شرح کود جزاء، ناشر: بنیاد آسیا - کابل، سال ۱۳۹۸، جلد ۳.
- ۳۴- وزارت عدلیه افغانستان، جریده رسمی، قانون مدنی، مصوبه سال ۱۳۵۳.
- ۳۵- وزارت عدلیه افغانستان، قانون اساسی افغانستان، مصوبه سال ۱۳۸۲.
- ۳۶- وزارت عدلیه، افغانستان، قانون سرپرستی اطفال، جریده رسمی، ۱۱۳۰، سال ۱۳۹۳.
- ۳۷- وهبه، زحیلی، الفقه الاسلامی وأدلته، ناشر: دارالفکر - دمشق - سوریه، سال ۱۴۰۹ ق - ۱۹۸۹ م، جلد ۷ و ۸ و ۱۰.
- ۳۸- وهبه، زحیلی، فقه خانوادہ در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران، انتشارات: نشر احسان، ۱۳۹۴.
- ۳۹- وهبه، زحیلی، تفسیر المنیر، ترجمه: عبدالرؤف مخلص، تهران، انتشارات شیخ الاسلام احمد جام، چاپ سوم ۱۳۹۵، جلد ۳.
- ۴۰- زیدان، المفضل فی أحكام المرأة والبيت المسلم فی الشریعة الاسلامیة، بی تا، جلد 10.
- ۴۱- زین الدین، ابن نجیم، ابن ابراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقایق، ناشر: دارالمعرفه - بیروت، طبع المطبعة العلمیة، ۱۳۱۱ه ق، جلد ۶، ۸، ۱۳.
- ۴۲- حفیظ الله، دانش، حقوق وجایب، کابل، انتشارات مستقبل، چاپ ششم، ۱۳۹۷.
- ۴۳- حسن، انوری، فرهنگ بزرگ سخن، تهران، انتشارات سخن، ۱۳۸۲، جلد ۴.
- ۴۴- حسن، عمید، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات: اشجع، چاپ دوم، ۱۳۷۲، جلد ۱.
- ۴۵- یوسف، قرضای، حلال و حرام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، تهران، نشر احسان، چاپ دهم، ۱۳۹۴.
- ۴۶- کاظم، بجنوردی، موسوی، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، تهران، انتشارات: مرکز دایرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷، جلد ۱.
- ۴۷- کنوانسیون ملل متحد در مورد حمایت حقوق طفل، نافذ شده از تاریخ دوم سپتامبر، سال ۱۹۹۰ م، ماده (اول) نیز کنوانسیون ملل متحد در مورد حقوق طفل که در سال ۱۹۹۴ از طرف افغانستان به امضاء رسید.
- ۴۸- محمد امین، ابن عابدین، بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی الحنفی، حاشیة ابن عابدین، ناشر: دارالفکر - بیروت، طبع دوم، سال ۱۴۱۲ ق، جلد ۶.



- ٤٩- مصطفى، زرقاء، المدخل الى النظرية الالتزام في فقه الاسلاميه، دمشق، ناشر: دار القلم، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
- ٥٠- محمد، ابن الهمام، بن عبدالواحد السيواسي السكندري كمال الدين، فتح القدير، ناشر: دار الفكر، جلد ١، ٤.
- ٥١- محمد رواس، قنبيبي، حامد صادق، المعجم الغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة، چاپ ١٤٠٤هـ.
- ٥٢- محمد تقى، رفعى، حقوق تطبيقي، تهران، نشرمجد، چاپ اول، ١٣٨٩. جلد ١، ٢.
- ٥٣- محمد عوده، ريمائوى، في علم النفس الطفل، عمان، ناشر: دار الشروق، ١٩٩٨.
- ٥٤- محمد، شربيني، بن محمد الخطيب الشربيني الشمس الدين (الاقناع للشربيني)، ناشر: دار الفكر - بيروت، ١٤١٨ ق، جلد ٢.
- ٥٥- محمد، شافعى، ابن ادريس، المسند الشافعى، بيروت، انتشارات: دار الكتب العلمية، ١٤٠٠.
- ٥٦- محمد مصطفى، شبلى، احكام الاسرة في الاسلام، لبنان، انتشارات: الدار الجامعيه بيروت، طبعة الرابعة، ١٩٨٣.
- ٥٧- محمد، خرشى، ابن عبدالله المالكي، ابو عبدالله، المتوفى: ١١٠١هـ، على مختصر سيدي خليل، بيروت، ناشر: دار الفكر لطباعة، بي تا، جلد ٤.
- ٥٨- محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، ناشر: دار الطريق النجاة، طبع اول، سال ١٤٢٢هـ ق، جلد ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨.
- ٥٩- محمد بن اسماعيل، ابو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، بيروت، انتشارات: دار ابن كثير، بي تا، جلد ٣، ٤.
- ٦٠- محمد ناصرالدين، ابن الجاج نوح، صحيح أبي داود - الأم، الكويت، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 1423 هـ 2002م.
- ٦١- محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، صحيح الترمذي تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، 1395هـ - 1975م، جلد ١، ٢، ٣، ٤.
- ٦٢- مالك بن انس بن مالك بن عامر الاصبحي المدني متوفى ١٧٩هـ، موطاء امام مالك، ناشر: موسسة الرسالة ١٤١٢هـ ق، جلد ٢.
- ٦٣- محمد جواد، مغنيه احوال شخصيه، ترجمه وتبيين جزء دوم الفقه على المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفى جبارى وحميد مسجد سرايى.
- ٦٤- محمد، معين، فرهنگ فارسى معين، تهران، ناشر: مركز نشر اميركبير، ١٣٩١، جلد ١.

- ٤٥- محمد، محى الدين عبدالحميد، احوال الشخصيه فى شريعة الاسلاميه، ناشر: المكتبة التجارية الكبرى، ٢٠١٩م.
- ٤٦- محمد يوسف، موسى، احكام احوال الشخصيه فى الفقه الاسلاميه، انتشارات: دارالكتب العربى، ١٩٥٦م.
- ٤٧- محمد، ابن منظور، بن مكرم، لسان العرب، لبنان، دارلفكر العربى، چاپ دوم، ١٩٥١م ، و دارصادر، بيروت، چاپ سوم، ١٤١٤ق، جلد ٢، ٧، ٨، ١١، ١٣، ١٥.
- ٤٨- محمد، الزبيدى، تاج العروس من جواهر القاموس، انتشارات: دارالهداية، بى تا، جلد ٥.
- ٤٩- محمد امين، ابن عابدين، بن عمر بن عبدالعزيز عابدين دمشقى الحنفى، رد المختار على درء المختار، ناشر: دارالفكر - بيروت، جلد ٢، ٤ و ٥.
- ٧٠- محمد، ابن رشد، حفيد، بن احمد بن محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ناشر: دار ابن حزم، سال ١٤١٦ق - ١٩٩٥م، جلد ٢، ٤.
- ٧١- محمد، ابن رشد، بن احمد بن رشد الاقرطبى، البيان و التحصيل، چاپ دارالعرب الإسلامى، جلد ٥.
- ٧٢- محمد مصطفى، الشلبى، المدخل فى التعريف فى اللغة الاسلامى وقواعد الملكية والعقود، بيروت، دار النهضة العربيه، ١٩٨١م.
- ٧٣- منصور، البهوتى، بن يونس بن ادريس، شرح منتهى الارادات، بيروت، ناشر: عالم الكتب، طبع اول، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، جلد ١، ٢.
- ٧٤- منصور، البهوتى، بن يونس بن ادريس، كشاف القناع، ناشر: دارالكتب العلميه، ٢٠١٤م، جلد ٣.
- ٧٥- محمد، ابوزهره، الاحوال الشخصيه، ناشر دارالفكر العربى، ١٣٦٨هـ ١٩٤٨م.
- ٧٦- محمد، المالكى، بن أحمد بن عرفة الدسوقى المتوفى ١٢٣٠هـ، حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير دردير مالكي، ناشر دارالفكر، بى تا، جلد ٣، ٤.
- ٧٧- محمد، الترمذى، بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى المتوفى: 279هـ، - سنن الترمذى، محقق: بشار عواد معروف، انتشارات: دار الغرب الإسلامى - بيروت، 1998م، جلد ٢، ٣.
- ٧٨- محمد، بابرقى، بن محمد، العناية شرح الهدايه، ناشر: دارالفكر - بيروت، طبع اول، ٢٠٠٠م، جلد ٣.
- ٧٩- محمد، دسوقى، حاشية الدسوقى على مختصر المعانى، ناشر: المكتبة العصريه - بيروت - لبنان، سال ١٤٢٨ ق، چاپ اول، جلد ٢، ٣.
- ٨٠- مصطفى، دانش پژو، مقدمه علم حقوق، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ناشر: همکارسمت، چاپ چهارم، ١٣٩٠.

- ۸۱- مجید، وزیری، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، ناشر: شرکت چاپ و نشر بین الملل، چاپ دوم، ۱۳۸۷ ه.ش.
- ۸۲- محمد، فیروز، آبادی، بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، ناشر: دارالکتب العلمیه، بی تا.
- ۸۳- محمد نور، سوید، تربیت فرزندان از دیدگاه پیامبر، ترجمه: صالح سیدی، انتشارات سوید، چاپ دوم، ۱۳۸۷ ه.ش.
- ۸۴- محمد سید، سابق، فقه السنه، قاهره، انتشارات: المختار، چاپ ۲۱، ۱۴۳۰ ه (۲۰۰۹ م)، جلد ۳.
- ۸۵- محمد سید، سابق، ترجمه: فارسی فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، نوبت انتشار: اول (دیجیتال)، ۱۳۹۴ ش، جلد ۳.
- ۸۶- محمد عثمان، ژوبل، مجموعه متحدالمال ها، مصوبات ورهنمودهای سترمحکمه، ج. ا. ا، ۱۳۸۵-۱۳۸۹.
- ۸۷- محمد عثمان، ژبل، قواعد و مسایل فقهی مجلة الاحکام العدلیه، کابل، ۱۳۸۱ ه.ش، جلد ۱، ۲.
- ۸۸- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، انتشارات: محسنی گلبن شورای فرهنگ عمومی کشور، ۱۳۷۹، جلد ۸.
- ۸۹- نصرالله، استانکزی، مبایده حقوق، کابل، انتشارات سعید، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- ۹۰- نگاهی کلی و انتقادی بر «افغانستان در مسیر تاریخ»، مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، منبع سراج، سال ۱۳۷۵.
- ۹۱- ناصح، الوان، چگونه فرزندان خود را تربیت کنیم، تهران، نشر احسان، مترجم: عبدالله احمد، چاپ چهارم، ۱۳۸۸، جلد ۱.
- ۹۲- نظام الدین، عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان- حقوق اطفال، کابل، انتشارات سعید، چاپ پنجم ۱۳۹۷.
- ۹۳- نظام الدین، عبدالله، حقوق فامیل، کابل، انتشارات: سعید، چاپ چهارم، ۱۳۹۴.
- ۹۴- سجستانی، سنن ابوداود، تحقیق محمد محی الدین عبدالحمید، انتشارات، سروچ، جلد ۳، ۴.
- ۹۵- سراج الدین، سجاوندی، سراجی فی المیراث، انتشارات: المكتبة الحقانیه، (بی-تا).
- ۹۶- سید محمد، هاشمی، حقوق بشر و آزادی های اساسی، تهران، نشر میزان چاپ دوم، سال ۱۳۹۱.
- ۹۷- سمیر، شیهانی، مرکز الجنین فی القانون المدنی و الفقه الاسلامی، مذكرة لنیل الدرجة الماجستر فی الحقوق التخصص و عقود المسولیه جامعیه بومرداس، ۲۰۰۵ م.
- ۹۸- علی، ابن القطان، بن محمد بن عبدالملک الکتامی الحمیری الفارسی ابوالحسن، الاقتناع فی مسایل الاجماع، ناشر: الفاروق الحدیثه للطباعة والنشر، طبع اول، ۱۴۲۴ ق - ۲۰۰۴ م، جلد ۱.

- ٩٩- عبدالرحمن، المقدسى، بن ابراهيم ابن احمد، ابو محمد بهاء الدين المقدسى، العدة شرح العمدة (وهو شرح الكتاب عمدة الفقه، لموفق الدين بن قدامه المقدسى)، المحقق: صلاح بن محمد عويضة، چاپ دارالكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م، جلد ٢.
- ١٠٠- عبدالحليم، اللكنوى، حاشيه قمر الاقمار على شرح المنار، ناشر دارالكتب العلميه، ١٩٩٥م، جلد ٢.
- ١٠١- عبدالله، الموصلى الحنفى، بن مودود، الاختيار لتعليق المختار، انتشارات، دارالفراس للنشر والتوزيع: ١٩٨٧م، استانبول.
- ١٠٢- عبدالرحمن، النجدى، بن محمد بن قاسم العاصى الحنبلى النجدى، المتوفى: ١٣٩٢هـ، حاشيه الروض المربع شرح زاد المستقبح، چاپ ملتقى اهل الحديث، بى تا، جلد ٥، ٧.
- ١٠٣- عبدالرزاق، السنهورى، مصادر حق فى الاسلامى، داراحياء التراث العربى للطباعة والنشر والتوزيع، طبع اول، ١٩٩٧م، جلد ١.
- ١٠٤- عثمان، الزيلعي الحنفى، بن علي بن محجن البارعى، فخر الدين المتوفى: 473 هـ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، قاهره، ناشر دارالكتب الاسلامى چاپ اول، ١٣١٥هـ، جلد ٥، ٦.
- ١٠٥- على، الجرجانى، بن محمد سيد شريف التعريفات، انتشارات مطبوعه خبره جماليه، 1306 هـ ق.
- ١٠٦- علاء الدين، حصكفى، محمد بن على بن محمد بن عبدالرحمن الحنفى، الدر المختار، بيروت، ناشر: دارالكتب العلميه، طبع اول، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، جلد ٤.
- ١٠٧- عبدالحميد محمود، طهماز، الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، ناشر: دارالقلم و دارالشاميه، ١٤٣٠ ق ، ٢٠٠٩م، جلد ٢، ٣ و ٦.
- ١٠٨- علاء الدين ابو بكر، كاسانى، بن مسعود بن احمد، بدايع الصنائع فى ترتيب الشرايع، ناشر: دارالكتب العلميه، طبع دوم، سال ١٤٠٦ق، ١٩٨٦م، جلد ٣، ٧.
- ١٠٩- علاء الدين، مرداوى، ابو الحسن على بن سليمان، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف، ناشر: دارالاحياء التراث العربى، طبع دوم، بى تا، جلد ٥.
- ١١٠- عبدالقادر، نايل، حقوق فاميل (فقه احوال شخصيه)، كابل، انتشارات حامد رسالت، چاپ اول ١٣٩٤، جلد ١.
- ١١١- عبدالحكيم، سليمى، حقوق بشر از دیدگاه اسلام، قم، ناشر مركز بين المللى ترجمه ونشر المصطفى، چاپ اول، ١٣٩٢.
- ١١٢- عبدالرحمن، الجزايرى، بن محمد عوض، المتوفى ١٣٦٠ هـ، الفقه على المذاهب الاربعه، بيروت، لبنان، انتشارات: دارالكتب العلميه، چاپ دوم، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، جلد ٤.

- ١١٣- عبدالكريم، بن محمد اللاحم، الفرائض، المملكة العربية السعودية، انتشارات: وزارة الشؤون الإسلامية والوقف والدعوة والارشاد، ١٤٢١هـ ق.
- ١١٤ على، خفيف، الحق والذمة وتأثيرات الموت فيها، القاهرة، نشر: مكتبة عبدالله وهبه ودار الفكر العربي، طبع اول، ١٤٣١هـ ق، ٢٠١٠م.
- ١١٥- عبدالصير، فايز، توضيحي برقانون مدني افغانستان، كابل، انتشارت سعيد، چاپ اول، ١٣٨٨.
- ١١٦- عبدالكريم، صالحى، آموزش گام به گام علم ميراث، دفتر هيئت نارو براى مهاجرين (NRC)، انتشارات: چاپخانه ستاره نقره اى، چاپ چهارم، ١٣٩٢.
- ١١٧- عباس، شومان، اجهاض الحمل ومايترتب عليه من احكام الشريعة الاسلامية، للنشر قاهر، نشر: دارالفتحة، طبع اول، ١٤١٩هـ ق.
- ١١٨- عثمان جمعه، ضميريه، الحق فى الشيعة الاسلامية، مجلة البحوث الاسلاميه، ناشر رئاسة العامه، للبحوث العلمية والافتاء ١٤١٤هـ ١٩٩٤م.
- ١١٩- عبدالحسين، رسولى، قواعد عمومي قرار دادها، كابل، انتشارات اميرى، چاپ دوم، ١٣٩١.
- ١٢٠- فرهنگ لغت عربى - فارسى المعانى، [almany.com](http://almany.com).
- ١٢١- قضا شماره فوق العاده، دومين سيمينار راسايى، محاكم ولايات، نشرات ستر محكمه، ١٣٥٠هـ ش.
- ١٢٢- رجب محمصانى، صبحى، فلسفه قانونگذارى در اسلام، مترجم: اسماعيل گلستانى، ناشر: آثارانديشه، چاپ اول، ١٣٨٦.
- ١٢٣- رادنى رودس وريچارد فلانزر، فيزيولوژى بدن انسان، مترجمان: حميده علمى غروى وحسين دانش فر، تهران، چاپ چهارم ١٣٨٤، جلد ١.
- ١٢٤- شمس الدين، رملى، محمد بن العباس احمد بن حمزه شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ناشر: دار الفكر - بيروت، سال ١٤٠٤ ق، جلد ٥ و ٧.
- ١٢٥- شيخ شمس الدين، شريبنى، محمد بن الخطيب، مغنى المحتاج، ناشر: دارالكتب العلميه، سال ١٤١٥هـ ق، جلد ٢.
- ١٢٦- شهاب الدين احمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشبلى، المتوفى: 1021 هـ، حاشية الشبلى، القاهرة، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، الطبعة: الأولى، 1313هـ، جلد ٢.
- ١٢٧- شيخ علامه عبدالوهاب، خلاف، احوال شخصى، و شيخ على عثمان (جرادى)، مترجم: امان الله، كابل انتشارات نوى مستقبل، چاپ: اول، ١٤٠٠هـ،
- ١٢٨- شمس الدين أبى الفرج عبدالرحمن، ابن قدامة المقدسى، بن احمد، الشرح الكبير على متن المقنع، ناشر: دارالكتاب العربى للنشر والتوزيع، جلد ٤.

- ۱۲۹- شمس الدین، طرابلسی، ابو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المالکی، مواهب الجلیل فی شرح مختصر الخلیل، ناشر: دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۲ هـ ق - ۱۹۹۲ م، جلد ۳.
- ۱۳۰- غلام حسین، مصاحف، دایرة المعارف، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۱، جلد ۱.
- ۱۳۱- غلام مصطفی، نخبه، حقوق وجایب، کابل، انتشارات سید حسیب الله، ۱۳۹۵.
- ۱۳۲- آلیسون ولارد و سوفی گیلبرت، آموزش ژنتیک برای کودکان ونوجوانان، مترجمان: مهدی زراعی وزهرا لطیفی و عبدالله کاویانی راد و معصومه کاویانی راد.
- ۱۳۳- [www.takbook.com](http://www.takbook.com) گرد آورنده: مصطفی عباسی کیا، الگوریتم فرا اکتشافی جستجو الگوریتم های ژنتیک.
- ۱۳۴- <https://fa.m.wikipedia.org> ، اصول ژنتیک پزشکی و ژنومیکس، دانشکدگان علوم پست الکترونیکی: [lib.science@ut.ac.ir](mailto:lib.science@ut.ac.ir).
- ۱۳۵- [www. SID.ir](http://www.SID.ir) .

## **Abstract**

A child under the age of 18 according to civil law and according to Islamic jurisprudence is a minor. The civil law of Islamic jurisprudence has recognized the family rights of the child. Such a privilege has caused the child to have material and moral rights in the mirror of civil law and jurisprudence.

Many books, dissertations and articles have been written on the subject, but research that is worthy of reflection and in a comparative form has rarely been discussed and reviewed.

Collecting the materials of this research by referring to written sources, it was collected in a library manner and its content was compiled by descriptive-analytical and adaptive method.

The review of the present research is based on the fact that the mentioned subject has been given special attention by the Holy Sharia and the legislator of Afghanistan. This research aimed to find the position of the child's family rights in the mirror of the civil law and Islamic jurisprudence.

The results of the studies and analyzes carried out indicate that the family rights of the child from the point of view of the civil law of Afghanistan are considered more with a materialistic approach, and from the point of view of Islamic jurisprudence, such rights are considered more with a spiritual perspective.

This research is organized in three chapters. The first chapter (general) is devoted to the two topics. The first topic is a brief look at the family rights of children in the civil law of Afghanistan and the second topic is the spiritual family rights of children in Islamic jurisprudence. In the second chapter, the spiritual family rights of children in Afghanistan's civil law and Islamic jurisprudence are arranged in five topics.

The first topic is the rights of the fetus, the second topic is the rights to prove parentage, the third topic is the naming rights, the fourth topic is the marriage rights, and the fifth topic is the rights of guardianship of orphaned children. In the third chapter, the material family rights of children are regulated in seven topics in the Afghan civil law and Islamic jurisprudence. He has examined the first topic of housing rights, the second topic of foster care rights, the third topic of custody rights, the fourth topic of alimony rights, the fifth topic of guardianship rights, the sixth topic of inheritance rights and the seventh topic of inheritance rights.

Keyword:

Law, family, child, law, jurisprudence.





**Salam University**  
**Faculty of Sharia and Law**  
**Master Program in Jurisprudence & Law**



**Islamic Emirate of Afghanistan**  
**Ministry of Higher Education**  
**DM of Academic Affairs**

**Family Rights of Children in the Mirror of Islamic  
Sharia and Afghanistan Civil Law**  
**Master's thesis**

**Student: Hasiba Haqi**  
**Supervisor: Dr. Najibullah Saleh**

**Year: 2024**



**Salam University**  
**Faculty of Sharia and Law**  
**Master Program in Jurisprudence & Law**



**Islamic Emirate of Afghanistan**  
**Ministry of Higher Education**  
**DM of Academic Affairs**

**Family Rights of Children in the Mirror of Islamic**  
**Sharia and Afghanistan Civil Law**  
**Master's thesis**

**Student: Hasiba Haqi**  
**Supervisor: Dr. Najibullah Saleh**

**Year: 2024**