

توکیل زن و مرد در نکاح از دیدگاه فقه و قانون

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

DOI: 10.64104/SecondRound.Issue.5.n4.2024

عبدالقادر غزنوی^۱ و سربلند حلیمی^۲

چکیده

تحقیق کنونی با عنوان توکیل زن و مرد در نکاح از دید فقه احناف و قوانین ملی، به بررسی این نوع توکیل، و احکام آن می پردازد.

البته وکالت در قضایای احوال شخصی نوعی از وکالت در باب نیابت اختیاری است. که از دید نصوص شرعی، قرآن کریم و سنت پیامبر علیه السلام و اجماع ثابت می باشد. و نیابت به وجوهای مختلف تقسیم گردیده است، که از آن جمله یکی وکالت در قضایای احوال شخصی می باشد. وکالت عقدی است که به موجب آن مؤکل شخص دیگری را در تصرف قانونی و معلوم 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 از دید جمهور (مؤکل، وکیل، موکل به وصیغه) تشکیل می دهد. ازاینکه وکالت از دیدگاه شریعت اسلامی و قوانین موضوعه کشور افغانستان مشروع و قانونی دانسته شده برای طرفین عقد صلاحیت و مکلفیت ها و شرایطی پیش بینی شده است که وکیل نمی تواند فراتر از دایره صلاحیت خویش یا فراتر بگذارد و کاری را انجام دهد، همچنان وکالت یک عقد دائمی نبوده، بلکه با تحقق شرایط و حالات مشخص آن منعقد گردیده، و باموارد چون: (صورت عزل وکیل توسط مؤکل، تنفیذ عمل موضوع وکالت، انتهای مدت معین وکالت، فوت مؤکل و زوال اهلیت وکیل و بامؤکل) منتهی می گردد. اهمیت این بحث را میتوان چنین بیان کرد

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

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

که قوانین اسلامی پیرامون وکالت و عرصه های آن نظریه های مشخصی خود را دارد که در هر شرایط بهترین راه کار معقول و عادلانه را برای حل و فصل معضلات و مشکلات حقوقی پیشکش می کند.

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

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

مقدمه

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

امابعد: از زمانی که انسان در جامعه زندگی می کند، برخی امور مستلزم پیش بینی و همکاری دیگران است. یکی از این موارد، نیاز به وکالت است. زیرا هر فرد قادر نیست که تمام امور حقوقی و قضایی خود را به طور مستقیم انجام دهد. او به کسی نیاز دارد که به جای او اقدام کند و با صداقت و امانت، امورش را به نیابت از او انجام دهد. این عمل، از نظر شرعی جایز است و پیامبر اسلام (صلی الله علیه و سلم) در زمان حیاتش از این روش در امور خود استفاده کرده است. همچنین، مسلمانان به جایز و حتی مستحب بودن عمل وکالت اجماع دارند و این عمل را به عنوان یک نوع تعاون و همکاری 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، (در سطح ملی و بین المللی) اراده و خواست مشروع و قانونی خود را طلب نموده و به آن برسد.

وکالت یک واژه عربی بوده به معنی تفویض و واگذاری امور به غیراست، عقد وکالت و شغل آن در تاریخ بشریت سابقه طولانی دارد، اگرچه اوراق تاریخ و حقوق به دیده ژرف نگریسته شود درخواستیم یافت که در عصر مصریان قدیم و فراعنه و عریقی 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 امورکاری 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 در نکاح یکی از وکلای محکمه در قلمرو احوال شخصی است که با داشتن تخصص در مورد احوال خانواده گی از جمله 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 در کشور های اسلامی اغلب بر گرفته از فقه اسلامی می باشد.

هدف تحقیق:

هدف از تحقیق حاضر این است که تحقیق حاضر ترکیز و تمرکز بر آن دارد تا با نگاهی تحلیلی راه بردهای فقهی و قانونی را از دید مذهب احناف و قوانین ملی در عرصه وکالت در نکاح و ازدواج، پیرامون توکیل زن و مرد در احوال خانواده گی به بررسی بگیرد و وظایف وکیل را در نوع چنین وکالت به مطالعه بگذارد. زیرا بحث پیرامون وکالت در همه 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 و مرد از دید فقه احناف و قوانین ملی چه جایگاهی دارد؟

سوالات فرعی:

وکالت چیست؟

قلمرو وکالت تا چی اندازه است؟

تاریخچه وکالت به کدام زمانی و مکانی بر میگردد؟

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

پیشینه تحقیق:

توکیل مرد و زن از دید فقه احناف و قوانین ملی البته با این محدودیت فقهی و قانونی یک موضوع جدید ی است که تا حال 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 و قانونی در ضمن بحث های وکالت در منابع فقهی و قانونی مورد مطالعه قرار گرفته است. اما مقالات پژوهشی مختص به این دیدگاه فقهی و قوانین ملی به نظر نمیخورد. بنابراین این تحقیق در پی این است که راهبردی های وکالت در نکاح را در یک بررسی تفصیلی از دید فقه احناف و قوانین ملی بخاطر معلومات و استفاده بیشتر اهل این فن در عرصه ی وکالت به تصویر بکشد.

فرضیه تحقیق:

نکاح و متعلقات آن چون برخی از حقوق مدنی و شهروندی انسان ها است بنابراین مشاهده میشود که شریعت اسلام که اساسی ترین وظیفه اش تضمین حقوق مدنی انسان ها است، از مبدا و شروع راه بردی های عادلانه حقوقی را در عرصه احوال خانواده گی باب وکالت در نکاح به استفاده گذاشته و آنرا بنابر ضرورت در معاملات اجتماعی مجاز دانسته است. و به تأسی از احکام شرعی و مقاصد رسیدگی آن به مصالح اجتماعی، فقه احناف بکارگیری وکیل را برای زن و مرد جایز میداند. همچنان به نظر میرسد که در فقه احناف توکیل زنان در امور نکاح مانند مردان پذیرفته شده است. زنان می توانند خود و یا با گرفتن وکیل مرد وزن، و یا از طرف دیگر زنان به عنوان وکیل در امور ازدواج اقدام کنند. و قوانین افغانستان نیز با پیروی از فقه حنفی این اقدام را مجاز میداند.

روش تحقیق:

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

استفاده شود.

مبحث اول: مفاهیم و کلیات

مطلب اول: مفهوم وکالت

وکالت از حیث لغت وکالت به فتح وکسر (واو)، مصدر بوده در لغت بمعنی واگذاری تفویض و اعتماد است و به معنای حفظ و نگهداری، یار و کارسازی نیز آمده است. (۳) قسمیکه در زیر مشاهده میشود:

"وَوَكَّلَ إِلَيْهِ الْأَمْرَ وَكَلًّا وَوَكُولًا": کارش را به فلان شخص سپرد و یا تفویض نموده و بر او اعتماد کرده است. (۴)

"بفتح الواو وکسرهما، الاسم من وكل فلانا، فوض إليه أمرا من الامور." به فتح واو وکسر آن، اسم است از "وكل فلانا" یعنی کاری به او تفویض نمود. (۵)

وفي الحديث: "وَوَكَّلَهَا إِلَى اللَّهِ: أَيْ صَرَفَ أَمْرَهَا إِلَيْهِ." سپرد کارش 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! و کافی است که او یار و کارسازت باشد. (۱۰)

وکالت از حیث اصطلاح: فقهای احناف رحمهم الله در تعریف وکالت می گویند: «وکالت شرعاً عبارت از این است که

شخصی دیگری را در تصرف جایز و معلوم قایم مقام خود سازد. و این عبارت از تفویض تصرف و حفظ به وکیل است» (۱۱)

ماده (۱۴۴۹) مجلة الأحكام وکالت را چنین تعریف مینماید: «الْوَكَالَةُ هِيَ تَفْوِضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ لآخر وَإِقَامَتُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ مُوَكَّلٌ وَلِمَنْ أَقَامَهُ وَكِيلٌ وَلِذَلِكَ الْأَمْرِ مُوَكَّلٌ بِهِ» «وکالت تفویض صلاحیت شخص است به دیگری و قایم مقام ساختن وی است به جای خود که تفویض کننده صلاحیت را (مؤکل) و شخص که به او تفویض صلاحیت شده (وکیل) و موضوع تفویض شده را (مؤکل به) گویند» (۱۲)

^۳- فیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق مؤسسة الرسالة، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان - 1426 هـ - ج 4، ص 620.

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

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

^۶- ابن منظور، لسان العرب، محمد بن مکرم بن علی، أبو الفضل، جمال الدین ابن منظور الأنصاري الرويفی الإفريقي (المتوفى: 711 هـ) 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}. الکاسانی، ابوبکر بن مسعود بن احمد الکاسانی الحنفی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار الکتب العلمیه، ج 6، ص 19.

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

و شارح مجله الاحکام ذیل این ماده وکالت را چنین تعریف میکند: «وَالْوَكَالَةُ شَرْعًا تَفْوِضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ مَعْلُومٍ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ مَعَ بَقَاءِ حَقِّ التَّصَرُّفِ فِي يَدِهِ»: وکالت شرعاً سپردن صلاحیت تصرف است به کسی دیگر درکاری مشخصی در حوزه معاملات، با اینکه حق تصرف برای تفویض کننده حفظ می‌باشد.⁽¹³⁾

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

(وکالت عقدیست که به موجب آن مؤکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و حقوقی معلوم قایم مقام خود می‌سازد)¹⁴ البته دیده میشود که این تعریف با اقتباس از فقه حنفی است که بطور فشرده همان معنی را میرساند.

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

مطلب دوم: جایگاه وکالت

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

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

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

الف: قرآن کریم

وکالت از دیدگاهی قرآن کریم مشروع است و آیاتی زیادی در مورد موضوع وکالت صراحت دارد. طوریکه در داستان اصحاب کهف خداوند جل جلاله میفرماید: "وَكَذَلِكَ بَعَثْنَاهُمْ لِيَتَسَاءَلُوا بَيْنَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِّنْهُمْ كَمْ لَبِثْتُمْ قَالُوا لَبِثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا"⁽¹⁵⁾ ترجمه: «همان گونه که (آنانرا خوابانیدیم) ایشانرا برانگیختیم تا از یک دیگر (مدت خواب شان را) بپرسند یکی از آنان گفت چه مدتی (در خواب) مانده اید؟ (دسته ای) گفتند: روزی یا بخشی از روز در خواب بوده ایم گروهی دیگر گفتند پروردگارتان بهتر میداند که چقدر در خواب مانده اید (یکی پیشنهاد کرد و گفت) سکه نقره ای را که با خود دارید به کسی از نفرات خود بدهید و او را روانه شهر کنید تا (برود) ببیند کدامین (فروشنده) ایشان غذای پاکتری دارد، روزی و طعامی از آن بیاورد، اما باید نهایت دقت کند و هیچ کس را از حال شما آگاه نسازد.»

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

¹³- افندی، در الاحکام شرح مجله الاحکام، علی حیدر افندی متوفی 1321 هجری، بیروت لبنان، ج 14 ص 524.

¹⁴- وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1554.

¹⁵. سورة الکهف: 19.

چنانچه خداوند (جل جلاله) درجای دیگری قرآن کریم از زبان حضرت یوسف (علیه السلام) حکایت دارد: "اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمَ" ^(۱۶) 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 وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ" ^(۱۷) 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 مگر نماینده وی میگوید که هرآن کسیکه پیمان طلایی پادشاه را آورد پادشاه برای وی انعام میدهد، و من براین وعده وکیل ام وضمانت آنرا میکنم و او به این انعام البته میرسد.

ب: سنت پیامبر علیه السلام

عمل وکالت از دیدگاه احادیث نبوی جائز بوده و رسول اکرم (صلی الله علیه وسلم) خودشان در زمان حیات شان در امور که انجام آن مربوط خودش میشد وکیل تعیین کرده است: "عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ، أَنَّ النَّبِيَّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً أُضْحِيَّةً" ^(۱۸) 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 وَسْتَيْنَ وَأَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يَذْبَحَ الْبَاقِي.» ^(۱۹) ترجمه: «جابر می گوید: پیامبر صلی الله علیه وسلم در حجت الوداع ۶۳ 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 "وَأَعْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا..." ^(۲۰)

«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. ^(۲۱) 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. ^(۲۲)

د: عقل

عقل و خرد انسانی نیز استخدام وکیل را مجاز دانسته از نیازهای زندگی اجتماعی میداند. چون هیچ انسانی نمیتواند که

^{۱۶} - سورة يوسف: 55.

^{۱۷} . سورة يوسف: 72

^{۱۸} - البيهقي، السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م. ج 6 ص 185.

^{۱۹} - القشيري، مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، شماره حديث (742).

^{۲۰} - البخاري، (5 / 323 - 324)، ومسلم (3 / 1324 - 1325).

^{۲۱} . سيد سابق مصري، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد چهارم، (تهران: انتشارات محمدی سقز)، ص 2369. - و النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، دراسة وتحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى 1425هـ / 2004م، ج 1، ص 47.

^{۲۲} - ابن عابدين، رد المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الابصار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحنفی، مشهور به ابن عابدين، دارالفكر بيروت، ج 5 ص 509.

به همه نیازهای خویش رسیدگی نماید، ممکن است اسباب مانند، ضعف، مشغولیت و دیگر زد و بند های زندگی وجود داشته باشد که به این اساس او به کسی نیاز دارد تا به جایش اقدام نماید و به صداقت از او نیابت کند، و به این علت وکالت یک گزینه است که ضرورت و نیاز موجب آن است.

مطلب سوم: تاریخچه وکالت

وکالت همواره همراه با پیشرفت تمدن بشری بوده است. از زمانی که انسان ها زندگی اجتماعی خود را شکل دادند، نیاز به وکیل برای رسیدگی به امور حقوقی و اجتماعی را درک کردند. این نیاز برای فهم و پذیرش آن، یک وظیفه ملزم است و عقل برای تحقق آن نیاز به ترتیبات قبلی ندارد. که به عنوان یک ضرورت، وکالت همواره وجود داشته است. زمانی که انسان ها در زندگی اجتماعی فعالیت می کنند، فهمیده اند که بهتر است به یکدیگر کمک کنند تا بهترین رسیدگی به مسائل مدنی و اجتماعی را داشته باشند. هر فرد نمی تواند به تنهایی به مسائل مدنی و اجتماعی خود طبق شرایط زمانی، مکانی و دانش حقوقی و قانونی رسیدگی نماید. بنابراین، طبیعی است که به دنبال جایگزین و استفاده از کسی می باشد که بتواند به طور قانونی نیازها را برآورده کند.

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

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.

در حدود ۱۸۵۰ قبل از میلاد در سرزمین سامیری ها، در جریان واقعه قتلی توسط سه تن رخ داد و شخصی از کارکنان معبد را بنام (لواننه) به قتل رساندند و جریان قتل به همسر مقتول بنام (نین دا دا) اطلاع داده شد، اما همسر مقتول این جریان را مکتوم داشت و مقامهای مسئول را در جریان نگذاشت.

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

محکمه پس ازین شورا چنین رای و فیصله کرد، مجازات جنایت متوجه مباشر آن جرم و مجازات آنان اعدام است، اما زوجه مقتول از اتهامات وارده مبرا می باشد.^(۲۶)

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

مطلب چهارم: تاریخچه وکالت در افغانستان

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

ظهور و حضور وکالت و وکیل مدافع در افغانستان دارای تاریخچه ای است که نشان می دهد در دوران حکومت محمد ظاهر شاه، اساس های حقوقی وجود وکیل مدافع تأسیس شد. در سال ۱۳۲۶ برای اولین بار مبحث وکالت دفاع مورد بحث و بررسی قرار گرفت و دستورالعمل های مربوطه (تعلیمات نامه) در بیست و یکم ثور سال مذکور تصویب شد. در این دستورالعمل، وکیل مدافع به شکل زیر تعریف شده بود: "وکالت مدافع یک انتقال صلاحیت مشروع است که شخص به دیگری در کدام کار صلاحیت خود را تعویض می نماید و او را قایم مقام خود می گرداند." در این دستورالعمل، وکالت در مواردی که تصرف آن شرعاً برای مؤکل جایز است، مجاز شناخته شده است. اما وکالت را در مواردی مانند اقتراض و حلف به عنوان باطل و غیر مجاز تلقی کرده اند. به علاوه، وکالت در اقسام مختلفی از جمله استحلاف 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.

^{۲۶}- کریم، الواح سومری ها، ساموئل کریم، مترجم، داود رسائی، ص ۴۷ طبع تهران سال ۱۳۸۳.

با انفاذ قانون اساسی سال 1382 منتشره جریده رسمی (818) 6- دلو 1382 گامی بس مهم وعمده درین راستا برداشته شده و برای متهم حق داده شده است تا در تمام مراحل دعوی از زمان گرفتاری برای دفع اتهام برای خود وکیل مدافع بگیرد. چنانچه در ماده 31 قانون مذکور تسجیل گردیده است که: «هر شخص می‌تواند 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 می‌کند در محکمه حاضر گردد. در قضایای جنایی، در صورت که متهم بی بضاعت بوده و نتواند برای دفاع از حقوق خویش وکیل مدافع تعیین کند، دولت برای وی وکیل مدافع تعیین میکند. محرمیت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن از هر نوع تعرض مصئون میباشد. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می‌گردد.»⁽²⁷⁾

در روشنایی نص این ماده در سال 1386 ذریعه فرمان 111 مورخ 1387/9/2 حامدکرزی رئیس جمهور جمهوری اسلامی افغانستان قانون وکلای مدافع درپنج 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 درهوتل 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 منحیث یک نهاد مستقل غیرسیاسی و غیر حکومتی شروع به فعالیت نمود.⁽²⁸⁾

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

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 سیانت 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 میگردید و افغانستان یک کشوری است که مذهب معمول به آن مذهب حنفی است. با اینهم باید خاطر نشان ساخت که عرف کاربردی وکالت، مصداق های کم و نادری داشت و مردم ازین گزینه حقوقی چندان استفاده نمیکردند. و با آن عادی نشده بودند.

مبحث دوم: وکالت در نکاح

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

²⁷ وزارت عدلیه. قانون اساسی جریده رسمی (818) مورخ 6/ دلو/ 1382، ماده 31.

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

مطلب اول: ازدواج ومشروعیت آن

1: ازدواج در لغت

ازدواج در لغت بمعنای پیوستن واقتران، بایکدیگر جفت وقرین شدن، زن کردن وشوهر کردن است.⁽²⁹⁾ قسمکه در زبان عربی میخوانیم:

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

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

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

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

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

بنابراچه ذکرشد واژه ی ازدواج، زواج ونکاح، 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 اجمالاً ویا تفصیلاً 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 طـرفین 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

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

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

³¹- سوره الدخان: 54.

³²- ابراهیم ودیگران، معجم الوسیط، همان، ص 407. معجم اللغة العربية، د أحمد مختار عبد الحمید عمر (ت ۱۴۲۴ هـ)، علم الکتب، ج 2 ص 961.

³³- ابن منظور، لسان العرب، ج 2 ص 625.

³⁴- ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبد العزیز عابدین الدمشقی الحنفی (المتوفی: 1252 هـ) الناشر: دار الفكر-بیروتالطبعة:

الثانية، 1412 هـ - 1992 م. ج 3 ص 3.

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

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 می‌شود.

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: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنً وَثُلَّةً وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا»⁽³⁶⁾:

پس نکاح کنید آنچه را پاکیزه آید شما را از زنان دو دو و سه سه و چهارچهار، پس اگر خوف بی‌عدالتی 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 می‌تواند ازدواج کند، زیرا چشم را فرو می‌بندد و عفت را حفظ می‌کند، و هر کس نمی‌تواند روزه بگیرد، روزه قانع شهوت است.

ج: اجماع مسلمین

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

مطلب دوم: توکیل زوج در عقد ازدواج

عقد ازدواج مانند سایر عقود، نیابت را در عرصه خود می‌پذیرد، از این جاست که فقهاء احکام وکالت را در نکاح پیگیری کرده اند و به این اعتبار توکیل در نکاح نزد شان معروف و مسلم است. مگر اینکه در 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⁾: هر آنکه 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⁾

³⁶- سورة النساء: 3.

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

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

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

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

اولا - توکیل زوج (شوهر)

الف: از دید فقهاء

مذاهب فقهی چهارگانه اهل سنت (احناف، مالکی ها، حنبلی ها، وشافعی 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⁾

ابورافع یکتن از صحابیان پیامبر علیه السلام میفرماید که پیامبر صلی الله علیه وسلم بامیمونه ازدواج کرد و با وی زفاف نمود در حالتی که در احرام قرار نداشت، و من در جریان این تزویج در بین شان وکیل بودم.

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

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

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

ب: توکیل زوج (شوهر) از دید قوانین

قانون مدنی در فقره 1 ماده 72 چنین تصریح میدارد: "گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جواز دارد" مفهوم این ماده بشکل ایجاز طوری بنظر میخورد که از مواد فقهی اقتباس شده است، طوریکه در ماده 57 الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية، چنین تصریح شده است: "يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نكاحهما بانفسهما وان يوكلوا به من شاءا، اذا كانا حريين عاقلين بالغين." ⁽⁴⁴⁾ برای زوج و زوجه هر دو جایز است که خود عقد نکاح شان را متولی شوند، و یا اگر خواسته باشند کسی دیگر را برای اجرای آن وکیل بگیرند در صورتی که هر دو عاقل و بالغ باشند.

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

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

⁴³ - الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النیسابوری المعروف بابن البیع (المتوفی: 405 هـ) دار الکتب العلمیة - بیروت، 1411 هـ ج 2 ص 198 نمبر 2741.

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.

همچنان توکیل زوج از طریق شفاهی، وکتابت درست است، بدون اینکه برآن بخاطر صحت شاهد گرفته شود، اما اگر بخاطر ترس از جحد و نزاع شاهد گرفته شود مجاز میباشد.⁽⁴⁵⁾

ودرماده 69 مجله الاحکام آمده است: "الكتاب كالخطاب" یعنی نوشتن و کتابت در حکم گفتن و بیان است.⁽⁴⁶⁾ و بنابراین مواد قیاساً گفته میتوان که توکیل از طریق تکنالوجی مدرن نیز درست است، چون فاکس، تلفون، ایمیل و غیره. و ازین جهت است که قانون مدنی افغانستان در ماده (524) خود بطور عام در زمینه تحقق عقود چنین تصریح میدارد: "عقد 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."⁽⁴⁷⁾ و مسلم است که نکاح هم عقد و قرارداد است که در عموم این ماده داخل میباشد ازین جهت است که فقهاء احناف تحقق آنرا به صیغه بیع مجاز میدانند. همچنان در ماده (509) میسراند که "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد...."⁽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 نمیباشد، و نه به تسلیم دهی مهریه زوجه، مگر اینکه ضمانت کرده باشد. و اگر ضمانت کرده بود باید بپردازد که درین صورت به زوج هم رجوع نمیتواند مگر اینکه از طرف زوج مأذون باشد.

همچنان موافقت وکیل با آنچه از طرف 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:

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

⁴⁶- مجله الاحکام العدلی، ماده 69.

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

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

⁴⁹- الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ج 2 ص 158.

⁵⁰- الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية، مواد 59-60-61.

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:

- وکیل زوج (شوهر) می تواند برای نمایندگی از طرف شوهر، خود در امر نکاح و تزویج، در حدود وکالت اقدام نماید. برای این کار، شوهر باید به وکیل خود وکالت دهد. وکالت، اجازه نمایندگی وکیل را به شوهر می دهد تا نسبت به امور حقوقی و قضایی او نمایندگی کند. و این اجازه میتواند که شرعی و قانونی و یا عرفی باشد. زیرا اسناد عرفی هم طبق مواد 991 و 995 قانون مدنی و ماده 289 اصول محاکمات مدنی مانند اسناد رسمی قابل اعتبار است. (52)

- اجرایی کردن وکالت نیز در عرصه شرعی و قانونی به این صورت است که وکیل زوج باید با ارائه مدارک مربوطه به محکمه یا مرجع عدلی مربوطه مراجعه کند و درخواست لازم را از طرف مؤکل خود ارائه دهد. و تشریفات رسمی آن را پی گیری نماید.

- وکیل زوج در مورد امور ازدواج شوهر نمی تواند به صورت مستقل اقدام کند، مگر اینکه شوهر به وکیل خود وکالت داده باشد تا برای او این امور را انجام دهد.

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

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 می آید، مانند: "وَلِيَ الشَّيْءَ وَوَلِيَ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ وَوَلَايَةٌ": (ای ملک امره و قام به) (52): (او را به اختیار گرفت و انجام داد او را) که جمله اولی بمعنی حاکمیت یا سلطنت بر امر و جمله دومی مسؤولیت در قبال امر را نشان میدهد.

و «وَلِيَ الْعَهْدُ 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" (53): کسی که عقد نکاح قاصره را

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

⁵²- ابن منظور، لسان العرب، ابن منظور، ج 15 ص 407.

دراختیار دارد، واورا به اختیار خودش نمیماند.

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

همچنان ولایت در لغت به معنی دوستی، قرابت و خویشاوندی نیز آمده است.⁵⁴

تعریف ولایت از حیث اصطلاح از ولایت در اصطلاح، فقهاء تعبیرهای مختلف دارند که درذیل برخی آن را ذکر می کنیم:

"تنفیذ القول علی الغیر، شاء الغیر أو أبی" (55): انفاذ قول است برغیر، اگر بخواهد ویا نخواهد که این تعریف اغلب بر ولایت اجبار صدق مینماید.

"هی قدرة الشخص شرعا علی انشاء تصرف الصحيح النافذ علی نفسه او مال له او علی نفس الغیر او مال له" (56): عبارت از قدرت شرعی یک شخص است بر انشاء تصرف صحیح نافذ بر نفسش ویا مالش ویا بر نفس کسی دیگری ویا مال کسی دیگری.

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

در اصطلاح حقوقی، ولایت عبارت از «سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سمت را داراست (ولی) نامیده می شود.» (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 می شود و به شخص دارنده ولایت، ولی و به شخص موضوع ولایت، مولی علیه اطلاق می گردد.» (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 دارایی های آنان در مواقعی که به آنها نیاز دارند، مرتبط است.

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

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

اما در مورد اداره اموال، ولایت بر اموال قاصرا هلیت را تایید کرده و آنرا حق پدر و پدر کلان 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 می گیرد. مشروط بر اینکه از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد.» (60)

⁵³ - ابراهیم مصطفی، المعجم الوسیط، ج 2 ص 1058.

⁵⁴ . مسعود انصاری و داکتر محمد علی طاهری. دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2248.

⁵⁵ - الجرجانی، کتاب التعریفات علی بن محمد بن علی الزین الشریف الجرجانی (المتوفی: 816 هـ) دار الکتب العلمیه بیروت - لبنان الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م ج 1 ص 254. تبیین الحقائق شرح کنز الدقیق، از امام زبلی، ج 2 ص 98.

⁵⁶ - زیدان، المفصل فی أحكام الأسرة والیت، عبد الکریم زیدان، ج 6 ص 339.

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

⁵⁸ - عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق وایب (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 (988/5/5/1388 ماده 41.

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

ج: انواع ولایت در نکاح:

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

1: ولایت اجبار

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

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

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

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

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

ولاء عتاقه: عبارت از حق شرعی است که برای (مُعتق) بر (مُعتق) خود ثابت می‌شود. یعنی هر گاه مُعتق صغیر یا کبیر مجنون یا معتوه باشد مُعتق می‌تواند وی را به نکاح بدهد و هرگاه مُعتق وفات نماید و وارثی نداشته باشد مُعتق مال وی را بر میراث می‌برد. 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 می‌شود. و بر اساس همین پیمان بر یک دیگر ولایت تزویج پیدا می‌کنند. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل بالغ باشد و مولی علیه وارث نسبی و سببی نداشته باشد.

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

⁶¹- الکاسانی، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدین أبو بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی، ج 2 ص 241. المغنی المحتاج، الشربینی ج 4 ص 226.

⁶². الدكتور وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وادلته، ج 7، ص 187.

⁶³. همان، ج 7، ص 187.

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 میرساند که به جز پدر دیگر عصبای 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، 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"

2: ولایت اختیاری

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

و 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 رضاء 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) و ولایت ندب در نزد احناف در حقیقت ولایت وکالت میباشد که آنرا عصبای و اقربا بنا بر رضا مولی علیه بدون استبداد انجام میدهند طوریکه میخوانیم: "ولایة الندب: هي التي يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة..، وهذه في الحقيقة ولاية وكالة" (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.

و 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 تبذیل 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

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

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. و این 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.

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 صغرسن 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 ضررتفکیک 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 ندب و یا شرکت قرار میگیرند، عبارت از زن بالغه، عاقله و آزاد است، برابراست 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 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 نظر اند که زن عاقله بالغه، ثیبه باشد، نه باکره. و باکره تحت ولایت اجباری قرار دارد.

ه: ترتیب اولیاء

ترتیب ولایت بر نفس 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، پسر پسر میشود، اگر هر قدر که پایین تر هم باشند.

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

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

جهت عمویی: که شامل کاکای حقیقی و کاکای پدری و پسران شان میشود ولو اگر نازل تر هم باشند.⁽⁷⁴⁾

و اگر یکی از این عصبات بنفسه وجود نداشت این ولایت به اقارب غیر عصبه انتقال مینماید، که این ها هم منحصر به چهار حوزه تقسیم میشوند:

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

جهت فروع: مانند دختر، دختر پسر، دختر دختر،... سپس پدر کلان مادری

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

⁷⁰ الموصلى، 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، للماوردي، ج 9 ص 114.

⁷¹ محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995، ص60.

⁷² د. أحمد محمد علي داود، فقه الأحوال الشخصية المقارن، ج1، ج2، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص164.

⁷³ ابن نجيم، زين الدين ابن نجيم الحنفي، ج3، مرجع سابق، ص193.

⁷⁴ السرخسي، شمس الدين السرخسي - المبسوط - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ط2 - ج4 - ص219. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، دار المعرفة، بيروت - لبنان، بلا سنة الطبع، ص122.

فروع پدرکلان و مادرکلان: مانند: عمت مطلقا، کاکاهای مادر، خاله ها و ماما ها سپس اولاد شان. در صورت 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 فقهای احناف بر این باور اند که هر دو قسم ولایت برای همه اولیاء بر حسب درجات ایشان در عصبثبات 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، عصبثات دیگری باشد اختیار فسخ عقد نکاح برای ایشان پس از بلوغ محفوظ است. طوری که در بنایه شرح هدایه میخوانیم: "ویجوز نکاح الصغیر والصغیره إذا وجهها الولی بکراً کانت الصغیره أو ثیباً والولی هو العصبه، فإن زوجهما الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما، وان وجهها غیر الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام علی النکاح وان شاء فسخ" (78)

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 عصبثات (خویشاوند) است. اگر پدر یا پدر بزرگشان آنان رابه نکاح داده باشد بعد از بلوغ چاره و خیارى 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 عصبثات 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 العم لأب، 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 برادر کامل، سپس پسر برادر پدری، سپس عموی کامل، سپس عموی پدری، سپس پسر 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 للأب، ثم لأم الأب، ثم للبنت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم لبنت بنت البنت، وهكذا ثم للجد الفاسد، ثم لأخت الشقیق، ثم لأخت لأب، ثم لولد الأم، ثم لاولادهم، ثم لباقی

75- الشوکانی، محمد بن علی الشوکانی، نیل الأوطار وشرح منتهی الأخبار من أحادیث الأخبار، ج6، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص 251.

76- محمد قدری باشا، الأحکام الشرعیه فی الأحوال الشخصیه، ج1، ط1، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، بلا سنة طبع، ص129

وتبین الحقائق شرح کنز الدقائق، فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی، ج2، دار المعرفة، بیروت - لبنان، بلا سنة الطبع، ص122.

77- المرغینانی، علی بن ابی بکر بن عبد الجلیل، بدایة المبتدی فی فقه الإمام أبی حنیفة، (ص: 6)، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علی صبح القاهرة.

78- العینی، البناية شرح الهدایة، ج5 ص94.

ذوی الارحام: العمتان 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 پدربزرگ فاسد، سپس به خواهر کامل، سپس به خواهر پدری، سپس به پسر مادر. سپس به فرزندان شان، سپس به بقیه ذوی الارحام: عمه ها، سپس ماما ها، سپس خاله ها، سپس دختر عموهای کامل، سپس 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 امیربرایش حکم داده شده است.

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

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

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

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

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

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.

و: توکیل ولی کسی دیگر را در عقد نکاح

توکیل ولی در مورد ازدواج به معنای اجازه دادن به فردی دیگر به عنوان نماینده و وکیل خود، که انجام مراحل ازدواج و امضای سند عقد نکاح را به او واگذار کند. وکیل مورد نظر با توجه به توکیلی که از طرف ولی دریافت کرده، می‌تواند مراحل مربوط به ازدواج را، به نمایندگی از وی برعهده بگیرد. از نظر فقه‌های احناف و دیگر مذاهب اهل سنت اعم از مالکی‌ها و شافعی‌ها و حنبلی‌ها 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 حبیبه 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 بندگان چپلی باشد. بناء عمر رضی الله عنه او را به عثمان بن عفان رضی الله بنکاح داد.⁽⁸⁵⁾

و عقل انسانی نیز ایجاب میدارد که نظر به عدم مصلحت شناسی مولی علیه و قصور آن، ولی باید در بدست آوردن مصلحت و منفعت او از طریق خود و یا از طریق انتخاب وکیل خود اقدام نماید. و ولی دارای صلاحیت شرعی و قانونی است و در زمینه، صاحب استقلالیت میباشد که مانند مالک متصرف در حق خود تصرف میتواند. از طرف دیگر زمانیکه زوج مکلف میتواند در زمینه وکیل بگیرد، ولی نیز قیاساً میتواند وکیل استخدام نماید.⁽⁸⁶⁾ البته در صورت که شرایط ولایت در وی متوافر باشد.⁽⁸⁷⁾

بنابر آنچه تذکر رفت در مفهوم کلی اولیاء که شرایط ولایت در ایشان متحقق باشد صلاحیت توکیل را در نکاح دارند. اعم از اینکه این اولیاء عصبات باشند و یا اقرباء غیر عصبات باشند، عادل باشند و یا غیر عادل باشند، مذکر باشند و یا مؤنث باشند، محدوده ولایت، اجباری باشد و یا اختیاری، این‌ها میتوانند این توکیل را مطلقاً و مقیداً انجام دهند. (یعنی زوج را برای وکیل مشخص کنند و یا نکنند)⁽⁸⁸⁾ و از نظر امام ابوحنیفه و ابویوسف رحمهما الله ولی میتواند مردی را برای وکالت استخدام نماید و یا زنی را استخدام کند.⁽⁸⁹⁾ اما مالکی‌ها و در قوی شافعی‌ها به این باور اند که لزوماً ولی نمیتواند به کسی وکالت مطلق بدهد. چون کمال شفقت بجز در ولی در وکیل دیده نمیشود. اما جمهور به این نظر اند که شفقت ولی ایجاب میکند تا وکیل

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

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

⁸⁶ - الجوينی، نهاية المطلب فی درایة المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوينی، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، ج 12 ص 111. دار المنهاج.

⁸⁷ - شروط که ولی نکاح آنرا دارا باشد قرار ذیل است: عقل، بلوغ، حریت، اتفاق در دین، عدالت. الختیار لتعلیل المختار، الموصلي (90/3). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، الکاسانی، (2-229). المغنی، ابن قدامة (21-7) - المفصل فی أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، ج 6 ص 488.

⁸⁸ - ابن قدامة، المغنی، ج 7 ص 22. - بدایع الصنائع، الکاسانی، ج 239. - مغنی المحتاج، الشربینی، ج 4 ص 257.

⁸⁹ - الموصیل، الاختیار لتعلیل المختار، ج 3 ص 90.

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.⁹⁰ و قانون مدنی با تأسی از فقه حنفی نیز در ماده (1557) در مورد تقیید و تطلیق و تعلیق وکالت چنین تصریح میدارد: "وکیل گرفتن بصورت مطلق، مقید، معلق به شرط یا موکول به آینده صحیح است" و ماده (57) الاحکام الشرعیة در مورد توکیل ولی چنین میرساند: "وللولی ابا کان او غیره ان یوکل بنکاح من له الولاية علیهم من الصغار ومن یلحق بهم" (91) ولی، اعم از اینکه پدر باشد و یا غیر پدر، میتواند برای تزویج کسانی که بر آنان ولایت دارد از اطفال و هم نوعان اطفال (چون دیوانگان و سفیهان...)، وکیل استخدام نماید.

ثالثاً- توکیل زن در عقد نکاح

الف : وکیل گرفتن مرد:

فقهاء در مورد اینکه زن بتواند برای تزویجش وکیل استخدام نماید، تا او را به کسی به زنی بدهد اختلاف نظر دارند. البته این اختلاف برمیگردد به همان اختلاف که آیا وجود (ولی) در تزویج حتمی است و یا خیر. یعنی یک زن عاقله و بالغه و آزاد خود میتواند بدون وجود ولی مراسم عقد نکاح خود را متصرف باشد و اجرا نماید و یا 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 استحبایی میدانند، بخاطر کسب مقاصد نکاح بشکل بهتر و کاملتر آن. و تا زن ها خود شان مورد مسخرگی گرفته نشوند و یا از عواطف آنها سوء استفاده صورت نگیرد.⁹²

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

1- قرآن کریم :

خداوند جل جلاله میفرماید:

"إِنْ 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 می‌دارند، و این است حدود خدا که بیان می‌کند برای قومی که بدانند. وجه دلالت این آیت این است که خداوند جل جلاله صلاحیت نکاح را به زوجین نسبت داده بدون اینکه کسی دیگری را ذکر کرده باشد و از اولیاء نام برده باشد، که این خود به اهمیت عبارات و الفاظ زنان در نکاح و اجرای آن دلالت دارد. (94)

⁹⁰- الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج 9 ص 6729.

⁹¹- قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ماده 75.

⁹²- اکاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج 2 ص 224.

⁹³- سورة البقرة: 230.

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

وعبارت (من بعد حتی تنکح زوجا غیره): «تا اینکه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند.» درافاده صلاحیت زن در تزویجش نیز صریح می‌باشد.

و می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ»^(۹۵):

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

درین آیت نیز بنظر میرسد که نکاح به زنان نسبت داده شده است بدون اینکه از ولی و اولیاء نام برده شده باشد. پس دلالت دارد که نکاح به الفاظ و عبارات شان میتواند بسته شود، همچنان دیده میشود که اولیاء را از تشبث درمورد منع می‌نماید 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: "الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وأذن لها صماتها"»^(۹۶)

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

درین حدیث دیده میشود که پیامبر علیه السلام حق تزویج را اصلا حق زن ها تعریف مینماید، اما صرف حق مباشرت به عقد را به ولی میدهد آن هم به اساس رضایت زن،^(۹۷) بخاطر حیاء زن باکره و عدم تجربه اش در چنین عرصه، که اگر اجازه ندهد ولی نمیتواند اجبارا او را بنکاح بدهد.

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

قابل ذکر است که فقهای غیر احناف اعم از مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها به این نظر اند که زن ها را صلاحیت ازدواج و تزویج نیست و بدون وجود ولی امور نکاح را به اجرا و اعمال گرفته نمیتوانند.^(۹۸) و به مدارک ذیل استدلال دارند:

الف: قرآن کریم:

"وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُوْمِنُوا"^(۹۹) «و مردان مشرک را زن مدهید تا ایمان آورند»

گویند مورد خطاب درین آیت اولیاء اند. که صلاحیت تزویج را به ایشان تخصیص میدهد.^(۱۰۰)

اما این نظر به احتمال توجیه امر به ألوالامر و عامه مسلمانان جواب شده است. زیرا توجیه امر به ألوالامر بهتر است نسبت به اولیاء^(۱۰۱) بخاطر اجرای باقوت سیاست قانونی در خارج ملت اسلام و اظهار شوکت دین بر ادیان وضعی و باطل.

^{۹۵}- سورة البقرة: 132.

^{۹۶}- مسلم، صحيح مسلم، ج 2 ص 1037.

^{۹۷}- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 3 ص 117.

^{۹۸}- ابن قدامة، المغني، ابن قدامة، ج 5 ص 63. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج 3 ص 36. الحاوي الكبير، الماوردي، ج 9 ص 38. كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج 5 ص 49.

^{۹۹}- سورة البقرة: 221.

^{۱۰۰}- ابن حجر، فتح الباری، ج 9 ص 184. با اقتباس.

^{۱۰۱}- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 3 ص 37. با اقتباس.

ب: سنت پیامبر:

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

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

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

اما از طرف مخالف این احادیث محمول دانسته شده است، که ناقص الاهلیت و فاقد الاهلیت را دربرمیگیرد. (105) یعنی ناقص الاهلیت و فاقد 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 "حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ" - {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (106) - {فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (107) و "الایم أحق بنفسها من ولیها" - "والبكر 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 و مکانی دارد، و بهتر است این ایجابات امروز هم در نظر گرفته شود.

پس در صورت انکشافات معاصر جهان در حدود ارتقای آگاهی ها علمی و تجربی زنان در زمینه ازدواج، میتوانند تصمیم اجرا و اعمال این حق را بدست بگیرند، و خود شان با درک خیر و شرایشان برای خویش سرنوشت سازی بکنند. و اگر این نوع آگاهی ها جامعه اناث را نپوشانیده باشد، بهتر است که تصمیم اولیاء در اولویت قرار داده شود و زنان مکلف به اتباع از اولیاء گردند. قانون مدنی افغانستان با پیروی از نظریات فقه حنفی، اراده آزاد زنان را در قبال ازواج شان در نظر گرفته و در مواد زیر چنین تصریح میدارد:

ماده- 72

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

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

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

ماده 76: "در صورتیکه طرفین عقد اصالتاً شرعاً یا 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

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

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

¹⁰⁴- الماوردی، الحاوی الکبیر، ج 9 ص 40. - فتح الباری، ابن حجر، ج 9 ص 184. با اقتباس.

¹⁰⁵- المبسوط، السرخسی، ج 5 ص 12. - البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ابن نجیم، ج 3 ص 117.

¹⁰⁶- سورة البقرة: 23.

¹⁰⁷- سورة البقرة: 232.

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 باهم 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 فقهای احناف طوریکه اجرای امور نکاح را اصالتاً از طرف زنان عاقل، بالغ و آزاد صحیح میدانند، توکیل شان را نیز جایز میدانند، برابر است وکیل زن باشد و یا مرد باشد. حتی تصرف 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 لوزوجت 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.»

و ماده (57) الاحکام الشرعیه ... نیز درین مورد چنین تصریح میدارد: "يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نكاحهما بأنفسهما ان يوكل به من شاء اذا كانا حرين عاقلين بالغين" (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.»

و قانون 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)

بنابرین 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 درقبال تزویج شان اجازه بدهند.

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

¹⁰⁹ - الموصیلى، الاختیار لتعلیل المختار، الموصلى، ج 3 ص 90.

¹¹⁰ - قدری باشا، الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ماده 57.

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

ج: وکیل گرفتن شخص کافر:

به اساس احتمال فرضیه به نظر میرسد که اگر یک زن عاقله، بالغه و مسلمان درحالی 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 غیراسلامی، و یا مانند مسلمان شدن یک زن کافر در یک کشور غیر اسلامی، آیا درهمچنین شرایط و حالات زن مسلمان میتواند یک شخص کافر (مرد و یا زن) را وکیل تزویج برایش استخدام نماید؟

البته درمورد توکیل کافر مجوز شرعی وجود ندارد و ازطرف دیگر کافران عاری عدالت اند و خیراندیشی را درقبال مسلمان مراعات نمیکنند، و نیز توکیل یک نوع سپردن صلاحیت و سلطه به کافر است که این هم جواز ندارد. خداوند میفرماید: "وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" هرگز خداوند برای کافران راهی را بر مؤمنان 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. طوریکه فقهای احناف یکی از انواع وکالت های شخص واحد را چنین توضیح میدهند: «أن يكون العاقد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن الطرف الآخر: كما لو وكلته امرأة ان يزوجه من نفسه.»⁽¹¹³⁾

"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 از دید فقه و قانون مجاز است. چون موضوع تحت قواعد کلیه فقه و مواد قانونی قرار میگیرد، قسمیکه در ماده 21، 17، 45، و 69، مجلة الاحکام چنین میخوانیم:

1. "الزُّرُورَاتُ تُبَيِّحُ الْمَحْظُورَاتِ"، ضرورت ها باعث مجاز ممنوعات میشود.

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

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

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

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

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

¹¹⁴ - مجلة الاحكام العدلى، مواد 21، 17، 45، 69.

در زمینه تحقق عقود چنین تصریح میدارد: "عقد بوسیله تلیفون 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 میدارند. 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 ریشه دار است. این به وضوح توسط منابع مختلف فقه اسلامی، از جمله قرآن، سنت (تعالیم پیامبر محمد)، اجماع (اجماع علمای اسلام) عقل و قیاس (به اساس ضرورت و نیاز) تأیید شده است. تعالیم اسلامی نه تنها وکالت را مجاز 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

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

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

مراسم ازدواج نمایندگی کند، اما وکیل نمی‌تواند از مرزهای وکالت خود گذشته و اختیارات شهروپا 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 امورات 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 نمی تواند 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، می تواند 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 کشور ها 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 وکالت ها 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 ارگان های 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 ارگان های 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 پوهنتون ها 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 عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ابن عابدین، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفی: 1252هـ) الناشر: دار الفکر-بیروت الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.
4. ابن البیع، المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري المعروف بابن البیع (المتوفی: 405هـ) دار الكتب العلمية - بیروت، 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 (المتوفی: 279هـ) دارالاحياء التراث العربی، بیروت 1998 م .
8. أحمد الحصري، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بیروت، خالي من سنة الطبع،

9. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتب الاسلامي.
10. ابن قدامة، موفق الدين ابو محمد عبدالله بن محمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقى، دار الفكر بيروت 1405.
11. ابن الرشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة، 2004م.
12. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، احمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الفكر بيروت.
13. ابوداود، سليمان بن اشعث السجستاني، سنن ابي داود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان .
14. اشقر، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردنية، الاشقر عمر سليمان عبدالله، طبع دار النفائس اردن، سال 1997.
15. افندي، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام، على حيدر افندي متوفى 1321 هجري، دار الفكر بيروت لبنان.
16. الباني، 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 جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م
18. بخارى، صحيح البخاري، محمد بن اسماعيل ابو عبدالله البخاري، دار الكتب العلمية بيروت 1407.
19. بهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، دار الفكر 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 دارية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، دار المنهاج.
22. دهخدا، على اكبر، لغتنامه دهخدا، ديجتلي.
23. داود، د. أحمد محمد علي داود، فقه الأحوال الشخصية المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
24. زيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت - لبنان .
25. زحيلي؛ الفقه الاسلامي وادلته، وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر سوريه دمشق .
26. زيدان، المفصل في احكام المرأة وبيت المسلم، عبدالكريم زيدان، ج 6 ص 484. مؤسسه الرساله طبع 1413 هجري.
27. ژوبل، محمد عثمان ژوبل. مجموعه قواعد فقهی شرح مجلة الاحكام، جلد چهارم، كابل: مطبع دولت، 1381، طبع دوم.
28. سرخسي، شمس الدين محمد بن احمد بن سهل شمس الاثمه السرخسي - المبسوط - دار المعرفة - بيروت - لبنان -
29. سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب الناشر: دار الفكر. دمشق - سورية الطبعة: الثانية 1408 هـ

30. سید سابق مصری، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد چهارم، (تهران: انتشارات محمدیسنقر)، ص 2369.
31. ساموئیل، الواح سومری ها، ساموئل کریم، مترجم، داود رسائی، ص 47 طبع تهرانسال 1383.
32. سرطاوی، د/ محمود السرطاوی، فقه احوال شخصی، طبع جامعة القدس المفتوحة.
33. الشافعی، الام، محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان، ابو عبدالله الشافعی، دارالمعرفه بیروت، 1410 هـ.
34. شوکانی، محمد بن علي الشوکانی، نیل الأوطار وشرح منتهی الأخبار من أحادیث الأخیار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر .
35. شبلی، محمد مصطفى شبلی، احكام الاسرة فی الاسلام. دارالجامعه، بیروت لبنان. 1983.
36. الشربینی، محمد بن احمد، المغنی المحتاج، دارالکتب العلمیه بیروت.
37. صاوی، احمد بن محمد الخلوتی، الصاوی، بلغة السالك لأقرب المسالك، دارالکتب العلمیه، بیروت 1995.
38. عبدالله، نظام الدین . شرح قانون مدنی افغانستان حقوق وجایب، چاپ سوم، انتشارات سعید، بهار 1395 هـ.
39. عبدالله، نظام الدین، قواعد عمومی عقود، انتشارات سعید. 1395.
40. عزای، د/ فارس العزای، محاضرات فی الاحوال الشخصية، شبکه الالوكة.
41. العینی، محمود بن احمد بن موسی ابومحمد بدرالدین العینی، البناية شرح الهداية، دارالکتب العلمیه بیروت لبنان، 1420 هـ - 2000 م.
42. غندور، احمد، الاحوال الشخصية فی التشريع الاسلامی، جامعة الكويت، 1972 م.
43. فاریابی، محمدعظم فاریابی اساسات علمی كشف و تحقیق جرایم، چاپ اول، کابل: انتشارات ریاست نشرات لوی خارنوالی ج. ۱. ا، 1387 هـ.
44. فیروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق مؤسسة الرسالة، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بیروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م.
45. قلجی، معجم لغة الفقهاء، محمد رواں قلجی - حامد صادق قنیبی الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
46. قدری باشا، الاحكام الشرعیه فی الاحوال الشخصية علی مذهب ابی حنیفه النعمان، محمد قدری باشا، به اهتمام بسام عبدالوهاب الجابی، دار ابن حزم، بیروت لبنان 1428 هجری.
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. المرغيناني، علي ابن ابي بكر بن عبد الجليل، بداية المبتدى في فقه الامام ابي حنيفة، الناشر: مطبعة محمد علي صبيح القاهرة.
52. ماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب، ابوالحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المحقق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان 1999.
53. موصلي، الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود بن مودود، الموصلي، المكتب الاسلامي، بيروت. 1987.
54. مسلم، مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشيري، صحيح مسلم، دارالاحياء التراث العربي، بيروت.
55. معجم المعاني (عربي به فارسي)، ديختلي .
56. معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصيه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م.
57. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية، دارالنشر للنشر، 2020م .
58. مجيد وزيرى. حقوق متقابل كودك و ولى در اسلام، (تهران: شركت چاپو نشر بين الملل،
59. مجلة الاحكام العدلى، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المكتبة الشاملة.
60. الموافق المالكي، والتاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله الموافق المالكي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ 1994 م
61. وزارت عدليه، قانون مدنى، جريده رسمى شماره (353) كابل مطبع صنعتى احمد، 1388.
62. وزارت عدليه. قانون احول شخصيه اهل تشيع، جريده رسمى شماره مسلسل نمبر (988) 1388 .