

توکیل زن ومرد درنکاح از دیدگاه فقه و قانون

Agency of Men and Women in Marriage from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Law

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.16750276>

عبدالقادر غزنوی^۱ و سربلند حلیمی^۲

چکیده

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

البته وکالت درقضایای احوالشخصی نوعی ازوکالت درباب نیابت اختیاری است. که ازدید نصوص شرعی، قرآن کریم وسنت پیامبرعلیه السلام واجماع ثابت میباشد. و نیابت به وجوهات مختلف تقسیم گردیده است، که ازآن جمله یکی وکالت درقضایای احوال شخصی میباشد. وکالت عقدی است که به موجب آن مؤکل شخص دیگری را درتصرف قانونی ومعلوم قایم مقام خود می سازد. یعنی وکیل به معنای خاص حقوقی امروزی، کسی که عهده دار امور موکل و احقاق حقوق اوست. بر اساس عقد وکالت میان وکیل و موکل به صورت اعتباری نوعی درهم تنیدگی شخصیتی ایجاد شده و هر یک با اعتبار خود، دیگری را در جایگاه حقوقی خود وارد میکند. درین عقد تفویض کننده صلاحیت را (مؤکل) و شخصی که صلاحیت به وی سپرده شده است (وکیل) می نامند. که ارکان آنرا ازدید جمهور (مؤکل، وکیل، موکل به وصیغه) تشکیل می دهد. ازاینکه وکالت ازدیدگاه شریعت اسلامی وقوانین موضوعه کشور افغانستان مشروع وقانونی دانسته شده برای طرفین عقد صلاحیت و مکلفیت ها وشرايطی پیش بینی شده است که وکیل نمی تواند فراتر از دایره صلاحیت خویش پا فراتر بگذارد وکاری را انجام دهد، همچنان وکالت یک عقد دائمی نبوده، بلکه با تحقق شرایط و حالات مشخص آن منعقد گردیده، وباموارد چون: (صورت عزل وکیل توسط مؤکل، تنفیذ عمل موضوع وکالت، انتهای مدت معین وکالت، فوت مؤکل وزوال اهلیت وکیل ویامؤکل) منتهی می گردد. اهمیت این بحث را میتوان چنین بیان کرد که قوانین اسلامی پیرامون وکالت وعرصه های آن نظریه های مشخصی خودرا دارد که درهر شرایط بهترین راه کار معقول وعادلانه را برای حل وفصل معضلات ومشکلات حقوقی پیشکش می کند.

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

کلید واژه ها: زواج، وکالت، شریعت، قانون، احوال شخصیه.

^۱ عضو کادر علمی پوهنځی شریعات پوهنتون سلام، 0771610929، Abdulqaderghaznavi2022@gmail.com

^۲ عضو کادر علمی پوهنځی شریعات پوهنتون سلام، 0779438330، Sarbeland2@gmail.com

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونؤمن به ونتوكل عليه - وكفى بالله وكيلًا-والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آله واصحابه اجمعين .

امابعد: از زمانی که انسان در جامعه زندگی می کند، برخی امور مستلزم پیش بینی و همکاری دیگران است. یکی از این موارد، نیاز به وکالت است. زیرا هر فرد قادر نیست که تمام امور حقوقی و قضایی خود را به طور مستقیم انجام دهد. او به کسی نیاز دارد که به جای او اقدام کند و با صداقت و امانت، امورش را به نیابت از او انجام دهد. این عمل، از نظر شرعی جایز است و پیامبر اسلام (صلی الله علیه و سلم) در زمان حیاتش از این روش در امور خود استفاده کرده است. همچنین، مسلمانان به جایز و حتی مستحب بودن عمل وکالت اجماع دارند و این عمل را به عنوان یک نوع تعاون و همکاری می بینند. "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى" [المائدة: 2]

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

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

به طور کلی منظور از وکالت درنکاح یکی از وکلای محکمه در قلمرو احوال شخصی است که با داشتن تخصص درمورد احوال خانواده گی ازجمله نکاح و متعلقات آن، به اساس مجازشرعی وقانونی ازمؤکل خود نیابت مینماید. امروزه حقوق احوال خانواده گی و شخصی به ویژه بخش ازدواج و متعلقات آن، به عنوان یکی از شاخه های تخصصی رشته فقه و حقوق در مقاطع تحصیلات عالی تاسرحد دکتری در پوهنتون های کشورها تدریس می شود. که قوانین و مقررات مربوط به آن درکشور های اسلامی اغلب بر گرفته از فقه اسلامی می باشد.

هدف تحقیق:

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

سوالات تحقیق:

سوال اصلی :

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

سوال‌ات فرعی :

وکالت چیست؟

قلمرو وکالت تا چي اندازه است؟

تاریخچه وکالت به کدام زمانی و مکانی برمیگردد؟

آیا زن و مرد هر دو صلاحیت توکیل نکاح را دارند؟

پیشینه تحقیق:

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

فرضیه تحقیق :

نکاح ومتعلقات آن چون برخی ازحقوق مدنی وشهروندی انسان ها است بنابراین مشاهده میشود که شریعت اسلام که اساسی ترین وظیفه اش تضمین حقوق مدنی انسان ها است، ازمبداء وشروع راه بردی های عادلانه حقوقی را درعرصه احوال خانواده گی باب وکالت درنکاح به استفاده گذاشته وآنها بنابر ضرورت درمعاملات اجتماعی مجاز دانسته است. وبه تأسی ازاحکام شرعی ومقاصد رسیدگی آن به مصالح اجتماعی، فقه احناف بکارگیری وکیل را برای زن ومرد جایز میدانند. همچنان به نظرمیرسد که درفقه احناف توکیل زنان در امور نکاح مانند مردان پذیرفته شده است. زنان می‌توانند خود ویا با گرفتن وکیل مرد وزن، ویا از طرف دیگر زنان به عنوان وکیل در امور ازدواج اقدام کنند. وقوانین افغانستان نیز با پیروی ازفقه حنفی این اقدام را مجاز میدانند.

روش تحقیق :

درتحقیق این موضوع ودریافت پاسخ به سوالات مطروحه ازروش کتابخانه ای که بشکل توصیفی و تحلیلی میباشد استفاده به عمل آمده است وكوشش میشود که ازنظریات فقهاء ودانشمندان اسلامی وقوانین ملی مرتبط به این موضوع استفاده شود.

مبحث اول : مفاهیم وکلیات

مطلب اول: مفهوم وکالت

وکالت ازحیث لغت وکالت به فتح وكسره (واو)، مصدر بوده درلغت بمعنی واگذاری تفویض و اعتماد است وبه معنای حفظ ونگهداری، یار وکارسازی نیزآمده است. (۳) قسمیکه در زیر مشاهده میشود:

"وَوَكَّلَ إِلَيْهِ الْأَمْرَ كُلًّا وَوَكَّلُوا": کارش را به فلان شخص سپرد و یاتفویض نموده وبر او اعتماد کرده است. (۴)

^۳- فیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق مؤسسة الرسالة، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان - 1426 هـ - ج4، ص620.

"بفتح الواو وكسرهما، الاسم من وكل فلانا، فوض إليه أمرا من الامور." به فتح واو وكسرآن، اسم است از "وكل فلانا" یعنی كاری به او تفویض نمود.^(۵)

وفي الحديث: "وَوَكَّلَهَا إِلَى اللَّهِ: أَيْ صَرَفَ أَمْرَهَا إِلَيْهِ." سپرد كارش را به خداوند.^(۶)
وفي التنزيل العزيز "ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوهُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ"^(۷) أي حفيظ.
این است خدا پروردگار شما، نیست ملجأ و معبودی جز او، آفریننده هر چیزی است، پس او را عبادت کنید و او بر هر چیزی حفيظ است.

"الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ"^(۸)
آنانکه مردم به ایشان گفتند که مردم برای قتل شما جمع شده‌اند از ایشان بترسید، پس ایمانشان افزون شد و گفتند خدا برای ما کافی است و خدا خوب کارساز است.

"وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا"^(۹): و بر خدا توکل کن! وكافی است که او یار و کارساز باشد.^(۱۰)
وكالت از حیث اصطلاح: فقهای احناف رحمهم الله در تعریف وكالت می گویند: «وكالت شرعاً عبارت از این است که شخصی دیگری را در تصرف جایز و معلوم قایم مقام خود سازد. و این عبارت از تفویض تصرف و حفظه وكيل است»^(۱۱)
ماده (1449) مجلة الأحكام وكالت را چنین تعریف مینماید: «الْوَكَالَةُ هِيَ تَفْوِضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ لِأَخَرٍ وَإِقَامَتُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ مُوَكَّلٌ وَلَمَنْ أَقَامَهُ وَكَيْلٌ وَلِذَلِكَ الْأَمْرُ مُوَكَّلٌ بِهِ» «وكالت تفویض صلاحیت شخص است به دیگری و قایم مقام ساختن وی است به جای خود که تفویض کننده صلاحیت را (مؤكل) و شخص که به او تفویض صلاحیت شده (وكيل) و موضوع تفویض شده را (مؤكل به) گویند»^(۱۲)

و شارح مجلة الاحكام ذیل این ماده وكالت را چنین تعریف میکند: «وَالْوَكَالَةُ شَرْعًا تَفْوِضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ مَعْلُومٍ مِنَ الْمَعَامَلَاتِ مَعَ بَقَاءِ حَقِّ التَّصَرُّفِ فِي يَدِهِ»: وكالت شرعاً سپردن صلاحیت تصرف است به کسی دیگر در كاری مشخص ی در حوزة معاملات، با اینکه حق تصرف برای تفویض کننده حفظ میباشد.^(۱۳)

وقانون مدنی افغانستان وكالت را در ماده (1554) چنین تعریف مینماید:
(وكالت عقد یست که به موجب آن مؤكل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و حقوقی معلوم قایم مقام خود میسازد)^{۱۴} البته دیده میشود که این تعریف با اقتباس از فقه حنفی است که بطور فشرده همان معنی را میرساند.

^۴- فیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق، حرف (و)، ج 4، ص 620.

^۵- قلعجی، معجم لغة الفقهاء، محمد رواص قلعجی - حامد صادق قنیبی - دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408 هـ - 1988 م ج 1 ص 509.

^۶- ابن منظور، لسان العرب، محمد بن مكرم بن علی، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (المتوفى: 711هـ) دار صادر - بيروت، 1414 هـ.

^۷- سورة الانعام: 102.

^۸- سورة آل عمران: ۱۷۳.

^۹- سورة النساء: 81.

^{۱۰}- سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، الدكتور سعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر - دمشق - سوریه 1408 هـ = 1988 م، ج 1 ص 386.

^{۱۱}- الكاساني، ابوبكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج 6، ص 19.

^{۱۲}- ژوبل، محمد عثمان، مجموعه قواعد فقهی شرح مجلة الاحكام، جلد چهارم، (كابل: مطبع دولت، 1381، طبع دوم: 1384) ص 1 و 2.

^{۱۳}- افندی، در الاحكام شرح مجلة الاحكام، علی حیدر افندی متوفی 1321 هجری، بیروت لبنان، ج 14 ص 524.

^{۱۴}- وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1554.

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

مطلب دوم: جایگاه وکالت

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

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

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

الف : قرآن کریم

وکالت ازدیدگاهی قرآن کریم مشروع است و آیاتی زیادی درمورد موضوع وکالت صراحت دارد. طوریکه درداستان اصحاب کهف خداوند جل جلاله میفرماید: " وَكَذَلِكَ بَعَثْنَاهُمْ لِيَتَسَاءَلُوا بَيْنَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِّنْهُمْ كَمْ لَبِثْتُمْ قَالُوا لَبِثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا " (15) ترجمه : «همان گونه که (آنانرا خوابانیدیم) ایشانرا برانگیختیم تااز یک دیگر (مدت خواب شان را) بپرسند یکی ازآنان گفت چه مدتی (درخواب) مانده اید ؟ (دسته ای) گفتند: روزی یا بخشی ازروزدرخواب بوده ایم گروهی دیگرگفتند پروردگارتان بهترمیداند که چقدر درخواب مانده اید (یکی پیشنهاد کرد وگفت) سکه نقره ای را که باخود دارید به کسی ازنفرات خود بدهید و او را روانه شهرکنید تا (برود) ببیند کدامین (فروشنده) ایشان غذای پاکتری دارد، روزی وطعامی ازآن بیاورد، اما باید نهایت دقت کند وهیچ کس را ازحال شما آگاه نسازد.»

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

چنانچه خداوند (جل جلاله) درجای دیگری قرآن کریم از زبان حضرت یوسف (علیه السلام) حکایت دارد: "اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ" (16) ترجمه: مرا به خزائن زمین (بحیث نماینده) بگمار، که به راستی من نگهدارنده آگاهی ودانائی هستم. درجای دیگر، قرآن کریم فرموده است: "قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ" (17) ترجمه: «گفتند(موظفین) می پالیم ما پیمان را و هرآن کسیکه آورد آنرا برای او یک بارشتر، غله است و (سرموظف گفت) من وکیل و ضامن او هستم.» ازاین آیه مبارکه معلوم میشود که انعام یک بار غله شتر از طرف پادشاه تعیین شده بود مگرنماینده وی میگوید که هرآن کسیکه پیمانه طلائی پادشاه را آورد پادشاه برای وی انعام میدهد، و من براین وعده وکیل ام وضمانت آنرا میکنم و او به این انعام البته میرسد.

¹⁵ . سورة الکهف: 19.

¹⁶ - سورة يوسف: 55.

¹⁷ . سورة يوسف: 72.

ب: سنت پیامبر علیه السلام

عمل وکالت از دیدگاه احادیث نبوی جاز بوده و رسول اکرم (صلی الله علیه وسلم) خودشان در زمان حیات شان در امور که انجام آن مربوط خودش میشد وکیل تعیین کرده است:

"عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ، أَنَّ النَّبِيَّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً أَضْحِيَّةً"⁽¹⁸⁾ ترجمه: «عروه بارقی می گوید: که پیامبر صلی الله علیه وسلم برای یک دینار داد؛ تا برایش گوسفندی برای قربانی بخرد.»

وَعَنْ جَابِرٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ نَحَرَ ثَلَاثًا وَاسْتَيْنَ وَأَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يَذْبَحَ الْبَاقِي»⁽¹⁹⁾ ترجمه: «جابر می گوید: پیامبر صلی الله علیه وسلم در حجت الوداع 63 شتر را به دست خود ذبح کرد، و به حضرت علی رضی الله عنه دستور داد تا باقی مانده را ذبح کند.»

توکیل در مورد اجرای حدود نیز به حدیث صحیح ثابت شده است؛ چنانچه پیامبر صلی الله علیه وسلم فرموده اند: وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي قِصَّةِ الْعَسِيفِ (پسریکه نزد مردی اجیر بود و باخانمش زنا کرد) قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا..."⁽²⁰⁾

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

ج: اجماع مسلمانان

مسلمانان نیز در جواز وکیل تعیین کردن اجماع کرده اند، و حتی کاربرد آنرا مستحب دانسته اند، و وکالت یک نوع تعاون بر "بروتقوا" است که قرآن کریم و سنت نبوی نیز برآن تشویق و ترغیب نموده است.⁽²¹⁾ و بر جواز توکیل از عصر پیامبر اسلام علیه الصلاة والسلام تا به عصرمان امروز اجماع بوده و هیچ فقهی در مورد اختلاف نکرده اند.⁽²²⁾

د: عقل

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

مطلب سوم: تاریخچه وکالت

وکالت همواره همراه با پیشرفت تمدن بشری بوده است. از زمانی که انسان ها زندگی اجتماعی خود را شکل دادند، نیاز به وکیل برای رسیدگی به امور حقوقی و اجتماعی را درک کردند. این نیاز برای فهم و پذیرش آن، یک وظیفه ملزم است و عقل برای تحقق آن نیاز به ترتیبات قبلی ندارد. که به عنوان یک ضرورت، وکالت همواره وجود داشته است. زمانی که انسان ها در زندگی اجتماعی فعالیت می کنند، فهمیده اند که بهتر است به یکدیگر کمک کنند تا بهترین رسیدگی به مسائل مدنی و

¹⁸- البیهقی، السنن الکبری، أحمد بن الحسین بن علی بن موسی الخسرو جردی الخراسانی، أبو بکر البیهقی (المتوفی: 458هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الکتب العلمیة، بیروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م. ج 6 ص 185.

¹⁹- القشیری، مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحیح مسلم، شماره حدیث (742).

²⁰- البخاری، (5 / 323 - 324)، ومسلم (3 / 1324 - 1325).

²¹. سید سابق مصری، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد چهارم، (تهران: انتشارات محمدی سقز)، ص 2369. و النیسابوری، أبو بکر محمد بن ابراهیم بن المنذر، الإجماع، دراسة وتحقیق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى 1425هـ/ 2004م، ج 1، ص 47.

²²- ابن عابدين، رد المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الابصار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحنفی، مشهور به ابن عابدين، دارالفکر بیروت، ج 5 ص 509.

اجتماعی را داشته باشند. هر فرد نمی‌تواند به تنهایی به مسائل مدنی و اجتماعی خود طبق شرایط زمانی، مکانی و دانش حقوقی و قانونی رسیدگی نماید. بنابراین، طبیعی است که به دنبال جایگزین و استفاده از کسی می‌باشد که بتواند به طور قانونی نیازها را برآورده کند.

شغل وکالت در تاریخ بشر سابقه طولانی دارد، اگرچه تاریخ اوراق حقوق نگرفته شود درخواستیم یافت که در عصر حمورابی، فرعونیان، اغریقی ها، عصراسلام، عصرمالک عثمانیه، عصر دوره انقلاب کبیرفرانسه شغل وکالت دفاع وجود داشته است. ناگفته نباید گذاشت که وکالت دفاع در عصر مصری ها واغریقی ها باهم فرق داشته که در عصر مصری ها وکالت دفاع بشکل تحریری بوده اما در عصر اغریقی ها بشکل شفوی به دفاع می پرداختند.⁽²³⁾

مطالعات تاریخی مبین آن است که برای بار نخست دفاع از متهم در کشور مصر ملاحظه شده در محدوده سال 2778 قبل از میلاد در زمان فرمانروایی اسلاف سوم و چهارم فراعنه که انرا بنام خندان (احرامات) یاد می نمایند برای حل مناقشات اشخاص، محاکم را ایجاد نموده بودند که به منظور رسیدگی به دعوی یکتن در راس محکمه موظف میشد. این رویه مدت تقریباً ده سال ادامه داشت بعد ها محاکم استقلالیت بیشتر کسب نمودند در دوره پنجم خاندان فراعنه در مصر محکمه عالی ایجاد شد در بدو مرحله دفاع بطور شفوی بود بعداً شکل تحریری را به خود گرفت.⁽²⁴⁾

به حکایت تاریخ در زمان حضرت موسی (علیه السلام) در مجالسی که برای حل و فصل اختلافات مردم تشکیل می گردید افرادی نیز در کنار قاضی خدمت می نمودند که نقش آنها بی شباهت به وکلای امروزی نبوده است. این اشخاص که از بیت المال حقوق دریافت می نمودند به علت آشنایی با دستورات شرع، سعی می نمودند اختلافات مردم را ابتدا از طریق صلح و سازش فیصله دهند تا موردی برای صدور حکم در مقام رفع منازعه باقی نماند.⁽²⁵⁾

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

همچنین تاریخ سومری ها که تمدن ایشان از جمله تمدن های اولی بشر بشمار میرود میرساند که روند استخدام وکیل در بین شان معمول بوده است. بطور نمونه (الواح سامری) در مورد اولین رویه قضایی چنین حکایت مینماید: در حدود 1850 قبل از میلاد درسزمین سامیری ها، در جریان واقعه قتلی توسط سه تن رخ داد و شخصی از کارکنان معبد را بنام (لوانینه) به قتل رساندند و جریان قتل به همسرمقتول بنام (نین دا دا) اطلاع داده شد، اما همسرمقتول این جریان را مکتوم داشت و مقامهای مسئول را در جریان نگذاشت.

جریان قتل زمانیکه به عرض پاد شاه رسید وی موضوع را به (مجمع همشهری) در نیپور احاله نمود، این مجمع در حکم دادگاه بود. دادگاه فیصله نمود که با شمول عاملان اصلی جرم همسرمقتول نیز تعقیب شود. زیرا اوبا سکوت خویش در جرم شرکت جسته است. دفاع از زن را دو تن از وکیلان برعهده گرفتند، و اعلان داشتند که این زن به هیچ نحو در قتل شوهرش دخالت نداشته است. ازین رو نباید مجازات شود. اعضای مجمع این نظر را پذیرفتند، زیرا مقتول نفقه ی همسر خود را نمی پرداخته و سکوت زن ناشی از بی مهری مرد بوده است.

²³ - لنگرودی، محمد جعفر، جعفری، فلسفه حقوق مدنی، چاپ اول (تهران: انتشارات کتاب خانه گنج دانش، 1380) ص 143.

²⁴ - محمدعظم فاریابی، اساسات علمی کشف و تحقیق جرایم، چاپ اول (کابل: انتشارات ریاست نشرات لوی خاړنوالی ج.ا.ا، 1387) صص 13-15.

²⁵ - لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ص 143.

محکمه پس ازین شورا چنین رای و فیصله کرد، مجازات جنایت متوجه مباشر آن جرم و مجازات آنان اعدام است، اما زوجه مقتول از اتهامات وارده مبرا میباشد.⁽²⁶⁾

بنابر آنچه تذکر رفت فهمیده میشود که کاربردی استخدام وکیل ازآوان زندگی اجتماعی بشر در اجتماع بشری شکل گرفته و یک تعامل معمول مدنی بوده است.

مطلب چهارم: تاریخچه وکالت در افغانستان

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

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

با انفاذ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ منتشره جریده رسمی (۸۱۸) ۶- دلو ۱۳۸۲ گامی بس مهم و عمده درین راستا برداشته شده و برای متهم حق داده شده است تا در تمام مراحل دعوی از زمان گرفتاری برای دفع اتهام برای خود وکیل مدافع بگیرد. چنانچه در ماده ۳۱ قانون مذکور تسجیل گردیده است که: «هر شخص می تواند برای اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می کند در محکمه حاضر گردد. در قضایای جنایی، در صورت که متهم بی بضاعت بوده و نتواند برای دفاع از حقوق خویش وکیل مدافع تعیین کند، دولت برای وی وکیل مدافع تعیین میکند. محرمت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن از هر نوع تعرض مصئون میباشد. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد.»⁽²⁷⁾

²⁶- کریم، الواح سومری ها، ساموئل کریم، مترجم، داود رسائی، ص ۴۷ طبع تهران سال ۱۳۸۳.

²⁷- وزارت عدلیه. قانون اساسی جریده رسمی (۸۱۸) مورخ ۶/ دلو ۱۳۸۲، ماده ۳۱.

در روشنایی نص این ماده در سال 1386 ذریعه فرمان 111 مورخ 1387/9/2 حامدکرزی رئیس جمهور جمهوری اسلامی افغانستان قانون وکلای مدافع در پنج فصل و 22 ماده توشیح گردید که و وزارت عدلیه مؤظف شد تا در خلال سه ماه بعد از انفاذ قانون تدابیر لازم را به منظور ایجاد انجمن مستقل وکلای مدافع اتخاذ نماید. در نتیجه مجمع عمومی انجمن به تاریخ 6 اسد 1387 توسط وکلای مدافع سرتاسر کشور در هوتل انترکانتیننتل دایر و در روز اول اساسنامه انجمن تصویب در روز دوم اعضای شورای رهبری، هیات اجرائیه و هیات نظارت به شکل آزاد، سری و مستقیم انتخاب گردیدند و انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان من حیث یک نهاد مستقل غیرسیاسی و غیر حکومتی شروع به فعالیت نمود.⁽²⁸⁾

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

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

مبحث دوم: وکالت در نکاح

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

مطلب اول: ازدواج و مشروعیت آن

1: ازدواج در لغت

ازدواج در لغت بمعنای پیوستن و اقتران، بایکدیگر جفت و قرین شدن، زن کردن و شوهر کردن است.⁽²⁹⁾ قسمکه در زبان عربی میخوانیم:

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

(زوج الشئ بالشئ و زوجه الیه : قرنه): چیزی را به چیزی پیوست، او را به او پیوست.⁽³⁰⁾

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

²⁸- عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق و جایب (2) عقود معین، ص 277.

²⁹- ابراهیم و دیگران، معجم الوسیط، ابراهیم مصطفی و دیگران، ج 1 ص 405. لغت نامه دهخدا، ماده ازدواج .

³⁰- ابن منظور، لسان العرب، ج 2 ص 293. معجم الوسیط، ابراهیم مصطفی و دیگران، ج 1 ص 405.

طوریکه درقرآن کریم میخوانیم: "كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُم بِخُورٍ عَيْنٍ" ⁽³¹⁾: بدینگونه و سفیدپوستان سیاه چشم را جفت آنان گردانیده ایم. ولفظ تزویج و زواج در لغت نیز برنکاح و مجامعت اطلاق میشود. ⁽³²⁾

وواژه (نکاح) که مصدر (نَكَحَ) است، طوریکه در زبان عربی چنین بکاررفته: (نَكَحْتُ الْمَرْأَةَ وَنَكَحَ فُلَانٌ امْرَأَةً) همچنان بمعنای تزویج و ازدواج میباشد و نکاحواژه است که عرب ها آنرا برای ازدواج بکاربرده اند. ⁽³³⁾

بنابراینچه ذکرشد واژه ی ازدواج، زواج و نکاح، واژه های اند که بریک معنای واحد دلالت می کنند.

2: ازدواج در اصطلاح

فقه های احناف (رحمهم الله) ازدواج را چنین تعریف نموده اند: (عَقْدٌ يُفِيدُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ) ⁽³⁴⁾ عقدی است که ملکیت متعه (جوازاستمتاع مرد از زن) را افاده میکند. درین مورد فقهاء دیگری نیز تعریفات ی دارند با اینکه عبارات شان فرق میکند اما اکثرا مفاهیم مشترک را اجمالا ویا تفصیلا افاده میکنند.

قانون مدنی افغانستان ازدواج را چنین تعریف مینماید: (ازدواج عقدیست که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده حقوق و واجبات طرفین را بوجود می آورد). ⁽³⁵⁾

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

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

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

3: مشروعیت ازدواج

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

الف: قرآن کریم

خداوند جل جلاله میفرماید: "فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا" ⁽³⁶⁾:

³¹- سوره الدخان: 54.

³²- ابراهیم و دیگران، معجم الوسيط، همان، ص 407. معجم اللغة العربية، د أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت ۱۴۲۴ هـ)، علم الكتب، ج 2 ص 961.

³³- ابن منظور، لسان العرب، ج 2 ص 625.

³⁴- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252 هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة:

الثانية، 1412 هـ - 1992 م. ج 3 ص 3.

³⁵- وزارت عدليه، قانون مدنی، جريدة رسمی شماره (353) کابل مطبع صنعتی احمد، 1388 ش ماده 60.

³⁶- سورة النساء: 3.

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

ب: سنت پیامبر صلی الله علیه وسلم

پیامبر صلی الله علیه وسلم میفرماید: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ»⁽³⁷⁾ ای جوانان، هر کس می تواند ازدواج کند، زیرا چشم را بندد و عفت را حفظ می کند، و هر کس نمی تواند روزه بگیرد، روزه قانع شهوت است.

ج: اجماع مسلمین

اجماع مسلمانان نیز در مورد مشروعیت ازدواج ثابت می باشد.⁽³⁸⁾ ازدواج به عنوان یک عقد مقدس و تعهدات متقابل بین دو نفر (زن و مرد) به اساس شرایط صحت آن در نظر گرفته می شود.

مطلب دوم: توکیل زوج در عقد ازدواج

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

پس بنابر قاعده ای که فقهاء ارائه کرده اند: (ان کل من صح تصرفه فی شیء بملک او ولاية مما تدخله النيابة صح ان يوکل فيه غيره)⁽³⁹⁾: هرآنکه تصرفش به چیزیه اساس مالکیت و یا ولایت شرعاً درست میشود و از آن چیزیهست که نیابت در آن صورت میگیرد، میتواند دیگری را در آن وکیل بگرداند.

گفته میشود که صلاحیت استخدام وکیل در عقد ازدواج به سه نفر تعلق میگیرد، که عبارت اند از زوج، زوجه، و ولی، البته با اختلاف نظریات فقهاء در قبول ورد تصرف زنان در عقد نکاح و کیفیت صلاحیت همه جانبه ولی درین زمینه.⁽⁴⁰⁾

اولا - توکیل زوج (شوهر)

الف: ازدید فقهاء

مذاهب فقهی چهارگانه اهل سنت (احناف، مالکی ها، حنبلی ها، و شافعی ها)⁽⁴¹⁾ همه معتقد به این صلاحیت اند که یک مرد عاقل و بالغ و سالم و صحتمند میتواند، کسی دیگری را در عقد نکاح وکیل خود بسازد. فقهای کرام به یک سلسله احادیث در مورد استدلال میکنند که نشان دهنده عمل پیامبر علیه السلام درین حوزه میباشد و از آن دانسته میشود که توکیل در ازدواج امر مشروع و مسلم در اسلام است. از جمله میتوان به احادیث ذیل توجه نمود:

"عَنْ أَبِي رَافِعٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ حَلَالًا وَبَنَى بِهَا حَلَالًا وَكُنْتُ الرَّسُولَ بَيْنَهُمَا"⁽⁴²⁾

³⁷- بخاری، صحیح البخاری، ج 7 ص 3 حدیث شماره: 5066.

³⁸- ابن قدامه، المغنی، لابن قدامة، ج 7 ص 4.

³⁹- ابن قدامه، المغنی، ابن قدامة، ج 5 ص 63. الفقه الاسلامی وادلتہ، الزحیلی، ج 7 ص 219.

⁴⁰- زیدان، المفصل فی احکام المرأة وبيت المسلم، عبدالكريم زيدان، ج 6 ص 484. موسسه الرساله طبع 1413 هـ.

⁴¹- السرخسی، المبسوط، ج 19 ص 117. والام، امام الشافعی، محمد بن ادریس الشافعی، ج 5 ص 21، دارالمعرفه بیروت. 1410 هـ. ویدایة المجتهد ونهایة المقتصد، ابن رشد، ج 4 ص 85. والمغنی، ابن قدامة، ج 7 ص 19.

⁴²- الترمذی، سنن الترمذی، محمد بن عیسی بن سوره بن موسی بن الضحاک، الترمذی، أبو عیسی (المتوفی: 279 هـ) بیروت 1998 م ج 2 ص 192. ترمذی میگوید: حیث حسن است.

ابورافع یکتن ازصحابیان پیامبرعلیه السلام میفرماید که پیامبرصلی الله علیه وسلم بامیمونه ازدواج کرد وبا وی زفاف نمود درحالت که دراحرام قرارنداشت، ومن درجریان این تزویج دربین شان وکیل بودم.

"عَنْ أُمِّ حَبِيبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ جَحْشٍ فَمَاتَ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ، فَزَوَّجَهَا النَّجَاشِيُّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَمَّهَرَهَا عَنْهُ أَرْبَعَةَ آلَافٍ، وَبَعَثَ بِهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ شُرَحْبِيلَ بْنِ حَسَنَةَ" هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخَرَّجَاهُ" (43)

ام حبیبہ دخترابوسفیان رضی الله عنهما میگوید که من خانم عبید الله پسر جحش بودم که درسرمین حبشه (درزمان هجرت به حبشه) وفات نمود، نجاشی پادشاه حبشه به اساس وکالت او را درنکاح پیامبرعلیه السلام درآورد، وازطرف خود برایش چهارهزاردرهم مهربخشید، و او را به همراهی شرحبیل به نزد پیامبرعلیه السلام فرستاد.

همچنان توکیل درنکاح ازضروریاتاجتماعی بشر میباشد زیرا انسان مشغولیت ها و بندش های متعددی ومختلف دارد، چون سفر، دوری، واسارت ... که نمیتواند خودش بالفعل به برخی ازامور خود رسیدگی نماید. بنابراین معقول است که رفع حرج به اساس توکیل از او صورت بگیرد که این خود ازجمله مسایرت احکام شرعی با ایجابات زمانی ومکانی میباشد، که باید به آنرسیدگی کند. قسمیکه درباب عقود به عین موضوع ضرورت و رفع حرج رسیدگی صورت گرفته است.

ب: توکیل زوج (شوهر) ازدید قوانین

قانون مدنی درماده 1 ماده 72 چنین تصریح میدارد: "گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جواز دارد" مفهوم این ماده بشکل ایجاز طوری بنظر میخورد که ازمواد فقهی اقتباس شده است، طوریکه درماده 57 الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية، چنین تصریح شده است: "يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نكاحهما بانفسهما وان يوكلها به من شاءن، اذا كانا حرين عاقلین بالغین." (44) برای زوج وزوجه هردو جایزاست که خود عقد نکاح شان را متولی شوند، ویا اگرخواسته باشند کسی دیگر را برای اجرای آن وکیل بگیرند درصورت که هردوعاقل وبالغ باشند.

همچنان توکیل زوج از طریق شفاهی، وکتابت درست است، بدون اینکه برآن بخاطرصحت شاهد گرفته شود، اما اگر بخاطرترس ازجحد و نزاع شاهد گرفته شود مجاز میباشد. (45)

ودرماده 69 مجلة الاحکام آمده است: "الكتاب كالخطاب" یعنی نوشتن وکتابت درحکم گفتن و بیان است. (46)

وبنابراین مواد قیاساً گفته میتوان که توکیل ازطریق تکنالوجی مدرن نیزدرست است، چون فاکس، تلفون، ایمیل وغیره. وازین جهت است که قانون مدنی افغانستان درماده (524) خود بطورعام درزمینه تحقق عقود چنین تصریح میدارد: "عقد بوسیله تلفون یا وسایل مماثل آن ازحیث زمان، مانند عقد بین طرفین حاضر و ازحیث مکان، مانند عقد بین طرفین غایب پنداشته میشود." (47) ومسلم است که نکاح هم عقد و قرارداد است که درعموم این ماده داخل میباشد ازین جهت است که

⁴³- الحاكم، المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، 1411 هـ ج 2 ص 198 نمبر 2741.

⁴⁴- قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، محمد قدری باشا، ص 40 ماده 75. به اهتمام بسام عبدالوهاب الجابی، دارین حزم، بیروت لبنان 1428 هـ.

⁴⁵- قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية، ماده 58، ص 40.

⁴⁶- مجلة الاحکام العدلی، ماده 69.

⁴⁷- قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 524.

فقهاء احناف تحقق آنرا به صیغه بیع مجاز میدانند. همچنان در ماده (509) می‌رساند که "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می‌گیرد..."⁴⁸

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

وکیل زوج (شوهر) و طرز اجرائی وکالت او

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

بنابراین در افاده الفاظ ایجاب و قبول در وقت ابرام عقد باید الفاظش مقید و مضاف به خواستن برای مؤکل باشد، مانند اینکه بگوید، قبول کردم ازدواج را وکالتاً برای فلان، و اگر عقد را به خود نسبت بدهد مثلاً بگوید، قبول کردم فلان را، درین صورت نکاح مربوط به وکیل میشود نه به مؤکل.⁽⁴⁹⁾

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

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

همچنان موافقت وکیل با آنچه از طرف مؤکل مامور است در تنفیذ وکالتش در عقد نکاح لازم میباشد، که در غیر آن عقد تنفیذ نمیشود مگر اینکه مؤکل قبول نماید.⁽⁵⁰⁾

با اقتباس از مواد متذکره فقهی فوق قانون مدنی نیز در مورد مسایل یاد شده تحت ماده های، 73-75-76- چنین صراحت دارد:

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

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

ماده- 75: "وکیل به تسلیم زوجه به زوج و پرداخت مهر مکلف نمیشود، مگر اینکه از پرداخت مهر ضمانت کرده باشد. درین صورت وکیل نمی تواند که مهر تادیه شده را از زوج مطالبه نماید. جز درحالتی که ضمانت وکیل به اجازه زوج صورت گرفته باشد."⁽⁵¹⁾

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

⁴⁸- قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 509.

⁴⁹- الموصلى، الاختيار لتعليل المختار، للموصلى، ج 2 ص 158.

⁵⁰- الاحكام الشرعيه فى الاحوال الشخصيه، مواد 59-60-61.

⁵¹- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، مواد 73-74-75.

- وکیل زوج (شوهر) می‌تواند برای نمایندگی از طرف شوهر، خود در امر نکاح و تزویج، در حدود وکالت اقدام نماید. برای این کار، شوهر باید به وکیل خود وکالت دهد. وکالت، اجازه نمایندگی وکیل را به شوهر می‌دهد تا نسبت به امور حقوقی و قضایی او نمایندگی کند. و این اجازه می‌تواند که شرعی و قانونی و یا عرفی باشد. زیرا اسناد عرفی هم طبق مواد 991 و 995 قانون مدنی و ماده 289 اصول محاکمات مدنی مانند اسناد رسمی قابل اعتبار است. (۱)
- اجرایی کردن وکالت نیز در عرصه شرعی و قانونی به این صورت است که وکیل زوج باید با ارائه مدارک مربوطه به محکمه یا مرجع عدلی مربوطه مراجعه کند و درخواست لازم را از طرف مؤکل خود ارائه دهد. و تشریفات رسمی آن را پی گیری نماید.
- وکیل زوج در مورد امور ازدواج شوهر نمی‌تواند به صورت مستقل اقدام کند، مگر اینکه شوهر به وکیل خود وکالت داده باشد تا برای او این امور را انجام دهد.

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

ثانیا- توکیل ولی در عقد نکاح

تعریف ولایت

تعریف ولی از حیث لغت: ولایت واژه که به کسر (واو) و فتح (واو) قرائت شده است، که بمعنی قدرت، حاکمیت و نصرت می‌آید، مانند: "وَلِيَ الشَّيْءَ وَوَلِيَ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ وَوَلَايَةٌ": (ای ملک امره و قام به) (۵۲): (اورا به اختیار گرفت و انجام داد اورا) که جمله اولی بمعنی حاکمیت یا سلطنت بر امر و جمله دومی مسئولیت در قبال امر را نشان می‌دهد.

و «وَلِيَ الْعَهْدَ» وَارِثُ الْمَلِكِ : وارث پادشاهی .

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

و «وَلِيَ الْمَرْأَةَ»: "مَنْ يَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا وَلَا يَدْعُهَا تَسْتَبِدُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ دُونِهِ" (۵۳): کسی که عقد نکاح قاصره را در اختیار دارد، و او را به اختیار خودش نمی‌ماند.

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

همچنان ولایت در لغت به معنی دوستی، قرابت و خویشاوندی نیز آمده است.^{۵۴}

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

"تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى" (۵۵): انفاذ قول است بر غیر، اگر بخواهد و یا نخواهد که این تعریف اغلب بر ولایت اجبار صدق مینماید.

"هي قدرة الشخص شرعا على انشاء تصرف الصحيح النافذ على نفسه او ماله او على نفس الغير او ماله" (۵۶): عبارت از قدرت شرعی یک شخص است بر انشاء تصرف صحیح نافذ بر نفسش و یا مالش و یا بر نفس کسی دیگری و یا مال کسی دیگری.

^{۵۲}- ابن منظور، لسان العرب، ابن منظور، ج ۱۵ ص ۴۰۷.

^{۵۳}- ابراهیم مصطفی، المعجم الوسيط، ج ۲ ص ۱۰۵۸.

^{۵۴}. مسعود انصاری و داکتر محمد علی طاهری. دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، ص ۲۲۴۸.

^{۵۵}- الجرجانی، کتاب التعريفات علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ۸۱۶هـ) دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ۱۴۰۳ هـ - ۱۹۸۳ م ج ۱ ص ۲۵۴. تبیین الحقائق شرح كنز الدقیق، از امام زبلی، ج ۲ ص ۹۸.

در امور فامیل، «ولایت عبارت از اقتداری است که قانون گذار به منظور نگهداری، مواظبت، تربیت و اداره امور مالی و غیر مالی کودک، یا سفیه و مجنونی که حجر شان متصل به زمان صغر است به پدر و جد پدری اعطاء کرده است». (57)

در اصطلاح حقوقی، ولایت عبارت از «سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سمت را داراست (ولی) نامیده می‌شود». (58)

قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان در بند 1 ماده 41 خویش، ولایت را چنین تعریف نموده است: «ولایت سلطه و اقتداری است که مطابق احکام این قانون جهت انجام امور مربوط به غیر در حدود معین به شخص داده می‌شود و به شخص دارنده ولایت، ولی و به شخص موضوع ولایت، مولی علیه اطلاق می‌گردد». (59)

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

اما ولایت در نکاح عبارت حق اقباء (عصبه بنفسه) زوجه است که شرعاً صلاحیت تزویج او را دارند. مانند، پدر وجد

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

اما در مورد اداره اموال، ولایت بر اموال قاصر اهلیت را تأیید کرده و آنرا حق پدر و پدرکلان میداند.

ماده 268 قانون مدنی در فقره 1 چنین تصریح میکند «ولایت اموال اولاد ناقص اهلیت، بدرجه اول به پدر و ثانیاً به جد صحیح، تعلق می‌گیرد. مشروط بر اینکه از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد». (60)

ج: انواع ولایت در نکاح:

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

1: ولایت اجبار

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

و یا به عباره دیگر: برخورداری از قدرت تصمیم گیری مستقلانه است در تزویج اناث، که شریعت و قانون برایش می‌شناسد. مانند ولایت پدر بر صغیره. (61)

یعنی در کل عبارت است از این که ولی بدون رضایت مولی علیه، خود ازدواج وی را با شخص دیگری منعقد می‌سازد. ولایت اجباری زمانی به وجود می‌آید که مولی علیه به علت خورد سالی، دیوانگی، معتوه بودن، سفاهت و غفلت فاقد یا ناقص

⁵⁶- زیدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت، عبد الكريم زيدان، ج 6 ص 339.

⁵⁷. عبدالله، نظام الدين، قواعد عمومی عقود، ص (228) انتشارات سعید، 1395.

⁵⁸- عبدالله، نظام الدين. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق و جایب (2) عقود معین، چاپ سوم، انتشارات سعید، بهار 1395 هـ ش، ص (228).

⁵⁹- وزارت عدلیه. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، جریده رسمی شماره مسلسل نبر (1388/5/5) ماده 41.

⁶⁰- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 268.

⁶¹- الکاسانی، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج 2 ص 241. المغنی المحتاج، الشربيني ج 4 ص 226.

اهلیت باشد و ولی بدون رضایت مولی علیه عقد ازدواج را منعقد نماید و بدین ترتیب ازدواج بر مولی علیه تحمیل گردد. برای صاحب این گونه ولایت ولی مجبر گفته می شود که آن با یکی از اسباب چهارگانه ذیل ثابت می شود:

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

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

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

ولاء عتاقه: عبارت از حق شرعی است که برای (معتق) بر (معتق) خود ثابت می شود. یعنی هر گاه معتق صغیر یا کبیر مجنون یا معتوه باشد معتق می تواند وی را به نکاح بدهد و هرگاه معتق وفات نماید و وارثی نداشته باشد معتق مال وی را بر میراث می برد. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل و بالغ باشد. (62)

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

ولایت امامت: ولایت امامت همان ولایت امام عادل مانند: رئیس دولت و نایب وی مثل قاضی می باشد. بنا بر این، هر یکی از آنها ولایت تزویج فاقد یا ناقص اهلیت را دارند، مشروط بر این که فاقد یا ناقض اهلیت ولی قریب نداشته باشند (63).

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

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

" (2) عقد نکاح صغیره کمتر از (15) سال به هیچ وجه جواز ندارد. " (64)

سن قانون ازدواج دختران را قانون مدنی در ماده 70، شانزده سال کامل تصریح کرده است. و بنا بر مواد متذکره دانسته میشود که هرگاه سن دختر 15 سال باشد عقد ازدواج وی توسط پدر و محکمه با صلاحیت صورت گرفته میتواند اما اگر سن وی کمتر از 15 سال باشد هیچ کس صلاحیت تزویج او را ندارد. همچنان این مواد میسراند که به جز پدر دیگر عصبات ازین صلاحیت برخوردار نیستند. به این ترتیب قانون منع خشونت علیه زن، تزویج دختریکه سن قانونی را تکمیل نکرده است جرم میداند و در مورد مجازات آن در ماده (28) قانون متذکره چنین تصریح میدارد: "هرگاه شخص زن را که سن قانونی را تکمیل ننموده، و بدون رعایت حکم مندرج ماده (71) قانون مدنی به عقد نکاح درآورد حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد محکوم و نکاح به اساس مطالبه زن مطابق احکام قانون فسخ میگردد"

62. الدكتوروهية، الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج7، ص187.

63. همان، ج7، ص187.

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

2: ولایت اختیاری

این نوع ولایت را ولایت استحباب و ندب و شرکت، نیز میگویند.

ولایت استحباب، عبارت از حق انشاء عقد نکاح است بدون استبداد و اجبار و با کسب رضایت مولی علیه.⁽⁶⁵⁾ و یا عبارت از ولایت است که زن عاقله، بالغه میتواند به اختیار خود بدون رضا و رای ولی ازدواج نماید، مگر مستحب است که این امر را به ولی تفویض نماید بخاطر کسب مقاصد نکاح بشکل بهتر و کاملتر آن.⁽⁶⁶⁾ (ولایت ندب در نزد احناف در حقیقت ولایت وکالت میباشد که آنرا عصبات و اقربا بنابر رضا مولی علیه بدون استبداد انجام میدهند طوریکه میخوانیم: "ولایت الندب: هي التي يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة..، وهذه في الحقيقة ولاية وكالة" ⁽⁶⁷⁾) ولایت ندب: مطلوب آن است که زن امور خود را به ولی خود تفویض کند تا منتسب به وقاحت نشود. و این در حقیقت وکالت است.

ولایت شرکت، عبارت از ولایت مشترکه بین ولی و مولی علیه است که نکاح ولی بدون اجازه مولی علیه منعقد نمیشود.⁽⁶⁸⁾ یعنی که یکی بدون رضایت دیگری نکاح را منعقد نمیتوانند. اما بهتر است که زن درین صورت انعقاد عقد را به ولی بسپارد تا خودش مورد تبذل و مسخرگی گرفته نشود.⁽⁶⁹⁾ و یا از عواطف آن سوء استفاده صورت نگیرد.

پس در کل باید دانست که ولی غیر مجبر در ولایت اختیاری، در نزد احناف و غیر احناف از مالکی ها، شافعی ها در قول صحیح و حنبلی ها ملزم به استئذان و اجازه از مولی علیه میباشد.⁽⁷⁰⁾ که بدون استئذان و اجازه بر تزویج ایشان اثری مرتب نمیشود.

د: اشخاص که تحت ولایت اجبار و اختیار قرار میگیرند

قبلا تذکر رفت که مولی علیه دو قسم افراد قرار میگیرند، فاقد الاهلیة و ناقص الاهلیة، یعنی کسانی که به اساس صغر سن و یا جنون هیچ قوه تمیز بین نفع و ضرر ندارند، و اصلا به نفع و ضرر خود نمیفهمند و یا اینکه قوه تمیز او ناقص است بشکل کامل نفع را از ضرر تفکیک نمیتوانند.

بنابراین از نظر مذهب احناف که مذهب معمول به در افغانستان است، ولایت اجبار بر صغیر و صغیره، مجنون و مجنونه (فاقد تمیز) و بر صغیر و صغیره و معتوه (ناقص تمیز) ثابت میباشد.⁽⁷¹⁾ زیرا اینان به اغراض و مقاصد و مصالح ازدواج طوریکه ضرور است نمیدانند که اگر به آن اقدام صورت نگیرد فوت خواهد شد.⁽⁷²⁾

اما کسانی که تحت ولایت اختیار و یا شرکت قرار میگیرند، عبارت از زن بالغه، عاقله و آزاد است، برابر است که بکر (شوهر ندیده) باشد و یا ثیب ⁽⁷³⁾ (شوهر دیده). یعنی زنان که عاقل و بالغ اند و هنوز شوهر نکرده، و زنان که شوهر کرده اند اما سپس

⁶⁵- همان، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ص 224.

⁶⁶- أحمد الحصري، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، خالي من سنة الطبع، ص 13.

⁶⁷- ابن عابدين، رد المحتار، ج 3 ص 55. والفقه الاسلامي وادلته، الزحيلي، ج 4 ص 2395.

⁶⁸- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ص 222. المغني، ابن قدامة ج 5 ص 72. واین نوع ولایت از نظر فقهای احناف، ولایت وکالت نیز برایش اطلاق شده است. بخاطر اینکه زن به وقاحت منسوب نشود، مستحب است که امر تزویجش را به ولی تفویض نماید. (رد المحتار، ابن عابدين ج 4 ص 55).

⁶⁹- الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 247.

⁷⁰- الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 3 ص 90. والتاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواقف المالكي ج 5 ص 73، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ 1994 م. والحاوي الكبير، للماوردی، ج 9 ص 114.

⁷¹- محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995، ص 60.

⁷²- د. أحمد محمد علي داود، فقه الأحوال الشخصية المقارن، ج 1، ج 2، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 164.

⁷³- ابن نجيم، زين الدين ابن نجيم الحنفي، ج 3، مرجع سابق، ص 193.

بیوه شده اند و یا طلاق شده اند. اما باید متذکر شد که این نظرفقه‌های احناف است، ولی فقه‌های شافعی و برخی از حنابله به این نظراند که زن عاقله بالغه، ثیبه باشد، نه باکره. و باکره تحت ولایت اجباری قرار دارد.

هـ: ترتیب اولیاء

ترتیب ولایت برنفس نزد فقه‌های احناف در هر دو نوع از ولایت (ولایت اجباری و ولایت اختیاری) اولاً برای عصبه بنفسه ثابت میباشد، که به حسب ترتیب شان در میراث و در حجب قرار دارند که منحصر به چهار جهت میگردد: جهت فرزندی: که شامل پسر، پسرپسر میشود، اگر هر قدر که پایین ترهم باشند. جهت پدری: که شامل پدر، پدرپدر (پدرکلان پدری) میشود، ولو اگر بالاترهم باشند. جهت برادری: که شامل برادر حقیقی و برادر پدری، و پسران شان میشود ولو اگر پیاپی‌ترهم باشند. جهت عمویی: که شامل کاکای حقیقی و کاکای پدری و پسران شان میشود ولو اگر نازل ترهم باشند.⁽⁷⁴⁾ و اگر یکی از این عصبات بنفسه وجود نداشت این ولایت به اقارب غیرعصبه انتقال مینماید، که این ها هم منحصر به چهار حوزه تقسیم میشوند:

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

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

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

فروع پدرکلان و مادریکلان: مانند: عمات مطلقاً، کاکاهای مادر، خاله ها و ماما ها سپس اولاد شان. در صورتی که این اقارب مولی علیه وجود نداشته، ولایت به حاکم تعلق میگیرد. لقلوله: (صلی الله علیه وآله وسلم) "السلطان ولی من لا ولی له" ⁽⁷⁵⁾ سپس به قاضی که از حاکم و پادشاه نیابت مینماید.⁽⁷⁶⁾

و فقه‌های احناف بر این باور اند که هر دو قسم ولایت برای همه اولیاء بر حسب درجات ایشان در عصبات ثابت است.⁽⁷⁷⁾ البته ولایت متذکره درین جا به معنای نمایندگی و وکالت است، چنان که قبلاً ذکر شد. زیرا از نظر حنفی ها ولایت وجود ندارد مگر ولایت مجبره. صرف ولایت مجبره است که ولی قهری در اجبار اطفال ذکور و اناث، مجنون و مجنونه بالغان به طور کلی اختصاص دارد. که میتواند آنها را اجباراً به نکاح بدهد. با این تفاوت که پدر و پدرکلان در نزد امام ابوحنیفه و امام محمد رحمهما الله دارای اعتبار خاص اند، به این معنا که اگر صغیر و صغیره ای از طرف پدر و پدرکلان به نکاح داده میشوند آنان نمیتوانند این عقد را بعد از بلوغ شان فسخ نمایند. اما اگر تزویج از طرف غیر از ایشان، عصبات دیگری باشد اختیار فسخ عقد نکاح برای ایشان پس از بلوغ محفوظ است. طوریکه در بنایه شرح هدایه میخوانیم: "ویجوز نکاح الصغیر والصغیره إذا

⁷⁴- السرخسی، شمس الدین السرخسی- المبسوط- دار المعرفة- بیروت- لبنان- ط 2- ج 4- ص 219. فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، ج 2، دار المعرفة، بیروت - لبنان، بلا سنة الطبع، ص 122.

⁷⁵- الشوکانی، محمد بن علی الشوکانی، نیل الأوطار وشرح منتهی الأخبار من أحادیث الأخیار، ج 6، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص 251.

⁷⁶- محمد قدری باشا، الأحکام الشرعیة فی الأحوال الشخصية، ج 1، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، بلا سنة طبع، ص 129.

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

⁷⁷- المرغینانی، علی بن ابی بکر بن عبد الجلیل، بدایة المبتدی فی فقه الإمام أبی حنیفة، (ص: ۶۰)، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح القاهرة.

زوجهما الولي بکراً كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبه، فإن ز وجهما الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما، وان زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح وان شاء فسخ⁷⁸

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

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

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

(36): "اذا لم یکن عصبه تنتقل ولایة النکاح للأُم، ثم لأم الأب، ثم للبننت، ثم لبننت الابن، ثم لبننت البننت، ثم لبننت ابن الابن، ثم لبننت بنت البننت، وهكذا ثم للجد الفاسد، ثم لأخت الشقیق، ثم لأخت لأب، ثم لولد الأم، ثم لاولادهم، ثم لباقی ذوی الارحام: العمت ثم الاخوال، ثم الخالات، ثم بنات الاعمام ثم اولادهم، بهذا الترتیب.":

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

(37): "السلطان ولی فی النکاح لمن لاولی له، ثم القاضی الذی کتب له فی منشوره"⁷⁹

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

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

⁷⁸- العینی، البناية شرح الهدایة، ج 5 ص 94.

⁷⁹- محمد قری باشا، الاحکام الشرعیه فی الاحوال الشخصیه علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ماده : 35-36-37. ص 35. نشر دار ابن حزم، بیروت لبنان، 1427 هـ.

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

"(2) عقدنکاح صغیره کمتر از (15) سال به هیچ وجه جواز ندارد" (80)

وماده 268 به تأسی از نظر فقهای احناف: (1) «ولایت اموال اولاد ناقص اهلیت، به درجه اول به پدر ثانیاً به جد صحیح تعلق می گیرد. مشروط بر این که از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد» (81).

همچنان قانون مدنی تصریح می دارد: (1) «پدر می تواند برای اولاد ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن وصی تعیین نماید» (82)

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

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

قانون مدنی نیز می گوید: «هرگاه سن شخص تحت ولایت به هجده سال تمام برسد، ولایت ولی به انجام می رسد. مگر این که به سببی از اسباب حجر محکمه با صلاحیت به دوام آن حکم نموده باشد». (83)

و: توکیل ولی کسی دیگر را در عقدنکاح

توکیل ولی در مورد ازدواج به معنای اجازه دادن به فردی دیگر به عنوان نماینده و وکیل خود، که انجام مراحل ازدواج و امضای سند عقد نکاح را به او واگذار کند. و وکیل مورد نظر با توجه به توکلی که از طرف ولی دریافت کرده، می تواند مراحل مربوط به ازدواج را، به نمایندگی از وی برعهده بگیرد. از نظر فقهای احناف و دیگر مذاهب اهل سنت اعم از مالکی ها و شافعی ها و حنبلی ها متفقاً مجاز دانسته شده است. و در مورد به عموم دلایل جواز وکالت در نکاح استدلال میکنند. ⁸⁴ که قبلاً متذکر شدیم:

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

وکالت نجاشی در تزویج ام حبیبیه رضی الله عنها.

ووکالت عمر بن الخطاب رضی الله عنه در تزویج ام عمرو بن عثمان، به عثمان بن عفان. طوریکه در ارواء الغلیل روایت گردیده است که شخصی بادیه نشینی دختر خود را نزد عمر رضی الله عنه بگذاشت و برایش فرمود، هرگاه کفوی میسر شد او را برایش بنکاح بدهید ولو اگر مهریه وی بوندک چپلی باشد. بناء عمر رضی الله عنه او را به عثمان بن عفان رضی الله عنه بنکاح داد. (85)

⁸⁰ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 71.

⁸¹ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، فقره (1) ماده 268.

⁸² - همان، فقره (1) ماده 291.

⁸³ - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده 283.

⁸⁴ - الکاسانی، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ص 231. - بلغة السالك لأقرب المسالك، الصاوي ج 2 ص 372. - الحاوي الكبير، الماوردي، ج 3 ص 113. - كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج 5 ص 56.

⁸⁵ - ابن قدامة المغني، ج 7 ص 19. - وإرواء الغلیل في تخریج أحادیث منار السبیل، محمد ناصر الدین الألبانی، ج 6 ص 252. مکتب الاسلامی بیروت. قال البانی لم أقف علیه

وعقل انسانی نیزایجاب میدارد که نظر به عدم مصلحت شناسی مولی علیه وقصور آن، ولی باید در بدست آوردن مصلحت و منفعت او از طریق خود ویا از طریق انتخاب وکیل خود اقدام نماید. وولی دارای صلاحیت شرعی وقانونی است ودر زمینه، صاحب استقلالیت میباشد که مانند مالکمتصرف در حق خودتصرف میتواند. از طرف دیگر زمانیکه زوج مکلف میتواند در زمینه وکیل بگیرد، ولی نیز قیاساً میتواند وکیل استخدام نماید. ^(۸۶) البته در صورت که شرایط ولایت دروی متوافر باشد. ^(۸۷)

بنابراینچه تذکر رفت در مفهوم کلی اولیاء که شرایط ولایت در ایشان متحقق باشد صلاحیت توکیل را در نکاح دارند. اعم از اینکه این اولیاء عصبات باشند ویا اقرباء غیرعصبات باشند، عادل باشند ویا غیرعادل باشند، مذکر باشند ویا مونث باشند، محدوده ولایت، اجباری باشد ویا اختیاری، این ها میتوانند این توکیل را مطلقاً و مقیداً انجام دهند. (یعنی زوج را برای وکیل مشخص کنند ویا نکنند) ^(۸۸) واز نظر امام ابوحنیفه و ابویوسف رحمهما الله ولی میتواند مردی را برای وکالت استخدام نماید ویا زنی را استخدام کند. ^(۸۹) اما مالکی ها ودرقولی شافعیها به این باور اند که لزوماً ولی نمیتواند به کسی وکالت مطلق بدهد. چون کمال شفقت بجز درولی دروکیل دیده نمیشود. اما جمهور به این نظر اند که شفقت ولی ایجاب میکند تا وکیل مناسب اختیار شود و نیز عرف هم میخواهد که وکیل از دایره طلب کفایت، مهر و حسن نظر و توجه در حق زن بیرون نرود. که وکالت درین صورت برای تحقق حق زن کافی است و میتواند مطلقاً بدون تعیین زوج باشد. ^{۹۰} وقانون مدنی با تأسی از فقه حنفی نیز در ماده (۱۵۵۷) در مورد تقييد وتطليق وتعليق وکالت چنین تصریح میدارد: "وکیل گرفتن بصورت مطلق، مقید، معلق به شرط یا موکول به آینده صحیح است" و ماده (۵۷) الاحکام الشرعیة در مورد توکیل ولی چنین میرساند: "وللولي ابا کان او غیره ان يوکل بنکاح من له الولاية عليهم من الصغار ومن يلحق بهم" ^(۹۱) ولی، اعم از اینکه پدر باشد ویا غیر پدر، میتواند برای تزویج کسانی که بر آنان ولایت دارد از اطفال و هم نوعان اطفال (چون دیوانگان و سفیهان...)، وکیل استخدام نماید.

ثالثاً- توکیل زن در عقد نکاح

الف : وکیل گرفتن مرد:

فقهاء در مورد اینکه زن بتواند برای تزویجش وکیل استخدام نماید، تا او را به کسی به زنی بدهد اختلاف نظر دارند. البته این اختلاف بر میگردد به همان اختلاف که آیا وجود (ولی) در تزویج حتمی است ویا خیر. یعنی یک زن عاقله و بالغه و آزاد خود میتواند بدون وجود ولی مراسم عقد نکاح خود را متصرف باشد ویا اینکه شرعاً صلاحیت این تصرف را ندارد. مذهب معمول به افغانستان (مذهب احناف) به این باور است که زن عاقله و بالغه و آزاد میتواند مراسم ازدواجش را با وجود شرایط مطلوبه آن بدون وجود ولی انجام بدهد و رضایت ولی را با وجود آن در زمینه استجابی میدانند، بخاطر کسب مقاصد

^{۸۶}- الجوينی، نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، ج 12 ص 111. دار المنهاج.

^{۸۷}- شروط که ولی نکاح آنرا باشد قرار ذیل است: عقل، بلوغ، حریت، اتفاق در دین، عدالت. الختیار لتعلیل المختار، الموصلي (90/3). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الکاساني، (2-229). المغنی، ابن قدامة (21-7) - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، ج 6 ص 488.

^{۸۸}- ابن قدامة، المغنی، ج 7 ص 22. بدائع الصنائع، الکاساني، ج 2 ص 239. مغنی المحتاج، الشربيني، ج 4 ص 257.

^{۸۹}- الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 3 ص 90.

^{۹۰}- الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9 ص 6729.

^{۹۱}- قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ماده 75.

نکاح بشکل بهتروکاملترآن. و تا زن ها خود شان مورد مسخرگی گرفته نشوند و یا ازعواطف آنها سوء استفاده صورت نگیرد.⁹²)

بطورکلی فقهای احناف درزمینه به این مدارک استدلال میکنند:

1- قرآن کریم :

خداوند جل جلاله میفرماید:

"فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ" ⁽⁹³⁾

پس اگر آن زن را طلاق دهد (یعنی طلاق سوم)، پس از طلاق (سوم) دیگر آن زن برای او حلال نیست، تا اینکه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند، پس اگر زوج ثانی آن زن را طلاق دهد، بر آن دو (زوج اول و زن) باکی نیست که به یکدیگر مراجعه کنند اگر گمان داشته باشند که حدود خدا را برپا می دارند، و این است حدود خدا که بیان می کند برای قومی که بدانند. وجه دلالت این آیت این است که خداوند جل جلاله صلاحیت نکاح رابه زوجین نسبت داده بدون اینکه کسی دیگری را ذکرکرده باشد وازاولیاء نام برده باشد، که این خود به اهمیت عبارات والفاظ زنان درنکاح و اجرای آن دلالت دارد. ⁽⁹⁴⁾ و عبارت (من بعد حتی تنکح زوجا غیره): «تا اینکه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند.» درافاده صلاحیت زن در تزویش نیز صریح میباشد.

و میفرماید: "وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" ⁽⁹⁵⁾ :

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

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

2- سنت پیامبر:

«عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، واذنها صماتها" ⁽⁹⁶⁾

زن ثبیه خود در تزویش نسبت به ولی اش مستحق تراست، واز زن مجرد اجازه گرفته میشود، و اجازه آن سکوت وی است . درین حدیث دیده میشود که پیامبر علیه السلام حق تزویج را اصلا حق زن ها تعریف مینماید، اما صرف حق مباشرت به عقد را به ولی میدهد آن هم به اساس رضایت زن، ⁽⁹⁷⁾ بخاطر حیاء زن باکره وعدم تجربه اش درچنین عرصه، که اگر اجازه ندهد ولی نمیتواند اجبارا او را بنکاح بدهد.

⁹² - اکاسانی، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ص 224.

⁹³ - سورة البقرة: 230.

⁹⁴ - السرخسی، المبسوط، ج 5 ص 11- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الکاسانی، ج 2 ص 238.

⁹⁵ - سورة البقرة: 132.

⁹⁶ - مسلم، صحيح مسلم، ج 2 ص 1037.

اما در محدوده ی زن ثیبه زمانکه تجربه وعادت متحقق است، پیامبر علیه السلام هیچ صلاحیتی را برای ولی نمیگذارد، وزن را مستحق تر معرفی مینماید.

قابل ذکر است که فقهای غیر احناف اعم از مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها به این نظر اند که زن ها را صلاحیت ازدواج وتزویج نیست وبدون وجود ولی امور نکاح را به اجرا واعمال گرفته نمیتوانند.⁽⁹⁸⁾ وبه مدارک ذیل استدلال دارند :

الف : قرآن کریم:

"وَلَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا"⁽⁹⁹⁾ «و مردان مشرک را زن مدهید تا ایمان آورند»

گویند مورد خطاب درین آیت اولیاء اند. که صلاحیت تزویج را به ایشان تخصیص میدهد.⁽¹⁰⁰⁾

اما این نظر به احتمال توجیه امر به ألو الامر وعامه مسلمانان جواب شده است. زیرا توجیه امر به ألو الامر بهتراست نسبت بهاولیاء⁽¹⁰¹⁾ بخاطر اجرای باقوت سیاست قانونی در خارج ملت اسلام و اظهار شوکت دین بر ادیان وضعی وباطل.

ب : سنت پیامبر:

"عن ابی موسی الاشعری قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لأنکاح الابالولی"⁽¹⁰²⁾

"وعن عائشة رضی الله عنها قالت، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ایما امرأة نكحت بغير إذن ولیها، فنکاحها باطل، فنکاحها باطل"⁽¹⁰³⁾

گویند این احادیث در افاده صلاحیت تزویج به اولیاء صریح است.⁽¹⁰⁴⁾

اما از طرف مخالف این احادیث محمول دانسته شده است، که ناقص الاهلیت وفاقد الاهلیت را در بر میگیرد.⁽¹⁰⁵⁾ یعنی ناقص الاهلیت وفاقد اهلیت چون صغیره، معتوهه، أمه، مجنونه بدون وجود ولی به نکاح اقدام نمیتوانند.

از طرف دیگر اگر اطلاق این احادیث در نظر گرفته شود، با اطلاق این مدارک شرعی "حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ" {- فَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِیْ أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} ⁽¹⁰⁶⁾ {- فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ} ⁽¹⁰⁷⁾ و "الایم أحق بنفسها من ولیها" - " والبکر تستأذن فی نفسها" در تعارض واقع میشود. بخاطریکه در صورت اطلاق نصوص تحقق نکاح در هیچ حوزه توسط زنان متحقق شده نمیتواند.

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

⁹⁷- ابن نجیم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 3 ص 117.

⁹⁸- ابن قدامه، المغنی، ابن قدامة، ج 5 ص 63. - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج 3 ص 36. - الحاوي الكبير، الماوردي، ج 9 ص 38. - كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج 5 ص 49.

⁹⁹- سورة البقرة: 221.

¹⁰⁰- ابن حجر، فتح الباری، ج 9 ص 184. با اقتباس.

¹⁰¹- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 3 ص 37. با اقتباس.

¹⁰²- ابوداود، سنن ابن داود، ج 2 ص 191. - سنن ترمذی، ج 3 ص 407. وقال حديث حسن.

¹⁰³- الترمذی، سنن ترمذی، ج 3 ص 407. وقال حديث حسن.

¹⁰⁴- الماوردي، الحاوي الكبير، ج 9 ص 40. - فتح الباري، ابن حجر، ج 9 ص 184. با اقتباس.

¹⁰⁵- المبسوط، السرخسي، ج 5 ص 12. - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ج 3 ص 117.

¹⁰⁶- سورة البقرة: 23.

¹⁰⁷- سورة البقرة: 232.

پس در صورت انکشافات معاصرجهاندرحدود ارتقای آگاهی ها علمی وتجربی زنان درزمینه ازدواج، میتوانند تصمیم اجرا واعمال این حق را بدست بگیرند، و خود شان با درک خیروشرایشان برای خویش سرنوشت سازی بکنند. واگراین نوع آگاهی ها جامعه اناث را نپوشانیده باشد، بهتر است که تصمیم اولیاء دراولویت قرار داده شود وزنان مکلف به اتباع از اولیاء گردند. قانون مدنی افغانستان با پیروی از نظریات فقه حنفی، اراده آزاد زنان را در قبال ازواج شان در نظر گرفته و درمواد زیرچنین تصریح میدارد:

ماده- 72

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

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

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

ماده 76: "در صورتیکه طرفین عقد اصالتاً شرعاً یا توکیلاً تحت ولایت شخص واحد قرار داشته باشند، شخص می تواند به تنهایی از جانب طرفین عقد ایجاب و قبول نماید، مشروط بر اینکه شرایط قانونی عقد رعایت شده باشد."⁽¹⁰⁸⁾

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

ب : وکیل گرفتن زن:

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

بنابرین فقههای احناف طوریکه اجرای امور نکاح را اصالتاً از طرف زنان عاقل، بالغ و آزاد صحیح میدانند، توکیل شان را نیز جایز میدانند، برابر است وکیل زن باشد و یا مرد باشد. حتی تصرف فضولی را موقوف به اجازه ایشان میدانند. طوریکه در (الاختیار) میخوانیم: "وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز، وكذلك لو زوجت غيرها بالولاية والوكالة، وكذا اذا وكلت غيرها في تزويجها، اوزوجها غيرها فاجازتها"⁽¹⁰⁹⁾

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

¹⁰⁸ - قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، مواد: 72-73-76.

¹⁰⁹ - الموصیلی، الاختیار لتعلیل المختار، الموصلی، ج 3 ص 90.

وماده (57) الاحکام الشرعیه ... نیز درین مورد چنین تصریح میدارد: "يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نكاحهما بأنفسهما ان يوکل به من شاء اذا كانا حرين عاقلین بالغین" (110)

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

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

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

ماده 73: "وکیل نمی تواند در عقد ازدواج بدون تفویض صلاحیت یا اجازه مؤکل یا مؤکله خود، شخص دیگری را بصفت وکیل انتخاب نماید." (111)

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

ج : وکیل گرفتن شخص کافر:

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

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

البته راه بیرون رفت و حل این نوع مشکل به اساس مذهب احناف روشن است: "وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز." (112)

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

طوری که فقهای احناف یکی از انواع وکالت های شخص واحد را چنین توضیح میدهند: «أن يكون العاقد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن الطرف الآخر: كما لو وكلته امرأة ان يزوجه من نفسه.» (113)

¹¹⁰- قدری باشا، الاحکام الشرعية في الاحوال الشخصية على مذهب ابي حنيفة النعمان، ماده 57.

¹¹¹- قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان مواد: 72-73.

¹¹²- الموصيلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 3 ص 90.

¹¹³- ابن عابدين، رد المحتار، ج 3 ص 97.

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

د: توکیل زن از راه دور:

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

1. "الضَّرُورَاتُ تُبَيِّحُ الْمَحْظُورَاتِ"، ضرورت ها باعث مجاز ممنوعات میشود.
2. "الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ"، وجود مشقت خواهان آسانی است.
3. "التَّعْيِينُ بِالْعَرَفِ كَالْتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ"، آنچه را که عرف تعیین نموده چون امر است که به نص شرعی ثابت باشد.
4. "الْكِتَابُ كَالْخِطَابِ"، یعنی نوشتن و کتابت در حکم گفتن و بیان است.¹¹⁴

بنابر این کلیات میتوان گفت که توکیل زن و مرد از راه دور توسط تکنالوجی معاصر اعلام و اتصال چون فاکس، تلفون، انترنت و غیره جایز است. زیرا به علت دوری و غربت ضرورت و مشقت متحقق است و تکنالوجی معاصر حیثیت نوشتاری را دارد و استفاده از آن عرف ملی و بین المللی را به خود گرفته است. و قانون مدنی افغانستان نیز در ماده (524) بطور مطلق در زمینه تحقق عقود چنین تصریح میدارد: "عقد بوسیله تلفون یا وسایل مماثل آن از حیث زمان، مانند عقد بین طرفین حاضر و از حیث مکان، مانند عقد بین طرفین غایب پنداشته میشود." (115) و مسلم است که نکاح هم عقد و قرارداد است که در عموم این ماده داخل میباشد ازین جهت است که فقهاء احناف تحقق آنرا به صیغه بیع مجاز میدانند. همچنان در ماده (509) می‌رساند که "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می‌گیرد...." (116) از سوی دیگر درین نوع عقد یعنی توکیل از راه دور، شرایط ابرام عقد متحقق است. چون هر دو جانب دارای اهلیت اند، مشکل اتحاد مجلس وجود ندارد، زیرا ارتباط تلفنی یا اینترنتی هر دو طرف در یک زمان حکم یک مجلس را دارد، ایجاب و قبول صورت گرفته میتواند، و مشاهده جریان عقد و استماع سخنان طرفین از طرف شاهدان امکان پذیر است. و به اساس همین دلایل؛ میتوان گفت که در صورت ایمن بودن از عوارض اهلیت، عوامل باطل کننده عقد، و عیوب رضا، عقد تلفنی یا اینترنتی جایز است.

نتیجه گیری:

مقاله، مفاهیم اساسی و اهمیت وکالت (در نکاح را) در فقه اسلامی بررسی می‌کند. واژه "وکالت" به معنای واگذاری، اختیار دادن، اعتماد، حفظ، کمک و نمایندگی است. این یک مکانیزم قانونی است که به یک فرد اجازه می‌دهد که فرد دیگری را برای انجام امور معینی نمایندگی کند، در حالی که کنترل نهایی را در دست خود حفظ می‌کند. این مطالعه تأکید دارد که "وکالت" نه تنها از نظر واژگانی بلکه از نظر حقوق اسلامی هم ریشه‌دار است. این به وضوح توسط منابع مختلف فقه اسلامی، از جمله قرآن، سنت (تعالیم پیامبر محمد)، اجماع (اجماع علمای اسلام) عقل و قیاس (به

¹¹⁴ - مجله الاحکام العدلی، مواد 21، 17، 45، 69.

¹¹⁵ - قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 524.

¹¹⁶ - قانون مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، ماده 509.

اساس ضرورت و نیاز) تأیید شده است. تعالیم اسلامی نه تنها وکالت را مجاز می‌دانند بلکه از آن به دلیل ضرورت عملی آن در مقابله با مسائل حقوقی و اجتماعی پیچیده در زندگی انسان تشویق می‌کنند.

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

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

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

با توجه به فرضیاتی که ارائه شده است، اگر یک زن مسلمان در شرایطی قرار گیرد که هیچ اولیا، اقربا، حاکم اسلامی یا حتی یک شخص دیگر مسلمانی برای او وجود نداشته باشد، مثل شرایط مهاجرت به کشورهای غیراسلامی یا تبدیل شدن به اسلام در کشور غیراسلامی، آیا می‌تواند یک شخص کافر را به عنوان وکیل تزویج خود استخدام کند؟ با توجه به عدم اجازه شرعی توکیل کافران و عدم رعایت عدالت و خیراندیشی آن‌ها در قبال مسلمانان، به هیچ وجه نمی‌توان وکیل کافر را مجاز دانست. این امر به معنای تسلیم و اعطای قدرت و صلاحیت به کافر است که در اسلام مجاز نیست. در قرآن آمده است: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" به هیچ وجه خداوند راهی برای کافران بر مؤمنان قرار نمی‌دهد.

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

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

مهمترین نقاط

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

پیشنهادهات:

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

فهرست منابع:

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

3. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.
4. ابن البيع، المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، 1411 هـ .
5. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، دراسة وتحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى 1425هـ / 2004م.
6. ابراهيم وهمكاران، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (ابراهيم مصطفى وهمكاران) طبع دارالدعوة .
7. ابو عيسى، سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) دارالاحياء التراث العربي، بيروت 1998 م .
8. أحمد الحصري، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، خالي من سنة الطبع،
9. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دارالكتب الاسلامي.
10. ابن قدامة، موفق الدين ابو محمد عبدالله بن محمد المقدسي، المغنى على مختصر الخرقى، دارالفكر بيروت 1405.
11. ابن الرشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دارالحديث القاهرة، 2004م.
12. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، احمد بن علي بن حجر العسقلاني، دارالفكر بيروت.
13. ابوداود، سليمان بن اشعث السجستاني، سنن ابي داود، دارالكتب العلمية، بيروت لبنان .
14. اشقر، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردنية، الاشقر عمر سليمان عبدالله، طبع دارالنفائس اردن، سال 1997.
15. افندى، در الاحكام شرح مجلة الاحكام، على حيدر افندى متوفى 1321 هجرى، دارالفكر بيروت لبنان.
16. البانى، وإرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، مكتب الاسلامي بيروت.
17. بيهقي، السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م
18. بخارى، صحيح البخارى، محمد بن اسماعيل ابو عبدالله البخارى، دارالكتب العلمية بيروت 1407.
19. بهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، دارالفكر بيروت، 1409.
20. جرجاني، كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ) دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
21. جويني، نهاية المطلب في د ا رية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، دارالمنهاج.
22. دهخدا، على اكبر، لغتنامه دهخدا، ديكتلى.
23. داود، د. أحمد محمد علي داود، فقه الأحوال الشخصية المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009،

24. زیلعی، فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، دار المعرفة، بیروت - لبنان .
25. زحیلی ؛ الفقه الاسلامی وادلتہ، وھبۃ مصطفی الزحیلی، دارالفکر سوریه دمشق .
26. زیدان، المفصل فی احکام المرأة وبيت المسلم، عبدالکریم زیدان، ج 6 ص 484. مؤسسہ الرسالہ طبع 1413ھجری.
27. ژوبل، محمد عثمان ژوبل.مجموعہ قواعد فقہی شرح مجلۃ الاحکام، جلد چہارم، کابل:مطبع دولت، 1381، طبع دوم.
28. سرخسی، شمس الدین محمد بن احمد بن سہل شمس الائمہ السرخسی- المبسوط- دار المعرفة- بیروت- لبنان-
29. سعدی، القاموس الفقہی لغۃ واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر. دمشق - سوریه الطبعة: الثانية 1408 ھـ
30. سيد سابق مصری، فقه السنہ، مترجم : محمود ابراھیمی، جلد چہارم، (تہران: انتشارات محمدیسیقر)، ص 2369.
31. ساموئیل، الواح سومری ھا، ساموئل کریم، مترجم، داود رسائی، ص 47 طبع تہران سال 1383.
32. سراطوی، د/ محمود السراطوی، فقه احوال شخصی، طبع جامعة القدس المفتوحة.
33. الشافعی، الام، محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان، ابو عبد الله الشافعی، دارالمعرفہ بیروت، 1410 ھـ.
34. شوکانی، محمد بن علی الشوکانی، نیل الأوطار وشرح منتهی الأخبار من أحاديث الأخيار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر .
35. شبلی، محمد مصطفى شبلي، احکام الاسرة فی الاسلام. دارالجامعہ، بیروت لبنان. 1983.
36. الشربيني، محمد بن احمد، المغنی المحتاج، دارالکتب العلمیہ بیروت.
37. صاوی، احمد بن محمد الخلوتی، الصاوی، بلغة السالك لأقرب المسالك، دارالکتب العلمیہ، بیروت 1995.
38. عبدالله، نظام الدین .شرح قانون مدنی افغانستان حقوق وجایب، چاپ سوم، انتشارات سعید، بهار 1395ھـ
39. عبدالله، نظام الدین، قواعد عمومی عقود، انتشارات سعید. 1395.
40. عزاوی، د/ فارس العزاوی، محاضرات فی الاحوال الشخصية، شبكة اللوكة.
41. العینی، محمود بن احمد بن موسی ابومحمد بدرالدین العینی، البناية شرح الهداية، دارالکتب العلمیہ بیروت لبنان، 1420ھـ- 2000م.
42. غندور، احمد، الاحوال الشخصية فی التشريع الاسلامی، جامعة الكويت، 1972م.
43. فاریابی، محمدعظم فاریابی اساسات علمی کشف و تحقیق جرایم، چاپ اول، کابل: انتشارات ریاست نشرات لوی خاړنوالی ج.ا.ا، 1387ھـ
44. فیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب.قاموس المحيط، تحقیق مؤسسة الرسالہ، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بیروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 ھـ - 2005 م.
45. قلجی، معجم لغة الفقهاء، محمد رواں قلجی - حامد صادق قنبيی الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 ھـ - 1988 م.
46. قدری باشا، الاحکام الشرعیہ فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفہ النعمان، محمد قدری باشا، به اهتمام بسام عبدالوھاب الجابی، دار ابن حزم، بیروت لبنان 1428 ھجری.

47. کاسانی، علاء الدین أبو بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتب العلمیه، 1966.
48. کاتوزیان، ناصر کاتوزیان، عقود معین، انتشارات شرکت سهامی، 1382 هـ ش.
49. لنگرودی، محمد جعفر، جعفری، فلسفه حقوق مدنی، چاپ اول (تهران: انتشارات کتاب خانه گنج دانش، 1380.
50. لنگرودی، محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات کتاب خانه گنجی دانش، 1380 هـ ش.
51. المرغینانی، علی ابن ابی بکر بن عبدالجلیل، بداية المبتدی فی فقه الامام ابی حنیفة، الناشر: مطبعة محمد علی صبیح القاهرة.
52. ماوردی، علی بن محمد بن محمد بن حبیب، ابوالحسن الماوردی، الحاوی الکبیر، المحقق: علی محمد معوض، دارالکتب العلمیه، بیروت لبنان 1999.
53. موصلی، الاختیار لتعلیل المختار، عبدالله بن محمود بن مودود، الموصیلی، المکتب الاسلامی، بیروت. 1987.
54. مسلم، مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشیری، صحیح مسلم، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت.
55. معجم المعانی (عربی به فارسی)، دیجتلی .
56. معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصیه، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1995 م.
57. محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه والقضاء فی الاحوال الشخصیه، دارالنشر للنشر، 2020 م .
58. مجید وزیری. حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، (تهران: شرکت چاپو نشر بین الملل،
59. مجلة الاحکام العدلی، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المكتبة الشاملة.
60. الموافق المالکی، والتاج والإکلیل لمختصر خلیل، محمد بن یوسف بن أبی القاسم بن یوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله الموافق المالکی، الناشر: دار الکتب العلمیه، الطبعة: الأولى، 1416 هـ 1994 م
61. - وزارت عدلیه، قانون مدنی، جریده رسمی شماره (353) کابل مطبع صنعتی احمد، 1388.
62. وزارت عدلیه. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، جریده رسمی شماره مسلسل نمبر (988) 1388 .