

احوال تتخصیصیه تتبعیان افغانستان

عبداللہ شفا ی

جامعة المصطفیٰ العالیة

کتابخانه پیشروان افغانیستان

افغانستان

و هند

۳

۵

۲۰

The Afghanistan Shiites' personal status

By:
Abdullah Shafaei

جامعة المصطفى العالمية

مرکز بخش: قم، بلوار بهار، جنب هتل الزهراء(س)

فروشگاه انتشارات جامعة المصطفى العالمية

تلفکس: ۷۷۴۹۸۷۵ • ۲۵۱ www.eshraq.com

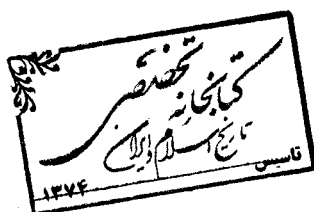
E-mail: public-relations@Qomicis.com

ISBN: 978-964-195-012-7



9 789641 195012 7

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





معاونت پژوهش

احوال شخصيه شيعيان افغانستان

عبدالله شفايي

جامعة مصطفى العالمية

شفای، عبدالله
احوال شخصیه شیعیان افغانستان / شفای عبدالله؛ [برای] جامعه المصطفی
العالمیه، معاونت پژوهش. — قم: جامعه المصطفی العالمیه، ۱۳۸۷.
۳۴۷ ص. — (جامعه المصطفی العالمیه، معاونت پژوهش؛ ۱۲۷)
ISBN: 978-964-195-012-7 ۳۵۰۰۰ ریال

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.
کتابنامه: ص. [۳۳۱] — ۳۴۷؛ همچنین به صورت زیر نویس.
۱. عقود و ایقاعات — قوانین و مقررات — افغانستان. ۲. زناشویی — قوانین
و مقررات — افغانستان. ۳. حقوق مدنی — افغانستان. الف. افغانستان. قوانین و
احکام. ب. جامعه المصطفی العالمیه. معاونت پژوهش. ج. عنوان.
۷ ش ۶ / ۴۸۵ KNF ۳۴۲ / ۸۵۱۰۲۳

احوال شخصیه شیعیان افغانستان

مؤلف: عبدالله شفای

چاپ اول: ۱۳۸۷ش

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه

صفحه آرای: سید مصطفی جعفری رحمت آبادی

چاپ: توحید • قیمت: ۳۵۰۰۰ ریال • شمارگان: ۲۰۰۰

حق چاپ برای ناشر محفوظ است.

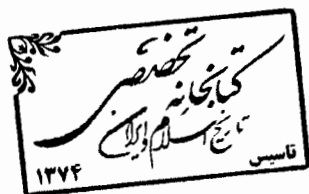
مرکز پخش:

قم، خیابان بهار، جنب هتل الزهراء (ع)، فروشگاه انتشارات جامعه المصطفی العالمیه

تلفکس: ۰۲۵۱۷۷۴۹۸۷۵

www.eshraaq.com

E-mail: public-relations@Qomicis.com



سخن ناشر

در نگاهی به تاریخ معاصر افغانستان پس از فراز و فرودهای فراوان، می‌بینیم که قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان مصوب ۱۳۸۲ خورشیدی برای نخستین بار مذهب تشیع را به رسمیت شناخت. بدین ترتیب، بر اساس ماده ۱۳۱ این قانون، شیعیان در احوال شخصیه، تابع احکام مذهب خود خواهند بود.

احوال شخصیه به معنای اوصاف و ویژگی‌هایی است که وضع، حقوق و تکالیف فرد را در خانواده و جامعه مشخص می‌کند. مهم‌ترین مصداق‌های احوال شخصیه عبارتند از: نکاح، طلاق، ارث و وصیت. به طور کلی، هرگاه در موضوعی، قانون به اعتبار شخصیت فرد وضع شود، آن موضوع از مصداق‌های احوال شخصیه خواهد بود. فقه اسلامی به تفصیل به احکام مربوط به احوال شخصیه پرداخته است. با این حال، یکی از حوزه‌هایی که اختلافات فقهی بین مذاهب اسلامی در آن به چشم می‌خورد، قلمرو احوال شخصیه است. احوال شخصیه که عهده دار تنظیم روابط خانواده، تشکیل و انحلال آن، حقوق و تکالیف زوجین، ارث و وصیت و مانند آن است، بخش مهمی از قانون مدنی را نیز تشکیل می‌دهد.

در یک نظام حقوقی، پیروی اقلیت‌های مذهبی از احکام و باورهای شناخته شده در مذهب خود در احوال شخصیه، هم بر پایه مصلحت فردی و هم بر اساس مصلحت اجتماعی قابل توجیه است. اصل عدالت و ضرورت مدارا با صاحبان مذاهب و تعهدات حقوقی دولت‌ها، آن‌ها را وادار به پذیرش این امر می‌کند، چنان‌که سال‌هاست این اصل در برخی کشورهای اسلامی در مورد اقلیت‌های دینی و مذهبی اجرا می‌شود، در جمهوری اسلامی ایران نیز «قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه» در سال ۱۳۱۲ خورشیدی به تصویب رسید.

خدای را شاکریم که شیعیان در افغانستان، اینک از این حق بهره‌مند شده‌اند. بی تردید، منبع اصلی قانون احوال شخصیه شیعیان، فقه ارزشمند امامیه است. پاسخ به این پرسش که در باره مصداق‌های مهم احوال شخصیه شیعیان افغانستان، چه تدبیرهای قانونی باید اندیشید؟ به پژوهش‌های علمی گسترده نیاز دارد. کتابی که پیش رو دارید، نخستین پژوهش در این زمینه است که با همت یکی از پژوهشگران آشنا به دانش حقوق و فقه اسلامی و با رویکرد تطبیقی سامان یافته است.

جامعة المصطفی العالمیة در راستای خدمت به دین و دانش و نیز مسلمانان دنیا، این اثر را به جامعه علمی اسلام به‌ویژه جامعه افغانستان تقدیم می‌کند با این امید که به گسترش عدالت حقوقی و تعامل علمی و عملی بیش از پیش عالمان دینی دو مذهب بزرگ اسلامی؛ حنفیه و امامیه در افغانستان یاری رساند و نه تنها برای استادان، پژوهشگران و دانشجویان، بلکه برای قانون‌گذاران و سیاستگذاران نیز سودمند افتد.

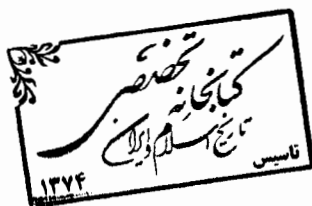
معاونت پژوهش جامعة المصطفی العالمیة، با تشکر از نویسنده

گرامی، از همه کسانی که در سامان یافتن و نشر اثر همکاری کرده‌اند، به ویژه استادان محترم، آقایان دکتر حکمت‌نیا و دکتر قربان‌نیا که با بیان نظرهای اصلاحی خود بر غنای این اثر افزودند، سپاسگزاری می‌کند.

جامعة المصطفی العالمية

معاونت پژوهش





فهرست مطالب

۵.....	سخن ناشر
۱۹.....	پیش گفتار
۲۷.....	مقدمه

بخش اول: پیشینه، مبانی، منابع و قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان

۳۱.....	۱. روند تحول و مبانی خودمختاری شیعیان افغانستان در احوال شخصیه
۳۱.....	مبحث اول: روند تحول احوال شخصیه در افغانستان
۳۳.....	گفتار اول - احوال شخصیه شیعیان افغانستان پیش از دوره قانون گذاری
۳۳.....	گفتار دوم - روند تحول احوال شخصیه شیعیان افغانستان پس از دوره قانون گذاری
۳۷.....	
۳۸.....	۱. جایگاه مذهب و نقش آن در احوال شخصیه
۴۵.....	۲. روند تحول اصلاحات در حوزه احوال شخصیه
۴۶.....	الف) اصلاحات امان الله خان
۵۰.....	ب) اصلاحات در قانون مدنی
۵۳.....	مبحث دوم - مبانی استقلال قضایی شیعیان افغانستان در احوال شخصیه
۵۴.....	گفتار اول - مبانی حقوقی تفکیک احوال شخصیه شیعیان از قانون مدنی
۵۴.....	۱. حقوق اقلیت های مذهبی
۵۵.....	الف) تعریف اقلیت های مذهبی
۵۷.....	ب) شناسایی حقوق اقلیت های مذهبی در زمینه احوال شخصیه

- اول - شناسایی حقوق اقلیت‌های مذهبی درباره احوال شخصیه در اسناد بین‌المللی
 ۵۷.....
- دوم - شناسایی حقوق اقلیت‌های مذهبی در زمینه احوال شخصیه در اسلام..... ۵۹
۲. احوال شخصیه پیگانگان از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی..... ۶۳
۳. مبانی جامعه‌شناسی و فلسفی استقلال قضایی شیعیان افغانستان..... ۶۵
- الف) عدالت..... ۶۶
- ب) کثرت‌گرایی حقوقی..... ۷۲
- گفتار دوم - مبانی استقلال قضایی مذاهب از دیدگاه اسلام..... ۷۵
۱. اصل مدارا..... ۷۷
۲. قاعده الزام..... ۸۷
- الف) مفهوم قاعده الزام..... ۸۷
- ب) تفاوت قاعده التزام و قاعده الزام..... ۸۷
- اول - دو طرف قضیه حقوقی..... ۸۸
- دوم - مدرک قاعده..... ۸۸
- یک - روایات..... ۸۹
- دو - بنای عقلا..... ۹۱
- سه - قاعده التزام، مبانی استقلال قضایی احوال شخصیه شیعیان افغانستان..... ۹۳
۲. منابع و قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان..... ۹۵
- مبحث اول - منابع احوال شخصیه شیعیان در افغانستان..... ۹۵
- گفتار اول - منابع فقهی احوال شخصیه شیعیان افغانستان..... ۹۶
۱. کتاب..... ۹۷
۲. سنت..... ۹۹
۳. اجماع..... ۱۰۰
۴. عقل..... ۱۰۱
- گفتار دوم - منابع حقوقی احوال شخصیه شیعیان افغانستان..... ۱۰۴
۱. قانون..... ۱۰۴
- الف) ارزش‌های حاکم بر قانون اساسی..... ۱۰۵
- اول) اسلام..... ۱۰۵
- دوم) ارزش‌های انسانی..... ۱۰۶
- ب) تعهدات بین‌المللی دولت افغانستان..... ۱۰۷

اول) منشور ملل متحد.....	۱۰۷
دوم) اعلامیه جهانی حقوق بشر.....	۱۰۸
سوم) میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی.....	۱۰۸
چهارم) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.....	۱۰۸
پنجم) کنوانسیون بین المللی محو هر نوع تبعیض نژادی.....	۱۰۸
ششم) کنوانسیون حقوق کودک.....	۱۰۸
هفتم) کنوانسیون محو هرگونه تبعیض علیه زنان.....	۱۰۹
۲. عرف.....	۱۱۲
مبحث دوم - قلمرو احوال شخصیه شیعیان در افغانستان.....	۱۱۵
گفتار اول - قلمرو احوال شخصیه در موضوع ها.....	۱۱۵
۱. اهلیت.....	۱۱۵
۲. وضعیت.....	۱۱۹
گفتار دوم - قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان در زمان و مکان.....	۱۲۲
۱. قلمرو قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان در مکان.....	۱۲۲
۲. قلمرو قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان در زمان.....	۱۲۴
گفتار سوم - قلمرو قانون احوال شخصیه در فرض تعارض قوانین داخلی.....	۱۲۶
گفتار چهارم - پیوند نهادهای حقوقی ویژه شیعیان با نظم عمومی.....	۱۳۱
۱. اختلاف در منابع حقوق.....	۱۳۲
الف) بنای عقلا.....	۱۳۲
ب) اصول عملیه.....	۱۳۲
ج) اجتهاد.....	۱۳۲
۲. مهم ترین مصداق های اختصاصی شیعیان در زمینه احوال شخصیه.....	۱۳۳
الف) طبقات ارث.....	۱۳۳
طبقه اول - فرض بران.....	۱۳۴
طبقه دوم - عصبه.....	۱۳۴
طبقه سوم - ذوالارحام.....	۱۳۴
ب) برخی مسائل نکاح و طلاق.....	۱۳۵
اول - شروط صحت نکاح.....	۱۳۵
یک - حضور شاهد در عقد نکاح.....	۱۳۵
دو- نوع نکاح.....	۱۳۶

۱۳۷	دوم - برخی محرمات نکاح
۱۳۸	سوم - انحلال نکاح
۱۳۸	یک - دستبندی اسباب انحلال نکاح
۱۳۸	دو - بی اثر بودن طلاق مقترن به عدد در فقه شیعه
۱۳۸	سه - طلاق در طهر غیر موقعه
۱۳۹	چهار - حضور دو شاهد در طلاق
۱۳۹	۳. جایگاه نظم عمومی در حقوق افغانستان
۱۴۱	۴. اختصاصات فقه شیعه و نظم عمومی

بخش دوم: مصداق های مهم احوال شخصیه شیعیان افغانستان (ازدواج و انحلال آن، وصیت و ارث)

۱۴۹	مقدمه
۱۵۳	۱. نکاح
۱۵۵	مبحث اول - مقدمات نکاح
۱۵۵	گفتار اول - خواستگاری
۱۵۵	۱. مفهوم خواستگاری
۱۵۷	۲. موارد منع خواستگاری
۱۵۷	الف) عده
۱۵۷	اول - عده طلاق رجعی
۱۵۸	دوم - عده طلاق بائن
۱۵۸	سوم - عده فسخ نکاح
۱۵۸	چهارم - عده طلاق نوبت سوم
۱۵۸	پنجم - عده وفات
۱۵۸	ب) موانع دیگر
۱۶۰	۳. خواستگاری در میان شیعیان افغانستان
۱۶۱	گفتار دوم - نامزدی
۱۶۱	۱. مفهوم نامزدی
۱۶۲	۲. نامزدی در جامعه شیعیان افغانستان (خویشی)
۱۶۳	۳. هدیه های نامزدی
۱۶۶	۴. خسارت های دوران نامزدی

۱۶۸	مبحث دوم - شرایط و موانع نکاح
۱۶۸	گفتار اول - شرایط درستی نکاح
۱۶۸	۱. اهلیت طرفین
۱۶۹	الف) بلوغ از دیدگاه فقیهان امامیه:
۱۷۴	ب) بلوغ در میان شیعیان افغانستان
۱۷۵	ج) بلوغ از دید حقوق تطبیقی و قوانین افغانستان
۱۷۶	د) ولایت بر نکاح صغیر
۱۷۸	۲. قصد و رضا
۱۷۹	الف) عقد
۱۸۰	ب) وکالت در عقد نکاح
۱۸۰	ج) اشتباه در شخص طرف عقد
۱۸۲	د) اکراه
۱۸۳	۳. منجز بودن عقد نکاح
۱۸۳	الف) تعلیق در عقد نکاح
۱۸۳	ب) شرط خیار در عقد نکاح
۱۸۴	۴. شرایط شکلی نکاح
۱۸۶	گفتار دوم - موانع نکاح
۱۸۶	۱. قرابت
۱۸۷	الف) قرابت نسبی
۱۹۱	ب) قرابت سببی
۱۹۳	۲. نکاح با زن شوهردار
۱۹۴	۳. لواط
۱۹۵	۴. احرام
۱۹۵	۵. آمیزش با دختر پیش از بلوغ
۱۹۶	۶. طلاق سوم و طلاق نهم
۱۹۷	۷. کفر
۱۹۹	۸. لعان
۱۹۹	۹. استیفای عدد
۲۰۱	۱۰. عده
۲۰۲	گفتار سوم - اثر توافقی در نکاح

۲۰۲	۱. شروط ناظر به احکام نکاح.....
۲۰۴	الف) شرط صفت.....
۲۰۵	ب) شرط فعل.....
۲۰۵	ج) شرط نتیجه.....
۲۰۶	۲. شروط مربوط به انحلال نکاح.....
۲۰۶	الف) شرط خیار فسخ در عقد نکاح.....
۲۰۷	ب) شرط وکالت بلاعزل زوجه در طلاق.....
۲۱۰	مبحث سوم - آثار نکاح.....
۲۱۰	گفتار اول - آثار مالی نکاح.....
۲۱۰	۱. مهر.....
۲۱۲	الف) نزدیکی.....
۲۱۳	ب) فوت زوج یا زوجه.....
۲۱۳	ج) ارتداد.....
۲۱۳	د) ابراء.....
۲۱۶	۲. نفقه.....
۲۱۹	گفتار دوم - آثار غیر مالی نکاح.....
۲۱۹	۱. حقوق و تکالیف مشترک زوجین.....
۲۲۰	۲. ریاست شوهر بر خانواده.....
۲۲۱	الف) سکونت زن در سرای شوهر.....
۲۲۲	ب) شغل زن.....
۲۲۵	۲. انحلال نکاح.....
۲۲۶	مبحث اول - فسخ نکاح.....
۲۲۷	گفتار اول - موجبات فسخ نکاح.....
۲۲۸	۱. عیب.....
۲۲۸	الف) عیب‌های مشترک.....
۲۳۱	ب) عیب‌های ویژه مرد.....
۲۳۳	ج) عیب‌های ویژه زن.....
۲۳۶	۲. تدلیس.....
۲۳۷	۳. تخلف از شرط صفت.....
۲۳۹	گفتار دوم - اِعمال فسخ و آثار آن.....

۲۳۹	۱. اِعمال فسخ.....
۲۴۰	الف) فوری بودن خیار فسخ.....
۲۴۰	ب) مراجعه به حاکم.....
۲۴۱	ج) اسقاط و انتقال حق فسخ.....
۲۴۱	۲. آثار فسخ.....
۲۴۱	الف) مهر.....
۲۴۲	ب) عده.....
۲۴۲	مبحث دوم: طلاق.....
۲۴۳	گفتار اول - شرایط و موجبات طلاق.....
۲۴۳	۱. شرایط طلاق.....
۲۴۳	الف) شرایط طلاق دهنده.....
۲۴۴	اول - بلوغ.....
۲۴۴	دوم - عقل.....
۲۴۵	سوم - اختیار.....
۲۴۵	چهارم - جزمیت.....
۲۴۷	ب) شرایط مطلقه.....
۲۴۸	اول - پاک بودن زن از حیض و نفاس.....
۲۴۸	دوم - غیر مواقعه بودن طهر.....
۲۴۹	ج) شرایط اجرای صیغه طلاق.....
۲۵۰	اول - حضور دو شاهد عادل.....
۲۵۱	دوم - ارجاع به داوری.....
۲۵۴	۲. موجبات طلاق.....
۲۵۴	الف) طلاق به اراده مرد.....
۲۵۷	ب) طلاق به درخواست زن.....
۲۶۴	ج) طلاق به توافق.....
۲۶۵	گفتار دوم - گونه ها و آثار طلاق.....
۲۶۵	۱. گونه های طلاق.....
۲۶۶	الف) طلاق بائن.....
۲۶۷	اول - طلاق زنی که با او نزدیکی نشده باشد (طلاق غیر مدخوله).....
۲۶۷	دوم - طلاق زن یائسه.....

۲۶۷	سوم - طلاق زوجه صغیره
۲۶۸	چهارم - طلاق خلع
۲۷۰	پنجم - مبارات
۲۷۰	ششم - طلاق سوم پس از سه وصلت متوالی
۲۷۰	هفتم - طلاق قضایی
۲۷۳	ب) طلاق‌های رجعی
۲۷۴	۲. آثار طلاق
۲۷۴	الف) آثار طلاق بائن
۲۷۵	اول - نفقه زن حامل
۲۷۵	دوم - طلاق در بیماری موت
۲۷۶	ب) آثار طلاق رجعی
۲۷۷	۳. وصیت و ارث
۲۷۸	مبحث اول - وصیت
۲۷۸	گفتار اول - ماهیت حقوقی وصیت
۲۷۸	۱. تعریف وصیت
۲۷۹	۲. وصیت؛ عقد یا ایقاع
۲۸۰	گفتار دوم - ارکان و مقررات وصیت
۲۸۰	۱. موصی
۲۸۱	۲. موصی له
۲۸۴	۳. موصی به
۲۸۵	۴. اندازه وصیت
۲۸۶	۵. وصیت عهدی (وصایت)
۲۹۰	۶. وصیت واجب
۲۹۱	مبحث دوم - ارث
۲۹۱	گفتار اول - مفاهیم و طبقات ارث
۲۹۱	۱. مفاهیم
۲۹۱	الف) ارث
۲۹۲	ب) ترکه
۲۹۳	۲. طبقات ارث (وارثان)
۲۹۵	۳. عول و تعصیب

۲۹۶	الف) عصبه.....
۲۹۶	اول - عصبه بنفسه.....
۲۹۸	دوم - عصبه به سبب غیر.....
۲۹۸	سوم - عصبه مع غیر.....
۲۹۹	چهارم - عصبه مع الغیر هنگامی که با وی دختر میت باشد.....
۳۰۱	ب) عول.....
۳۰۳	گفتار دوم - ترتیب تقسیم ترکه.....
۳۰۳	۱. اصول و قواعد تقسیم ارث.....
۳۰۳	الف) حقوق مالی مقدم بر حق ورثه.....
۳۰۵	ب) فرض برها.....
۳۰۵	اول - تعداد فرض برها.....
۳۰۷	دوم - ترتیب ارث فرض برها.....
۳۰۸	ج) قرابت.....
۳۰۸	اول - قرابت نسبی.....
۳۰۹	یک - حجب از تمام ارث (حرمانی).....
۳۰۹	دو - حجب از قسمتی از ارث (نقصانی).....
۳۱۱	دوم - قرابت سببی.....
۳۱۲	د) حکومت وارث بلا وارث.....
۳۱۲	۲. موانع ارث.....
۳۱۲	الف) قتل مورث.....
۳۱۳	ب) کفر.....
۳۱۴	ج) رقیقت.....
۳۱۴	د) لعان.....
۳۱۵	هـ) حمل.....
۳۱۶	و) غایب.....
۳۱۸	۳. میراث برخی طوایف.....
۳۱۸	الف) میراث زوجین.....
۳۱۹	ب) میراث پدر.....
۳۲۰	ج) میراث مادر.....
۳۲۱	د) میراث اولاد و اولاد اولاد.....

- ۳۲۲ هـ) میراث خواهران و برادران
- ۳۲۳ اول - خواهران و برادران پدر و مادری (عینی)
- ۳۲۴ دوم - برادران و خواهران مادری
- ۳۲۴ و) میراث پدر کلان (جد) و مادر کلان (جده)
- ۳۲۵ فرجام سخن
- ۳۳۱ کتابنامه
- ۳۳۱ ۱. کتاب
- ۳۳۱ الف) فارسی
- ۳۳۹ ب) عربی
- ۳۴۴ ۲. نشریه
- ۳۴۶ ۳. مجموعه قوانین
- ۳۴۶ ۴. منابع لاتین و سایت‌ها

پیش گفتار

۹۹ درصد مردم افغانستان مسلمانند و اکثریت حنفی مذهب هستند، شیعیان افغانستان حدود ۲۰ درصد جمعیت افغانستان را تشکیل می‌دهند.^۱ به گمان قوی، تشیع هم‌زمان با ورود اسلام به افغانستان وارد کشور شده است. حاکم «غور» در زمان خلافت امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب علیه السلام، مسلمان گشت و در حکومت آن‌جا ابقا شد.^۲ بیشتر شیعیان افغانستان، اثنی عشری و تعداد کمتری از ایشان اسماعیلی‌اند.^۳ اسماعیلیه در عقاید کلامی و احکام فقهی تفاوت بسیاری با امامیه دارد.^۴

۱. محمدامین احمدی، «قانون اساسی جدید افغانستان و جایگاه شیعیان در آن»، فصلنامه شیعه‌شناسی، سال دوم، بهار ۱۳۸۳، ش ۵، ص ۱۷۹. برخی نیز تعداد شیعیان را افزون بر آن دانسته‌اند: بصیر احمد دولت‌آبادی، شناسنامه افغانستان، قم، شیعه، ۱۳۷۱، ص ۳۱۰.

۲. محمدافضل ارزگانی، مختصرالمقول در تاریخ هزاره و مغول، قم، فرانشر، ۱۳۷۰، ص ۱۲۰.

۳. محمدشفق خواتی، «اسماعیلیه در افغانستان»، فصلنامه طلوع، ۱۳۷۲، ش ۷، ص ۱۴۵. اینش نویسنده بدون ذکر منبع، شیعیان اسماعیلیه را ۳ درصد جمعیت افغانستان می‌داند.

۴. برای اطلاعات بیشتر نک: دایرةالمعارف تشیع، تهران، نشر شهیدمحبی، چ ۲،

شیعیان قرن هاست با تحمل رنج‌های بی‌شمار توانسته‌اند عقاید مذهبی خویش را حفظ کنند. با این وصف، هیچ‌گاه در طول تاریخ و در هیچ یک از نظام‌های پادشاهی، جمهوری، جمهوری دموکراتیک خلق و امارات اسلامی به رسمیت شناخته نشدند. پس از فراز و نشیب‌های فراوان برای اولین بار در نظام جمهوری اسلامی افغانستان، بر اساس قانون اساسی مصوب سال ۱۳۸۲ مذهب شیعه به رسمیت شناخته شد و شیعیان در احوال شخصیه و آموزه‌های دینی در مدارس تابع احکام مذهبی خود قرار گرفتند.

ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان مصوب سال ۱۳۸۲ اعلام می‌دارد: «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر، حکمی موجود نباشد، محاکم، قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌کند.»

بسیاری از موضوع‌های احوال شخصیه نظیر نکاح هم‌زاد بشرند. ادیان آسمانی نیز به آن‌ها توجه دارند. همچنین در شریعت اسلام، در متون قرآن و سنت، بحث‌های مفصلی درباره آن‌ها به چشم می‌خورد. اصطلاح احوال شخصیه اولین بار در حقوق ایتالیا مطرح شد. در قرون ۱۲ و ۱۳ میلادی، هنگامی که تعارض قوانین میان قانون دولتی رم و قوانین محلی به وجود آمد، برای آنکه مشتبه نشوند، اولی را «قانون» و دومی را «حال» نامیدند. «احوال» را نیز به دو دسته تقسیم کردند؛ احوال عینی و احوال شخصی.^۱

۱۳۷۷)، ج ۴، ص ۲۷۱ به بعد (ماده تشیع)؛ فرهاد دفتری، تاریخ و عقاید اسماعیلیه، ترجمه: فریدون بدره‌ای، (تهران، نشر پژوهش، چاپ اول ۱۳۷۵).
۱. موسوعة الاحوال الشخصية، ص ۲۱.

محمد قدری پاشا این اصطلاح را در اواخر قرن ۱۹ وارد فقه اسلامی کرد.^۱ در نیمه اول قرن بیستم نیز با نگارش «تحریر المجله» به دست «کاشف الغطا»، این اصطلاح وارد فقه شیعه امامیه شد.^۲

احوال شخصیه شیعیان افغانستان پیش از این تابع فتاوی مراجع تقلید بود و پس از تصویب قانون اساسی (۱۳۸۲) به قلمرو ادبیات حقوقی افغانستان گام نهاد.

احوال شخصیه^۳ در اصطلاح حقوقی به معنای ویژگی‌هایی است که وضع، حقوق و تکالیف فرد را در خانواده و جامعه معین می‌کند. احوال شخصیه، مجموعه‌ای از صفات طبیعی و خانوادگی است که موجب تمیز شخص از غیرش شود و قانون به آن ترتیب اثر می‌دهد؛ مثل اینکه شخص، مرد است یا زن. مجرد است یا متأهل یا مطلق؛ فرزند مشروع است یا نامشروع؛ اهلیت دارد یا به دلیل صغر، جنون و سفه اهلیت ندارد.^۴ احوال شخصیه قابل تقویم و مبادله به پول نیست و به موقعیت شغلی و اجتماعی فرد نیز وابسته نیست.^۵ حقوق دانان درباره مصداق‌های

۱. احمد الغندور، الاحوال الشخصیه فی التشريع الاسلامی، کویت، مطبوعات جامعة الكويت، ۱۹۷۲م، ص ۷.

۲. محمدحسین آل کاشف الغطا، تحریر المجله، نجف الاشرف، مکتبه المرتضویه، ۱۳۶۲ ه ق، ج ۵.

3. Personal status.

۴. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، (عقود معین)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۳، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴؛ معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال الشخصیه، اسکندریه، دارالمعارف، ۱۹۹۵م، ج ۵، ص ۱، ج ۲۶؛ محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه و القضاء فی الاحوال الشخصیه، بی‌جا، ۱۹۹۹م، ج ۷، ص ۱۴.

۵. سید حسین صفایی و سید مرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۵، ص ۱۱.

احوال شخصیه اتفاق نظر ندارند. مهم‌ترین مصداق‌های احوال شخصیه عبارتند از: ازدواج، وضع اموال زن و شوهر، طلاق، افتراق، جهیزیه، مهر، ابوت، نسب، فرزندخواندگی، اهلیت، رشد، قیمومیت، ولایت، حجر، ارث، وصیت و تصفیه ترکه و مانند آن.^۱

برخی حقوق‌دانان در مصداق‌های احوال شخصیه مثل وقف، هبه، اهلیت، وصیت، ارث و مهریه تردید کرده‌اند.^۲

ملاک تشخیص اینکه مصداقی جز احوال شخصیه باشد یا نباشد، این است که اگر در موضوع‌های، قوانین به اعتبار شخصیت فرد وضع شود، آن موضوع‌ها از مصداق‌های احوال شخصیه به شمار خواهد رفت. در برابر آن نیز احوال عینی قرار دارد که قوانین به اعتبار طبیعت مال وضع می‌شود.^۳

ما نیز بر اساس این ملاک، احوال شخصیه را در معنای اعم از «وضعیت»^۴ و «اهلیت»^۵ به کار می‌بریم تا شامل مصداق‌های سیرشده نیز باشد. در مورد احوال شخصیه به‌ویژه احوال شخصیه اقلیت‌های مذهبی، نوشته‌های قابل توجهی به فارسی و عربی نوشته شده، ولی این موضوع

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱، ج ۱۹۳. برای آگاهی از مصداق‌های احوال شخصیه در حقوق ایران و برخی کشورها، نک: سید محمد متولی، احوال شخصیه بیگانگان در ایران، تهران، ساز و کار، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۷ و ۲۴.

۲. دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر: کاظم موسوی بجنوردی، تهران، مؤسسه انتشاراتی حیان، ۱۳۷۵، ج ۷، ص ۱۳۱.

۳. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، دمشق - بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۷م، ج ۴، ص ۱۰۰.

4. status.
5. capacity.

تاکنون در ادبیات حقوقی افغانستان بررسی نشده است. از این‌رو، این کتاب، نخستین پژوهش در این زمینه به شمار می‌رود.

به دلیل مدون بودن آرای فقهی و وجود کتاب‌های فقهی شیعه امامیه و نبود مجموعه مدون فقهی شیعه اسماعیلی، این پژوهش به احوال شخصیه شیعیان امامیه اختصاص یافته است.

با توجه به نو بودن موضوع «احوال شخصیه شیعیان افغانستان»، هنوز مباحث علمی و نظری در محافل علمی و آکادمیک کشور درباره آن شکل نگرفته و قانون آن در دست تدوین است. و راهکار اجرایی مناسبی در مراکز تصمیم‌گیری نیز برای آن سنجیده نشده است. به همین دلیل، مهم‌ترین انگیزه انجام این پژوهش، در درجه اول، بسترسازی مناسب برای طرح علمی بحث است. در مرحله بعد در پی یافتن روش مناسب برای تدوین قانون بهتر و سازگار با شرایط جامعه شیعیان افغانستان و در نهایت، تعیین راهکارهای اجرایی برای اجرای صحیح این قانون هستیم.

در این پژوهشی که به روش تحلیلی و توصیفی انجام شده است، کوشیده‌ایم مبانی استقلال شیعیان در احوال شخصیه را با استفاده از متون دینی و علوم بشری (علم حقوق، فلسفه حقوق، جامعه‌شناسی حقوقی و رویه قضایی برخی کشورها)، بیان کنیم. برای تدوین احوال شخصیه شیعیان افغانستان باید ابتدا در فقه به جست‌وجو پرداخت و از میان نظریه‌های گوناگون، نظریه‌هایی را برگزید که با مقتضیات زمان، مقررات و ارزش‌های قانون اساسی افغانستان مانند رعایت موازین اسلامی و اصل بنیادین عدالت، سازگارترند.

برای انجام این مهم، از مطالعات تطبیقی میان فقه و حقوق از یک‌سو بهره گرفته‌ایم. از سوی دیگر، به قانون و قوانین مدنی افغانستان نظر داشته‌ایم که به‌عنوان قانون هم‌عرض با قانون احوال شخصیه شیعیان بر

دیگر اتباع افغانستان نیز تطبیق می‌شود. همچنین گاه‌گاهی به قوانین احوال شخصیه ایران، مصر، عراق و لبنان استناد جسته‌ایم؛ چون قوانین‌شان از فقه مذاهب اسلامی اثر پذیرفته است.

ساختار این پژوهش در دو بخش پی‌ریزی شده است:

سیر تحول، مبانی، منابع و قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان و ازدواج شیعیان افغانستان و انحلال آن، ارث و وصیت. به طور کلی، اهداف کاربردی این پژوهش از فایده‌های علمی آن نیست، زیرا کام‌یابی در اجرای ماده ۱۳۱ قانون اساسی درگرو انجام کار علمی و پژوهشی بیشتر است.

امیدواریم قانون‌گذار، قاضیان، وکیلان، دانشجویان و پژوهش‌گران علم حقوق و همه پیروان مذهب شیعه امامیه از این پژوهش بهره‌مند شوند. نویسنده بر خود لازم می‌داند از همه استادان، حقوق‌دانان و دوستان ارجمندی که در انجام یافتن این اثر وی را یاری دادند صمیمانه سپاسگذاری نماید.

راهنمایی‌های ارزشمند دکتر نعمت الله الفت، دکتر محمدجواد صفار، دکتر ناصر قربان‌نیا، دکتر محمود حکمت‌نیا، دکتر محمد امین احمدی، عبدالحکیم سلیمی و محمد صادق دهقان شایسته تقدیر بسیار است؛ چه اینکه همگی اثر را با دقت از نظر گذراندند و بر غنای علمی و آراستگی آن افزودند. از مسئولان محترم دانشگاه مفید که زمینه انجام پژوهش و مسئولان محترم مرکز جهانی علوم اسلامی به‌ویژه معاونت محترم پژوهش و انتشارات آن مرکز که زمینه چاپ و نشر آن را فراهم نمودند، بسیار سپاسگزار است و توفیق روز افزون همگی را از خداوند بزرگ می‌خواهد.

بخش اول

**پیشینه، مبانی، منابع
و قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان**

مقدمه

جامعه افغانستان، جامعه‌ای مذهبی و سنتی است، به گونه‌ای که حتی نهادها حقوقی، اجتماعی و سیاسی آن بر پایه مذهب و آداب و رسوم شکل گرفته‌اند. به همین دلیل، هر گونه تحول، اصلاح و تغییر در این نهادهای به کندی صورت می‌پذیرد. در این میان، روند تدوین و تصویب قوانین به‌ویژه قانون مدنی بسیار کندتر از دیگر موارد بوده است. برای مثال، قانون مدنی در سال ۱۳۵۵ و قانون اصول محاکمات مدنی در سال ۱۳۶۸ به تصویب رسید. از این‌ها که بگذریم، باید دانست هرچند رویکرد به قانون‌نویسی و اصلاحات قضایی از سال‌ها پیش آغاز شده، در بخش احوال شخصیه، با فراز و نشیب‌های بسیاری همراه بوده است. در این بخش خواهیم دید چگونه اولین موج اصلاحات در حوزه احوال شخصیه به دلیل بی‌توجهی به آموزه‌های دینی و آداب و رسوم ملی با شکست روبه رو شد.

شیعیان افغانستان از مذهب امامیه پیروی می‌کنند و احکام مذهب امامیه با مذهب حنفیه که مذهب اکثریت مردم افغانستان است، در موارد

مهمی از احوال شخصیه تفاوت دارد، بنا بر این ضروری است به شیعیان اجازه داده شود تا از احکام مذهب خود پیروی کنند. سرانجام این مهم در سال ۱۳۸۲ خورشیدی با تصویب ماده ۱۳۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان عملی شد.

تدوین و تصویب قانون احوال شخصیه شیعیان را باید در راستای انجام اصلاحات حقوقی در افغانستان بررسی کرد. این اصلاح قضایی نیز در میان شک و تردیدهای برخی روشن فکران و سنت گرایان متعصب به تصویب رسید. آنان ماده ۱۳۱ قانون اساسی را موجب تضعیف وحدت ملی و آسیب به مذهب حنفی قلمداد می کردند. هرچند واقعیت های عینی جامعه سبب شد این ماده با وجود مخالفت هایی به تصویب برسد، و لی پرسش ها و ابهام هایی درباره ضرورت و پی آمد آن هم چنان باقی است.

در این بخش بر آنیم تا مبانی علمی و دینی استقلال شیعیان افغانستان در احوال شخصیه و چگونه تدوین و اجرای قانون احوال شخصیه را بررسی کنیم. برای این منظور ناگزیریم ابتدا پیشینه احوال شخصیه و جایگاه مذهب شیعه را در افغانستان بررسی کنیم تا زمینه مناسب برای تبیین مبانی دینی و علمی این خودمختاری فراهم شود. این مبانی را در دو گفتار با عنوان مبانی استقلال قضایی شیعیان افغانستان از دید حقوق موضوعه و مبانی خودمختاری قضایی شیعیان از دید حقوق اسلامی به تفصیل بررسی خواهیم کرد. از یک سو، از دستاوردهای علم جامعه شناسی حقوقی و فلسفه حقوق و علم حقوق در اثبات تکثرگرایی حقوقی و تبیین آن بر مبنای عدالت استفاده می کنیم و از سوی دیگر، از دستورهای دین مبین اسلام و پیشوایان امت اسلامی در احترام به عقاید و احکام دیگر مذاهب و ادیان و مدارای با آن ها بهره می گیریم.

پس از آن، نوبت به این بحث می‌رسد که قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان بر اساس چه منابعی تدوین خواهد شد؟ در این بحث نیز منابع فقهی و قانونی احوال شخصیه شیعیان را بررسی می‌کنیم. در این بحث خواهیم گفت درست است که بر اساس ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان، شیعیان در احوال شخصیه تابع احکام مذهب خویش هستند، ولی به این معنا نیست که احکام ثابت فقهی تنها منبع قانون احوال شخصیه خواهد بود. قانون احوال شخصیه باید بر اساس اجتهاد رایج فقه شیعه که در آن، دو عامل زمان و مکان در استنباط احکام دخیلند، تدوین شود.

پس از تدوین قانون احوال شخصیه، نوبت به اجرای آن می‌رسد. در این زمینه، به برخی تنگناها و محدوده‌های اجرای قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان اشاره خواهیم کرد که در بررسی قلمرو قانون احوال شخصیه می‌گنجد.

روند تحول و مبانی خودمختاری شیعیان افغانستان در احوال شخصیه

برای تحلیل صحیح هر موضوعی ناگزیریم پیشینه و سیر تحول آن موضوع را در ظرف زمان و مکان بررسی کنیم. برای درک صحیح ماده ۱۳۱ قانون اساسی نیز باید نخست به بررسی سیرتاریخی آن پردازیم تا زمینه و مبانی اعطای خودمختاری به شیعیان افغانستان در احوال شخصیه روشن شود.

مبحث اول: روند تحول احوال شخصیه در افغانستان

احوال شخصیه شیعیان افغانستان از آن جهت که با هویت مذهبی آنان به عنوان اقلیت مذهبی رابطه مستقیم دارد، تاریخ پر فراز و نشیبی را پیموده است. هرگاه حکومت‌ها ستم‌کاری پیشه کرده و تعصب به خرج داده‌اند، احوال شخصیه شیعیان همانند خود مذهب تشیع، از صحنه اجتماع به انزوای تقیه رانده شده است و هرگاه با تسامح و تساهل رفتار کرده‌اند، در پرتو آزادی مذهبی، احوال شخصیه شیعیان هم پا به عرصه

حقوق گذاشته است. با این حال، قواعد حاکم بر احوال شخصیه شیعیان افغانستان هیچ‌گاه فرصت نیافت تا در قالب قانون رسمی قد علم کند. به همین دلیل قوانین رسمی افغانستان که بیشتر بر مبنای فقه حنفی تدوین شده است، قانون رسمی شیعیان نیز به شمار می‌آید. پس می‌توان گفت سیر تحول قواعد احوال شخصیه شیعیان با اهل سنت یکسان است؛ زیرا در محاکم، قضات در دعاوی مربوط به احوال شخصیه نسبت به همه اتباع افغانستان یکسان عمل می‌کردند. البته این گفته به آن معنا نیست که دولت‌ها قوانین احوال شخصیه را وضع و اجرا می‌کردند و این تمام حقوق بوده است، بلکه در این جا تفکیک «حقوق رسمی» از «حقوق زنده»^۱ نقش اساسی دارد. بنابراین، در بررسی فرآیند تاریخی این نکته را در نظر خواهیم گرفت که حقوق و مقررات احوال شخصیه شیعیان افغانستان بسیار فراتر از قوانین و مقررات رسمی است.

سیر تحول مقررات احوال شخصیه در دو گفتار بررسی می‌شود. دوره‌ای که قانون مدون و رسمی وجود نداشت و متون دینی در حکم مقررات حاکم بود. این دوره را دوره قبل از قانون‌گذاری می‌نامیم و در گفتار اول بررسی خواهیم کرد. دوره‌ای را نیز که مجموعه‌هایی به نام قانون انتشار یافت، در گفتار دوم بررسی می‌کنیم.

۱. حقوق رسمی، مجموعه مقررات مدون و قانونی است که در یک کشور جنبه الزامی می‌یابد. و حقوق زنده به قواعد و مقرراتی گفته می‌شود که مورد احترام یک جامعه است، حتی اگر به صورت قانون رسمی در نیامده باشد. نک: پرویز صانعی، حقوق و اجتماع، تهران، طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۹۷.

گفتار اول - احوال شخصی شیعیان افغانستان پیش از دوره قانون‌گذاری
 آغاز قانون‌گذاری در افغانستان به وضع مقررات و قواعد مدونی
 برمی‌گردد که پادشاهان، با رعایت احکام شریعت وضع می‌کردند.
 این قوانین به گونه‌ای تنظیم می‌شد که بخش جدایی‌ناپذیر شریعت
 به شمار رود و تفاوت روشنی بین شریعت و مصوبه‌های قانون‌گذار
 وجود نداشته باشد.^۱

آن زمان که احمد خان ابدالی پس از کشته شدن نادر شاه افشار در
 سال ۱۱۲۶ خورشیدی، افغانستان را بنیان گذاشت که آن هنگام خراسان
 بزرگ خوانده می‌شد، قانون خاصی در زمینه احوال شخصی وجود
 نداشت.^۲ با این حال، برخی تاریخ‌نگاران از مجموعه مدونی نام برده‌اند
 که «یاسای احمدشاه» خوانده می‌شد. احمدشاه در این یاسا مقرر کرده
 بود: «افاغنه دختر به بیگانه ندهند و دختر از مال پدر میراث شرعی نبرد
 و زن شوهرمرده را برادر و اقوام نزدیک شوهر ستانند و اگر شوهر را
 وارث نباشد، در همان خانه نشسته، از مال شوهر، اخراجات و کفایت او
 مقرر دارند و چون در خانه شوهر بمیرد، پدر و برادرش حق‌المهر از
 شوهر مطالبه نکند و زن را پس از نکاح طلاق ندهند».^۳

-
۱. محمد هاشم کمالی، «جایگاه اسلام در قوانین اساسی گذشته افغانستان»، ترجمه: محمدعلی جويا، فصلنامه نگاه معاصر، ش ۳ خزان ۱۳۸۲، ص ۱۳۱.
 ۲. روشن است که تا آن تاریخ هم‌چنان‌که تاریخ عمومی افغانستان، بخشی از آسیای میانه و ایران مشترک است، تاریخ حقوق هم، چه آن زمان که پایتخت، اصفهان و قزوین بود و چه زمانی که هرات، بلخ، غزنین و بخارا، مشترک است. برای دیدن تاریخ حقوق آن دوران نک: سیدحسن امین، تاریخ حقوق ایران، تهران، دایرةالمعارف ایران شناسی، ۱۳۸۲.
 ۳. علی‌قلی میرزا (اعتماد السلطنه)، تاریخ و سوانح افغانستان، تصحیح: میرهاشم محدث، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۵، ص ۴۵.

ارث نبردن دختر از میراث پدر و شوهر دادن زن بیوه به اقوام نزدیک شوهر و در صورت نبود آن، بیوه ماندن تا آخر عمر و نیز مطالبه نکردن حق المهر پس از مرگ او و ممنوع کردن طلاق که همگی با موازین اسلام ناسازگار است، در عنعنات^۱ قبیله‌ای و سنت‌های غلط محلی ریشه دارد. البته سلیقه و خواست شاه نیز در این زمینه بی‌اثر نبوده است که در رفتار خلف احمدشاه، تیمور شاه مشهودتر است؛ زیرا وی زن شوهرداری را بدون رضایت زن و شوهر طلاق داد و به ازدواج یکی از چوب‌داران خود درآورد که عاشق این زن شده بود.^۲

در این زمان، قاضیان یا حاکمان شرع در تمام شهرهای زیر فرمان دولت مرکزی به قضاوت می‌پرداختند و در سراسر کشور نیز نوآبی داشتند که در هیچ مورد دخالت نمی‌کردند، جز آنکه از آنان خواسته شود. این قاضیان در تفسیر شریعت انعطاف زیادی به خرج می‌دادند و حکومت هم نمی‌کوشید تفسیر همگون به ایشان تحمیل یا آرای صادرشده‌شان را به شیوه‌ای روش‌مند بررسی کند.^۳

از نظر برخی ممکن است چنین قضاوت و قانونی، انعطاف در تفسیر شریعت قلمداد شود، ولی از دید ما، تفسیر نامیدن آن‌ها که در بسیاری

۱. عنعنات: جمع عننه، معناهای متفاوت دارد: خودبینی، خودپسندی، اظهار فضل (فرهنگ بزرگ سخن، حسن نوری، ج ۵، ص ۵۱۰۹) شرح و بیان مفاخر اجدادی به طریق تسلسل و ترتیب (فرهنگ فارسی عمید، حسن عمید، ج ۲، ص ۱۴۵۷) در فارسی دری امروز افغانستان این اصطلاح به معنای آداب و رسوم دیرپایی است که مورد احترام همه مردم است.

۲. علیقلی میرزا، پیشین، ص ۵۱.

۳. گروهی از نویسندگان، افغانستان، ترجمه: سعید ارباب شیرانی و هوشنگ اعلم، تهران، بنیاد دایرةالمعارف اسلامی، ۱۳۷۶، ص ۲۹۵.

موارد، با شریعت سازگار نیست در خور تأمل است. اصولاً تفسیر، تبیین معرفت‌شناسانه شریعت است، به گونه‌ای که میان تفسیر و متن گسستی نیفتد. تفسیر باید همواره به متن وفادار بماند و رابطه‌اش را با متن به یک‌باره نگسلد. در این زمینه، تاریخ‌نویسان از رسم‌ها و عرف‌های دیگری حکایت کرده‌اند که ادعای ما را تأیید می‌کند. برای نمونه، قانون محلی «پشتونوالی» برای حل و فصل دعاوی وجود داشت که بر اساس آن، به‌عنوان مجازات، شماری از زنان وابسته به خانواده مجرم را به عقد کسی درمی‌آوردند که بر او ستم رفته است. در میان افغانان غرب افغانستان نیز بدل یک قتل، دوازده زن جوان، شش تا با جهیزیه و شش تا بدون جهیزیه؛ بدل قطع یک دست، گوش یا بینی، شش زن؛ بدل شکستن دندان، سه زن و بدل جراحت بالای پیشانی، یک زن بود.^۱ در افغانستان به این سنت قومی، «بد دادن زن» گفته می‌شود.

این قوانین ضد اسلامی و انسانی به یک قوم و تبار اختصاص نداشت و به یک زمان و دوره خاص نیز محدود نبود. این رسم‌ها در میان اقوام و قبایل دیگر افغانستان نیز وجود داشت و اکنون نیز در برخی مناطق وجود دارد. بر همین اساس، حکومت طالبان در ماده اول فرمان شماره ۱۰۴ (صادر شده در ۱۷/ ۵/ ۱۴۱۹ ه. ق) مقرر کرد: «در صورت قتل، اتباع مسلمان کشور نمی‌تواند زن را در بدل دیه، صلح یا به نام دیگر به خانواده مقتول بدهد».^۲ در دوران جدید نیز بند ۵ ماده ۴ قانون

۱. مونت استوارت الفنسٹون، افغانان (جای، فرهنگ، نژاد) ترجمه: محمد آصف فکرت، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۷۲.

۲. محمدرضا حاج بابایی (گردآورنده)، قوانین ملاعمر (مجموعه قوانین طالبان در افغانستان) (تهران، نگاه امروز، ۱۳۸۲)، ص ۶۴.

شوراهاى ولایتى مصوب ۱۳۸۴، سهم‌گیرى فعال به شیوه‌هاى ممکن برای از بین بردن رسوم و عنعنات مغایر با شریعت اسلامى و قانون (ازدواج اجبارى، بد دادن زن‌ها و امثال آن) را از وظایف شوراهاى ولایتى دانسته است.

از این‌ها که بگذریم، در دوران یاد شده، شیعیان افغانستان به دلیل وضعیت جغرافیایى کوهستانی و دشوار و ساختار اجتماعى قبیله‌ای، وضع بهتری از مردمان دیگر مناطق افغانستان نداشتند. شیعیان به دلیل وضعیت خاص جغرافیایى از تسلط حکومت مرکزى، دور بودند و در ظاهر خودمختارى سیاسى و قضایى داشتند،^۱ ولى قربانى رنج دیگرى بودند که زاده جهل و سنت‌هاى قدیمى بود. بارى، بیشتر مردم زیر سلطه «میران»،^۲ «بیگ‌ها» و «ملک‌ها» قرار داشتند.^۳ دکتر سید عسکر موسوى، یکى از پژوهش‌گران معاصر افغانستان، این ساختار اجتماعى هزاره‌ها را که جمعیت اصلی شیعیان افغانستان را تشکیل مى‌دهد. چنین توصیف کرده است:

در بین هزاره‌ها، خانواده اغلب شامل چند خانواده هسته‌ای مى‌شود که با هم زندگى کرده و واحدی بزرگ‌تر از خانواده مشترک به نام «خانوار» به وجود مى‌آورد. خانواده هزاره در موارد بسیاری علاوه بر خانواده‌هاى پسران و دختران، برادران و خواهران، شامل خانواده دهقانان و خدمت‌کاران که قرابتى با

۱. عبدالمجید ناصرى داوودى، زمینه و پیشینه جنبش اصلاحى در افغانستان،

قم، مؤسسه آموزشى و پژوهشى امام خمینى، ۱۳۷۹، ص ۷۲.

۲. میران: جمع میر و مخفف امیر.

۳. میر غلام محمد غبار، افغانستان در مسیر تاریخ، کابل، مؤسسه چاپ کتب، ۱۳۴۶، ص ۶۶۶.

هم ندارند نیز می‌شود. اغلب، خانواده دهقانان بی‌زمین، بخشی از خانواده صاحب زمین به حساب می‌آمد که با آنان زندگی و تغذیه مشترک داشتند و همه تحت سرپرستی موسفید خانواده بودند. به عنوان مثال، رئیس خانواده باید با ازدواج اعضای این خانواده‌های بی‌زمین موافقت می‌کرد.^۱

وی در ادامه بیان می‌کند که چند خانواده، واحد بزرگ‌تری به نام «تول» یا «تولوار» را به وجود می‌آوردند و هر تول، رئیسی داشت که «ملک» نامیده می‌شد. چند تول، یک طایفه و چند طایفه، یک قوم را تشکیل می‌داد. هر قوم، رهبر مقتدری داشت که «بیگ» یا «سلطان» یا «میر» نامیده می‌شد.^۲ از این گزارش می‌توان دریافت که رئیس قبیله هم واضع قانون و هم مجری آن بود. به این دلیل می‌توان گفت احوال شخصیه شیعیان نسبت به دیگر ساکنان افغانستان وضع بهتری نداشته است.

گفتار دوم - روند تحول احوال شخصیه شیعیان افغانستان پس از دوره قانون‌گذاری

در بیش از یک قرن که از هم‌زیستی قانون و مذهب در افغانستان می‌گذرد، روند تحول قانون به‌ویژه احوال شخصیه با فراز و نشیب‌هایی همراه بوده است. عامل اصلی این تحولات، احکام مذهب حنفی و تعامل آن با قانون و انجام اصلاحات در آن است. بر این اساس، بررسی تحول جایگاه مذهب و اصلاحات انجام شده، ما را در درک بهتر جایگاه احوال شخصیه شیعیان یاری خواهد کرد. پس بحث را در دو بخش با عنوان

۱. سیدعسکر موسوی، هزاره‌های افغانستان، ترجمه: اسدالله شفایی، تهران،

نقش سیمرغ، ۱۳۷۹، ص ۷۶.

۲. همان، ص ۷۷.

جایگاه مذهب و رابطه آن با قانون و انجام اصلاحات، با تکیه بر موضوع احوال شخصیه پی خواهیم گرفت.

۱. جایگاه مذهب و نقش آن در احوال شخصیه

کتاب «اساس القضاة»، اولین مجموعه مدونتی است که حاکم وقت افغانستان، عبدالرحمان در سال ۱۲۵۸ خورشیدی برابر با ۱۸۸۰ م. در کشور تنفیذ کرد.^۱ این مجموعه وقتی تدوین شد که مجموعه‌ای به نام «کتابچه حکومتی» و اندکی بعد، کتاب چهارجلدی «سراج الاحکام» منتشر شد.^۲ باید گفت هیچ یک از این قوانین درباره احوال شخصیه نبودند. کتاب اساس القضاة دربردارنده قواعد اصول محاکمات و آیین دادرسی و ثبت و ضبط پرونده‌ها و احکام صادره بود.^۳ کتابچه حکومتی نیز به احکام جزایی و روش کشف جرم و مجازات مجرمان و وصول مالیات می‌پرداخت.^۴ همچنین کتاب سراج الاحکام، ترجمه «المجله» عثمانی بود. «المجله» نیز تنها از حقوق اموال و عقود و تعهدات سخن می‌گفت.^۵

یکی از ویژگی‌های این دوره آن است که میان قوانین و احکام شریعت تفکیک صورت نپذیرفت. عبدالرحمان دستورهای خویش را احکام شرعی می‌پنداشت و از علما بر واجب اطاعة بودن خود حکم

۱. ملافیض محمد کاتب هزاره، سراج التواریخ، تهران، مؤسسه تحقیقات و انتشارات بلخ، ۱۳۷۳، ج ۳، بخش ۱، ص ۷۰۶.

۲. محمد هاشم کمالی، پیشین.

۳. عزیز الدین وکیلی پوپلزایی درانی، دارالقضا در افغانستان از اوایل عهد اسلام تا جمهوریت، کابل، مطبوعه دولتی، ۱۳۶۹، ص ۳۶۹.

۴. ملافیض محمد کاتب هزاره، پیشین، ص ۷۰۶-۷۲۱.

۵. نک: در الاحکام شرح مجله الاحکام، علی حیدر، ترجمه عربی: فهمی حسینی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ه.ق/ ۱۹۹۱ م.

گرفته بود. پس هر کس از امر او سرپیچی می کرد، به صورت وحشیانه ای مجازات می شد.^۱ بدین ترتیب وی توانست ساختار سنتی قبایلی و ملوک الطوائفی جامعه پراکنده افغانستان را برچیند و قوانین دل خواه خود را سراسر کشور گسترش دهد.

از جمله اقدامات عبدالرحمان خان در زمینه احوال شخصیه آن بود که احکام مربوط به ازدواج زن بیوه با یک نفر از اقوام شوهر و محروم شدن دختران از میراث را که احمدشاه وضع کرده بود، لغو کرد.^۲

همچنین به کتابچه حکومتی، چهار فقره افزوده شد که فقره چهارم آن درباره مجازات پدر و مادری است که دخترش را به ازدواج چند نفر درآورد. این فقره درباره حقوق جزا ست و به طور مستقیم ارتباط چندانی با موضوع بحث ما که از دیدگاه مدنی است، ندارد با این حال، نکته های ظریفی در آن به چشم می خورد که نقل آن بی فایده نخواهد بود:

فقره چهارم: در باب ضعیفه ای که دو سه نفر دعوی ایجاب و قبول آن را می نمایند که خود او یا پدر و برادرش به نکاح او اجابت گفته و داده اند و هر یک، آن ضعیفه را زوجه و حق خویش می داند، پس از تحقیقات ثابت می شود که هر یک از ایشان به دعوی خود صادق می باشد که پدر و یا برادر او به هر یک زبان داده و ایجاب و قبول نکاح را کرده اند و یکی از دیگری خبری نداشته است.

حکم والا: زنی را که پدر و مادر او به دو یا سه نفر بدهند و هر سه نفر ثبوت (ثابت) کنند، هر کدام که دعوی اسبق التاریخ کند، شاهد گذرانیده و از مادر و پدر او که یک

۱. ملافیض محمد کاتب هزاره، پیشین، ص ۸.

۲. میر محمد صدیق فرهنگ، پیشین، ص ۴۳۴.

دختر را به چند جا سودا کرده‌اند، در هر نامزدی، پنج صد روپیه جریمه گرفته شود و اگر نادار باشند، یک سال محبوس و صد ضرب به چوب زده شوند.^۱

دو نکته در این حکم درخور دقت است؛ یکی، رضایت زن در ازدواج و دیگری، ولایت بر زن در ازدواج. در فرض اول، از این حکم چنین استفاده می‌شود که حتی اگر زن بر اثر فشار و اکراه تن به ازدواج داده باشد، باز ازدواج صحیح است. این حکم بر اساس نظر فقهی مذهب حنفی است که معتقدند با شوخی و اکراه به صحت عقد ازدواج خلل وارد نمی‌شود؛ چون جدی بودن و رضایت در عقد ازدواج شرط نیست.^۲ در فرض دوم هم استفاده می‌شود که نه تنها پدر و مادر، بلکه اقربای دیگر مثل برادر نیز بر دختر ولایت دارد و این امر با رأی فقهی مذهب حنفی هماهنگ است؛ چون آنان معتقدند اقربای پدری نظیر پدر و جدپدری، برادر، عمو و... که از آن به «ولی عاصب»^۳ تعبیر می‌شود، بر ازدواج دختر ولایت دارند.^۴

ولایت به این گستردگی برای اقارب به ترتیب ارث بر دختر صغیر است که از آن، به «ولایت اجباری» تعبیر می‌شود. این اقارب بر ازدواج دختر عاقل رشید ولایت ندارند، ولی جلب نظر ولی، امر پسندیده‌ای

۱. ملافیض محمد کاتب هزاره، پیشین، ص ۷۲۳.

۲. بدران ابوالعینین بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصیه، بیروت، دارالنهضة العربیة، ص ۴۳.

۳. ولی عاصب: کسانی که به جهت عصبه بودن ولایت دارد. عصبه عبارتند از خویشاوندان پدری و پسران، واسطه زن بین عصبه و متوفی نیست. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۵۴۶.

۴. همان، ص ۷۱.

است.^۱ بنابراین، ثبوت ولایت بر دختر صغیر و مجنون و سفیه امر مسلمی است. با این حال، بحث این است که در حکم یاد شده، به طور مطلق، ولایت برای اقارب ثابت شده است.

تحول اساسی در زمینه احوال شخصیه با تصویب نظام‌نامه‌ها در زمان امان‌الله خان آغاز شد. اولین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۳۰۱ برابر با ۱۹۲۳م. با عنوان «نظام‌نامه اساسی» به تصویب رسید. به باور برخی استادان، به کاربردن واژه «نظام‌نامه» که شاید ترجمه «مقررات مکتوب» باشد، به طور تلویحی می‌رساند که این مقررات در درجه‌ای پایین‌تر از جایگاه قانون و شریعت قرار دارند.^۲

امان‌الله خان کوشید همانند رضاخان و آتاتورک در ایران و ترکیه، تمدن، صنعت و قانون را یک باره وارد کشور سازد و در این راه از هیچ کاری دریغ نورزید.

امان‌الله برخلاف جدش، در برابر شیعیان و مردم افغانستان، سیاست مساوات‌گرایانه‌ای را در پیش گرفت و آزادی بیشتری اعطا کرد. وی در عمل به مذهب شیعه رسمیت داد. با این حال، هنگام تدوین قانون اساسی، به دلیل مخالفت شدید مولوی‌های متعصب، مذهب جعفری هم ردیف مذهب حنفی تصویب نشد. در نتیجه، نام مذهب خاصی به میان نیامد و تنها به ذکر دین اسلام بسنده شد. (ماده ۲ نظام‌نامه اساسی)^۳

۱. محمد ابوزهره، الاحوال الشخصیه، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۳۶۹ هـ/ ۱۹۵۰ م، ص ۱۰۸.

۲. محمد هاشم کمالی، پیشین، ص ۱۳۲. ولی تفصیل مطلب را در بخش بعدی پی خواهیم گرفت.

۳. قوانین اساسی افغانستان، (قم، مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، ۱۳۷۴)، ص ۱۱۵.

پس از این دوره، با پیدایش «اصول‌نامه»، مرحله دیگری آغاز شد که روند بازگشت دوباره به شریعت را در پیش گرفت. انتخاب واژه «اصول‌نامه» که به معنای مجموعه‌ای از اصول است، یک بار دیگر بازتاب دهنده اقدام عمدی برای کاستن از نقش قانون وضعی در قیاس با شریعت بود.^۱ در همین زمان، برای نخستین بار، پارلمان دایر شد. هرچند تأسیس پارلمان، اقدام صوری برای تظاهر به دموکراسی بود، ولی با قانون‌گذاری پارلمان، تقسیم و جدایی میان شریعت و قانون ادامه یافت. در کنار محاکم شرعی، محاکم اداری نیز پدید آمدند. در این دوره که تا سال ۱۳۴۳ برابر با ۱۹۶۴م. محاکم شرعی ادامه یافت، بر مبنای فقه حنفی رأی می‌دادند و به فقه شیعه هرچند طرفین دعوا از شیعیان بودند، توجه نمی‌کردند. اصل ۸۸ اصول اساسی دولت علیه افغانستان (مصوب ۱۳۰۹) تصریح می‌کرد: «در محاکم شرعیه، دعاوی مرجوعه مطابق مقررات مذهب مذهب حنفی فیصله می‌شوند.»^۲

در این دوره تا اندازه‌ای طولانی، برتری احکام مذهب حنفی بر قانون از یک سو و بر دیگر مذاهب از سوی دیگر حفظ شد. جالب توجه است که قانون سال ۱۳۷۲ دوباره به این وضعیت بازگشت. ماده چهارم این قانون می‌گفت: «مذهب رسمی افغانستان، مذهب حنفی است.»^۳ به همین دلیل، این دو قانون اساسی از این نظر، رادیکال‌ترین قوانین اساسی افغانستان لقب گرفته‌اند.^۴

۱. همان.

۲. همان، ص ۱۱۵.

۳. همان، ص ۲۸۶.

۴. محمدامین احمدی، «جایگاه مذهب در قانون اساسی» نگاه معاصر، بهار ۱۳۸۲، ش ۱، ص ۲۰۱.

به طور کلی، پس از پایان حکومت امان‌الله‌خان، مذهب شیعه‌جعفری از صحنه اجتماع به کناری رانده شد و در محاکم به احکام این مذهب هیچ توجهی نمی‌شد.

در قانون اساسی مصوب ۱۳۴۳، قانون نسبت به نظام‌نامه و اصول‌نامه اقتدار بیشتری یافت. ماده یک صد و دوم این قانون تصریح می‌کرد:

محاکم در قضایای مورد رسیدگی خود، احکام این قانون اساسی و قوانین دولت را تطبیق می‌کنند. هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و قوانین دولت حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع کرده، در چنین احوال، حکمی صادر می‌کنند که در نظرشان، عدالت را به بهترین صورت ممکن تأمین کند.^۱

مقدم داشتن قانون بر احکام مذهب بیشتر از موج قانون‌گرایی غربی اثر می‌پذیرفت که کشورهای اسلامی را فراگرفته بود. قوانین مصر بر قوانین برخی کشورهای اسلامی از جمله افغانستان اثر مستقیم داشت و ذهنیت حاکمیت انحصاری احکام مذهب حنفی و دوری گزیدن از دیگر مذاهب اسلامی نیز از مصر وارد نظام حقوقی افغانستان شد. قانون‌گذاران آن دوره بر این باور بودند که بسنده کردن به مذهب حنفی و تقدم آن بر قانون، نظام حقوقی کشور را با فرسودگی و عقب‌افتادگی از زمان روبه‌رو خواهد ساخت. بنابراین، برای رهایی از این بن‌بست، تدبیر مقدم داشتن قانون را بر احکام مذهب حنفی اندیشیدند که تصویب آن، اعتراض و جنجال عناصر افراطی را در پی داشت.

۱. قوانین اساسی افغانستان، ص ۱۵۶.

میر محمد صدیق فرهنگ، از دست‌اندرکاران این قانون در این باره می‌نویسد:

در قانون اساسی جدید سعی به عمل آمد که با حفظ مقام اسلام به عنوان دین کشور و اجرای شعایر دینی از جانب دولت مطابق به احکام مذهب حنفی، در اداره و قضا، نقش اساسی به قانون سپرده شود و قانون به مطابقت با دین اسلام مقید شود... یک تعداد از روحانیون و علمای دینی انتقاد نمودند و متذکر شدند که چون عبارت مذکور، قانون را بر احکام مذهب حنفی مقدم می‌سازد، خلاف شریعت است. طرف‌داران متن در مقابل استدلال کردند که به موجب ماده ۶۴ «هیچ قانون نمی‌تواند مناقض اساسات دین اسلام باشد.» و از سوی دیگر، تعداد قابل توجهی از مردم افغانستان غیر حنفی‌اند و حق دارند که نظر ایشان هم در قانون‌گذاری و قضا مراعات شود.^۱

این قانون زمینه بازگشت دوباره مذهب جعفری را به صحنه فراهم آورد، به گونه‌ای که در زمینه احوال شخصیه، قانون مدنی مصوب ۱۳۵۵، در برخی موارد، از احکام مذهب تشیع اثر پذیرفته است.^۲ ناگفته نماند پیش از قانون مدنی نیز قانون ازدواج در سال ۱۳۵۰ به تصویب رسید.^۳

از این‌ها که بگذریم، صدور فرمان شماره ۷ شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان درباره مهر و مصارف عروسی در سال ۱۳۵۷ را می‌توان در ادامه اصلاحات انجام شده دانست.^۴ البته فرمان یاد

۱. میر محمد صدیق فرهنگ، پیشین، ج ۲، ص ۷۲۶.

۲. ماده ۱۴۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «طلاق مقترن به عدد خواه به الفاظ یا اشاره صورت گرفته باشد، یک طلاق شناخته می‌شود». ماده ۱۵۰ نیز در رجوع، حضور شهود را شرط نمی‌داند.

۳. جریده رسمی، شماره ۱۹۰، ۱۷ اسد ۱۳۵۰.

۴. جریده رسمی، شماره ۴۰۹، ۲۶ میزان ۱۳۵۷.

شده در سال ۱۳۶۸ با فرمان شماره ۲۲۰ رئیس جمهور وقت افغانستان لغو شد.^۱ در نهایت، فرمان شماره ۱۰۴ سال ۱۳۷۸ صادر شده از سوی امارات اسلامی افغانستان درباره حقوق زنان در اجتماع^۲ را می‌توان آخرین اصلاح صورت گرفته در احوال شخصیه به دست حکومت‌های گذشته دانست.

همان گونه که پیش از این اشاره کردیم، در طول این دوران، احوال شخصیه شیعیان به صورت رسمی، تابع قوانین یاد شده و به صورت غیر رسمی، تابع فتواهای فقیهان امامیه بود.

۲. روند تحول اصلاحات در حوزه احوال شخصیه

یکی از ویژگی‌های احوال شخصیه آن است که روند اصلاح در آن به کندی صورت می‌پذیرد. در دوره‌های اولیه قانون‌گذاری در کشورهای اسلامی از جمله عثمانی، دولت‌ها ابتدا متعرض احوال شخصیه نمی‌شدند و اصلاح را از دیگر حوزه‌های حقوق مثل حقوق تجارت، عقود مالی و تعهدات آغاز می‌کردند. نمونه آن، «المجله» است که در آن، از احوال شخصیه سخن نرفته است.

انجام اصلاحات در حوزه احوال شخصیه در افغانستان نیز در دو زمینه قابل بررسی است. یکی، اقدامات شتاب‌زده و افراطی امان‌الله‌خان و دیگری، اصلاحات صورت گرفته در قانون مدنی مصوب ۱۳۵۵ و نیز تقدیم قانون بر فقه حنفی.^۳

۱. جریده رسمی، شماره ۷۱۹، ۱۶ سرطان ۱۳۶۹.

۲. جریده رسمی، شماره ۷۸۸، ۱۳۷۸/۱۹۹۹، ص ۷۶.

۳. نورمن اندرسون، تحولات حقوقی جهان اسلام، ترجمه: فخرالدین اصغری، جلیل قنوتی، مصطفی فضائی، (قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶)، ص ۲۶۳.

الف) اصلاحات امان‌الله خان

همان‌گونه که گفته شد، قوانین مدون زمان امان‌الله خان را «نظام‌نامه» می‌خواندند. این نظام‌نامه‌ها که وضع و اجرا شدند، موضوع‌های متنوعی را با درجه اهمیت مختلف از تشکیلات دولتی و نظام اجباری گرفته تا امور مربوط به خانه‌های بیلاقی «پغمان» در برمی‌گرفت و شمار آن‌ها به حدود پنجاه نظام‌نامه می‌رسید.

به گفته تاریخ‌نگاران، تهیه این قوانین با همکاری جمال‌پاشا، رهبر حزب «اتحاد و ترقی» ترکیه و همراهانش صورت گرفت. با این حال بخش اصلی کار را کارشناس ترک دیگری به نام «بدری بیگ» انجام داد آن هم زمانی که آمر پلیس استانبول بود. وی که معلوم می‌شود مجموعه‌ای از قوانین عثمانی را با خود داشت، در مواقع لزوم خلاصه می‌کرد و به شکل قانون درمی‌آورد. در این زمان، حتی یک نفر کارشناس قانون و حقوق در افغانستان وجود نداشت.^۱ این مرحله، زمان آغاز تفکیک میان قانون و شریعت بود. باید گفت این جداسازی قانون و احکام شریعت با تفکیک آن دو که در عهد صفویه اتفاق افتاد، متفاوت است؛^۲ زیرا که نظام‌نامه‌ها به تصویب «لویه جرگه» می‌رسید و اعتبار قانون را می‌یافت.

پیش‌تر به اقدامات امان‌الله در زمینه مدارا با مذهب تشیع پرداختیم اکنون به اصلاحات وی در زمینه احوال شخصیه می‌پردازیم.

امان‌الله برای کسب مشروعیت اصلاحات پیشنهادی خود، چند بار لویه جرگه برگزار کرد. در اولین لویه جرگه که در سال ۱۳۰۳ برگزار شد،

۱. میرمحمد صدیق فرهنگ، پیشین، ص ۵۴۴ و ۵۴۵.

۲. سیدحسن امین، پیشین، ص ۳۳۳.

بحث اصلاحات امانی در قلمرو قانون‌گذاری و نظام‌نامه‌ها، انتقادات زیادی را برانگیخت. از آن جمله نظام‌نامه نکاح حساسیت زیادی پدید آورد. در این نظام‌نامه، داشتن یک زن، تشویق و برای نکاح دوم، مالیه گذاشته شده بود. داشتن نکاح‌نامه را نیز شرط اول ازدواج قرار داده بود که پس از بحث فراوان بر سر آن، خلاف اسلام دانسته و رد شد. با همه این‌ها، تعیین مجازات برای کسی که با زوجه‌اش بد رفتاری کند، به تصویب رسید.^۱ این وضعیت، موفقیتی برای امان الله خان به شمار می‌رفت، ولی او به آن راضی نبود. از این رو، در لویه جرگه ۱۳۰۷ هـ. ق دوباره اصلاحاتی را درباره ازدواج پیشنهاد داد. وی این بار برای ازدواج سن تعیین کرد و می‌خواست ازدواج پیش از ۲۲ سالگی برای مردان و پیش از ۱۸ سالگی را برای زنان ممنوع کند که این بار هم با مقاومت و سرسختی مذهبی‌ها روبه‌رو و رد شد. با این حال، وی توانست اصلاحات مورد نظرش را در محدوده مأموران دولت به تصویب رساند. بدین ترتیب، مأموران دولت از داشتن بیش از یک زن منع شدند^۲ و کسانی که بیش از یک زن داشتند، مجبور شدند آن زنان را طلاق دهند.^۳

مخالفت روحانیان با اصلاحات مورد نظر شاه، خشم وی را برانگیخت و در یک سخنرانی، با انتقاد از آنان تصریح کرد: «... به خرافات عقیده نداشته باشید؛ زیرا بعضی ملاهای بی‌خرد، دین را زنجیری برای تان ساخته و چیزهای غلط برای شما می‌گویند و شما را فریب می‌دهند.» وی با اشاره به اصلاحات مورد نظرش گفت: «در مقابل

۱. محمد علم فیض‌زاد، جرگه‌های بزرگ ملی افغانستان، (لاهور، ۱۳۶۸)، ص ۷۶.

۲. پیشین، ص ۱۲۹.

۳. میر محمد صدیق فرهنگ، پیشین، ص ۵۴۶.

زنان از مدارا و ترحم کار بگیرد. شما همه از یک کشور هستید و با هم برادر باشید. زنان مانند شما حق دارند و انسانند. بیش از یک زن نگیرید...»^۱

اصلاحات شتابزده امانی مانند کشف حجاب زنان، تغییر لباس مردان و تأکید بر تحصیل زنان زمینه انقلاب و شورش را در کشور فراهم کرد. با گسترش شورش‌های مردمی، شاه به ناچار پذیرفت که اصلاحاتش شتابزده و بی‌مطالعه بوده است و آن‌ها را پس گرفت. با این حال، وی به این هم بسنده نکرد و بدون اعتنا به حیثیت خودش و احساسات ملکه، با دختر عمویش ازدواج مجدد کرد. شاه در اینجا نیز مرتکب اشتباه شد، زیرا «هیچ کس نمی‌گفت که شاه دو یا سه زن بگیرد، بلکه بر این اعتراض داشتند که چرا دیگران را از گرفتن زن دوم و سوم و چهارم که عده‌ای خود را از نظر شرع و مقام اجتماعی مستحق آن می‌شمردند، ممانعت می‌کند.»^۲ سرانجام با سرنگونی حکومت امان الله، اصلاحاتش نیز برای مدتی طولانی به فراموشی سپرده شد.

در تجزیه و تحلیل اصلاحات امانی چند نکته قابل توجه است که برمی‌شماریم:

اول - منع تعدد زوجات، الزام به حسن معاشرت، قرار دادن سن ۱۸ و ۲۲ سالگی برای زنان و مردان، اجازه گرفتن از دولت در امر ازدواج و اجباری کردن گرفتن نکاح‌نامه از مهم‌ترین اصلاحات مورد نظر امان الله بود که بدون مطالعات کافی جامعه‌شناختی و حقوقی انجام شد.

۱. ریه تالی ستیورات، جرقه‌های آتش در افغانستان، ترجمه یار محمد کوهسار کابلی، (پیشاور، نشراتی میوند، ۱۳۸۰)، ص ۵۱؛ به نقل از: فاروق انصاری، تحولات سیاسی و اجتماعی افغانستان، (تهران، مرکز اسناد و تاریخ دیپلماسی، ۱۳۸۱)، ص ۱۱۲.

۲. میرمحمد صدیق فرهنگ، پیشین، ص ۵۳۸.

دوم - امان‌الله برای توجیه اصلاحات خود در زمینه‌های یاد شده نمی‌کوشید آن‌ها را به متون دینی مستند کند. به تعبیر دیگر، اصلاحات او وارداتی بودند، نه آنکه از شرایط و اوضاع و احوال داخلی برخاسته باشند. برخی استادان حقوق معتقدند اصلاحات امانی نه تنها مخالف صریح آموزه‌های اسلام نبود، بلکه مبتنی بر تفسیر مجدد آیات وحیانی قرآن بود و هرگز به معنای کنار گذاشتن شریعت به شمار نمی‌رفت.^۱

باید گفت این تفسیر بسیار خوش‌بینانه است. شاه بر اثر خویشاوندی با مشروطه‌خواهان و آزادی‌خواهان، با اندیشه آنان آشنا شده بود. از این‌رو، برای اجرای اصلاحات کمر همت بریست. در این میان، وضع مقررات برای کشف حجاب زنان، منع تعدد زوجات (که به نص قرآن کریم جایز شمرده شده است)، تعیین سن ازدواج (که با بلوغ شرعی مقرر در احکام مذهب معارض است) و تغییر تعطیلی روز جمعه به شنبه با آموزه‌های اسلامی مخالف بود. این شواهد و قرائن در کنار سلوک شخصی امان‌الله حکایت از آن دارد که شاید بتوان برخی از اصلاحات امانی را بر مبنای متون شریعت توجیه کرد، ولی کسب استقلال افغانستان که مایه غرورش شده بود و اندیشه‌های آزادی‌خواهانه و نیز غرب‌گرایی افراطی او مانع از آن شد که اصلاحاتش را بر منابع اصیل پایه‌ریزی کند. گفتنی است امروزه کشورهای اسلامی معمولاً تلاش دارند اصلاحات مورد نظرشان را بر مبنای شریعت و تفسیر متون دینی استوار سازند، چنان‌که برخی پژوهش‌گران کوشیده‌اند تا منع تعدد زوجات را از خود قرآن کریم استنباط کنند.^۲

۱. محمد هاشم کمالی، پیشین، ص ۱۳۵.

۲. نصر حامد ابوزید، «شریعت و سکولاریسم در احوال شخصیه تونس»، ترجمه: عبدالله شفایی، فصلنامه نگاه معاصر، خزان ۱۳۸۲، ش ۳، ص ۲۹.

بنسبراین، مبتنی ساختن اصلاحات امانی بر اصول اندیشه سکولاریستی از یافتن پایه و اساس دینی راحت تر است. آن هم در آن زمان که یک نفر کارشناس قانون و حقوق در کشور نبود و علما نیز به مجامع علمی و مهم آن روزگار چون الازهر راه نیافته بودند.

ب) اصلاحات در قانون مدنی

بر اساس قانون اساسی ۱۳۴۳، دیوان عالی قضایی تشکیل شد و این ذهنیت را پدید آورد که باید قانون مدنی نوشته شود و قوانین پراکنده در مجموعه‌های حقوقی گرد آید. با این حال، در عمل، تا سال‌های اوایل دهه ۱۳۵۰ که مشاور امریکایی وزارت دادگستری، قوانین موجود را گردآوری کرد، کسی نمی‌دانست چه قانونی در کشور وجود دارد.^۱ قضات محاکم احوال شخصیه نیز چون پرورده نظام آموزشی قدیم بودند و با قوانین مدون کشور تقریباً ارتباطی نداشتند، هر یک تعبیرهای بسیار متفاوتی از قوانین بیان می‌کردند.

این تحولات حقوقی با تحولات اجتماعی و سرنگونی رژیم شاهی و روی کار آمدن حکومت جمهوری همراه شد، تا اینکه در سال ۱۳۵۵ اولین قانون مدنی و قانون جزایی افغانستان به تصویب رسید. به دلیل نزدیکی تصویب این قوانین با تحولات بعدی؛ یعنی انقلاب اسلامی، کودتای کمونیستی، اشغال افغانستان و سال‌های جنگ، جهاد و مهاجرت تا کنون فرصت نقد و بررسی این قانون فراهم نگشته است. با این حال، مسلم است که این قانون، گام ارزشمندی در تاریخ حقوق کشور به

۱. گروهی از پژوهشگران، افغانستان، ص ۳۰۹.

شمار می‌آید که بخش مربوط به احوال شخصیه به‌ویژه بحث ازدواج و طلاق آن هم از اعمال اصلاحات اساسی در امان نمانده است. تعیین سن ازدواج (ماده ۷۰ ق. م)، محدود کردن تعدد زوجات (ماده ۸۶ ق. م)، محدود کردن مرد در استفاده از حق طلاق و دادن حق مطالبه طلاق و تفریق به زن (ماده ۸۸ ق. م)، لزوم داشتن نکاح‌نامه (ماده ۶۱ ق. م)، اعتبار نداشتن طلاق مکره و معتوه (سفیه) و نایم (خواب) (ماده ۱۴۰ ق. م)، طلاق مقترن به عدد، یک طلاق شناخته می‌شود (ماده ۱۴۵ ق. م)، به دلیل امکان مطالبه تفریق از سوی زوجه غیبت غیر موجه زوج در بیش از سه سال (ماده ۱۹۴ ق. م) در صورت محکوم شدن زوج به حبس بیش از ده سال، امکان مطالبه تفریق از سوی زوجه (پس از گذشت ۵ سال)، (ماده ۱۹۶ ق. م) از مواردی است که قانون در آن، مسیری به جز فقه حنفی را پیمود که پیش‌تر ملاک عمل قضات و محاکم بود. این تغییرات به گونه‌ای بود که می‌توان گفت قانون‌گذار قالب فقه حنفی را که مدت درازی یک‌ه‌تاز میدان بود، شکسته و به فقه مذاهب دیگر از جمله فقه جعفری توجه کرده است. به طور کلی، دست‌اندرکاران تدوین قانون مدنی با استفاده از تجربه قانون‌گذاری در کشورهای چون عثمانی و مصر کوشیدند احکام اسلام را رعایت کنند. ولی تطبیق کامل احکام اسلامی را ناممکن دانستند.^۱

۱. داوودخان که پس از کودتای سال ۱۳۵۲ رئیس جمهور شد، در گفت و گویی با روزنامه کیهان، تطبیق کامل احکام اسلامی را در افغانستان، زهر کشنده خواند و وعده داد که در شرایط مساعد در مورد تغییر احکام شرعی، قوانینی وضع خواهد کرد. نک: ۲۶ سرطان داوودخان، نشر نهضت آزادی ایران، بخش خارج از کشور، ۱۳۵۵، ص ۳۲.

در سال‌های جنگ در کشور، شورای وزیران افغانستان، قانون اصول محاکمات مدنی را در سال ۱۳۶۸ به تصویب رساند. پیش‌تر رئیس جمهور در فرمانی اختیار تصویب این قانون را به آن شورا واگذار کرده بود. این قانون که در ۵۰۶ ماده تدوین شده بود، با رعایت چارچوب قانون مدنی، جایگاه شریعت را نیز در نظر گرفته بود. ماده ۴۹۸ قانون اصول محاکمات مدنی تصریح می‌کرد:

قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی، بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه وقوف کافی داشته باشد.^۱

این ماده به ماده ۱ و ۲ قانون مدنی اشاره داشت که قاضی را موظف می‌کرد ابتدا قانون و در صورت نبود قانون، مطابق اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام که عدالت را به بهترین ممکن تأمین کند، رأی دهد. همچنین در مواردی که حکم موضوعی را در قانون و اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام نیابد، مطابق عرف عمومی، حکم صادر کند، مشروط بر اینکه عرف نقض کننده احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.

در دوره امارات اسلامی نیز با صدور فرمان شماره ۳۶۷ در تاریخ ۱۳۷۶/۲/۲۲، از میان تمام قوانین گذشته افغانستان، فقط قوانینی تنفیذ شد که با شریعت و فقه حنفی مغایر نبود.^۲

روند اصلاحات اکنون به آنجا رسیده است که برای اولین بار، حقوق اقلیت شیعه در احوال شخصیه رسمیت یافت و این مطلب در ماده ۱۳۱

۱. قانون اصول محاکمات مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل، رسمی

جریده [روزنامه رسمی]، ۱۳۶۹، ش ۷۲۲.

۲. جریده رسمی، ۱۳۷۶/۱۹۹۷، ش ۷۸۳، ص ۵۱.

قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲ گنجانده شد. بر اساس این ماده، احوال شخصیه شیعیان تابع احکام مذهب تشیع است که پس از تدوین باید به تصویب مجلس برسد و صورت قانون به خود بگیرد.

طبیعی است قانون مربوط به احوال شخصیه شیعیان باید مبتنی بر نصوص قرآنی و سنت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و ائمه معصومین علیهم السلام و نیز اجتهاد فقیهان نام‌دار شیعه باشد. به این ترتیب، پس از حدود یک قرن، بار دیگر شیعیان به این بخش از حقوق حقه خویش دست یافتند.

مبحث دوم - مبانی استقلال قضایی شیعیان افغانستان در احوال شخصیه

بر اساس قواعد حقوق موضوعه، اصل آن است که یک قانون بر احوال شخصیه اتباع یک کشور حکومت کند. دوگانگی قانون احوال شخصیه یک استثنا است و باید توجیه منطقی داشته باشد.

اکنون باید دید تفکیک قانون احوال شخصیه شیعیان از قانون مدنی که بر مبنای فقه حنفی تدوین شده است، چرا و به چه منظور صورت گرفت؟ فلسفه ماده ۱۳۰ قانون اساسی که می‌گوید قوانین افغانستان بر اساس احکام مذهب حنفی تدوین می‌شوند و ماده ۱۳۱ آن قانون که می‌گوید شیعیان در احوال شخصیه، تابع مذهب متبوع خود هستند، چیست؟ این جدایی که مشکلات اجرایی خواهد داشت، بر کدام مبنای حقوقی و علمی استوار است؟

از دیدگاه حقوق لاییک، توجیه حقوقی این جدایی، به این دلیل دشوار است که حقوق مبتنی بر فلسفه غربی، برای مذهب، نقشی برابر با عرف قایل است. از دید حقوق بین‌الملل خصوصی، عنصر مذهب در

تعیین قانون حاکم نقش ندارد و تنها تابعیت و اقامتگاه اثر گذار است. در مقابل، از دید حقوق اسلامی، این اقدام به راحتی قابل دفاع است؛ زیرا آزادی مذهبی به معنای عامی که در اسلام وجود دارد، در هیچ دین و آیینی وجود ندارد. در ادامه، به این موارد اشاره خواهیم کرد.

با این همه می توان از مباحث حقوق اقلیت ها و حقوق بین الملل خصوصی به ویژه ادله هواداران قانون ملی در بحث قانون حاکم بر اتباع بیگانه، به دلیل تشابه موضوع و مبانی آن با استقلال قضایی شیعیان در احوال شخصیه استفاده کرد. هم چنین از نتایج مطالعات جامعه شناسی حقوق و فلسفه حقوق که در یک قرن اخیر اثر شگرفی بر مکاتب حقوقی گذاشته اند، می توان بهره برد.

گفتار اول - مبانی حقوقی تفکیک احوال شخصیه شیعیان از قانون مدنی

منظور از علم حقوق در اینجا حقوق و رشته های وابسته به آن است. اکنون باید دید چه مباحثی از حقوق موضوعه می تواند مبنای استقلال قضایی شیعیان افغانستان قرار گیرد.

۱. حقوق اقلیت های مذهبی

اقلیت کیست؟ حقوق اقلیت چیست؟ آیا تعریف اقلیت شامل اقلیت های مذهبی به معنای خاص نیز می شود یا خیر؟ بر فرض مثبت بودن جواب، آیا حقوق اقلیت، استقلال قضایی آنان در احوال شخصیه را هم دربرمی گیرد یا خیر؟

الف) تعریف اقلیت‌های مذهبی

اقلیت در هیچ یک از اسناد بین‌المللی تعریف نشده و اعلامیه جهانی حقوق بشر حتی از آن نام نبرده است. تنها سند مهم بین‌المللی که در آن، ماده‌ای به اقلیت اختصاص داده شده، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶م. است که ماده ۲۷ آن به بیان حقوق اقلیت‌ها به شمول اقلیت‌های مذهبی اختصاص دارد.^۱

اقلیت در این ماده تعریف نشده است، ولی این تعریف را از آن می‌توان استنباط کرد:

اقلیت، گروهی از افراد جامعه می‌باشد که در خصوصیات نژادی یا مذهبی یا زبانی با خصوصیات نژادی یا مذهبی یا زبانی گروه اکثریت متفاوتند.^۲

حقوق دانان تعریف‌های متفاوت و گاه متناقضی از اقلیت بیان کرده‌اند.^۳ کاپوتورتی^۴ می‌نویسد:

اقلیت عبارت است از گروهی که در حاکمیت شرکت نداشته و از نظر تعداد، کمتر از بقیه جمعیت کشور باشند و اعضای آن در عین حال که تبعه آن کشور هستند، ویژگی‌های متفاوت قومی، مذهبی یا زبانی با سایر جمعیت کشور دارند و دارای نوعی حس وحدت منافع و هم‌بستگی در جهت حفظ فرهنگ، آداب و رسوم مذهب یا زبان خود هستند.^۵

۱. هوشنگ ناصرزاده (گردآورنده)، اعلامیه‌های حقوق بشر، (تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۷۲)، ص ۳۳.

۲. پاتریک ترنبری، حقوق بین‌الملل و حقوق اقلیت‌ها، ترجمه: آزیتا شمشادی و علی‌اکبر آقایی، (تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۷۹)، ص ۵۲.

۳. پیشین، ص ۵۳.

4. Capotorti.

۵. پاتریک ترنبری، پیشین ص ۱۲.

به طور کلی، چند ویژگی برای اقلیت بیان شده است که عبارتند:

۱. کمیت: اقلیت از نظر تعداد نسبت به بقیه جمعیت، کمترند.

۲. حاکمیت نداشتن؛

۳. صفات متفاوت فرهنگی؛

۴. عنصر روانی: حس همبستگی به گروه اقلیت.^۱

در این میان، ممکن است موارد نقضی نیز برای این ویژگی‌ها بیابیم. برای مثال، شیعیان عراق در زمان حکومت صدام حسین با اینکه از اکثریت عددی برخوردار بودند، در اقلیت قرار داشتند. بدین ترتیب، معیار کمیت نقض شده بود.^۲

در مجموع، تعریف اقلیت در معنای عام آن بر شیعیان افغانستان که با اکثریت جمعیت کشور، تفاوت قومی، زبانی و مذهبی دارند، تطبیق می‌کند. البته تعبیر اقلیت مذهبی که در ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده است، شیعیان افغانستان را نیز دربرمی‌گیرد؛ زیرا هدف اصلی از حمایت از اقلیت‌ها و به‌ویژه اقلیت‌های مذهبی در اسناد بین‌المللی، کاستن از رنج‌ها و محرومیت‌هایی است که از ناحیه اکثریت حاکم به دلیل اعتقاد به دین و مذهب خاص بر آنان تحمیل می‌شود. این ملاک عیناً درباره شیعیان افغانستان وجود دارد؛ چون در طول تاریخ، به دلیل اعتقادشان آزار دیده و کشتار شده‌اند. بنابراین، حمایت‌های بین‌المللی از حقوق اقلیت‌ها شامل شیعیان افغانستان نیز خواهد شد.

-
۱. نادر ذوالعین، «حمایت بین‌المللی از حقوق اقلیت‌ها»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۷۴ تا تابستان ۱۳۷۴، ص ۱۵، ص ۴۴۷.
 ۲. حسام‌الدین لسانی، «جایگاه اقلیت‌ها در حقوق بین‌المللی بشر»، اندیشه‌های حقوقی، مجتمع آموزش عالی قم، ش ۳، ص ۱ (بهار و تابستان ۱۳۸۳)، ص ۱۳۵.
 ۳. سیدهادی خسروشاهی، «اسلام و تشیع در افغانستان»، مجموعه مقالات دومین سمینار افغانستان (تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۰)، ص ۶۳۵.

ب) شناسایی حقوق اقلیت‌های مذهبی در زمینه احوال شخصیه

اول - شناسایی حقوق اقلیت‌های مذهبی درباره احوال شخصیه در اسناد بین‌المللی

اقلیت‌ها در طول تاریخ، اولین قربانیان اختلاف و جنگ میان کشورها بوده‌اند و متأسفانه بسیاری از تبعیض‌ها که حتی روشنفکران از آن پشتیبانی کرده‌اند، بر مبنای متون کتاب مقدس است.^۱ اولین گام در تدوین حقوق اقلیت‌ها با انعقاد معاهدات دو یا چندجانبه برداشته شد. برای مثال، پیمان «سنت لوئیس» فرانسه در سال ۱۲۵۰ م. برای حمایت از مارونی‌ها منعقد شد که اتباع فرانسه به شمار می‌رفتند. در این پیمان که میان قدرت‌های مسیحی و مسلمان بسته شده بر آزادی وجدان و آزادی انجام مراسم عبادی تأکید شده بود.^۲ با این همه، حمایت جدی از حقوق اقلیت‌ها را باید مرهون تلاش‌ها و بحث‌های طولانی جامعه ملل دانست. حق حیات، حق هویت، آزادی ایمان و عمل به مذهب و تعلیم و تربیت مذهبی اقلیت‌ها در پیش‌نویس دوم میثاق جامعه ملل گنجانده شد.^۳

همچنین ماده ۲ و ۱۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر از آزادی فکر، وجدان و مذهب حمایت کرده است که این حمایت شامل اقلیت‌ها نیز می‌شود.^۴ ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی چنین آمده است:

۱. سی. جی. ویرامانتیری، چشم‌اندازهایی بر آزادی و برابری در جهان سوم، ترجمه: محمود ریاضی، تهران، چاپخش، بی‌تا، ص ۹۰.

۲. پاتریک ترنبری، پیشین، ص ۱۷.

۳. پیشین، ص ۲۹.

۴. گلن جانسون، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه آن، ترجمه: محمدجعفر پوینده، (تهران، نشر نی، ۱۳۷۸)، ص ۸۴.

در کشورهایی که اقلیت‌های نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارد، نمی‌توان اشخاص متعلق به اقلیت‌های مزبور را از این حق محروم نمود که مجتمعاً با سایر افراد گروه خودشان از فرهنگ خاص خود متمتع شوند و به دین خود متدین بوده و بر طبق آن عمل کنند یا به زبان خود تکلم نمایند.

در مواد ۱۸ و ۲۶ این میثاق نیز به آزادی در انجام اعمال و عبادات مذهبی اشاره شده است.

بند یک ماده یکم اعلامیه نفی تمامی اشکال نابرابری و تبعیض مذهبی مصوب ۱۹۸۱م. مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز تصریح می‌کند:

هر کس حق آزادی فکر، وجدان و دینداری را دارد. این حق شامل آزادی داشتن دین یا عقیده‌ای به انتخاب خود شخص و همچنین آزادی ابراز دین یا عقیده خود - به طور فردی یا دسته جمعی به طور خصوصی یا علنی - در عبادت، اجرای مراسم و اعمال و تعالیم مذهبی می‌باشد.^۱

اعلامیه درباره حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌های ملی یا قومی، دینی یا زبانی مصوب ۱۹۹۲م. نیز در بردارنده حقوق مهمی برای اقلیت‌هاست. از جمله بند نخست ماده چهار، دولت‌ها را موظف می‌سازد که تدبیرهای لازم را در پیش بگیرند تا اشخاص متعلق به اقلیت‌ها به صورت کامل و شفاف، تمامی حقوق بشر و همه آزادی‌های اساسی را رعایت کنند.^۲

۱. به نقل از: محمدحسین مظفری، نابرداری مذهبی، (تهران، مؤسسه فرهنگی اندیشه معاصر، ۱۳۷۶).

۲. غلام حیدر علامه، «حقوق اقلیت‌ها در اسلام و اعلامیه‌های حقوق بشر»، حقوق در آینه فقه، (مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۱)، ص ۲۳۰.

چنان که می‌بینیم، آنچه پس از حقوق اصلی بشر، بیشتر در این اسناد بین‌المللی بر آن تأکید شده، آزادی اعتقاد در انجام عبادت‌های مذهبی است. در دین اسلام که تنها به حوزه فردی محدود نیست، احکام دین شامل احوال شخصیه نیز می‌شود. بنابراین، آزادی مورد حمایت این اسناد بین‌المللی، آزادی عمل اقلیت‌ها را در احوال شخصیه، دربرمی‌گیرد. از دیگر سو، افغانستان به عنوان عضو جامعه بین‌الملل بر اساس ماده هفتم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲، التزام خویش را به اعلامیه جهانی حقوق بشر، منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن‌ها پیوسته، از وظایف دولت شمرده است. آن‌چنان که خواهد آمد، افغانستان به بسیاری از میثاق‌های حقوق بشری از جمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی پیوسته است.

در نتیجه، استقلال قضایی شیعیان افغانستان در احوال شخصیه با مبانی حقوقی اقلیت‌های مذهبی منطبق است؛ زیرا احوال شخصیه از امور شخصی است و همانند دیگر اعمال و عقاید مذهبی بر مبنای احکام مذهبی به آن عمل می‌شود.

دوم - شناسایی حقوق اقلیت‌های مذهبی در زمینه احوال شخصیه در اسلام
هرچند استقلال قضایی در احوال شخصیه شیعیان را در حقوق اسلام به طور مفصل بررسی خواهیم کرد، ولی به تناسب بحث حقوق اقلیت‌های مذهبی، به دیدگاه اسلام در زمینه حقوق اقلیت‌های مذهبی اشاره می‌کنیم. پیش از هر چیز، یادآوری این نکته لازم است که مفهوم اقلیت از دیدگاه اسلام با دیدگاه حقوق موضوعه تفاوت دارد. در اسلام، اقلیت زبانی، نژادی و مذهبی به معنای خاص نداریم؛ زیرا اسلام، زبان و نژاد را

مایه برتری و امتیاز نمی‌داند^۱ و مسلمانان و اهل ایمان را نیز با هم برادر و برابر می‌شمارد.

اقلیت مطرح شده در اسلام، اقلیت دینی (مذهبی به معنای عام) است که سه دسته است: دسته نخست؛ اهل کتاب که عبارتند از یهود و نصارا. دسته دوم، شبه اهل کتابند که معمولاً با آنان مانند اهل کتاب رفتار می‌شود نظیر زردشتیان. دسته‌ای دیگر همانند ستاره‌پرستان هستند در هیچ یک از این دو گروه نمی‌گنجد، آیین‌شان از نظر اسلام اعتبار ندارد.^۲ اسلام، حقوقی را که برای اقلیت‌های مذهبی از جمله آزادی در انجام عبادت‌ها در اسناد بین‌المللی آمده، قرن‌ها قبل پذیرفته است، جز آنکه آزادی تغییر عقیده را نمی‌پذیرد. به همین دلیل، نمایندگان کشورهای اسلامی به ماده دوم اعلامیه جهانی حقوق بشر اعتراض دارند.^۳ به باور یکی از پژوهش‌گران غربی: «اسلام علاوه بر اینکه به پیروان سایر ادیان الهی، آزادی و امتیازاتی داده، برای جلب بیشتر این اقوام و سایر ملت‌ها، در آداب و فرایض دینی، آسان‌گیری‌هایی را رعایت می‌کند».^۴

هر چند اندیشمندان غربی عادت دارند از هر پدیده‌ای تفسیر مادی ارائه دهند، ولی حق این است که در ایدئولوژی اسلامی، فرد تابع خداست، نه دولت. مسلمان در هر جای دنیا باشد، تابع قانون مذهبی و

۱. حجرات: آیه ۱۲.

۲. (شیخ) محمد بن حسن طوسی، مبسوط، تصحیح: محمدتقی کشفی، تهران کتابخانه مرتضوی، ۱۳۸۸ ه.ق، ج ۲، ص ۲۶۱.

۳. جمعی از نویسندگان، حقوق بشر از دیدگاه اسلام (آراء دانشمندان ایرانی) (تهران، انتشارات بین‌المللی هدی، ۱۳۸۰)، ص ۱۷۱.

۴. مارسل بوازار، اسلام و حقوق بشر، ترجمه: محسن مؤیدی، (تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۵۸)، ص ۱۰۶.

الهی خود است، نه تابع قانون سرزمینی و غیر الهی. این تسامح برخاسته از روحیه مسالمت آمیز و صلح جوی مسلمانان است. در واقع، اسلام بسیاری از حقوق از جمله استقلال قضایی و آزادی پیروی از دین را به ایشان اعطا کرده است.^۱ نمونه‌های تاریخی و سفارش پیشوایان دینی بر رعایت حقوق اقلیت‌های دینی نیز فراوان است. امام علی علیه السلام در نامه تاریخی خود به مالک اشتر نخعی می‌فرماید:

مالک! رحمت بر رعیت و محبت و لطف بر همه آنان را بر قلبت قابل دریافت کن و برای آنان درنده‌خوی خون‌آشام مباش؛ زیرا همه آنان از دو حال خارج نیستند. یا برادر دینی تو هستند و یا نظیر تو در خلقت (هم‌نوع).^۲

همچنین خلیفه دوم پس از فتح بیت المقدس با اهل آن شهر پیمانی بست که در آن آمده است:

این عهدنامه شامل تأمین‌هایی است که عمر به اهل ایلیا داده است. به آنان برای خود، کلیسا و صلیب‌شان امان داده است. بر دین‌شان مجبور نشوند. هیچ کدام از آنان مورد آزار قرار نگیرند.^۳

این رویکرد آزادمنشانه در میان کشورهای اسلامی در طول تاریخ نهادینه شده است. چنان‌که در باب نکاح، به جز مالکیه، دیگر مذاهب اسلامی

۱. عباس علی عمید زنجانی، حقوق اقلیت‌ها، (تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۰)، ص ۱۸۷.

۲. امام علی علیه السلام، نهج البلاغه، صبحی صالح، (قم، دارالهجرة، بی‌تا)، ص ۴۲۷. متن عبارت چنین است: «و اشعر قلبک الرحمة للریة و المحبة بهم و لا تکنون علیهم سبعا ضاریا تغتتم اکلهم، فانهم صنفان: اما اخ لك فی الدین، او نظیر لك فی الخلق».

۳. علی عبدالواحد وافی، حقوق الانسان فی الاسلام، (قاهره، دارالنهضة مصر، ۱۳۹۸ هـ / ۱۹۷۹)، ص ۲۲۰.

اتفاق نظر دارند که ازدواج غیر مسلمان اگر بر اساس اعتقادات دینی خود آنان صورت گرفته باشد، همه صحیح است و «ما مسلمین کلیه آثار صحت را بر آنها مترتب می‌دانیم و فرقی در این خصوص بین اهل کتاب و غیر ایشان حتی افرادی که نکاح با محارم را جایز می‌دانند، نمی‌گذاریم».^۱

در اصل کلی احترام به احوال شخصیه اقلیت دینی استثناهایی وجود دارد، نظیر اینکه حکم به صحت احوال شخصیه موجب تضييع حق مسلمانی نشود.^۲

با توجه به آنچه گفتیم، تعریف حقوقی اقلیت‌ها شامل اقلیت‌های مذهبی به معنای خاص مثل شیعیان افغانستان نیز می‌شود. در نتیجه، از حمایت‌های آن هم برخوردار خواهد شد. با این حال، تعریف اقلیت مذهبی به معنایی که در اسلام بیان شده است، شامل شیعیان افغانستان نمی‌شود؛ زیرا اقلیت مذهبی در این تعبیر، مترادف با کافر است. البته این سخن به آن معنا نیست که با شیعیان به عنوان اقلیت مذهبی به معنای خاص، رفتاری بدتر از اقلیت‌های مذهبی به معنای عام از جمله یهود و نصارا داشته باشیم، بلکه بر عکس، در کشور اسلامی، وقتی به عقاید و احکام پیروان ادیان دیگر احترام گذاشته می‌شود، به پیروان دیگر مذاهب اسلامی به طریق اولی باید احترام نهاد. در همین زمینه باید دانست در قوانین اساسی گذشته افغانستان به آزادی دینی غیر مسلمانانی نظیر یهود و هندو تصریح شده بود، در حالی که شیعیان از آزادی مذهبی و پیروی از احکام مذهب خود در احوال شخصیه محروم بودند.

۱. محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، (تهران، مؤسسة الصادق علیه السلام، ۱۳۷۷/۱۹۹۸)، ص ۳۱۵.

۲. سید محمد متولی، احوال شخصیه بیگانگان در ایران، (تهران، ساز و کار، ۱۳۷۸)، ص ۶۹.

۲. احوال شخصیه پیگانگان از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی

احوال شخصیه یکی از مباحث مهم در بحث تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی است. احوال شخصیه وقتی موضوع بحث حقوق بین‌الملل خصوصی قرار می‌گیرد که یک یا چند عامل خارجی در آن دخیل باشند؛ چون در این فرض، تعارض قوانین به وجود می‌آید.

نکته قابل توجه اینکه عوامل مؤثر در وضعیت پیگانه و قانون حاکم بر آن، دو عنصر «تابعیت» و «اقامتگاه» هستند که بیش از همه منشأ اثرند. پس عنصر مذهب در تعیین قانون حاکم بی‌اثر است.

از دیدگاه حقوق موضوعه، تعارض احکام مذهبی اقلیت‌ها با قوانین جاری یک کشور از مبحث تعارض قوانین خارج است؛ چون در این رابطه، عنصر خارجی تابعیت و اقامتگاه وجود ندارد. به تعبیر دیگر، تعارض داخلی از مباحث حقوق بین‌الملل خصوصی نیست.

به دلیل تغایر مفهومی پیگانه و اقلیت مذهبی در حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق اسلام، راه حل یکی را به طور مستقیم نمی‌توان مبنای عمل در دیگری قرار داد. با این حال، به دلیل مشابهت موضوع که موضوع هر دو، پیگانه است، به صورت غیر مستقیم، راه حل‌های آن دو را می‌توان به طور تطبیقی مطالعه کرد.

دو راه حل برای احوال شخصیه پیگانگان در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح است. برخی قانون اقامتگاه را حاکم می‌دانند.^۱ ماده ۱۲ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان کنوانسیون (مصوب ۱۹۵۱ ژنو) از

۱. محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۷۴).

این راه حل پیروی کرده است و احوال شخصیه پناهندگان را تابع قانون کشور محل اقامت آنان قرار داده است. دسته دیگر بدون توجه به نص این کنوانسیون، پناهندگان را تابع قانون دولت متبوع آن ها دانسته اند.^۱

در اینکه کدام راه حل بهتر است، کشورها بر اساس مصلحت خود انتخاب می کنند. در تحلیل های حقوقی، استدلال هواداران قانون دولت متبوع، متین تر و استوارتر می نماید^۲ و بیشتر کشورها نیز آن را پذیرفته اند. در عمل نیز این نظریه در سطح بین المللی اجرا می شود.^۳

تفکیک میان تابعیت و اقامتگاه در قرن نوزدهم در غرب صورت گرفت، در حالی که اسلام، قرن ها پیش، مسلمانان مقیم در خارج را در همه امور تابع قانون اسلام و خارجیان مقیم کشور اسلامی را در امور غیر کیفری تابع قانون کشور متبوع آنان قرار داده است.^۴

بر مبنای این اندیشه حقوقی در اسلام، کشورهای اسلامی همگی بر اساس قانون دولت متبوع در حل تعارض قوانین با بیگانگان برخورد می کنند. برای نمونه، دو کشور بزرگ اسلامی ایران و مصر در حل تعارض از قانون دولت متبوع پیروی کرده اند.^۵

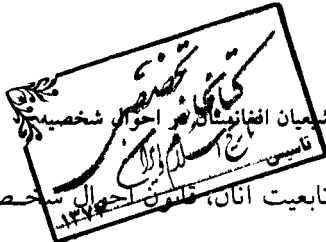
۱. شیرین عبادی، حقوق پناهندگان، (تهران، گنج دانش، ۱۳۷۳)، ص ۳۵.

۲. نجادعلی الماسی، تعارض قوانین، (تهران، نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸)، ص ۱۵۳.

۳. محمود سلجوقی، حقوق بین الملل خصوصی، (تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷)، ج ۲، ص ۲۱۳.

۴. مصطفی دانش پڑوه، اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، (تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه - قم، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۱)، ص ۲۸۴.

۵. صالح بن حسین عاید، حقوق غیر المسلمین فی بلاد الاسلام، (ریاض، دار اشبیلیا، ۲۰۰۳/۱۴۲۳)، ص ۴۲؛ تعارض قوانین، ص ۱۵۳.



روند تحول و مبانی خودمختاری شیعیان افغانستان در احوال شخصیه

لبنان نیز به تعداد طوایف دینی و تابعیت آنان، قانون احوال شخصیه تدوین کرده است.^۱

ماده ۷ قانون مدنی ایران تصریح می‌کند:

اتباع خارجی مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.

بیشتر نویسندگان حقوق بین‌الملل خصوصی، به رغم ظهور این ماده، وجود معاهده را شرط اجرای قانون کشور متبوع خارجیان نمی‌دانند.^۲ در حقیقت، می‌توان گفت آنچه در قوانین کشورهای اسلامی انعکاس یافته، از راه‌کار حقوق اسلام درباره قانون حاکم بر خارجیان اثر پذیرفته است.

۳. مبانی جامعه‌شناسی و فلسفی استقلال قضایی شیعیان افغانستان

مباحث فلسفه حقوق بیشتر جنبه کلی و نظری دارد و فیلسوف حقوق پیش از هر چیز، به بحث نظری درباره ماهیت حق و عدالت و حقوق

۱. مصطفی جمال، الاحوال الشخصیه لغیر المسلمین، (بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۳)، ص ۵.

۲. محمود سلجوقی، پیشین، ص ۲۱۹؛ بهشید ارفع‌نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۷۳)، ج ۱، ص ۲۳۱؛ محمد متولی، پیشین، ص ۹۲. برای دیدن نظر مخالف که وجود عهدنامه را شرط اجرای ماده ۷ می‌دانند، نک: حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۰، ص ۱۰۲؛ فرهاد پروین، «نگاه دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران»، مجله حقوقی، ۱۳۷۸، ش ۲۴، ص ۲۷۴؛ نجاد علی الماسی، پیشین، ص ۱۵۷ (دکتر الماسی در پاورقی یادآوری می‌کند که در عمل، دادگاه‌های ایران، احوال شخصیه اتباع خارجه را بدون وجود عهدنامه نیز تابع قانون دولت متبوع آنان می‌دانند).

طبیعی می‌پردازد. در مقابل، جامعه‌شناسی حقوقی با روش مطالعات تجربی و علمی، از حقوق بحث می‌کند. با این حال، شباهت میان این دو رشته به سبب اختلاط برخی مباحث آن‌ها شده است.^۱ به این دلیل، اکنون به خودمختاری قضایی از دیدگاه این دو رشته مهم حقوق می‌پردازیم.

الف) عدالت

عدالت از آرمان‌های بزرگ بشری است که همواره ادیان الهی آن را از مهم‌ترین آموزه‌های خود دانسته و بشر را به رعایت و اجرای آن فراخوانده‌اند. بشر پس از ملاحظه «آنچه هست»، به جوهر «آنچه باید باشد» دست یافته است. از اختلافات موجود درباره تفسیر عدالت که بگذریم، عدالت به دو دسته صوری و ماهوی تقسیم می‌شود. عدالت صوری به این معنا است که قاعده بر همه موقعیت‌ها و اشخاص که موضوع آن قرار می‌گیرند، یکسان حکومت کند و تبعیض روا ندارد، خواه مفاد آن درست باشد یا نادرست. بر عکس، در عدالت ماهوی به مضمون و محتوای قاعده نیز توجه می‌شود. برابری داشتن کفایت نمی‌کند، بلکه کیفیت نیز مطرح است و سزاوار بودن، شرط اجرای عدالت به شمار می‌آید.^۲ بر اساس آخرین مطالعات فلاسفه درباره جایگاه عدالت و رابطه آن با حکومت در چند دهه اخیر به‌ویژه جان راولز^۳، مشروعیت سیاسی و اخلاقی دولت و قوانین آن علاوه بر کسب رضایت

۱. نجادعلی الماسی، جزوه (پلی کپی) جامعه‌شناسی حقوقی، (قم، دانشگاه مفید، ۱۳۷۶)، ص ۱۰.

۲. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶)، ج ۱، ص ۱۷۶.

3. Jahn Rawls.

شهروندان، مقید به رعایت اصول عدالت است. البته این عدالت، ناظر به عدالت صوری و ماهوی است؛ چون به عقیده راولز، انسان‌ها در یک وضعیت اولیه از بی‌طرفی مطلق که یک وضعیت آرمانی و فرضی است، به عنوان انسان‌های عاقل، آزاد و برابر، بر سر مفهوم واحد و اصول مشترک از عدالت توافق می‌کنند.^۱ این بیان که متکی بر اندیشه قرارداد اجتماعی روسو^۲ است، از اهمیت فراوان این اصل در امر قانون‌گذاری حکایت دارد. وی تصریح می‌کند:

عدالت فضیلت، نخست نهادهای اجتماعی است، همان‌گونه که حقیقت برای نظام‌های فکری چنین است. یک نظریه هر قدر هم آراسته باشد، اگر خلاف حقیقت است، باید طرد یا ترمیم شود. قوانین، مقررات و نهادهای حقوقی و سیاسی نیز هر قدر هم کارآمد و خوب ترتیب یافته باشند - اگر غیر عادلانه‌اند - باید ملغایا یا اصلاح گردند.^۳

این واقعیت روشن است که تفکر برخی حقوق‌دانان و فلاسفه از جمله هواداران «مکتب تحقیقی حقوقی» که قانون را برابر با حقوق می‌نهند و واقعیتی را فراتر از آنچه دولت وضع می‌کند، نمی‌پذیرند، چقدر بی‌بنیاد و خطرناک است.

عدالت از ارزش‌های ذاتی انسان است^۴ و برای حقوق‌دانان آرمانی است که قوانین از آن الهام بگیرند و عدالت، معیار نیک و بد قوانین

۱. محمد امین احمدی، «الزامات عدالت و انصاف در وضع و تصویب قانون اساسی»، فصلنامه نگاه معاصر، (بهار ۱۳۸۲)، ش ۱، ص ۳۳.

2. Rosu.

۳. ناصر قربان‌نیا، عدالت حقوقی، (تهران، مؤسسه فرهنگی دانش معاصر، ۱۳۸۰)، ص ۱۹۵.

۴. مصطفی ملکیان، دولت، دین اخلاق و آزادی، فصلنامه نگاه معاصر، (تابستان ۱۳۸۲)، ش ۲، ص ۴۶.

باشد.^۱ عدالت در حقوق چهره‌های بسیار متنوعی دارد که عنوان «عدالت قانونی» تمام وجوه آن را برنمی‌تابد. پس باید از عنوان کامل‌تر «عدالت حقوقی» بهره گرفت. عدالت حقوقی گونه‌های متعددی دارد که عدالت در قانون‌گذاری، عدالت حقوق در گستره حقوق عمومی (عدالت سیاسی)، عدالت قضایی و عدالت کیفری از جمله آن‌هاست.^۲ امروز دورکین^۳ بر اساس الزامات عدالت و اخلاق در حقوق، مقاومت و اعتراض در برابر قوانین ناعادلانه را مطرح می‌کند که طرح او به «نافرمانی مدنی»^۴ موسوم است.^۵ نافرمانی مدنی به مبارزات صلح‌آمیز اقلیت‌ها برای دستیابی به حقوق ضایع شده‌شان در برابر رژیم‌های خودکامه صبغه حقوقی می‌دهد.

سلب آزادی افراد در زندگی شخصی نظیر انتخاب رنگ، لباس و نوع غذا در مواردی که هیچ تعارضی با آزادی دیگران در جامعه ندارد، ظلم و بی‌عدالتی تلقی می‌شود. به همین قیاس، اجبار گروه‌های انسانی جامعه بر خلاف اعتقادات مذهبی‌شان در امور مربوط به احوال شخصیه نیز ستم به شمار می‌رود.

شیعیان افغانستان دارای مذهب و فرهنگی متفاوت با اکثریت جامعه هستند.^۶ متأسفانه در طول تاریخ به‌ویژه یک قرن اخیر، این تفاوت نادیده

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۶۲۹ و ۶۳۹.

۲. همان، ص ۱۹۱.

3. R. Dworkin.

4. Civil disobedience.

۵. رونالد دورکین، نافرمانی مدنی، ترجمه: محمد راسخ، حق و مصلحت (مجموعه مقالات)، (تهران، طرح نو، ۱۳۸۱)، ص ۱۲۳.

۶. سیدمحمدحسین فرهنگ، جامعه‌شناسی و مردم‌شناسی شیعیان افغانستان (قم، مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰)، ص ۲۹۳.

انگاشته و در جامعه افغانستان علاوه بر شکاف قومی، شکاف مذهبی نیز ایجاد شده است.^۱ با توجه به اینکه مبنا و ریشه قانون مدنی افغانستان به ویژه قوانین مربوط به احوال شخصیه، فقه حنفی بود، به اختلاف شیعیان در محاکم بر خلاف اعتقاداتشان رسیدگی می شد^۲ و این بر خلاف عدالت بود.

سعید امیر ارجمند، از منتقدان استقلال قضایی با وجود ایرادهایی که بر ماده ۱۳۱ قانون اساسی ۱۳۸۲ دارد، تصریح می کند:

البته مزیت دادگاه های جداگانه، استقلال قضایی محدود برای اقلیت ها و اجرای عدالت از طریق خود آنان است، ولی با توجه به خطرات فوق الذکر فقط در صورتی توصیه می شود که احتمال ظلم و تبعیض قضات منصوب از طرف دولت نسبت به شیعیان، زیاد و اجرای مقررات متفاوت برای پیروان مذاهب حنفی و جعفری حتی بعد از استفتا از حقوق دانان و فقهای شیعه عضو شعبه مشورت دیوان عالی (ستره محکمه)، غیر ممکن یا در عمل، مشکل باشد.

باید دانست این پژوهش گر، مسئله جدایی دادگاه ها را با جدایی قانون خلط کرده است و موضوع ماده ۱۳۱ قانون اساسی نیز قانون احوال شخصیه است، نه دادگاه ها. افزون بر آن، اگر وی از تاریخ جامعه شیعی افغانستان در طول یک قرن گذشته و وضعیت مردم شناسی و جامعه شناسی آنان در زمان حال خبر داشت، در اینکه استقلال قضایی شیعیان افغانستان به اجرای عدالت نزدیک تر است، تردید نمی کرد. خطرهایی که وی در این زمینه برمی شمرد، عبارتند از:

۱. سید عبدالقیوم سجادی، جامعه شناسی سیاسی افغانستان (قوم، مذهب و حکومت)، (قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۰)، ص ۳۵.

۲. رالف. اچ. ماگنوس و ادن نپی، افغانستان، روحانی، مارکس، مجاهد، ترجمه قاسم ملکی، (تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، ۱۳۸۰)، ص ۱۷.

۱. آسیب دیدن وحدت ملی؛

۲. تنزل محاکم به محاکم درجه دوم؛

۳. احتمال بریده شدن از اصلاحات.^۱

بر خلاف نظر ایشان، باید گفت خودمختاری قضایی نه تنها به وحدت ملی آسیب نمی‌رساند، بلکه در تحکیم وحدت ملی مؤثرتر خواهد بود. رفتار تحقیرآمیز حاکمان گذشته با مذهب جعفری در عمل، شیعیان را از مشارکت در شکل‌گیری هویت ملی دور می‌کرد.^۲ در حقیقت، در نظر گرفتن جایگاه مشخص برای احکام و عقاید شیعیان در بحث احوال شخصیه، به رسمیت شناختن و حرمت گذاشتن به مذهب تشیع است. به همین دلیل، شیعیان برای اولین بار، در صحنه قدرت و بدنه حکومت احساس موجودیت می‌کردند و این امر مایه تلاش بیشتر آنان برای آبادانی کشور و شرکت در ساختن هویت ملی می‌شود.

با نگاهی به رویدادهای سه دهه گذشته کشور نیز به خوبی درمی‌یابیم که یکی از خواسته‌های اساسی احزاب و گروه‌های سیاسی شیعه در افغانستان این بود که عدالت اجتماعی و سیاسی برای تمام مردم افغانستان از جمله اقلیت محروم شیعه در نظر گرفته شود.^۳ بخشی از جنگ‌های داخلی دهه هفتاد خورشیدی نیز در نتیجه نپذیرفتن این خواسته شیعیان رخ داد.

۱. پیشین.

۲. سید عبدالقیوم سجادی، پیشین، ص ۴۸.

۳. ر. ک. احیای هویت، (سخنرانی‌های شهید عبدالعلی مزاری)، قم، ۱۳۷۴، جزوه خواسته‌های شیعیان، شورای مرکزی حرکت اسلامی افغانستان، ۱۳۷۶.

بعید است یک جامعه‌شناس منصف، واقعیت‌های اجتماعی افغانستان از جمله مذهبی بودن مردم را برای رسیدن به وحدت ملی نادیده بگیرد، چون بر خلاف اصل عدالت بوده و چشم‌پوشی از واقعیت است. در جوامع مذهبی مثل ایران و افغانستان، قوانین مذهبی مدت طولانی بر زندگی مردم حکم رانده و به تدریج، به عرف و آداب و رسوم جامعه تبدیل شده‌اند، به گونه‌ای که تغییر آن‌ها موجب هرج و مرج اجتماعی می‌شود.^۱

دو خطر احتمالی دیگر؛ یعنی تبدیل شدن محاکم شیعی به محاکم درجه دو و نیز دور شدن از اصلاحات تا اندازه‌ای مایه نگرانی است. با وجود این، با راهکارهای عملی از جمله تشکیل شورایی از قضات عالی‌رتبه شیعی و علمای تراز اول و در نظر گرفتن فتوای فقیهان روشن‌اندیش، این نگرانی کاهش می‌یابد. با این همه، این اشکال‌ها و شبه‌ها سبب نمی‌شود شیعیان را از حق طبیعی پیروی از احکام مذهبی خود که با اصول عدالت نیز هماهنگی دارد، محروم کنیم. بر این اساس، برخی پژوهش‌گران می‌گویند: «نظام تابعیت (مذهب متبوع) برای احوال شخصیه در حقوق ایران مطابق با مصالح خانواده، سابقه تاریخی و اسلامی و برابر با عدالت خواهد بود».^۲ برخی نویسندگان هم احتمال داده‌اند پناهندگان افغان پیرو اهل سنت که مقیم ایران هستند، تابع قانون این ماده واحده باشند.^۳ این نظر بر این فلسفه استوار است که برای این دسته از پناه‌جویان خارجی، پیروی از احکام مذهبی خود، به عدالت نزدیک‌تر است.

۱. یوسف بهنود، احوال شخصیه از دیدگاه قوانین، (ارومیه، انتشارات انزلی، ۱۳۶۹)، ص ۲۴.

۲. محمد متولی، پیشین، ص ۸۰.

۳. محمدهادی حکیمی، بررسی وضعیت حقوقی ازدواج مختلط افغانی با ایرانی، (همدان، انتشارات نور علم، ۱۳۸۳)، ص ۶۸.

ب) کثرت گرایی حقوقی

موجودیت و برون گرایی انسان بسته به اعمالی است که غایت آن‌ها، بر آوردن احتیاج‌های اوست. احتیاج نیز فقدان و حرمانی است که وجدان انسان در درون وجود خود احساس می‌کند و بر مبنای آن، به سوی خارج، یعنی آنچه ندارد، کشش و گرایش می‌یابد.^۱ جامعه‌شناسی این واقعیت را اثبات کرده است.

بر این اساس، شیعیان از دیرباز برای رسیدن به آزادی نسبی در عمل به احکام مذهبی خود به‌ویژه در احوال شخصیه مبارزه کرده‌اند. این مبارزات در چارچوب علم جامعه‌شناسی و اصول پذیرفته شده آن کاملاً تبیین‌پذیر است.

هرچند همه آموزه‌های مکتب‌های مختلف جامعه‌شناسی پذیرفتنی نیست، ولی، جلب توجه حقوق‌دانان به جامعه و واقعیت‌های موجود دستاورد انکارناپذیر این مکتب‌هاست. یکی از این موارد که فواید انکارناپذیر آن در جامعه‌شناسی به اثبات رسیده، «کثرت گرایی حقوقی» است.^۲

منظور از تکثرگرایی حقوقی، دموکراسی مستقیم حقوقی به آن معنا نیست که مردم همگی در وضع قانون مشارکت داشته باشند، چنان که در سوئیس و برخی ایالت‌های امریکا رایج است.^۳ در جایی که نمایندگان منتخب مردم قانون را وضع کرده‌اند یا قوانین متعدد برای گروه‌های مذهبی و قومی با آداب و احکام مختلف وضع شده باشد، تکثرگرایی حقوقی وجود خواهد داشت.

۱. ن. آر پولانزاس، واقعیت و حقوق، ترجمه: نجادعلی الماسی، (تهران، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۴)، ج ۱، ص ۱۸۵.

۲. پرویز صانعی، پیشین، ص ۴۸ - ۵۰؛ ناصر کاتوزیان، پیشین ص ۲۶۲ و ۲۷۰.

۳. پرویز صانعی، پیشین، ص ۲۳۲.

تکثرگرایی حقوقی، مشروعیت نظام سیاسی را در پی دارد؛ چون بحران مشروعیت بیشتر در جوامعی رخ می‌دهد که اعضای آن امکان واقعی و عملی برای دخالت و تصمیم‌گیری درباره مصالح جمعی و شخصی خود ندارند. «در جامعه‌ای که مردم عملاً دخالتی در تعیین سرنوشت خود ندارند و به طور یک‌جانبه و تبعیض‌آمیز مورد احکام ضد و نقیض مقامات رسمی قرار می‌گیرند، احساس محرومیتی که از تخلف مقامات در اعضای جامعه پدید می‌آید، به صورت سازنده و جمعی، آن‌گونه که در جوامع دموکراتیک معمول است، دفع نمی‌شود و مایه رفتارهای گوناگون ضد اجتماعی و بی‌علاقگی مردم نسبت به زندگی جمعی می‌شود. این احساس محرومیت که دامنه آن به صورت تزییدی و در تجربیات روزمره مردم گسترش می‌یابد، از عوامل مؤثر در میزان بزه‌کاری است و تمایل به نقض قانون، بسته به محرومیت و مجازاتی که در اثر ارتکاب جرم تحمیل می‌شود، باعث انواع و اقسام اعمال ضد اجتماعی و به طور کلی‌تر، بی‌نظمی و بی‌قیدی عمومی می‌شود».^۱

به همین دلیل، در کشوری که قانون مدنی خانواده بر مبنای فقه نگاشته شده است، برتری دادن احکام فقهی یک مذهب بر مذهب دیگری که جمعیت قابل توجهی از شهروندان به آن معتقدند، نادیده انگاشتن احکام مذهبی آن گروه تلقی می‌شود.

به تعبیر نورثروپ،^۲ مطالعه مفروضات اصلی هر فرهنگ که بدون آن حقوق زنده که زیربنای حقوق مدون آن فرهنگ است، قابل شناسایی نیست؛^۳ احکام مذهبی یک اقلیت از مفروضات اصلی فرهنگ آن است

۱. پیشین، ص ۸۵ (با اندکی تلخیص و تصرف).

2. Northrop.

۳. پرویز صانعی، پیشین، ص ۹۷.

که مبارزه با آن مفروضات به معنای مبارزه با فرهنگ و هویت آن اقلیت خواهد بود. احوال شخصیه که بخش مهمی از احکام مذهبی را به خود اختصاص می‌دهد، از مفروضات اصلی فرهنگ آنان است. به نظر «ارلیک»،^۱ پایه حقوق را هنجارهای اجتماعی تشکیل می‌دهد. این یک اصل و نوشته نیست، بلکه زاده گروه‌های اجتماعی است و به اعتبار آن‌ها، گوناگون و پیوسته در حال تغییر و زنده شدن است.^۲ از دید او، قواعد اجتماعی حقوق زنده و رسمی از نظر تأثیر و کارایی در یک سطح قرار دارد. به تعبیر وی، حقوق مانند کوه یخ شناور است که بخش کوچکی از آن پیداست که حقوق موضوعه را تشکیل می‌دهد و بخش زیرین و پنهان آن حقوق زنده است.^۳

جامعه‌شناسان تأکید می‌کنند هر گروه انسانی می‌تواند قواعدی به وجود آورد که اوصاف ویژه قاعده حقوقی را دارا باشد و صلاحیت وضع قواعد حقوقی به طور انحصاری در اختیار گروه سیاسی هیئت حاکمه نیست. در نظام حقوقی کشوری مثل افغانستان که مردم به باورهای دینی اعتقاد دارند و نظم حقوقی مدنی آن تا اندازه زیادی از این باور اثر پذیرفته است، نادیده گرفتن قواعد مذهبی شماری از اتباع کشور، نادیده گرفتن این دستاورد فکری بشر است که برای تدوین حقوق موضوعه یک کشور باید خاستگاه آن را نیز در نظر گرفت. گذشته از آن، نادیده انگاشتن هویت مذهبی و رسوم قومی یک اقلیت بزرگ که در طول تاریخ، معتقد به احکام مذهب جعفری و تابع آن بوده‌اند، بر خلاف

1. E. Erlich.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۶۹.

۳. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۶۷.

انتظارات عمومی شیعیان است. آنان چون قوانین موضوعه احوال شخصیه گذشته را در تضاد با انتظارات خویش می‌پنداشتند، به قانون‌گزیزی و تلاش گسترده برای حفظ هویت مذهبی خود روی می‌آوردند. به این ترتیب، خودمختاری شیعیان در امر احوال شخصیه کاملاً منطبق با اصول عدالت و دستاورهای علم جامعه‌شناسی و مبتنی بر واقعیت‌های انکارناپذیر جامعه امروز افغانستان است؛ زیرا به رسمیت شناختن احوال شخصیه شیعیان افغانستان، نوعی پذیرش کثرت‌گرایی حقوقی است. از سوی دیگر، رسمیت دادن به احوال شخصیه شیعیان، ایجاد حقوق تازه‌ای برای شیعیان نیست، زیرا مقررات مذهبی احوال شخصیه پیش از این، به صورت غیررسمی و بدون پشتوانه الزام دولتی در مورد شیعیان اجرا می‌شد. آنچه با تصویب ماده ۱۳۱ قانون اساسی ۱۳۸۲ رخ داد، آوردن حقوق زنده در ردیف حقوق رسمی کشور است که از حمایت قدرت و اجبار دولتی بهره‌مند می‌شود.

گفتار دوم - مبانی استقلال قضایی مذاهب از دیدگاه اسلام

پیش‌تر درباره خودمختاری قضایی اقلیت‌های دینی و بیگانگان به معنای حقوقی سخن گفتیم. اکنون سخن از خودمختاری قضایی مذاهب اسلامی است. دانستیم که از دیدگاه اسلام، پیروان مذاهب اسلامی بیگانه به شمار نمی‌روند، بلکه با دیگر اتباع و شهروندان، حقوق برابر دارند. با این حال، در عمل چنین نبوده است و در طول تاریخ، برخی حاکمان مسلمان با اقلیت‌های مذهبی، رفتاری به مراتب بدتر از اقلیت‌های دینی داشته‌اند. دلایل متعددی برای این نابرابری وجود دارد. از جمله آنکه مذاهب اسلامی، مدعی رقابت سیاسی و مشارکت در قدرت بوده و هر یک، خود

را سزاوار رهبری جامعه اسلامی دانسته‌اند. این رقابت همیشه در سطح مباحثه‌های نظری نمانده، بلکه گاهی به کارزار و خشونت انجامیده است و حتی از تکفیر و تفسیق همدیگر نیز خودداری نکرده‌اند.

بدین ترتیب، در گیرودار جنگ، جهل و تعصب، برادری اسلامی به دشمنی و نفرت بدل شده است. به همین دلیل، هرگاه فرقه‌ای بر رقیبان خویش پیروز می‌شد، با خشونت و دشمنی فراوان، چه بسا به جنایت‌های بسیاری دست می‌زد.

در تاریخ کشورهای اسلامی، نمونه‌های بسیار وحشتناکی از این نابرابری می‌توان یافت. سخت‌گیری ایوبیان مصر بر شیعیان، بدرفتاری وهابیان با شیعیان، بدرفتاری صفویان با اهل سنت، سخت گرفتن عثمانی‌ها بر شیعیان و در آخر، سرکوب و به انزوا راندن شیعیان افغانستان به دست افراطی‌های تمامیت‌خواه، نمونه‌های گویای این واقعیت هستند.^۱

با این وصف، کاوش در مبانی رفتاری مذاهب اسلامی با یکدیگر از اهمیت علمی و عملی بسیاری برخوردار است. در این گفتار، این مبانی را می‌جوئیم و می‌کوشیم اثبات کنیم خودمختاری قضایی شیعیان در احوال شخصیه نیز بر این مبانی استوار است. افزون بر آن، اسلام نیز بر عدالت و کثرت‌گرایی حقوقی در احوال شخصیه، تأکید دارد که در آینده به آن اشاره خواهیم کرد.

۱. نک: تاریخ حقوق ایران، ص ۳۳۵؛ سیداحمد موثقی، استراتژی وحدت در اندیشه سیاسی اسلام (قم)، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، (۱۳۷۰)، ج ۱، ص ۱۸۶؛ محسن امین، کشف الارتیاب. ص ۳؛ رساله الاسلام، ج ۶، ص ۵۴.

۱. اصل مدارا

نحله‌های مختلف فقهی و کلامی در صدر اسلام و پس از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله پدید آمدند. در زمان صحابه، این اختلاف، کم‌رنگ بود، ولی در زمان تابعین، به دلیل ظهور دو مکتب فقهی مدینه و کوفه پررنگ‌تر شد. از قرن دوم، دوران طلایی فقه آغاز شد و تا نیمه قرن چهارم ادامه یافت.^۱ در این دوران، مکتب‌های بزرگ فقهی به وجود آمدند و به بالندگی رسیدند. در این زمان، اتفاق ناگوار سدّ باب اجتهاد، پویایی و تحرک را از فقه بازستاند. هرچند در مذهب شیعه این اتفاق نیفتاده بود، ولی به دلیل دور بودن مذهب شیعه از صحنه قدرت و حکومت و درگیر نشدن با مشکلات اجتماعی، توان فقه شیعه را به حوزه فردی و عبادات هدایت کرد. پیدایش مکتب‌ها و مذهب‌های مختلف در اسلام در بیشتر موارد، با تنش‌ها و نزاع‌هایی همراه بود. البته این نزاع‌ها پایدار نبودند و به مرور زمان برطرف شدند.

برخی پژوهش‌گران، حرکت مذاهب از تعصب به سوی تفاهم را در سه مرحله ترسیم کرده‌اند: دوران تعصب، دوران احتیاط و دوران تفاهم. به باور این گروه، «تاریخ اسلام گواه است که مذاهب اسلامی از زمان پی‌ریزی اصول مذهبی تا هنگام تعالی و تکامل، در ابتدا، تعصب شدید و شاید جاهلانه و رفتارهای خشونت‌بار در پیش می‌گیرند. چون تعصب، ضد ارزش و تبلیغی منفی است، (مسلمانان) با گرایش به همزیستی، رفتار مسالمت‌آمیز توأم با احتیاط و نگرانی را در پیش می‌گیرند و پس از

۱. مصطفی ابراهیم الذلمی، خاستگاه اختلاف در فقه مذاهب، ترجمه: حسین صابری، (مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۵)، ج ۱ ص ۳۳-۴۲.

برطرف شدن نگرانی و ترس از نابودی هویت مذهبی، با حسن نیت به برقراری ارتباط کامل و تفاهم می‌رسند.^۱

این تحلیل جامعه‌شناختی از سیر تحول رفتاری مذاهب نسبت به یکدیگر نباید موجب این توهم شود که تفاهم میان مذاهب، نتیجه جبر زمان و ضرورت‌های اجتماعی بوده که در پی آزمون و خطا حاصل شده است و هیچ راهکار علمی و فقهی در این زمینه وجود ندارد. باید دانست در بیشتر مذاهب بزرگ اسلامی، مبنای مستحکمی وجود دارد که پیروان خود را همواره به مدارا پرهیز از خشونت فرا می‌خوانند که با دقت در آن مبانی می‌توان به یک اصل کلی دست یافت. این اصل کلی که از آن به «اصل مدارا» تعبیر می‌شود، مورد توجه شریعت اسلامی در احکام مربوط به پیروان مذاهب اسلامی است.

متأسفانه به این اصل توجه لازم نشده و معمولاً به سفارش‌های کلی بسنده شده است. «بی‌توجهی فقها به تبیین بحثی مستقل راجع به امکان وجود دیدگاهی کلی در مورد مدارا با مذاهب در صورت پدیدار شدن اختلافات عقیدتی در جامعه اسلامی و نیز بی‌توجهی نسبت به تبیین احکام مخالفان مذهبی، راه را برای اعمال تعصب‌های پوچ و توأم با خشونت پیروان کوتاه فکر باز گذاشته است».^۲

این کوتاهی و در پی آن، رخ دادن خشونت‌های مذهبی موجب شد تا مسئله ترویج و گسترش دین به آفاق عالم، جای خود را به مبارزه داخلی و ترویج مذاهب دهد. هر مذهبی می‌کوشید تا پیروان مذهب‌های

۱. سیدصادق سیدحسینی، مدارای بین مذاهب اسلامی، تهیه: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، (قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳)، ج ۱، ص ۲۶.

۲. همان، ص ۳۳.

دیگر را به مذهب خود درآورد. بدین ترتیب، نیروهای معنوی و مادی مسلمانان صرف نبردهای بی حاصل شد و زیانهای مالی و جانی فراوانی به بار آمد جنگ‌های «چالدران» و «هرات» تنها دو نمونه کوچک این وضعیت است. برخی صاحب نظران نیز عامل اصلی سقوط امپراتوری عثمانی را تعصب مذهبی شدید حاکمان آن دانسته‌اند.^۱

امروزه به برکت تلاش‌های اصلاح‌گران و افزایش آگاهی پیروان مذاهب اسلامی، آتش فتنه‌ها تا اندازه زیادی فروکش کرده است، ولی دو عامل در کاهش تنش میان مذاهب اسلامی نقش اساسی دارد:

۱. پیوند یافتن منافع کشورهای اسلامی با ترک مخاصمات برای ایستادگی در برابر جهان غرب (که از آموزه‌های اصلی اصلاحگران مسلمان است).^۲

۲. ترک نابردباری‌های مذهبی در جوامع مسیحی غرب پس از جنگ‌های جهانی.^۳

هر چند ندای وحدت و تقریب از همه جای جهان اسلام شنیده می‌شود، هنوز اصول همزیستی بین مذاهب اسلامی در برخی کشورهای اسلامی نادیده گرفته می‌شود و فقیهان آن دیار تبیین فقهی مدارا با مذاهب دیگر را به فراموشی سپرده‌اند. به طور کلی، اندیشه تقریب مذاهب میان مذاهب مختلف را در دو معنا می‌توان پی‌گیری کرد:

۱. نزدیکی میان مبانی فقهی و فکری مجتهدان مذاهب تا با تفاهم بر

۱. همان، ص ۲۵. به نقل از: رسالة الاسلام، ج ۶، ص ۴۴.

۲. سیداحمد موثقی، پیشین، ص ۳۲۴.

۳. محمدحسین مظفری، پیشین، ص ۴۷.

سر نقاط مشترک مذاهب، نقاط اختلاف برطرف شود. البته این روش، مبهم و ناموفق بوده است.

۲. فراهم آوردن زمینه برای تقلید از مجتهدان مذاهب دیگر. اندیشمندانی چون غزالی و شیخ شلتوت این روش را پی گرفته‌اند که بسیار موفقیت‌آمیزتر از روش اول است.^۱

این مهم صورت نمی‌بندد جز با احترام متقابل مذاهب و انجام مطالعات تطبیقی و بازگشت به اصول مشترک که در حل اختلافات فرعی نقش مهمی دارد، چنان که علامه شرف‌الدین بنیان‌گذاری یک نظام حقوقی فراگیر را یکی از راهبردهای اندیشه «تقریب» می‌داند^۲ و می‌گوید: اگر همگان به اسلام و منبع‌های نخستین و اصلی آن بدون جانب‌داری از مذهب خاص یا گروه و یا شخص برگردند، بی‌گمان، در سلامت و سازگاری با هم زیست خواهند کرد...^۳

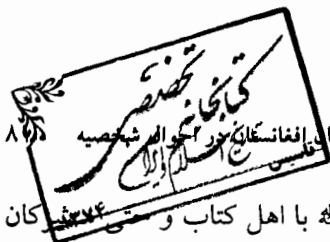
اصل مدارا بین مذاهب، تاکتیک سیاسی بی‌پایه‌ای نیست، بلکه پایه‌های استوار فقهی انکارناپذیری دارد که بر مبنای آموزه‌های دین اسلام از جمله قرآن کریم و سنت قطعی رسول اکرم ﷺ و پیشوایان معصوم علیهم‌السلام استوار است.

قاعده عقلایی الزام که فقیهان امامیه آن را به عنوان قاعده فقهی مطرح کرده‌اند، مهم‌ترین دلیل فقهی مدارا با پیروان ادیان و مذاهب دیگر است که از آن سخن خواهیم گفت.

۱. سیدصادق سیدحسینی، پیشین، ص ۳۴.

۲. سیدحسن همایون مصباح، «سیدشرف‌الدین، سازوکارهای تقریب در جهان امروز»، مجله حوزه، مهر و آبان ۱۳۸۳، ش ۱۲۴، ص ۶۷.

۳. سیدعبدالحسین شرف‌الدین، نص و اجتهاد، (بی‌جا، ابومجتبی، ۱۴۰۴)، ص ۵۵۶.



روند تحول و مبانی خودمختاری شیعیان افغانستان در احوال شیعیه

نمونه‌هایی از مدارای پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با اهل کتاب و سنی و شیعیان در قرآن کریم^۱ و کتاب‌های سیره^۲ وجود دارد. این منش اسلامی در رفتار مسلمانان نیز کاملاً مشهود است که به دو مورد آن اشاره می‌کنیم:

مصر در سال ۱۹۱۵م. اولین مجلس علمای بزرگ مذاهب در این کشور برگزار شد و سرآغاز مشارکت فعال دیگر مذاهب گردید.^۳ این روند با اثر پذیری از اندیشه‌های شیخ محمد عبده گسترش یافت تا جایی که کشور مصر به‌عنوان پیش‌آهنگ توسعه قضایی و تساهل با دیگر مذاهب در میان کشورهای اسلامی مطرح شد.^۴

همچنین در ایران هنگام تدوین قانون مدنی در سال ۱۳۱۲چون قانون مدنی بر مبنای فقه جعفری نگاشته شده بود، به ایرانیان غیر شیعه اجازه پیروی از عرف و عادات مسلم مذاهبشان داده شد که این راه حل با راه حل فقه اسلامی کاملاً منطبق است.^۵

در دوره نوین افغانستان نیز برخی فقیهان از اختلاف میان شیعه و سنی به اختلاف میان دو برادر و دو مکتب اجتهادی تعبیر می‌کنند که همانند اختلاف آرای اجتهادی مجتهدان یک مکتب از اعتبار برابر برخوردار است. پس در ارزش‌گذاری، هیچ یک بر دیگری برتری ندارد و پیروان مذاهب همانند مقلد یک مجتهد موظف به پیروی از آن هستند. اگر هم بنا باشد

۱. احزاب: ۴۵؛ انبیاء: ۱۰۷؛ آل عمران: ۹۴ و ۹۶؛ نحل: ۱۲۵.

۲. ابن هشام، السیرة النبویة، بیروت، احیاء التراث، [بی تا]، ج ۲، ص ۱۴۷.

۳. محمد ابوزهره، پیشین، ص ۹.

۴. محمد مصطفی شلبی، احکام الاسرة فی الاسلام، (بیروت، دارالنهضة العربیة،

الطبعة الثانية، ۱۳۷۹ هـ / ۱۹۷۷م)، ص ۱۲.

۵. تعارض قوانین، ص ۱۵۷.

بحثی صورت گیرد، در سطح عالمان مجتهد است و مردم عادی حق داوری درباره اجتهادات مذهب دیگر را ندارند.^۱ تدوین ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان را نیز در همین راستا می توان تحلیل کرد.

علامه شرف الدین، شهادت به وحدانیت خداوند و نبوت رسول اکرم ﷺ را در شمول قاعده حرمت مسلمانی کافی می دانست و این قاعده را زیرساخت روابط اجتماعی و حقوقی و همزیستی بر اساس کرامت و شرافت انسانی اسلامی می شمرد.^۲ بسیاری از فقیهان شیعه به شمول قاعده معتقدند.^۳ بنابراین، از نظر عالمان روشن اندیش شیعه، آموزه های فقهی دیگر مذاهب از جمله احوال شخصیه آنان از احترام برخوردار است. بدین ترتیب، همان گونه که در بحث قاعده الزام خواهد آمد، بر عقود و ایقاعات آنان - هرچند از نظر فقه ما آن اعمال حقوقی باطل باشد - آثار صحت بار می شود.

در میان فقیهان اهل سنت به جز برخی فرقه های نوظهور نظیر وهابیت که این قاعده را در نظر و عمل، نقض کرده اند، مذاهب اربعه اهل سنت به ویژه ائمه آنان به عقاید و آرای دیگران احترام گذاشته و آرای خویش را اجتهادات خود دانسته اند که دیگران می توانند خلاف آن استنباط کنند. برای مثال، امام ابوحنیفه نعمانی پس از بیان فتوایش

۱. نعمت الله شهرانی، سخنرانی در همایش تأسیس حزب وحدت اسلامی، کابل، تالار لویه جرگه، ۱۶ سنبله ۱۳۸۳ (نقل به مفهوم).

۲. سید عبدالحسین شرف الدین، الفصول المهمة فی تألیف الامه، (تهران، مؤسسه بعثت، چاپ اول)، ص ۱۶.

۳. احمد مبلغی، «مبانی فقهی وحدت از دیدگاه علامه شرف الدین»، فصلنامه فقه، زمستان ۱۳۸۳، ش ۴۲، ص ۹۱.

می گفت: «این نظر ماست و ما کسی را مجبور به پذیرش آن نمی کنیم. به کسی نمی گوییم که کاری واجب است و حال آنکه از پذیرش آن اکراه دارد. هر کس نظر بهتری دارد، بیاورد.»^۱ از این گفته، نهایت احترام به مسلمان، جان و مال، آبرو و عقاید او برداشت می شود. از میان اندیشمندان اهل سنت، ابوحامد غزالی نیز با نگاشتن کتابی، بر رفتار معتدل و همراه با لطف و مهربانی با مخالفان مذهبی و کلامی در جهان اسلام تأکید کرده است.^۲

ابن تیمیه نیز که فتوایش مورد سوء استفاده برای کشتار مخالفان مذهبی قرار گرفت، بر مدارا و احترام به عقاید مخالفان مذهبی تأکید داشت و می گفت:

اهل سنت هیچ مسلمانی را به جهت گناه یا بدعتش تکفیر نکرده و نماز پشت سر او را منع نمی کند. هیچ طایفه ای از طوایف مسلمانان نمی تواند دیگری را تکفیر کند و حق خونریزی و غارت اموال آنان را ندارد، هرچند بدعت گذار باشند.^۳

بسیاری از اندیشمندان، عالمان و فقیهان مذاهب مختلف تلاش کرده اند تا مسلمانان، احترام به عقاید و احکام مذاهب یکدیگر را حفظ کنند. در این میان، بجاست از سند مهم و تاریخی «وثیقه نجف» یاد کنیم که در زمان نادرشاه افشار، عالمان شیعه و سنی بلاد اسلامی از عثمانی، ایران،

۱. محمد بلتاجی، دراسات فی الاحوال الشخصية، (بیروت، مكتبة الشباب، ۱۴۰۰هـ / ۱۹۸۰م)، ص ۶.

۲. ابوحامد غزالی، الاقتصاد فی الاعتقاد، تعلیق و شرح: علی بوملحم، (بیروت، دار و مكتبة الهلال، ۱۹۹۳)، ج ۱، ص ۳۸-۴۲.

۳. احمد بن تیمیه، مجموعة الرسائل والمسائل، تعلیق: سید محمد رشید رضا، بی تا، لجنة التراث العربی، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۵ و ج ۵، ص ۲۰۱.

عراق و افغانستان برای زدودن تعصب‌های مذهبی که در زمان صفویه به اوج رسیده بود، تنظیم و تصویب کردند.^۱

خدمات ارزنده سیدجمال الدین و شاگردانش به‌ویژه شیخ محمد شلتوت سبب شد تعصب مذهبی تا اندازه زیادی فروکش کند. به فتوای شیخ شلتوت، «مذهب شیعه» در ردیف چهار مذهب اهل تسنن قرار گرفت و به اهل تسنن اجازه داد که می‌توانند از فقه مذهب جعفری تقلید کنند. وی گفته است:

من فراموش نمی‌کنم که در دانشکده حقوق اسلامی به تدریس و تحقیق فقه مقارن پرداختم و آرا و نظریات تمام مذاهب اسلامی را در یک مسئله به میان آوردم و در میان آن‌ها مذهب شیعه بهتر بود و در بسیاری از موارد، مذهب شیعه را به خاطر قوی بودن دلیل ترجیح می‌دادم و نیز فراموش نمی‌کنم که در بسیاری از مسائل طبق مذهب شیعه فتوا می‌دادم... (یک فقیه) مسائل بسیاری را می‌یابد که از نظر دلیل، قوی است و با هدف شریعت اسلام، یعنی اصلاح خانواده و اجتماع سازگارتر است و شخص را وادار می‌سازد که آن را بپذیرد و دیگران را به سوی آن راهنمایی کند... از جمله در قانون مدنی مصر، درباره سه طلاق به یک لفظ و طلاق‌های معلق و غیر آن از فقه شیعه امامیه استفاده شده و امروز عمل در این قسمت‌ها بر فقه امامیه استوار است. اصولاً فقیه منصف موارد بسیاری را در فقه شیعه می‌تواند پیدا کند که از حیث دلیل، نسبت به پاره‌ای از اقوال اهل سنت قوت بیشتری دارد و از نظر مصلحت جامعه اسلامی و استقرار خانواده سازگارتر است... ما هدفی جز به دست آوردن حکم صحیح اسلامی از فقه هر یک از مذاهب اسلامی نداریم و قطعاً فقه شیعه در صف اول قرار گرفته است.^۲

۱. برای دیدن این وثیقه‌نامه نک: سیدحسن امین، پیشین، ص ۷۶۹-۷۷۲.

۲. سیداحمد موثق، پیشین، ج ۲، ص ۱۱۹.

سخن این اندیشمند بزرگ اهل سنت را به طور کامل نمی‌توانیم بپذیریم؛ زیرا در این سخنان با اینکه احترام به مذهب شیعه به چشم می‌خورد، از این دیدگاه اثر پذیرفته است که مرزهای فقهی مذاهب را باید پشت سر نهاد و می‌توان به مجموعه‌ای مرکب از احکام مذاهب مختلف پای‌بند بود. شیخ در ادامه سخنانش تصریح می‌کند:

همانا مذهب جعفری معروف به مذهب شیعه دوازده امامی، مذهبی است که همانند سایر مذاهب اهل سنت پیروی از آن شرعاً جایز می‌باشد. پس مسلمانان باید آگاهی داشته باشند و از تعصب بی‌مورد نسبت به مذاهب معینی دست بردارند؛ زیرا دین خدا و شریعتش تابع هیچ مذهبی نبوده و به هیچ مذهبی هم محدود نمی‌شود. همه آنان مجتهدانی هستند که مورد قبول خدای تعالی هستند و هر کس که خود صاحب نظر و اجتهاد نباشد، جایز است که از مذاهب مذکور تقلید کند و به مقررات فقهی آنان خواه در عبادات و خواه در معاملات عمل کند.^۱

از دید برخی پژوهش‌گران، به طور کلی این دیدگاه عالمان اهل سنت به معنی پایان یافتن ادوار فقهی اهل سنت است.^۲ به جز آن باید گفت گزینش التقاطی از احکام مذاهب مختلف، خلاف فرض اول ماست که شیعیان باید در احوال شخصیه از احکام مذهب خویش پیروی کنند گزینش احکام فقهی مذاهب بر اساس مصالح فردی و اجتماعی خود، مذاهب را از محتوا تهی می‌سازد و شأن و منزلت مذاهب را فرو

۱. حسن سعید، ندای وحدت، ترجمه: محمود ناطقی، (تهران، مدرسه چهلستون، ۱۳۶۳)، ص ۴۴۴.

۲. ابوالقاسم گرجی، تاریخ فقه و فقه‌ها، (تهران، سمت، ۱۳۷۰)، ص ۱۱.

می‌کاهد؛ چون هر مذهبی، حقایق، معارف و احکامی به پیروان خود عرضه می‌دارد که آنان را به سعادت ابدی رهنمون شود. تهی کردن مذهب از حقیقت سبب می‌شود دین و مذهب، بازیچه هواپرستان و سیاست بازان شود و هیچ دینداری آن را نمی‌پذیرد.

بر این اساس، آیت‌الله محمدآصف محسنی از عالمان معاصر افغانستان می‌گوید:

علت اصرار بر رسمیت یافتن فقه شیعه... این بود که جمعی از شیعیان کم‌تقوا به قضاوت علمای مذهبی خود بسنده نکرده و نمی‌کنند و راهی محاکم رسمی می‌شوند که قهرآ فقه حنفی بر آنان تطبیق می‌شد که فقه قضات محاکم ماست و فقه رسمی کشور بود و یا قوانین رسمی وضعی غیر اسلامی بر آنان تطبیق می‌شد. فاجعه آن وقت مجسم می‌شد که از نظر فقه شیعه، {زن} در عقد شوهر سابق خود بود، ولی به حکم محاکم، مطلقه محسوب می‌شد؛ طلاق که فاقد شهود عادل بود که از نظر فقه حنفی اشکال نداشت و از نظر فقه جعفری طلاق مذکور باطل بود، ولی زن در اثر جهالت و یا ضعف تدین و عوامل دیگر، پس از مدتی، شوهر دیگر می‌گرفت؛ یعنی زن شوهردار با مرد بیگانه آمیزش می‌کرد و بچه به دنیا می‌آورد. این موضوع در نظر شوهر سابق او و پدر و برادر که متدین بودند و در نظر علما و متدینین شیعه چه مقدار وحشتناک بود و لذا تلاش صورت گرفت که فقه جعفری برای شیعیان رسمی شود.^۱

۱. محمد آصف محسنی، بخشی از پاسخ مکتوب معظم له به پرسش‌های نگارنده در تاریخ ۱۳۸۳/۹/۳۰.

۲. قاعده الزام

باید دانست این قاعده ویژه فقه امامیه است. البته بزرگانی از فقیهان این قاعده را از قواعدی می‌دانند که عقلا بر مبنای آن سلوک می‌کنند و روایات وارده را بازتابی از این سیره عقلایی می‌شمارند و آن را بر این مبنا توسعه می‌دهند. بر این اساس، ما نیز این قاعده را مبنای بحث قرار داده‌ایم.

الف) مفهوم قاعده الزام

هرگاه دو نفر غیر امامی که پیرو دین یا مذهب دیگری هستند، عقد یا ایقاعی ایجاد کنند، ما بر آن عقد یا ایقاع، اثر عقد و ایقاع صحیح را بار می‌کنیم، هرچند بر اساس احکام فقهی ما آن عقود و ایقاعات باطل باشد. بنابراین، اگر زن پیرو یکی از مذاهب اهل سنت، بر اساس احکام مذهب خود طلاق بگیرد، پس از گذراندن عده، شخص شیعی می‌تواند با او ازدواج کند، هرچند بر اساس مذهب شیعه، آن طلاق باطل باشد، برای مثال، بدون حضور دو شاهد اجرا شده باشد.

ب) تفاوت قاعده التزام و قاعده الزام

آنچه در زبان فقیهان امامیه از این قاعده معروف است، قاعده الزام است. قاعده التزام، برداشت تازه‌ای است که برخی فقیهان معاصر از روایات استنباط کرده‌اند.^۱ در اینجا لازم است تفاوت میان آن‌ها را از دو نظر یادآور شویم:

۱. محمد مهدی آصفی، «هم‌زیستی فقهی ادیان و مذاهب»، فصلنامه فقه اهل بیت (علیه السلام)، تابستان ۱۳۷۴، ش ۲، ص ۱۴۷.

اول - دو طرف قضیه حقوقی

در قاعده الزام، دو طرف یک قضیه حقوقی مثل میراث یا طلاق، پیرو اهل سنت هستند و طرف سوم شیعی می‌تواند از مزایای آن قضیه حقوقی که بر اساس احکام شیعی، بی اثر است، استفاده کند. برای نمونه، با زنی که این گونه مطلقه شده است، پس از گذشت عده، ازدواج کند. حتی اگر شیعه، خود، یک طرف قضیه باشد، برای مثال، وارث است و سنی، مورث و بر اساس تعصیب، چیزی به او برسد، بر اساس قاعده، مجاز به دریافت آن است، هرچند در فقه میراث شیعه، تعصیب موجب ارث نیست. بنابراین، در قاعده الزام، شیعی بودن یک طرف قضیه یا ثالث منتفع، ضروری است.

در قاعده التزام، دو طرف قضیه حقوقی، پیرو یک دین و مذهب غیر شیعی هستند و فقط آثار آن قضیه بر اساس مذهب خودشان بر آن بار می‌شود. بنابراین، شیعه بودن یک طرف یا شخص ثالثی که از قضیه بهره‌مند می‌شود، در قاعده التزام، شرط نیست.

دوم - مدرک قاعده

مدرک اصلی قاعده الزام، روایتی است که در مجموعه‌های روایی وارد شده است. برخی فقیهان، اجماع را مدرک آن دانسته‌اند که با وجود روایات مستند اجماع، اجماع مدرکی خواهد بود و اعتبار آن بسته به اعتبار روایات است.^۱

۱. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقهاء، (قم، اسماعیلیان، بی‌تا)، ج ۳، ص ۱۵۴.

یک - روایات

روایات مستند قاعده الزام بیشتر در دو کتاب طلاق و میراث گرد آمده است. در این مورد یازده روایت در وسائل الشیعه در کتاب طلاق وارد شده است که مفاد کلی همه آنها این است که اگر کسی پیرو مذهب اهل سنت باشد و زنش را بر اساس آن مذهب طلاق دهد که از نظر مذهب ما باطل باشد، مثلاً در غیر طهر مواقعه، طلاق را واقع سازد یا سه طلاق را در یک مجلس جاری سازد یا قسم خورد که زنش را مطلقه کند، آیا بر شیعه جایز است پس از تمام شدن عده با چنین زنی ازدواج کند؟ امام معصوم علیه السلام در پاسخ می‌فرماید:

الزموهم من ذالک ما الزموه انفسهم و تزوجوه فلا بأس بذلك.^۱
آنان را به آنچه خود را به آن پای‌بند می‌دانند، الزام کنید. اگر با چنین زنانی ازدواج کنید، بر شما گناهی نیست.

در روایت دیگری آمده است: هر کس به دینی پای‌بند شود، به احکام آن دین نیز پای‌بند گشته است.^۲

در کتاب میراث نیز روایاتی در این زمینه وجود دارد که یکی از آنها روایت زیر است: «عبدالله بن محرز از امام صادق علیه السلام می‌پرسد: کسی مرده است و وراثت او یک دختر و یک خواهر ابوینی است. امام در پاسخ می‌فرماید: از آن دختر است و به خواهر چیزی نمی‌رسد. راوی دوباره می‌پرسد: این باور ماست، ولی میت از اهل سنت است و خواهرش از شیعیان. امام فرمود: پس نصف را برای او بگیر؛ بگیرد از

۱. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه (بیروت، دار احیاء التراث العربی)،

ج ۱۵، ص ۳۲۱.

۲. پیشین، ص ۳۲۲.

آنان همان طور که ایشان بر اساس سنت، قضا و احکام‌شان از شما می‌گیرند.^۱ در آخر روایت محمد بن مسلم به نقل از امام باقر علیه السلام نیز حکم مشابه داده شده و به صورت کلی آمده است: «پیرو هر دین هر چه را حلال می‌دانند، از نظر ما آن چیز بر آنان حلال خواهد بود.»^۲

از تحلیل‌های کلی بیان شده در ذیل روایات به دست می‌آید که این قاعده به طلاق و ارث اختصاص ندارد، بلکه شامل دیگر ابواب فقهی نیز می‌شود. بنابراین، اگر تلف مبیع نزد مشتری ذی‌الخیار اتفاق افتاد و او خود را بر اساس مذهبش، ضامن دانست، شما حق دارید ثمن را از او بگیرید با اینکه بر اساس مذهب شما به موجب قاعده «التلف فی زمن الخيار من مال من لاخیار له»، تلف از جیب بایع است، نه مشتری.^۳

بنا بر این روایات یاد شده با توجه به تحلیل‌های به کار رفته در آن‌ها، می‌توانند مدرک هر دو قاعده قرار گیرند. به این تعبیر که در موارد یاد شده درست است که آن‌ها را به اعتقادشان الزام می‌کنیم، ولی به نوعی، خود را نیز به درستی اعمال حقوقی آن‌ها که از نظر فقه ما باطل است، ملزم می‌کنیم؛ اگر طلاق مورد نظر، باطل باشد، آن زن، شوهردار است و نکاح با زن شوهردار به ضرورت فقه، باطل است. به تعبیر فنی، درست است که از این روایات، حکم تکلیفی جواز بهره‌مندی ما از اعمال حقوقی باطل مذاهب دیگر استنباط می‌شود، ولی حکم وضعی صحت آن اعمال نیز استفاده خواهد شد.

۱. محمد بن حسن طوسی (شیخ طوسی)، تهذیب الاحکام، (بیروت، دارصعب - دارالتعارف، ۱۴۰۱/۱۹۸۱)، ص ۳۲۱.

۲. همان، ص ۳۲۲. تعبیر روایت چنین است: «يجوز اهل كل ذی دین بما يستحلون».

۳. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۱۵۶.

دو - بنای عقلا

فقیهان در اینکه بنای عقلا، مدرک قاعده الزام است، اتفاق نظر ندارند. برخی فقیهان بنای عقلا را مدرک قاعده دانسته‌اند.

آیت‌الله سید ابولقاسم خویی در این باره می‌نویسد:

یکی از قواعد مسلمة عقلاییه آن است که اگر شخصی یا قومی بر حسب ضوابط معینه دین خودشان، به یک قاعده و ضابطه‌ای ملزم باشند، شخص دیگری که آن ضابطه از نظر او صحیح نیست، می‌تواند با کسی که به آن ضابطه ملتزم است، عمل کند و این در مواردی شرعاً امضا شده و دستور داده‌اند از این قاعده عقلایی پیروی کنیم... ضابطه این است هر شخص شیعی مذهب می‌تواند الزام کند اهل سایر مذاهب را به آنچه خود ایشان ملزم هستند و عقیده‌مند می‌باشند.^۱

برخی مراجع تقلید دیگر نظیر آیت‌الله سید محمد شیرازی نیز مبنای قاعده را بنای عقلا می‌دانند. ایشان نوشته است:

بین کافر فرقی بین آنی که دین آسمانی دارد و آنی که قانون دارد، نیست. مثلاً در غرب فعلاً قانون حاکم است و دین هم دارند... در الزام فرقی نیست که حکم به نفع آنان باشد یا به ضرر آنان.^۲

برخی فقیهان دیگر، روایات را مستند اصلی قاعده دانسته‌اند.^۳

بنابراین قلمرو قاعده توسعه بسیار پیدا می‌کند و دایره اعمال آن را فراتر از آنچه در مفهوم قاعده الزام گفته شد، می‌برد. در حقیقت بناء عقلا با آنچه در مفهوم قاعده التزام گفته شد، سازگارتر است، عاقلانه نیست

۱. سید ابوالقاسم خویی، توضیح المسائل مراجع، (قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۸)، ج ۲، ص ۷۲۳ و ۷۲۶.

۲. سید محمد حسینی شیرازی، قواعد الفقهی، ص ۶۹.

۳. میرزا حسن بجنوردی، پیشین.

که بین الزام پیرو مذاهب دیگر بر اساس عقیده‌اش میان جایی که بهره‌مند باشد یا زیان دیده تفاوت گذاریم. منطقی نیست میان مذاهب و ادیان مختلف؛ کتابی و غیر کتابی و نیز میان اینکه معتقد به احکام مذهبی باشد یا تابع قانون خاصی، فرق گذاریم.

اعمال قاعده التزام تابع ویژه مذهب و دین خاصی نیست، در همه ادیان و مذاهب جاری می‌شود.

سه نتیجه مهم فقهی بر این قاعده مترتب است:^۱

یک - اقرار و اعتراف به درستی و مشروع بودن همه عقود، ایقاعات و احکام فردی که در مذاهب فقهی اسلامی معمول است و نیز اعتراف به مشروع بودن شرایع دیگر در مواردی که دو طرف قضیه پیرو یک دین باشند. از این روی نکاح، طلاق، بیع و میراث، بر اساس مذهب آنان جریان می‌یابد و جلوگیری جایز نیست.

دو - به مشروع بودن معاملات و عقود آنان ترتیب اثر می‌دهیم؛ زیرا درستی عقود و ایقاعات و احکامی که بین پیروان یک مذهب فقهی غیر امامی انجام می‌شود، نمایان‌گر ترتب آثار شرعی بر آنها از سوی فقه امامی است. به این ترتیب، ازدواج با زن سنی که در یک مجلس سه طلاق داده شده است، درست است.

سه - امکان قضاوت بر اساس شرایع و احکام ادیان دیگر در موارد اختلاف بین پیروان آن ادیان وجود دارد. برای مثال، اگر زوجین مسیحی در مورد ازدواج یا طلاق اختلاف پیدا کنند، بر اساس احکام مذهب متبوع‌شان حکم می‌شود.

۱. این نتایج با استفاده از دیدگاه آیت‌الله آصفی آورده‌ایم: پیشین، ص ۱۵۲ و ۱۵۳.

سه - قاعده التزام، مبنای استقلال قضایی احوال شخصیه شیعیان افغانستان به موجب تفسیر مضیق که از قاعده التزام شده است، این قاعده نمی تواند مبنای خودمختاری قضایی اقلیت های دینی و مذهبی قرار گیرد؛ زیرا شرایط و قلمرو محدود اعمال قاعده با توجه به مبنای روایی آن، امکان استفاده از آن را ناممکن می سازد. معنا ندارد ما به استناد قاعده فقهی خود، دیگران را ملزم سازیم به عقاید ما احترام بگذارند.

بنا بر تفسیر موسع از این قاعده که در این پژوهش به قاعده التزام تعبیر شد، این قاعده را می توان مبنای خودمختاری قضایی در احوال شخصیه قرار داد؛ زیرا مبنای اصلی قاعده، بنای عقلاست که شارع امضا کرده است. در این صورت، قاعده، کاربرد و قلمرو وسیع خواهد یافت. بر همین اساس، پژوهش گران، قاعده را به طور وسیع به کار برده اند، چنان که برخی گفته اند: «نتیجه اجرای قاعده الزام در خصوص مصادیق احوال شخصیه می تواند رعایت احوال شخصیه سایر مذاهب اسلامی را به دنبال داشته باشد»^۱.

در بند ب ماده ۳۰ پیش نویس اعلامیه حقوق بشر اسلامی که در سال ۱۴۱۱ هـ. ق/ ۱۹۹۰ م. در کنفرانس اسلامی در سطح وزیران در تهران به تصویب رسید، آمده است:

در جوامعی که مردم آن ها به اسلام معتقد نیستند، از نظر حقوق و تکالیف، ملزمند به آنچه خود را به آن ملتزم می دانند. این حکم ناشی از قاعده معروف در اسلام است که می گوید: «الزمهم بما الزموا به انفسهم؛ آنان را به آنچه که خود را به آن ملزم کرده اند، الزام نمایید»^۲.

۱. دایرة المعارف بزرگ اسلامی، (تهران، انتشارات حیان، ۱۳۷۵)، ج ۷، ص ۱۳۱.

۲. محمد تقی جعفری تبریزی، حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، (تهران، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰)، ص ۲۲۳.

در نتیجه، قاعده التزام و به تعبیر فقیهان امامیه، قاعده الزام به این دلیل که یک قاعده عقلایی است و همه عقلا در اعتقاد به آن شریکند، می‌تواند مبنای استقلال قضایی اقلیت‌های مذهبی از جمله شیعیان افغانستان قرار گیرد. حتی اگر این قاعده مبنایی جز روایات نداشته باشد، باز پیروان مذهب امامیه می‌توانند از پیروان مذاهب اسلامی انتظار رفتار متقابل را داشته باشند.

منابع و قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان

مبحث اول - منابع احوال شخصیه شیعیان در افغانستان

بر اساس ماده ۱۳۱ قانون اساسی ۱۳۸۲، احوال شخصیه شیعیان افغانستان تابع احکام مذهب تشیع است که به صورت قانون مدون در می آید. به این ترتیب، احکام فقه مذهب جعفری به دو دلیل منبع اصلی قانون احوال شخصیه شیعیان به شمار می رود؛ زیرا قانون بر مبنای این مذهب تدوین می شود و در فرض سکوت قانون نیز قاضی به احکام آن مراجعه می کند.

در نظام حقوقی افغانستان، دادرس در مراجعه به منابع حقوقی باید به ترتیب زیر عمل کند:

اول - قانون: قاضی باید در درجه اول به قانون مراجعه کند. قانون اعم است از قانون اساسی و قانون عادی، قانون عادی نیز اعم است از قوانین عام و قوانین خاص مثل قانون احوال شخصیه شیعیان.

دوم - احکام فقهی: در فرض سکوت قانون، دادرس باید به احکام فقهی مراجعه کند. در موضوع های مربوط به احوال شخصیه اگر طرف، شیعه مذهب باشد، به احکام مذهب جعفری مراجعه می کند و اگر حنفی

بود، به احکام مذهب حنفی. (مواد ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی و بند ۲ ماده ۱ قانون مدنی)

سوم - عرف و عادات: در فرضی که قاضی حکم قضیه را در قانون و احکام فقهی نیابد، به عرف عمومی رایج در جامعه مراجعه می‌کند، مشروط به آنکه عرف نقض کننده احکام قانون یا اساس عدالت نباشد. (ماده ۲ قانون مدنی).

اکنون از منابع احوال شخصیه شیعیان افغانستان در دو شاخه منابع فقهی و حقوقی بحث خواهیم کرد. منابع فقهی شامل کتاب، سنت، اجماع و عقل است و منابع حقوقی شامل قانون و عرف.

گفتار اول - منابع فقهی احوال شخصیه شیعیان افغانستان

موضوع‌های احوال شخصیه مهم‌ترین بخش حقوق مربوط به انسان است. همچنین احوال شخصیه در اسلام از جایگاه بلندی، نظیر عبادات برخوردار است. از این رو، میان احوال شخصیه و دین رابطه نزدیکی وجود دارد.^۱ به همین دلیل، تغییر و تحول در این حوزه بسیار کند و تدریجی صورت می‌گیرد.

علم اصول فقه عهده‌دار بیان منابع احکام و شریعت اسلامی است. اصول فقه بیش از خود فقه، جنبه نظری دارد، بر عکس فقه که جنبه عملی آن پر رنگ‌تر است. به نظر می‌رسد تفکیک میان ادله مشروعیت احکام و ادله وقوع احکام ناظر به همین دو بعد علمی و عملی است.^۲

۱. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه: سیدحسین صفایی و دیگران (تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۶۴)، ص ۴۶۳.

۲. احمد بن ادریس صنهاجی (قرافی)، الفروق، (قاهره، دارالسلام، ۱۴۲۱ هـ/ ۲۰۰۱ م)، ج ۱، ص ۲۵۱.

مذهب امامیه، منابع فقه را «ادله اربعه» کتاب، سنت، اجماع و عقل می‌داند. از دیدگاه عالمان شیعی، موضوع علم اصول فقه به‌عنوان منبع احکام شرعی به ادله اربعه محدود نیست و هر آن چه را در طریق استنباط حکم شرعی قرار گیرد، شامل می‌شود. با این حال، مباحث اساسی را در همین ادله چهارگانه می‌توان طرح کرد.

۱. کتاب

قرآن کریم، اولین و مهم‌ترین منبع تشریع و قانون‌گذاری در اسلام به شمار می‌رود. حدود پانصد آیه از آیات قرآن درباره احکام فرعیه عملیه است که از این تعداد، حدود هفتاد آیه به احوال شخصیه ربط دارد.^۱ برخی صاحب نظران، آیات الاحکام را تا نهصد آیه نیز شمرده‌اند، ولی «شیخ شلتوت» این آیات را سیصد و چهل آیه می‌داند.^۲

در حقیقت، آیات الاحکام احوال شخصیه، شالوده و اساس حقوق خانواده را پی‌ریزی کرده است. مباحث حقوق خانواده از آیات در بردارنده اصول کلی و قواعد^۳ نظیر نفی عسر و حرج،^۴ تخفیف در

۱. فاضل مقداد، ۷۵ آیه و محقق اردبیلی ۱۶۱ آیه را در زمینه احوال شخصیه بررسی کرده است. مقداد سیوری (فاضل مقداد)، کنز العرفان، (تهران، انتشارات مرتضوی، ۱۳۸۴)، ج ۲ محقق اردبیلی، زبدة البیان، (قم، مؤمنین، ۱۳۷۸)، ص ۶۳۷.

۲. سید محمد علی ایازی، فقه پژوهشی قرآنی، (قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۰)، چاپ اول، ص ۱۱۹-۱۲۲.

۳. محمود شهابی، ادوار فقه، (تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۶)، ص ۶.

۴. توبه: ۹۲؛ حج: ۷۷؛ بقره: ۱۸۱.

تکلیف،^۱ براءت،^۲ نفی سبیل از احسان کنندگان،^۳ عدالت^۴ نیز بهره می برد. دسته دیگری از آیات الاحکام در ابواب خاص احوال شخصیه نازل شده است و به مباحثی چون نکاح،^۵ طلاق،^۶ ارث^۷ و وصیت^۸ می پردازند. جعل قواعد کلی یکی از جنبه های اعجاز تشریعی قرآن کریم است که نه تنها حقوق اسلامی را نظام مند ساخته است، بلکه قدرت انعطاف پذیری شریعت را با تغییر زمان افزایش می دهد و آن را هم پای تمدن بشری به پیش می برد.^۹

منع ازدواج پسر با زن پدر پس از مرگ پدر^{۱۰} و تحریم میان دو خواهر در ازدواج،^{۱۱} تحدید تعدد زوجات و تقیید آن به اجرای عدالت،^{۱۲} تحریم ازدواج چند شوهری، منع قرار دادن یک زن به عنوان مهر زن دیگر (نکاح شغار)، تحریم به ارث رسیدن زنان (نکاح ضیمن)^{۱۳} از دیگر

۱. نساء: ۳۲.

۲. بقره: ۲۳۳، ۲۸۶؛ طلاق: ۷؛ بنی اسرائیل: ۱۶.

۳. توبه: ۹۲.

۴. مانده: ۸؛ انعام: ۱۵۲؛ حجرات: ۹.

۵. نساء: ۳، ۴، ۱۹-۲۴، ۲۳۶، ۲۳۷؛ مؤمنون: ۵ و ۶.

۶. طلاق: ۱، ۲، ۴، ۶؛ بقره: ۲۲۸-۲۳۴؛ نساء: ۳۵؛ احزاب: ۴۹.

۷. نساء: ۶، ۸، ۱۰، ۱۱، ۳۲، ۱۷۶؛ احزاب: ۵؛ مریم: ۴ و ۵.

۸. بقره: ۱۸۰-۱۸۲، ۲۶۰؛ نساء: ۱۲؛ مانده: ۱۰۶-۱۰۸.

۹. موسی جوان، مبانی حقوق، (تهران، شرکت چاپ نگین، ۱۳۲۶)، ج ۱، ص ۲۹.

۱۰. نساء: ۲۴.

۱۱. نساء: ۲۳.

۱۲. نساء: ۳.

۱۳. نساء: ۱۹. برای دیدن تفسیرهای متفاوت نک: فضل بن طبرسی، مجمع البیان، (بیروت، دارمکتبه الحیة)، ج ۳، ص ۵؛ سید محمد حسین طباطبایی،

مواردی است که قرآن کریم به آن‌ها پرداخته است.

به طور کلی، قرآن کریم به عنوان اولین و مهم‌ترین منبع در احوال شخصیه، جایگاه خود را حفظ کرده است و برتر از دیگر منابع و مقدم بر آن‌هاست.

۲. سنت

سنت در لغت به معنای راه و روش و قانون است.^۱ در اصطلاح فقیهان امامیه، سنت عبارت است از گفتار، کردار و تقریر پیامبر اکرم ﷺ و امامان معصوم علیهم‌السلام.^۲ به این ترتیب، سنت سه گونه است: سنت قولی، سنت فعلی و سنت تقریری. سنت که اکنون در مجموعه‌های روایی و حدیثی معتبر تدوین شده، در بخش‌های مهمی به احوال شخصیه پرداخته است.^۳ بنابراین، گستردگی و تنوع مباحث احوال شخصیه در سنت، بر اهمیت این منبع در استنباط احکام افزوده است و همین ویژگی موجب تکثر آرای مجتهدان و فقیهان در این حوزه شده است.

المیزان فی تفسیر القرآن، (بیروت، مؤسسه اعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۴ هـ/ ۱۹۷۴ م)، ج ۴، ص ۲۵۴. «نکاح ضیمن آن است که زن شوهر مرده به اقوام نزدیک شوهر ارث رسد. اگر خواستند با او ازدواج کنند و اگر نخواستند، باید تا آخر عمر بیوه بماند». مرتضی زبیدی، تاج العروس، (بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ هـ/ ۱۹۹۴)، ج ۱۸، ص ۳۴۵.

۱. ابن منظور، لسان العرب، (قم، نشر ادب حوزه، ۱۳۶۳/۱۴۰۵)، ج ۱۳، ص ۲۶۲.

۲. دایرة المعارف تشیع، ج ۹، ص ۳۰۶.

۳. برای نمونه، در وسایل الشیعه، ج ۱۴ و ۱۵، روایات بسیاری در باره احکام ازدواج و طلاق گردآمده است که همواره منبع استنباط فقیهان و حقوقدانان بوده و هست.

۳. اجماع

اجماع در اصطلاح فقهی امامیه عبارت است از اتفاق نظری که کاشف از نظر معصوم علیه السلام باشد. برای اینکه اجماع، کاشف از رأی معصوم علیه السلام شود، اصولی ها هشت راه برشمرده‌اند.^۱ برخی چون صاحب جواهر، اجماع را از آن جهت معتبر می‌داند که کاشف از قاعده معتبر عقلایی یا شرعی است.^۲ به تعبیر دیگر، ملازمه عقلی میان اجماع و قول و نظر معصوم علیه السلام وجود ندارد، ولی به حساب احتمال‌های آماری قابل قبول است. در توضیح باید افزود فقیه معمولاً بدون دلیل شرعی فتوا نمی‌دهد. پس هرگاه فتوا دهد، به وجود دلیل شرعی اعتقاد دارد. البته این اعتقاد ممکن است اشتباه باشد. اثبات حکم شرعی با این احتمال مشکل است، ولی تراکم و تجمع چنین احتمال‌هایی، تا حد زیادی، شک ما را در وجود حکم شرعی به یقین تبدیل می‌کند.^۳ اصل مشروعیت نکاح و طلاق و بسیاری از احکام و مسائل آن، اجماعی است. به این ترتیب، اجماع به‌عنوان دلیل مستقل نزد شیعه اعتبار ندارد، بلکه از آن نظر که کاشف از سنت است، اعتبار دارد.

۱. محمد علی کاظمی خراسانی، فوائد الاصول، (قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی‌تا)، ج ۳، ص ۱۴۹.

۲. محمد بن حسن نجفی، جواهر الکلام، (بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱)، ج ۱۳، ص ۵۱.

۳. سید محمد باقر صدر، دروس فی علم الاصول، (۳)، (قم، ناشر: سید علی حسن مطر، ۱۴۲۱ هـ / ۲۰۰۰ م)، ص ۱۹۴.

۴. عقل

اصولیان شیعه اهمیت زیادی به عقل داده‌اند.^۱ کتاب معروف حدیث اصول کافی از مبحث عقل آغاز شده است. روش استفاده از عقل، پذیرش حسن و قبح عقلی است. این شیوه به فقه شیعه اختصاص دارد، زیرا اهل سنت به جای عقل به عنوان منبع احکام، قیاس را می‌آورند.

ادله احکام شرعی به دو دسته تقسیم می‌شود: ادله محرز و اصول عملیه.^۲ ادله محرز همواره کشف از واقع می‌کند، ولی اصول عملیه برای رهایی مکلف از سردرگمی است.

ادله محرز را به دو دسته تقسیم می‌کنند: ادله شرعی و ادله عقلی. منظور از دلیل شرعی هر چیزی است که شارع مقدس برای اثبات حکمی صادر می‌کند، مثل کلام خداوند یا گفتار معصوم (علیه السلام). منظور از دلیل عقلی، قضایایی است که عقل آن‌ها را درک می‌کند و امکان دارد از آن حکم شرعی استنباط شود، همانند قضیه عقلی: «مقدمه واجب، واجب است».

قضایای عقلی نیز به دو دسته تقسیم می‌شود:

یک قضای کلی که عناصر استنباط احکام شرعی را تشکیل می‌دهند، مثل این قضیه که وجوب چیزی مستلزم وجوب مقدمه آن است.

دو- قضایایی که برای استنباط حکم شرعی معینی به کار می‌روند. نمونه آن، حکم عقل به حرمت ماده مخدر از باب قیاس آن به شراب به دلیل صفت مشترک آن دو در زوال عقل یا حکم به حرمت دروغ‌گویی برای قبح آن است.

۱. عبدالله جوادی آملی، «کارآمدی عقل در استنباط احکام فقهی»، فصلنامه فقه و

مبانی حقوق اسلامی، ش ۱، پاییز ۱۳۸۲، ص ۳۵.

۲. دروس فی علم الاصول (۲)، ص ۳۱۲.

اوامر و نواهی تابع مصالح و مفاسد واقعی است. اگر عقل انسان در موردی به نیکی فعل معین پی ببرد، حتماً آن فعل از نظر شارع آن یک عمل نیک خواهد بود که اصولی‌ها از آن به حسن و قبح عقلی تعبیر می‌کنند. قاعده «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» بیان‌کننده جایگاه عقل در فقه امامیه است.

از دید اصولی‌ها، حجیت قطع ذاتی است، اگر از دلیل عقل، قطع حاصل شد، حجت خواهد بود، ولی اگر ظن حاصل شد، باید بر حجیت آن دلیل اقامه شود.^۱

قیاس به عنوان راه‌های کاربرد عقل با این معیار سنجیده می‌شود. اگر قیاس از نوع باب برهان باشد که به آن قیاس منطقی گویند، یقین‌آور و حجت خواهد بود. اگر هم ظن‌آور باشد، تا دلیل بر اعتبار آن اقامه نشود، حجت نخواهد بود. به دیگر سخن، قیاس منطقی که حجت است، با قیاس اصولی که در منطق به آن تمثیل گویند، تفاوت دارد. قیاس به دو دسته تقسیم می‌شود؛ قیاس منصوص العلة و قیاس مستنبط العلة.

بیشتر فقیهان امامیه قیاس منصوص العلة را جایز می‌شمارند، ولی قیاس مستنبط العلة را اهل سنت، جایز و شیعه امامیه، جایز نمی‌داند. باید دانست «اختلاف شیعه و سنی در مسئله قیاس بیش از حد بزرگ شده است. در روزگارانی که اختلاف شیعه و سنی، وسیله خوبی برای اغراض خصوصی، ملی و سیاسی بوده است، پیدا کردن اختلافات و بزرگ نشان دادن آن‌ها مسئله عمدی و حساب شده بوده است. مسئله حساب‌شده‌ای که برای دنیای اسلام و مسلمانان زیان‌ها به بار آورده است».^۲

۱. همان، ص ۳۸۹.

۲. ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، (تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۵۸)، ص ۱۴۹.

به جز منابع یاد شده، اصولیان امامیه بر این باورند که اگر مصلحت‌سنجی نیز مفید یقین و قطع باشد، معتبر است، ولی اگر مفید یقین نباشد، باید بر اعتبار آن دلیل اقامه کرد.

به نظر برخی صاحب نظران، هرگاه در مسئله‌ای، دلیل و حکم معتبری نباشد و مجتهد به نظر خود، امری را مصلحت بداند، همانند داشتن سن معین برای زوجین جهت صدور سند ازدواج و شرط داشتن سند ازدواج برای اقامه دعوی، می‌تواند فتوا دهد.^۱ این برداشت را با عناوین ثانوی که به خاطر مصلحت می‌تواند احکام ثانوی را بر احکام اولی مقدم دارد، می‌توان تطبیق داد. در این صورت، می‌توان ادعا کرد مصلحت‌سنجی همواره در بسیاری از احکام فقهی در میان فقیهان شیعی از دیرباز رواج داشته است و دارد؛ زیرا استفاده از عناوین ثانوی همواره مورد قبول فقیهان امامیه بوده و هست.

برخی نویسندگان بر این باورند که «با برقراری جمهوری اسلامی ایران، اختلاف اصلی بین دو مذهب حنفی و شیعه از میان برداشته شده است؛ به این معنا که اصل مصلحت که در فقه جعفری مردود بود، مورد قبول قرار گرفته و شورایی به نام مجمع تشخیص مصلحت... شروع به کار کرده است و می‌تواند قوانین را که شورای نگهبان، متناقض شریعت تشخیص داده، بنا به مصلحت عموم، تصویب کند».^۲ این گفته جای تأمل

۱. هاشم معروف الحسینی، المبادئ العامة للفقہ الجعفری، (بیروت، دارالقلم، ۱۹۷۸)، ص ۱۹۵.

۲. سعید امیرارجمند، پیشین.

دارد؛ زیرا به باور فقیهان امامیه، احکام شریعت از مصالح و مفاسد واقعی پیروی می‌کنند. انواع گوناگونی از مصلحت‌سنجی‌های فقیهان شیعه در گذشته وجود داشت و تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در حکومت شیعی ایران، تنها به این تفکر رسمیت بخشیده است.^۱

به این ترتیب، اگر ثابت شود که الزام به تنظیم سند رسمی ازدواج، لزوم ارائه گواهی سلامت پزشکی از بیماری‌های واگیردار و خطرناک و اعتیاد و مانند آن به مصلحت جامعه اسلامی است، قانون‌گذار می‌تواند با وضع قوانینی، رعایت آن را الزامی و اجباری سازد و برای رعایت نکردن آن مجازات تعیین کند.

گفتار دوم - منابع حقوقی احوال شخصیه شیعیان افغانستان

از منابع حقوقی در دو بخش قانون و عرف بحث می‌کنیم. قانون هم به دو بخش قانون اساسی و قانون عادی تقسیم می‌شود.

۱. قانون

قانون در اصطلاح حقوق، قاعده‌ای کلی است که مقام‌های صلاحیت‌دار وضع می‌کنند.^۲ در نظام حقوقی رومی - ژرمنی، برتری حقوق نوشته (قانون) بر دیگر منابع پذیرفته شده است. افغانستان نیز از تفکر برتری قانون پیروی کرده است. (قانون اساسی سال ۱۳۴۳ و ماده ۱ قانون مدنی

۱. حسین صابری، عقل و استنباط فقهی، (مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۸۷)، ص ۲۷۱.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ج ۴، ص ۲۸۴۶؛ مقدمه علم حقوق، ص ۱۰۵.

افغانستان) بنابراین، برترین منبع حقوقی، قانون است. قانون ملی هم سلسله مراتبی دارد؛ قانون اساسی و قانون عادی. بر اساس قانون اساسی افغانستان، قانون عادی به دو دسته قانون عام (قانون مدنی) و قانون خاص (قانون احوال شخصیه شیعیان) تقسیم می‌شود. قانون عام (قانون مدنی) را نمی‌توان منبع احوال شخصیه شیعیان دانست؛ زیرا بر اساس نص صریح ماده ۱۳۱ قانون اساسی، هر جا قانون احوال شخصیه شیعیان ساکت باشد، قاضی برای یافتن حکم مسئله باید به احکام مذهب تشیع مراجعه کند. بدیهی است قانون احوال شخصیه شیعیان باید ارزش‌های حاکم بر قانون اساسی را رعایت کند.

به این ترتیب، در این بند، باید به دو بحث مهم دیگر پردازیم تا وضعیت به درستی روشن شود. نخست، ارزش‌های حاکم بر قانون اساسی و بعد، وضعیت حقوقی عهدنامه‌های بین‌المللی است که به موجب قانون اساسی، افغانستان ملزم به اجرای آن‌هاست.

الف) ارزش‌های حاکم بر قانون اساسی

اول) اسلام

به موجب مقدمه و ماده سوم قانون اساسی، هیچ قانونی در افغانستان نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد. درباره احوال شخصیه شیعیان بر این اساس که اساساً یک حق مذهبی به رسمیت شناخته شده است، فرض مخالفت با احکام اسلامی بسیار اندک خواهد بود. نکته قابل توجه اینکه منظور از احکام و معتقدات، احکام و اعتقادات ضروری و مورد قبول تمام مذاهب اسلامی موجود در افغانستان است، نه احکام یکی از فرقه‌های اسلامی رسمی افغانستان؛

زیرا تفاوت نظر و اختلاف آرا میان مذاهب یاد شده بسیار است. برای مثال، قانون احوال شخصیه در بسیاری از موارد ممکن است با احکام فقهی مذهب حنفی تطبیق نکند. پس بهتر است بگوییم منظور از احکام و اعتقادات اسلامی در قانون اساسی، احکام و اعتقادات ضروری و مورد اتفاق همه مسلمانان است.

دوم) ارزش‌های انسانی

در ماده ششم قانون اساسی آمده است:

دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت از حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری میان همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می‌باشد.

ماده هفتم قانون اساسی نیز مقرر می‌دارد:

دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند.

به این ترتیب، مفاهیمی مانند عدالت اجتماعی، حمایت از حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی و حفظ کرامت انسانی را باید در تدوین قانون احوال شخصیه شیعیان در نظر گرفت. قانون‌گذار، اصول دموکراسی و حقوق بشر را تا اندازه زیادی با ارزش‌های اسلام سازگار می‌داند و گر نه معنا نداشت که آن‌ها را کنار هم بیاورد.^۱ بر فرض هم اگر میان آن دو تعارض باشد، به مقتضای اصل سوم قانون اساسی، احکام و عقاید اسلام مقدم خواهد بود.

۱. علامه محمد تقی جعفری در پژوهش ارزنده‌ای در مطالعه تطبیقی میان دو اعلامیه جهانی حقوق بشر و اعلامیه اسلامی حقوق بشر، نقاط اشتراک فراوان آن‌ها را نمایانده است. پیشین، ص ۲۶۴ به بعد.

برخی گمان برده‌اند که تدوین قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان با تأمین وحدت ملی تعارض دارد،^۱ در حالی که از نظر حقوقی چنین تعارضی قابل تصور نیست؛ زیرا وضع قانون احوال شخصیه شیعیان به استناد قانون اساسی افغانستان صورت می‌گیرد. به طور کلی، رعایت حقوق مذهبی اقلیت‌ها از سوی اکثریت نه تنها آسیبی به وحدت ملی نمی‌زند، بلکه در تحکیم وحدت ملی و حفظ هویت ملی اقلیت‌ها نقش اساسی خواهد داشت. در این صورت، اقلیت مذهبی یا نژادی، خود را در سرنوشت کشورش سهیم می‌داند و احساس شهروند درجه دوم بودن نمی‌کند.

ب) تعهدات بین المللی دولت افغانستان

پیش از بررسی حقوقی عهدنامه‌های بین‌المللی، لازم است بدانیم افغانستان به کدام عهدنامه‌ها و میثاق‌های بین‌المللی پای‌بند است. عهدنامه‌هایی که افغانستان به آن‌ها پیوسته است، دو گونه‌اند: دو جانبه یا چندجانبه. عهدنامه‌های بین‌المللی که افغانستان پذیرفته است، عبارتند از:

اول) منشور ملل متحد

منشور ملل متحد که در سال ۱۹۴۵م. به امضا رسید، در ماده یک و بند ج ماده ۵۵ بر احترام جهانی و مؤثر به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همه بدون تبعیض از نظر نژاد، جنس، زبان و مذهب تأکید می‌ورزد.^۲

۱. سعید امیر ارجمند، پیشین.

۲. حسین مهرپور، حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، (تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴)، ص ۳۲۵.

دوم) اعلامیه جهانی حقوق بشر

افغانستان نیز اعلامیه جهانی حقوق بشر را پذیرفته است.^۱

سوم) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

افغانستان در تاریخ ۲۴ ژانویه سال ۱۹۸۳م. به این میثاق پیوسته است. بیش از چهل کشور آن را با حق شرط پذیرفته‌اند که رژیم کمونیستی وقت افغانستان همانند دیگر کشورهای سوسیالیستی نسبت به بند ۱ ماده ۴۸ میثاق اعلام تحفظ کرد.^۲ با این حال، نسبت به مسائل اساسی‌تر آن از جمله مغایرت موادی از آن با اصول شریعت اسلام هیچ واکنشی نشان نداد.

چهارم) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

افغانستان در ۲۴ ژانویه ۱۹۸۳م. به این میثاق پیوسته است.^۳

پنجم) کنوانسیون بین‌المللی محو هر نوع تبعیض نژادی

افغانستان در تاریخ ششم جولای ۱۹۸۳م. به آن پیوست.^۴

ششم) کنوانسیون حقوق کودک

این کنوانسیون در سال ۱۹۸۹م. به تصویب مجمع سازمان ملل متحد رسید و با استقبال گسترده دولت‌ها روبه‌رو شد و افزون بر ۱۷۰ کشور به

۱. غلام‌حیدر علامه، پیشین.

۲. حسین مهرپور، پیشین، ص ۹۵.

3. Rehman Javid, op. Cit.

4. op. Cit.

عضویت آن در آمدند.^۱ افغانستان در ۲۳ مارس ۱۹۹۴م. به آن پیوست.^۲ برخی کشورها همانند ایران و قطر با اعلام تحفظ مغایرت نداشتن با موازین اسلامی آن را پذیرفته‌اند، ولی افغانستان چنین شرط تحفظی قرار نداده است. کودک از نظر این کنوانسیون، فرد زیر ۱۸ سال است، مگر آنکه بر اساس قانون قابل اجرا در مورد کودک، سن رشد کمتر تعیین شده باشد.

هفتم) کنوانسیون محو هرگونه تبعیض علیه زنان

این کنوانسیون در سال ۱۹۷۹م. به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید. افغانستان نیز در ۱۴ اوت سال ۱۹۸۰م. آن را امضا کرد^۳ و در ماه مارس ۲۰۰۳م. آن را به تصویب رساند و به دبیرخانه سازمان ملل متحد سپرد. افغانستان بدون اعلام تحفظ، این کنوانسیون را پذیرفته است. این کنوانسیون، برابری زن و مرد را در تمام سطوح، لازم‌الاجرا می‌داند. (بند ۱ و ۲ ماده ۱۵ کنوانسیون) بنابراین، پذیرش بی‌قید و شرط آن مشکلات متعددی برای افغانستان به وجود خواهد آورد. برای نمونه، قیدهای مختلف ماده ۱۶ کنوانسیون که ناظر به روابط خانوادگی، ازدواج، طلاق و مسئولیت‌های مشترک زندگی زناشویی است، با ارزش‌های اسلامی ناسازگار است و بیشتر کشورهای اسلامی برای این ماده حق شرط گذاشته‌اند.^۴

۱. حسین مهرپور، پیشین، ص ۳۳۴.

2. Rehman Javid, op. Cit.

3. op. Cit.

۴. نسرین مصفا، «قواعد بین المللی حقوق زنان، چالش میان ارزش‌ها»، در مجموعه حقوق بشر از دیدگاه اسلام آرای دانشمندان ایرانی، ص ۲۵۰.

زبان و بیان کنوانسیون بسیار وسیع و مبهم است و قابلیت تفسیرهای متضاد کمیته کنوانسیون رفع تبعیض زنان را فراهم می‌کند.

ماده هفتم قانون اساسی، پای‌بندی دولت افغانستان را به منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی و اعلامیه جهانی حقوق بشر اعلام می‌کند. ماده نودم نیز تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن را از صلاحیت و اختیارات مجلس شورای ملی می‌داند.

از مقایسه این دو ماده به این نتیجه می‌رسیم که برای لازم‌الاجرا شدن میثاق‌ها و معاهدات بین‌المللی تنها امضای نماینده دولت کفایت نمی‌کند، بلکه نیازمند تصدیق مجلس شورای ملی است. همچنین مجلس می‌تواند الحاق به آن را «کأن لم یکن» سازد.

در فرض تعارض عهدنامه با قوانین داخلی میان صاحب‌نظران اتفاق نظر وجود ندارد. برخی، آن را در حکم قانون می‌دانند و شماری هم برتر از قانون. فرانسه بر خلاف آلمان و ایتالیا، عهدنامه را در حقوق داخلی هم‌چون قاعده بین‌المللی می‌شمارد و آن را بر حقوق داخلی مقدم می‌داند.^۱ به نظر برخی استادان حقوق، خاصیت قراردادی عهدنامه ترجیح دارد؛ زیرا دولت به اراده و خواست خود آن را امضا می‌کند و حقوق و تکالیف ناشی از آن نیز تابع اراده و خواست امضاکنندگان است.^۲ بنابراین، اگر عهدنامه مؤخر با قانون سابق تعارض کند، عهدنامه به‌عنوان آخرین اراده قانون‌گذار، قانون سابق را نسخ می‌کند.^۳

۱. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۹۳.

۲. پیشین، ص ۹۲.

۳. سید حسین صفایی، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴)، ص ۴۹.

صاحب نظران در فرضی نیز که قانون مؤخر، عهدنامه سابق را نقض کند، اتفاق نظر ندارند. آنانی که خاصیت قراردادی برای عهدنامه قائل هستند، معتقدند عهدنامه پس از تصویب، قرارداد است و یک طرفه نقض و فسخ نمی شود. در مقابل، آنانی که عهدنامه قانون یا در حکم قانون می دانند، آن را قابل فسخ می دانند.^۱

برخی نیز گفته اند در عهدنامه، جنبه قراردادی غلبه دارد و قابل فسخ است، ولی دولت فسخ کننده عهدنامه در مقابل دیگر طرف ها از نظر بین المللی مسئولیت دارد و از عهده خسارت های وارد شده نیز باید برآید.^۲

درباره موادی از عهدنامه ها که اصل سوم قانون اساسی را نقض کنند و مخالف احکام و اصول اسلام باشند، می توان گفت با توجه به تحول در نظام سیاسی افغانستان و تغییر اوضاع و احوال از دیدگاه حقوقی، دولت جدید باید این حق را داشته باشد تا در سازگاری عهدنامه ها با اصول اساسی خود تجدیدنظر کند. به نظر می رسد افغانستان از دیدگاه قانون بودن عهدنامه ها پیروی کرده است؛ زیرا تصویب آن را در مجلس شورای ملی لازم دانسته و حق فسخ و الحاق به عهدنامه را نیز به مجلس اعطا کرده است.

در محدوده مباحث احوال شخصیه، مهم ترین تعارض میان عهدنامه ها و کنوانسیون ها و قوانین موجود افغانستان در زمینه برابری همه جانبه میان حقوق زن و مرد پدید می آید که در کنوانسیون رفع تبعیض از زنان نمود یافته است. با توجه به موقعیت ماده سوم قانون اساسی که حاکم و مقدم بر دیگر قوانین

۱. سید جلال الدین مدنی، حقوق بین الملل خصوصی، (تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵)، ص ۱۹.

۲. بهشید ارفع نیا، پیشین، ص ۴۰.

است، می‌توان گفت الحاق افغانستان به این کنوانسیون رفع تبعیض و مانند آن، چه هنگام الحاق تصریح شده باشد یا تصریح نشده باشد، الحاق با حق تحفظ مغایرت نداشتن با احکام و اصول اسلام تلقی می‌شود؛ زیرا بر اساس ماده ۹۰ قانون اساسی، مجلس باید برای تأیید الحاق یا فسخ الحاق به عهدنامه‌ها و کنوانسیون‌ها تصمیم بگیرد. مجلس نیز ملزم است عهدنامه و کنوانسیون را که با ماده ۳ قانون اساسی تعارض دارد، تصویب نکند؛ چون در غیر این صورت، قانون اساسی و یکی از اصول مهم آن را نقض کرده است.

۲. عرف

«عرف آن است که در درون افراد ایجاد شود و عقل‌ها آن را نیک شمارد و فطرت‌های سالم آن را بپذیرد.»^۱ برخی هم اضافه کرده‌اند که «مردم آن را تکرار کنند و از چیزهایی باشد که در شریعت رد نشده است».^۲

حقوق‌دانان در تعریف عرف گفته‌اند: «عرف، قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا گروه ویژه‌ای به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است».^۳ برخی اندیشمندان غربی هم گفته‌اند: «عرف و عادت همیشه از دو عامل بزرگ وضع سرزمین و روح ملی ساکنان متأثر است».^۴

۱. محمد امین ابن عابدین، رسائل ابن عابدین (بیروت، احیاء التراث العربی، ۱۱۴)، ج ۲، ص ۱۱۴.

۲. سید صالح عوض، اثر العرف فی التشريع الاسلامی، (قاهره، دارالکتاب الجامعی، ۱۳۹۹/۱۹۷۹هـ)، ص ۵۲.

۳. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۴۷۴.

۴. شارل دو منتسکیو، روح القوانين، ترجمه: علی اکبر مهتدی، (تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۲)، ص ۳۹۰.

در مجموع می‌توان گفت ارکان عرف چهار چیز است:

۱) عمل معین باشد؛ ۲) آن عمل تکرار شود؛ ۳) تکرار به حدی برسد که به صورت غالب یا به صورت عام درآید، یعنی بیشتر موارد عمل یا همه موارد را فراگیرد؛ ۴) عمل باید ارادی باشد، نه غریزی.^۱

هرگونه عرفی که با ادله معتبر اصولی موافق باشد، منبع حقوق است و هر عرفی که خلاف روح شریعت و حکمت و نصوص آن باشد، مردود است. مانند منع از ارث بردن زن و شتاب‌زدگی در طلاق و سوگند خوردن بر آن...^۲ در این میان، برخی فقیهان حنفی خواسته‌اند در بعضی موارد تعارض عرف و نص، نص را مقدم دارند.^۳

با این حال واقعیت آن است که بر اساس اصول حقوقی و شرعی، عرف خلاف نص یا عرف مخالف عقل اعتبار ندارد؛ زیرا عرف مخالف عقل و شرع با نظم عمومی و قوانین امری معارض است.^۴

عرف در فقه امامیه در صورتی منبع مستقل شرعی است که کاشف از نظر معصوم باشد. فقیهان تشخیص موضوع را به عرف وا گذاشته‌اند. به طور کلی، توجه فقیهان معاصر امامیه به نقش زمان و مکان در اجتهاد به نوعی افزایش نقش عرف در استنباط احکام شرعی است. با این حال،

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق اسلام، (تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۸۷؛ خلیل رضا منصوری، نظریه‌العرف، (قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۳)، ص ۵۴.

۲. صبحی محمضانی، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه: اسماعیل گلستانی، (تهران، امیرکبیر، ج ۲، ۱۳۶۵)، ص ۲۳۱.

۳. زین‌العابدین بن نجیم، الاشباه و النظائر، (بیروت، مکتبة العصریه، ۱۴۱۸ هـ/ ۱۹۹۸)، ص ۱۱۸.

۴. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۵۲۰.

فقیهان امامیه در موارد بسیاری حتی در عبادات پای عرف و سیره عقلا را به میان کشیده‌اند.^۱

کشورهایی که از نظم حقوقی فرانسه اثر پذیرفته‌اند، برای عرف، نقش تفسیری و تکمیلی قائلند، یعنی قاضی در صورت نبود قانون و احکام شریعت باید به عرف و عادات مسلم مراجعه کند. در تدوین اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران و نیز تصویب آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ این ترتیب به هم خورد و از عرف نام برده نشد. با این حال، این ترتیب در قانون افغانستان رعایت شده است. بند ۲ ماده ۱ قانون مدنی می‌گوید: در مواردی که حکمی در قانون یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می‌کند، مشروط به اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.

بنابراین، رجوع قاضی به عرف به دو شرط بستگی دارد:

۱. عرف مورد استناد نقض کننده احکام قانون نباشد.

۲. عرف یادشده نباید نقض کننده اصول عدالت باشد.

قانون‌گذار مخالفت با این دو را مخالفت با قوانین امری و نظم عمومی می‌شمارد. ماده ۹ قانون مدنی افغانستان، اعمال مخالف عرف و عادات را تجاوز از حقوق و موجب ضمان می‌داند.

بر همین اساس، قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان قاضی را موظف می‌داند بر عرف احاطه کامل داشته باشد و چنین تصریح می‌کند:

۱. یکی از پژوهش‌گران، موارد استناد و ارجاع فقیهان به عرف و سیره را احصا کرده است که افزون بر یک صد و شصت مورد شده است. نک: خلیل‌رضا منصوری، پیشین، ص ۸۷ به بعد.

قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه وقوف کافی داشته باشد. (ماده ۴۹۸)

باید دانست در عرف موجود در احوال شخصیه اهل سنت و شیعیان، عرف‌های ناپسند قبیله‌ای به چشم می‌خورد که با حکم قانون و شریعت مغایرت صریح دارند، مانند: ازدواج اجباری زن بیوه با برادران شوهر محروم کردن زنان از ارث، مطالبه نکردن مهریه زن از سوی خویشان زن در صورت فوت او، گرفتن شیربها (تویانه) از سوی پدر دختر و... . چنین عرف‌هایی به موجب صریح قانون، مطرود است و دادرس حتی در فرض سکوت قانون و احکام فقه، حق مراجعه به آن‌ها را ندارد.

مبحث دوم - قلمرو احوال شخصیه شیعیان در افغانستان

گفتار اول - قلمرو احوال شخصیه در موضوع‌ها

احوال شخصیه در معنای اعم شامل اهلیت و وضعیت است.

۱. اهلیت

اهلیت،^۱ در لغت به معنی سزاواری و شایستگی است و در اصطلاح حقوق عبارت است از صلاحیت قانونی برای دارا بودن حق (اهلیت استحقاق) و اعمال حق (اهلیت استیفا یا اهلیت اعمال حق). به اهلیت نداشتن، حجر گویند.^۲

اهلیت استحقاق (تمتع) عبارت است از صلاحیت دارا شدن حق، مانند آنکه شخص حقیقی می‌تواند حق نکاح داشته باشد، ولی شخص

1. Capacity.

۲. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، ص ۷۳۹.

حقوقی چنین اهلیتی ندارد. اهلیت استحقاق با شخصیت افراد ملازم است. بنابراین، انسان بر فرض زنده متولد شدن، اهلیت استحقاق خواهد داشت. بر این مبناست که حمل بر فرض زنده متولد شدن ارث می‌برد، چنان که صاحب جواهر می‌نویسد: «حمل اگر زنده متولد شود، به اجماع، ارث می‌برد».^۱

معلوم نیست هرکس اهلیت استحقاق داشته باشد، بتواند آن را اجرا کند و از حق تصرف نیز برخوردار شود؛ چون در مرحله دوم، اهلیت دیگری لازم است که به آن اهلیت استیفا می‌گویند.^۲ در فقه، به صغیر، مجنون و اشخاص غیر رشید (سفیه)، محجور گفته می‌شود. برخی فقیهان مثل شیخ طوسی گستره محجوران را توسعه داده‌اند. ایشان حجر را به دو دسته تقسیم می‌کنند:

الف) حجر برای حق دیگران: همانند مفلس که برای طلب‌کاران و بیماری که بیش از ثلث مالش نمی‌تواند وصیت کند. نسبت به حق ورثه، این نوع حجر جنبه حمایتی از حق دیگران دارد.

ب) حجر برای حق خود: کسانی مانند صبی، مجنون و سفیه از تصرف در مال خود بازداشته می‌شوند تا مال را ضایع نکنند. این نوع حجر جنبه حمایت از حق محجور دارد.^۳

اهلیت استحقاق با شخصیت انسان ملازمه دارد و سلب آن امکان‌پذیر نیست؛ زیرا سلب آن به منزله سلب زندگی است «و آن رمزی است که خداوند در طبیعت انسان به ودیعت گذاشته است و با مرگش

۱. جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۷۰.

۲. ناصر کاتوزیان، عقود معین (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵)، ج ۲، ص ۵.

۳. مبسوط، ج ۲، ص ۲۸۱.

نابود می‌شود.^۱ بر این اساس، بند ۱ ماده ۳۶ قانون مدنی افغانستان تصریح می‌کند: «شخصیت انسان با ولادت کامل وی، به شرط زنده بودن، آغاز و با وفات انجام می‌یابد.» ماده ۴۳ این قانون نیز تصریح دارد: «هیچ کس نمی‌تواند از اهلیت قانونی خود تنازل یا در آثار مرتبه آن تعدیل وارد کند.» بر اساس اطلاق این ماده، شخص نمی‌تواند اهلیت خویش را حتی به صورت جزئی، از خود سلب کند.

به نظر می‌رسد از نظر منطق حقوقی و عرف رایج جامعه قاعدتاً اسقاط جزئی اهلیت استیفا امکان‌پذیر است. بسیاری قراردادهایی که به اسقاط جزئی اهلیت استیفا اشاره دارند، مانند اینکه در قرارداد شرکت‌های هواپیمایی برای خدمه شرط می‌شود تا زمان معینی از ازدواج خودداری کنند یا برای برخی کارمندان دولت شرط می‌شود که از ازدواج با اتباع خارجی پرهیزند. به نظر نمی‌رسد حقوق‌دانان چنین شرطی را باطل بدانند. از نظر فقه امامیه هم اگر شرط مخالف قرآن و سنت و خلاف مقتضای عقد و مجهول نباشد، شرط صحیح شمرده شده است.^۲

قانون مدنی افغانستان میان اهلیت ازدواج و معاملات فرق گذاشته است. بر اساس ماده ۷۰، اهلیت ازدواج در مردان ۱۸ سال و در زنان ۱۶ سال تمام، کامل می‌شود، در حالی که ماده ۳۹ سن رشد در معاملات را ۱۸ سال تعیین کرده است. ماده ۲۸۳ نیز سن خارج شدن شخص از ولایت ولی را هیجده سال تمام می‌داند. با این وصف، بند ۱ ماده ۲۷۷ مقرر می‌دارد:

۱. حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی، (قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۶)، ج ۱، ص ۴۷؛ مصطفی عدل (منصورالسلطنه)، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳ ص ۳۷.

۲. شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، قم، دهاقانی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۵.

هرگاه صغیر به سن ۱۶ سالگی رسیده باشد، ولی می‌تواند به اجازه محکمه باصلاحیت، مبلغی را برای تجارت به دسترس وی بگذارد.

همان‌گونه که از ظاهر ماده پیداست، سپردن مال به نوجوان ۱۶ ساله، جنبه تمرینی و استثنایی دارد. به همین دلیل، تعبیر «صغیر» در مورد وی به کار رفته و اجازه گرفتن از محکمه را نیز لازم شمرده است. قانون‌گذار افغانستان میان صغیر ممیز و غیرممیز فرق می‌گذارد و در ماده ۴۰ تصریح می‌کند:

شخصی که از نگاه صغر سن، معتوه بودن (سفیه) یا جنون، غیرممیز باشد، نمی‌تواند معاملات حقوقی را انجام دهد. شخصی که به هفت سالگی نرسیده باشد غیرممیز محسوب می‌شود.

قانون‌گذار برای زدودن این توهم که صغیر ممیز اهلیت کامل دارد، بی‌درنگ در ماده ۴۱ بیان می‌کند که صغیر ممیز، ناقص اهلیت است. با این حال، قانون‌گذار افغانستان در مواردی، معاملات ناقص اهلیت را نافذ دانسته است. که بند ۱ ماده ۵۴۴ قانون مدنی به آن اشاره دارد.

در عقود نیز با در نظر گرفتن مصلحت تسهیل در معاملات، اصل را بر اهلیت گذاشته است، مگر آنکه خلافش اثبات شود. ماده ۵۴۲ ق. م این حقیقت را بیان می‌کند.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که قانون حاکم بر اهلیت شیعیان افغانستان، قانون مدنی است، یا قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان؟ به طور کلی، می‌توان گفت: از این نظر که اهلیت، بخشی از احوال شخصیه است و احوال شخصیه نیز تابع احکام مذهب تشیع است، اهلیت شیعیان تابع قانونی خواهد بود که بر مبنای فقه مذهب شیعه تدوین شده است.

از سوی دیگر، این احتمال وجود دارد که اهلیت تجاری را خارج از محدوده حاکمیت قانون احوال شخصیه شیعیان قرار دهیم و آن را تابع مواد ۳۹-۴۲ و ۵۴۲-۵۵۰ قانون مدنی بدانیم.

با عنایت به این دو فرض، اهلیت ازدواج و دیگر موضوعهای مربوط به احوال شخصیه همانند اهلیت موصی، واقف و واهب در حیطه اعمال قانون احوال شخصیه اهل تشیع است؛ چون اهلیت ازدواج، مبنای صحت و نفوذ عقد ازدواج و دیگر عقود یاد شده به شمار می‌آید. پس منطقی آن است که آن را تابع قانونی قرار دهیم که بر خود احوال شخصیه حکومت می‌کند.

۲. وضعیت

وضعیت^۱ عبارت است از کیفیتی که اشخاص از نظر قوانین جاری یک کشور دارا هستند.^۲ به عبارت دیگر، وضعیت، مجموعه اوصاف حقوقی انسان مثل نکاح، طلاق، سن، نسب، حجر و... است. وضعیت، خاستگاه حق و تکلیف است و اموری را دربرمی‌گیرد که قانون بر آنها آثار حقوقی بار می‌کند. به یقین، وضعیت در قلمرو قانون احوال شخصیه قرار دارد. در این میان، تعیین مصداق‌های احوال شخصیه مهم است که از آن بحث می‌کنیم.

در قوانین برخی کشورهای اسلامی، مصداق‌های احوال شخصیه عبارتند از نکاح، طلاق، ارث، وصیت، اهلیت، ترتیب اموال زوجین، افتراق، جهیزیه، ابوت، نسب، فرزندخواندگی، بلوغ، رشد، ولایت و قیمومت و حجر.^۳ در

1. status.

۲. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۸۰۷.

۳. قانون مدنی ایران، ماده ۶ و ۷؛ مجموعه قوانین ۱۳۱۳، ش ۱۱۵؛ مجموعه قوانین ۱۳۱۱، ش ۷۹.

ضمن اضافه کرده‌اند که همه مسائل مربوط به حقوق خانواده و وضعیت اشخاص از مصداق‌های احوال شخصیه‌اند. از میان مصداق‌های یاد شده، تبنی (فرزندخواندگی) در فقه شیعه وجود ندارد، ولی بقیه موارد در ابواب مختلف فقه به طور مفصل بررسی شده‌اند.

در حقوق مصر علاوه بر این موارد، گاهی مهریه، هبه و وقف را نیز در ردیف احوال شخصیه شمرده‌اند.^۱ برخی حقوق‌دانان تردید دارند که مهریه، هبه، وقف و نیز ارث، وصیت و اهلیت از مصداق‌های احوال شخصیه باشند.^۲ بعضی از ایشان که موارد یاد شده را بخشی از احوال شخصیه می‌دانند، استدلال کرده‌اند که توارث، تأسیسی است که به اعتبار خویشاوندی بین وارث و مورث به وجود می‌آید. وصیت نیز نهادی است که به اعتبار شخصیت وصی برقرار شده است. پس جنبه شخصی آن‌ها بر جنبه مالی غلبه دارد.^۳ اینان هبه و وصیت را که از عقود تبرعی‌اند، چون شخصیت طرفی که به او هبه و وصیت می‌شود، مورد توجه است، از احوال شخصیه می‌دانند.^۴

مخالفان دلیل آورده‌اند که احوال شخصی در مقابل احوال عینی قرار دارد. پس هر چیزی که جنبه مالی داشته باشد، از جرگه احوال شخصیه خارج می‌شود.^۵ آنان برای تشخیص مصداق‌های احوال شخصیه از این

۱. موسوعة الاحوال الشخصية، ج ۱، ص ۲۳.

۲. دایرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۷، ص ۱۳۲.

۳. سیدحسن امامی، پیشین، ص ۱۰۰.

۴. محمد مصطفی شلبی، احکام الاسرة فی الاسلام، (بیروت، دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۳)، ص ۱۲.

۵. سید حسین صفایی و سیدمرتضی قاسم‌زاده، پیشین، ص ۱۱.

ملاک بهره برده‌اند. موضوع‌هایی که در مورد آن نوعاً قوانینی به اعتبار شخصیت فرد وضع شده است، از مصداق‌های احوال شخصیه هستند و قوانین که به اعتبار طبیعت مال وضع شده‌اند، از مصداق‌های احوال عینی به شمار می‌روند.^۱ معمولاً موضوع‌هایی مورد تردید است که از یک طرف، با شخصیت فرد مرتبط است و از طرف دیگر، جنبه مالی پیدا می‌کنند. پس توافق بر سر اینکه جزو احوال شخصیه هستند یا نه، مشکل است، مثل وقف و هبه که به دلیل ماهیت دوگانه‌شان مورد اختلاف است.

پس مسائل احوال شخصیه شامل این مجموعه‌هاست: (۱) مسائل مربوط به حالت (وضعیت)، اهلیت، ولایت بر مال؛ (۲) مسائل متعلق به خانواده؛ (۳) مسائل متعلق به وصایا و مواریث.^۲

در حقوق ایران با توجه به ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی که از رابطه حق با اخلاق حسنه و نظم عمومی سخن می‌گوید، این گونه حقوق به گروه غیر مالی نزدیک است.^۳

با توجه به بحث‌های انجام شده در فقه درباره نهاد وقف، وصیت و هبه و اهمیتی که به شخصیت و صفات موقوف‌علیهم، موصی‌له و موهوب‌له داده شده است، این باب‌ها از ابواب مالی صرف، خارج و به مباحث مربوط به اشخاص نزدیک می‌شود. به‌ویژه آنکه فقه، برای نهاد وقف، «شخصیت حقوقی» قائل شده است که وجودی مستقل از وجود واقف و موقوف‌علیهم دارد.^۴

۱. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۸، ص ۶.

۲. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۱۴.

۳. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۲۴۹.

۴. محمد بن مکی عاملی، پیشین، ج ۳، ص ۱۶۰.

فصل دوم قانون مدنی افغانستان درباره اشخاص است که به دو دسته شخص حقیقی و حقوقی تقسیم شده است. مهم‌ترین مباحث اشخاص حقیقی عبارت است از: ازدواج، آثار مالی ازدواج، انحلال ازدواج، فسخ، طلاق، خلع، تفریق، نسب، رضاع، حضانت، انفاق، اداره اموال محجورین، ولایت، وصایت و حجر. جالب است که قانون مدنی، وقف را به عنوان اولین مبحث اشخاص حکمی^۱ آورده است.

در مجموع می‌توان گفت تمام این عنوان‌ها به استثنای مباحثی مثل تبنی (فرزندخواندگی) در قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان قرار خواهد گرفت.

گفتار دوم - قلمرو احوال شخصیه شیعیان افغانستان در زمان و مکان

۱. قلمرو قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان در مکان

سرزمین هر کشوری، میدان اجرای قانون آن کشور است. قوانین بسته به ویژگی آن ممکن است بر محدوده گسترده‌تر یا محدودتری حکومت کند. اکنون بحث این است که قلمرو جغرافیایی در قانون احوال شخصیه مطرح است یا نه؟

کلی بودن از ویژگی‌های ذاتی قانون است. موضوع قانون مورد بحث ما احوال شخصیه شیعیان افغانستان است. بنابراین، از این نظر، کلی است و شامل تمام افراد موضوع خود می‌شود. از آنجا که قوانین احوال شخصیه معمولاً جنبه امری دارد، توافق و تراضی برخلاف آن نیز امکان ندارد. پس شیعیان افغانستان در سراسر افغانستان اعم از مناطقی که اکثریت دارند یا در اقلیت هستند، تابع قانون احوال شخصیه احکام

۱. اشخاص حقوقی.

مذهب خود خواهند بود. از سوی دیگر، افغانستان از جمله کشورهای است که در مسائل احوال شخصیه، اتباع خارج از کشور را نیز تابع قانون مدنی احوال شخصیه افغانستان می‌داند (م ۱۷ ق. م.). از این قاعده می‌توان استفاده کرد که اتباع افغانستان پیرو مذهب تشیع که مقیم خارج از کشورند، مسائل احوال شخصیه تابع قانون احوال شخصیه شیعیان خواهند بود. بر اساس قاعده حل تعارض صلاحیت قانون دولت متبوع، شیعیان غیر افغانی در ابتدا تابع قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان نخواهند بود، هرچند مقیم کشور افغانستان باشند. البته اگر قانون دولت متبوع آن‌ها به قانون افغانستان احاله دهد، بر فرض پذیرش احاله از سوی قانون افغانستان، قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان بر آن‌ها تطبیق می‌شود.

توصیف رابطه حقوقی و نیز قاعده حل تعارض بر همه قوانین موضوعی (ماهوی) مقدم است.^۱ برای نمونه، در قضیه‌ای که یک شیعه افغانستانی در خارج از کشور اقامت دارد، فوت کند، اول باید توصیف کنیم که تصفیه ترکه بر اساس قانون افغانستان جزو کدام دسته ارتباطی حقوق است؟ وقتی مشخص کردیم که در دسته ارتباطی احوال شخصیه قرار دارد، نوبت به این قاعده حل تعارض می‌رسد که بر اساس قانون افغانستان، احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع متوفی است.

در مرحله سوم پس از آنکه قانون افغانستان صالح شناخته شد، باید مشخص کنیم که کدام قانون افغانستان؛ قانون عام یا قانون خاص، بر ارث شیعی افغانستانی حاکم است؟ با پیمودن این سلسله مراتب می‌توان چنین مسئله‌ای را حل کرد.

۱. نجادعلی الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۵.

۲. قلمرو قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان در زمان

قانون پس از وضع و امضا، منتشر و پس از انتشار، لازم‌الاجرا می‌شود. اثر قانون نسبت به آینده است. بر اساس قواعد پذیرفته‌شده حقوقی، تسری قانون به گذشته که از آن به «عطف به ماسبق شدن قوانین» یاد می‌شود، بدون تصریح قانون‌گذار جز در شرایط استثنایی جایز نیست.^۱ قانون‌گذار افغانستان در ماده ۱۰ قانون مدنی تصریح می‌کند:

۱. احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق می‌شود؛

۲. احکام قانون به ماقبل رجعت نمی‌کند مگر در حالتی که در خود قانون تصریح شده و یا احکام آن متعلق به نظام عامه باشد.

بند ۲ ماده ۱۱ نیز مقرر می‌دارد:

در صورتی که شخصی نظر به احکام قانون جدید، ناقص اهلیت شناخته شود، این احکام به تصرفات قبلی وی تأثیر ندارد.

بنابراین، قانون احوال شخصیه شیعیان تا زمانی که خود قانون تصریح نکند، ناظر بر اعمال و وقایع حقوقی است که در زمان آینده شکل می‌گیرد و اگر در فرضی، قصد تسری قانون به گذشته داشته باشد، باید به آن تصریح کند.

مسئله قابل طرح این است که مرور زمان در قانون مدنی افغانستان آمده و در موارد بسیاری به آن استناد کرده است. گنجاندن مرور زمان در قانون در مشروعیت مرور زمان در فقه حنفی ریشه دارد. فقیهان بزرگ حنفی مثل ابن نجیم به طور رسمی از مرور زمان نام برده و آن را پذیرفته و مسقط دعوا دانسته‌اند، نه مسقط حق.^۲ به همین دلیل، مرور

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق انتقالی، (تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۹)، ص ۹۴؛ فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۳۰۲.

۲. ابن نجیم، پیشین، ص ۲۳۰.

زمان در «المجله» عثمانی نیز قانونی دانسته شده است.^۱ در ظاهر، دلیل فقهی حنفیه بر مشروعیت مرور زمان، استناد به مصالح مرسله است که به ضرورت زمان و مکان به وجود می‌آید و سبب تغییر نصوص شرعی می‌شود که در زمان و مکان خاص وارد شده است.^۲ برخی استادان حقوق احتمال داده‌اند مرور زمان موجود در قانون فرانسه نیز از فقه عامه اقتباس شده باشد.^۳

مرور زمان در فقه شیعه تاکنون به دلیل معتبر و مورد اتفاق همه فقیهان شیعه مستند نگشته و مشروعیت آن در فقه شیعه با اشکال رو به‌رو است.^۴ به همین دلیل، پس از انقلاب اسلامی در ایران، مقررات مرور زمان از قانون آیین دادرسی مدنی این کشور حذف شد، ولی در نهایت پذیرفته شد و شورای نگهبان هم آن را تأیید کرد. برخی پژوهش‌گران کوشیده‌اند مستندات شرعی از کلمات فقیهان شیعه بر مشروعیت مرور زمان به معنای مسقط دعوی، نه مسقط حق فراهم سازند،^۵ ولی این تلاش‌ها تاکنون به تحول دیدگاه فقیهان شیعه و قانون‌گذار ایران نیانجامیده است.

بر اساس قاعده، مقررات راجع به مرور زمان نباید در احوال شخصیه شیعیان جاری شود؛ چون این مقررات از دید مذهب جعفری مشروعیت

۱. سلیم رستم‌باز، شرح المجله، (بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۳۰۵هـ)، ص ۹۸۳.

۲. حقوق اسلام، ص ۱۶۲.

۳. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۳۱۶.

۴. تحریر المجله، ج ۲، ص ۱۰۹.

۵. مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، (تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳)، ج ۳، ص ۲۱۱.

ندارد. البته مرور زمان مسقط دعوی با مبانی و احکام شرعی مخالفت صریح ندارد و فقط مخالفت ضمنی دارد. بنابراین، شرط و شروطی که عوارض منفی و نگرانی فقیهان را برطرف کند، مانند اینکه اقرار، مسقط مرور زمان باشد و غصب و تصرف عدوانی، قاطع مرور زمان باشد و نظیر آن را می‌توانیم بپذیریم، همان‌گونه که در ایران، مهلت تجدید نظر در امور کیفری پذیرفته شده است. به نظر ما تنها مبنای مرور زمان نیز نظم عمومی است و حفظ نظم عمومی و جلوگیری از اختلال نظام ایجاب می‌کند مرور زمان را با شرایط گفته شده بپذیریم.

گفتار سوم - قلمرو قانون احوال شخصیه در فرض تعارض قوانین داخلی
در ابتدا باید یادآوری کرد که تعبیر تعارض قوانین در حقوق داخلی، خالی از مسامحه نیست، زیرا قانون‌گذار با وضع قوانین سنجیده و قرار دادن راهکار مناسب در فرض پدیدآمدن تعارض میان قانون عام و خاص می‌تواند مانع از آن شود. پس طرح این موضوع دست کم در مرحله قانون‌گذاری بی‌فایده نخواهد بود. به تعبیر دیگر، از نتایج این بحث در دفع تعارض می‌توان استفاده کرد، نه رفع آن.

تعارض قوانین از مباحث اصلی و مهم حقوق بین‌الملل خصوصی است. هرگاه یک رابطه حقوقی، یک یا چند عامل خارجی داشته باشد، مسئله تعارض قوانین به وجود می‌آید. این تعارض قوانین که در زندگی بین‌المللی افراد مطرح می‌شود، از محل بحث ما خارج است و در بحث قلمرو مکانی احوال شخصیه شیعیان به طور فشرده به آن پرداختیم. اکنون از تعارض قوانین در حقوق داخلی سخن می‌گوییم.

همان‌گونه که ازدواج و طلاق از مصداق‌های مهم تعارض قوانین در بین‌الملل خصوصی است، در حقوق داخلی نیز ممکن است تعارض قوانین را پدید آورد. این تعارض زمانی ایجاد می‌شود که زوجین پیرو مذاهب رسمی کشور باشند، مانند اینکه یکی، پیرو مذهب جعفری باشد و دیگری، پیرو مذهب حنفی. به این ترتیب، در دیگر مسائل احوال شخصیه نظیر ارث و وصیت نیز ممکن است تعارض به وجود آید؛ اگر وارث و مورث، موصی و موصی‌له، ولی و مولی‌علیه و واقف و موقوف‌علیهم پیرو دو مذهب رسمی کشور باشند. در این حالت، رابطه حقوقی ازدواج، طلاق، ارث و وصیت را بر اساس قانون کدام مذهب باید حل و فصل کرد؟

بر اساس مواد ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی، فرض بر آن است که قانون مدنی افغانستان بر تمام روابط حقوقی و مدنی همه اتباع افغانستان و احوال شخصیه اتباع افغانستانی غیرشیعه حاکم است و قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان بر روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه آنان حاکمیت دارد.

آیا رابطه زوجیت زن و مرد اتباع افغانستان که یکی، شیعه مذهب و دیگری، غیر شیعی است، مشمول قانون مدنی می‌شود، یا قانون احوال شخصیه شیعیان؟ از این جهت که یک طرف آن، غیر شیعه است، باید تابع قانون مدنی باشد، ولی شیعه بودن طرف دیگر اقتضا دارد قانون احوال شخصیه شیعیان حاکمیت یابد. پس برای حل این تعارض چه باید کرد؟ همین تعارض در دیگر روابط حقوقی موضوع‌های احوال شخصیه نیز به وجود می‌آید.

در پاسخ، ممکن است دو نظر مطرح شود:

۱. تقدم قانون مدنی

برای توجیه این نظر ممکن است چنین دلیل آورند که ماده ۱۳۱ قانون اساسی مشتمل بر یک استثنا بر یک قاعده عمومی است که ماده ۱۳۰ قانون اساسی آن را بیان می کند. اصل عمومی این است که همه ساکنان افغانستان تابع قانون مدنی هستند و احوال شخصیه شیعیان از آن استثنا شده است. در مورد استثنا نیز باید به قدر متیقن بسنده کرد. قدر یقینی نیز جایی است که دو طرف قضیه حقوقی، شیعه باشند. در فرضی که یک طرف از اهل تشیع و طرف دیگر غیر آن باشد و تعارض قوانین به وجود آید، در اجرای قانون خاص شک می کنیم و این تردید برای اجرای قانون عام کافی است.

۲. استفاده از روش حل تعارض

بر اساس این دیدگاه باید به ماهیت قضیه حقوقی دقت کرد و مناسب ترین قانون را برگزید.

هواداران این نظر با وام گرفتن از راه حل مربوط به تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی استدلال می کنند قانون مدنی و قانون احوال شخصیه هر دو قانون عادی هستند که اعتبار خویش را از قانون برتر؛ یعنی قانون اساسی می گیرند. ترجیح یکی بر دیگری و جاهت قانونی ندارد و مخالف اصول پذیرفته شده حقوقی است؛ زیرا از نظر اصول حل تعارض قوانین، در قضایایی که ویژگی سیاسی ندارند، باید راه حل جزئی را کنار گذاشت و به دنبال مناسب ترین قانون رفت. انتخاب قانون انسب یا روش حقوقی که امروز به عنوان راه حل مورد قبول حقوق دانان در تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی پذیرفته شده است،^۱ به دلیل ویژگی حقوقی انعطاف پذیرش در حقوق داخلی نیز مناسب ترین راه حل است.

۱. نجاد علی الماسی، پیشین، ص ۳۵.

بر اساس این روش، قانون‌گذار ایرانی در حل تعارض قوانین داخلی، در ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مصوب ۱۳۱۲ تصریح می‌کند:

نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت کند:

۱. در مسائل مربوط به نکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.

۲. در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات مسلمة متداوله در مذهب متوفی.

۳. در مسائل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است.^۱

با توجه به مبانی حقوقی، استدلال دیدگاه اول مخدوش است؛ زیرا هیچ‌گونه رابطه سلسله مراتبی میان دو قانون مدنی و احوال شخصیه قابل تصور نیست. دو قانون در عرض هم قرار دارند و بر اساس قانون اساسی، تدوین و تصویب می‌شوند. بنابراین، ارزش حقوقی برابر دارند. تنها تفاوت‌شان در آن است که قانون مدنی بر اشخاص بیشتری حکومت می‌کند و قانون احوال شخصیه شیعیان بر تعداد کمتری. آشکار است که یکی از ویژگی‌های قوانین، کلی بودن آنهاست. تعداد افراد متبوع قانون بر میزان ارزش آنها بی‌تأثیر است؛ چون هر دو قانون، برگرفته از اصول قانون اساسی است و عام و خاص قابل تصور نیست.

۱. ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷)، ص ۲۹.

بر اساس این دیدگاه، در قضیه ازدواج و طلاق که یک طرف آن شیعه باشد، باید از قانون مذهب متبوع زوج پیروی کرد. این راه حل با جایگاه مسئولیت و تکالیف زوج در خانواده سازگارتر است. در ارث و وصیت که یک طرف آن، شیعه و طرف دیگر، اهل سنت باشد، طبیعی است که این رابطه حقوقی با شخصیت، اموال و وضعیت متوفی سر و کار دارد. پس منطقی است که احکام مذهب مورث و موصی را بر احکام مذهب وارث و موصی له ترجیح دهیم.^۱ رابطه فرزندخواندگی در فقه شیعه وجود ندارد، ولی ممکن است پدرخوانده اهل سنت، کودک تولدیافته از شیعی را به فرزندی قبول کند. بر اساس این راه حل، قانون مذهب پدرخوانده که بیشترین مسئولیت و رنج را نسبت به طفل متحمل می‌شود، مقدم است.

در قانون مدنی افغانستان، ماده‌ای در این باره وجود ندارد که در بازنگری و اصلاحات باید به این موضوع توجه کرد و برای جلوگیری از به وجود آمدن چنین تعارضی باید چاره‌اندیشی شود. در این مورد می‌توان از راه حلی که قانون مدنی در حل تعارض قوانین حقوق بین‌الملل خصوصی ارائه داده است، استفاده کرد. بر اساس مواد ۲۰، ۲۲ و ۲۵ قانون در مورد آثار مترتب بر ازدواج، طلاق و تفریق، قانون دولت متبوع زوج را حاکم دانسته است. (بند ۱-۳ ماده ۲۰ ق. م.) در مسائل متعلق به بنوت، ولایت و دیگر امور مربوط به ارث، وصیت و دیگر تصرفات منسوب به بعد از وفات نیز احکام قانون دولت متبوع مورث و وصی تطبیق می‌شود. (بند ۱ ماده ۲۵ ق. م.)

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، (تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶)، ص ۱۰۸.

در نتیجه، می‌توان گفت قلمرو قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان در فرض یاد شده در صورتی است که در ازدواج و طلاق، زوج، و در مسئله ارث و وصیت، متوفی، شیعی باشد. در فرضی که زوجه، شیعه و زوج، اهل سنت باشد، قانون مدنی بر آن حاکم است. در فرضی نیز که متوفی از اهل سنت و وراث او شیعه باشد، باز از صلاحیت قانون احوال شخصیه شیعیان خارج است. این مسئله از نظر مبانی فقه شیعه نیز بی‌اشکال است؛ زیرا این موارد مشمول قاعده مشهور «الزام» است و قاعده الزام، قاعده‌ای مسلم در میان شیعیان به شمار می‌رود که پیش‌تر در بحث مبانی به آن پرداختیم.

گفتار چهارم - پیوند نهادهای حقوقی ویژه شیعیان با نظم عمومی

به یقین می‌توان گفت هدف اولیه و اساسی از اعطای استقلال قضایی به شیعیان که در ماده ۱۳۱ قانون اساسی آمده، وجود تمایزها و تفاوت‌هایی است که میان مذهب شیعه و اهل سنت به‌ویژه حنفی وجود دارد که از آن موارد اختلافی به «اختصاصات فقه شیعه» تعبیر می‌کنیم. ماده ۱۳۱ قانون اساسی، وجود تفاوت میان احکام دو مذهب را در احوال شخصیه، طبیعی دانسته و به اجرای آن در محدوده پیروان آن‌ها رسمیت داده است. تمایز و تفاوت احکام فقه شیعه با اهل سنت به تفاوت در احکام منحصر نمی‌شود، بلکه چه بسا در منابع، مبانی و شیوه استنباط از آن نیز میان این دو مذهب تفاوت‌هایی وجود دارد. تفاوت اصلی در منابع استنباط در چهار چیز محدود می‌شود:

۱. اختلاف در منابع حقوق

همان‌گونه که در بحث منابع گفتیم اهل سنت، قیاس، استحسان و مصالح مرسله را حجت می‌دانند و فقه شیعه امامیه آن‌ها را حجت نمی‌داند. تفسیر سنت در فقه شیعه نیز با فقه اهل سنت متفاوت است که پیش‌تر به آن اشاره کردیم.

الف) بنای عقلا

بنای عقلا شاخه‌ای از عرف است که فقه امامیه آن را کشف و عرضه کرده است و با حکم عقل تفاوت دارد. چنین چیزی در منابع استنباط اهل سنت نیامده است.

ب) اصول عملیه

در فقه امامیه، اصول عملیه در سه قرن اخیر به شکوفایی رسیده است. در هیچ مذهبی این اندازه کار نشده است.

ج) اجتهاد

در شیعه همواره باب اجتهاد گشوده بوده، ولی به نظر اهل سنت، از نیمه دوم قرن چهارم، باب اجتهاد بسته شده است و این وضع تاکنون ادامه دارد.^۱ گفتنی است امروز بیشتر فقیهان جهان اسلام باب اجتهاد را گشوده می‌دانند. از این گذشته، مصداق‌های بسیاری می‌توان یافت که از اختصاصات فقهی شیعه است و در فقه اهل سنت یا وجود ندارد یا اگر هست،

۱. حقوق اسلام، ص ۲۱۷-۲۱۹. استاد محترم اصول عملیه را با فرض قانونی مترادف دانسته‌اند که صحیح نیست؛ زیرا فرض قانونی اماره است.

ماهیت و احکام متفاوت دارد و بخشی از این احکام به احوال شخصیه ارتباط پیدا می‌کند. از نخستین کسانی که به این موضوع پرداخته‌اند، از دو تن از استوانه‌های شیعه؛ یعنی سید مرتضی، نویسنده کتاب «انتصار» و شیخ طوسی، نویسنده کتاب «خلاف» می‌توان نام برد. منظور ما در این گفتار فقط برشمردن موارد اختصاصی فقه شیعه نیست، بلکه از رابطه و قلمرو آن موارد با نظم عمومی نیز بحث خواهیم کرد.

۲. مهم‌ترین مصداق‌های اختصاصی شیعیان در زمینه احوال شخصیه

الف) طبقات ارث

طبقات وارثان میان شیعه و سنی کاملاً متفاوت است. این دو طبقه‌بندی متفاوت چنان بر این دو مکتب اثر نهاده است که (حدود) نود درصد مسائل ارث بین دو مکتب حقوقی تفاوت دارد.^۱

طبقات ارث به واسطه نسب نزد امامیه سه طبقه‌اند: طبقه اول: پدر و مادر و اولاد و...؛ طبقه دوم: اجداد و برادر و خواهر، طبقه سوم: عمو و عمه، ماما و خاله.^۲

در این طبقات، درجاتی نیز وجود دارد که همه بر اساس قاعده «الاقرب یمنع الابعد» یا «الاقرب فالاقرب» اعمال می‌شود که بر اساس آن، تا کسان نزدیک‌تر به میت باشند، به دورتر ارث نمی‌رسد.^۳ همچنین بر اساس آیه شریفه «اولو الارحام بعضهم اولی ببعض»؛ خویشاوندان بعضی بر بعضی دیگر اولویت دارند.^۴ و سهم ارث برای بعضی وارثان به

۱. پیشین، ص ۲۱۴.

۲. جعفرین حسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام، بیروت، دارالاضواء، ۱۹۸۳ م. ۱۴۰۳/ ه، ج ۴، ص ۹؛ محمد مکی عاملی (شهید اول)، پیشین، ج ۸، ص ۲۳.

۳. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۵۱.

۴. انفال: ۷۵.

صورت کسری بیان شده است که به این دسته، «فرض بر» می گویند. بر این اساس، اول، ترتیب طبقات رعایت می شود. در هر طبقه نیز «فرض برها» بر دیگر اقربای همان طبقه مقدم هستند. طبقات ارث نزد اهل سنت که در قانون مدنی افغانستان نیز پذیرفته شده است، عبارتند از:

طبقه اول - فرض بران

فرض بران کسانی هستند که سهم شان در قرآن کریم به صورت کسری ذکر شده است و همگی در طبقه اول قرار می گیرند. بنابراین، خواهر میت که فرض بر است، در طبقه اول قرار می گیرد.

طبقه دوم - عصبه

جماعتی از خویشان میت که فرض بر نیستند و از جانب ذکور با میت نسبت پیدا می کنند، «عصبه» نامیده می شود. اهل سنت در این طبقه بندی بر مبنای آیه «اولو الارحام» عمل نکرده و حدیثی را مبنا قرار داده اند که معتقدند حدیث آیه را تخصیص زده است. به این ترتیب، نوه پسری میت در این طبقه قرار می گیرد و ارث می برد، ولی نوه دختری او ارث نمی برد.

طبقه سوم - ذوالارحام

خویشاوندان نسبی میت که نه فرض برند و نه عصبه. البته بسیاری از فقیهان اهل سنت از جمله مالک و شافعی می گویند این دسته مستحق ارث نیستند. در مقابل، ابوحنیفه و اصحابش معتقدند که اینان نیز به ترتیب عصبه ارث می برند.^۱

۱. محمد بن رشد قرطبی، بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، (بیروت، دارالمعرفه،

در ترتیب طبقات یاد شده، اول، فرض برها سهم می‌برند. اگر چیزی ماند، به عصبه می‌رسد و اگر این دو طبقه نبودند، نوبت به طبقه سوم، ذوالارحام می‌رسد.^۱ قانون مدنی افغانستان هم این طبقه‌بندی را رعایت کرده است.^۲

به این ترتیب، زیربنای طبقه‌بندی وارثان در شیعه با اهل سنت متفاوت است.

ب) برخی مسائل نکاح و طلاق

در مسائل کلی نکاح میان دو مذهب اختلاف کلی وجود ندارد. با این حال، جزئیات و شرایط اختصاصی در مذهب شیعه وجود دارد که در فقه حنفیه نیست یا برعکس اکنون به برخی از این جزئیات در باب نکاح اشاره می‌کنیم.

اول - شروط صحت نکاح

سه مورد از شروط صحت نکاح که شیعه و حنفی در باره آن اختلاف نظر دارند، از این قرارند:

یک - حضور شاهد در عقد نکاح

بر اساس فقه شیعه، حضور شاهد در عقد نکاح مستحب است.^۳ سه مذهب از مذاهب چهارگانه اهل سنت، حضور دو شاهد را هنگام عقد از شرایط

۱۴۰۲ هـ / ۱۹۸۲ م.، ج ۲، ص ۳۳۹.

۱. وهبه زحیلی، پیشین، ج ۸، ص ۲۸۰.

۲. قانون مدنی افغانستان، مواد ۱۹۹۳-۲۱۰۲.

۳. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۲، ص ۸۸.

صحت نکاح می‌دانند.^۱ فقط مالک، حضور شاهدان را هنگام عقد ضروری نمی‌داند، بلکه هنگام به حجله رفتن عروس (زفاف) لازم می‌داند.^۲

دو- نوع نکاح

از دیدگاه شیعه، ایجاب و قبول می‌تواند به صورت موقت باشد. طبیعی است در این صورت، نکاح به صورت موقت منعقد می‌شود. البته در مشروعیت اولیه این نوع نکاح میان مسلمانان اعم از شیعه و اهل سنت اتفاق نظر وجود دارد،^۳ ولی آنچه محل اختلاف است، ثبوت نسخ است. اهل سنت بر این باورند که متعه بعد از آنکه مدتی حلال بود، نسخ شد،^۴ ولی شیعه نسخ آن را ثابت شده نمی‌داند.^۵

اهل سنت، گنجاندن زمان را در عقد منحل می‌دانند. برای نمونه، سه مذهب چنین عقدی را باطل، ولی حنفیه آن را فاسد می‌دانند؛^۶ زیرا حنفیه میان عقد باطل و فاسد، تفاوت قائل است. عقد باطل، عقدی است که هیچ گونه اثر عقد صحیح بر آن مترتب نمی‌شود. در عقد فاسد، برخی آثار عقد صحیح بر آن بار می‌شود، ولی کیفر از آن برداشته می‌شود؛ زیرا در آن، شبهه عقد بودن وجود دارد.^۷ بر این اساس، قانون مدنی افغانستان در ماده ۹۷ از این دیدگاه

۱. وهبه زحیلی، پیشین، ص ۷۰.

۲. محمد بن رشد قرطبی، پیشین، ص ۵۸.

۳. ابی‌بکر جصاص، احکام القرآن، (بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۱ هـ / ۲۰۰۱ م.)، ج ۲، ص ۲۰۹.

۴. وهبه زحیلی، پیشین، ص ۶۳.

۵. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۲۴۵.

۶. وهبه زحیلی، پیشین، ص ۱۰۹.

۷. پیشین، ص ۱۱۰.

حنفیه پیروی کرده است و مقرر می‌دارد: «در نکاح فاسد، پس از دخول، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه ثابت می‌شود».

بحث تحلیلی درباره این نوع نکاح مورد نظر ما نیست، ولی گاهی این اختلاف فقهی موجب شده است برخی افراد جاهل بحث را از حوزه فقهی آن خارج کنند و با بستن بدترین پیرایه‌ها به شیعه، آن را زنا بشمارند. این در حالی است که متعه در اول اسلام تجویز شده است.^۱ به جز آن، بزرگانی از صحابه در منسوخ نشدن آن با شیعه هم عقیده‌اند.^۲ به هر حال، در نکاح موقت امروزه از اختصاصات فقهی شیعه به شمار می‌آید، که ایجاب و قبول و مهر و ذکر مدت وجود دارد و حکم آن همانند حکم نکاح دائم است، مگر آنچه استثنا شده است.

دوم - برخی محرمات نکاح

از دیدگاه شیعه، زنا با زن شوهردار یا در عده موجب ایجاد حرمت ابدی میان زن و مرد زناکار می‌شود،^۳ در حالی که مذاهب دیگر، اعتقادی به این حرمت ندارند.^۴ اگر مردی با پسری لواط کند، مادر و خواهر و دختر او بر آن مرد، به طور دائم حرام می‌شوند، ولی اگر عقد با افراد یاد شده، سابق بر لواط باشد، عقد واقع شده باطل نمی‌شود.^۵ در این مورد، در کتاب‌های فقهی اهل سنت مطلبی نیافتیم و بر اساس فرموده سید مرتضی، از مفردات شیعه است.^۶

۱. جصاص، پیشین.

۲. فخر رازی، تفسیر الکبیر، (بیروت، داراحیاء التراث العربی)، ج ۱۰، ص ۴۹.

۳. شریف مرتضی علم‌الهدی، انتصار، (قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵)، ص ۲۶۲.

۴. محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، (تهران، مؤسسه صادق للطباعة و النشر، ۱۳۷۷/۱۹۹۸)، ص ۳۱۱.

۵. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۲۰۳.

۶. شریف مرتضی علم‌الهدی، پیشین، ص ۲۶۵.

سوم - انحلال نکاح

یک - دسته‌بندی اسباب انحلال نکاح

در فقه شیعه، اسباب انحلال نکاح به دو دسته طلاق و فسخ تقسیم می‌شود که هر یک شاخه‌هایی دارد.^۱ اسباب انحلال نکاح نزد اهل سنت و مذهب حنفی عبارت است از: طلاق، خلع، فسخ و تفریق. قانون مدنی نیز این چهار عامل را در عرض هم نام می‌برد.

دو - بی‌اثر بودن طلاق مقترن به عدد در فقه شیعه

اگر کسی بگوید زمن را سه طلاقه کردم، به نظر مشهور فقه شیعه، یک طلاق رخ می‌دهد^۲ و به نظر فقیهان اهل سنت، سه طلاق به شمار می‌رود و حکم آن، حکم طلاق سوم است.^۳ ماده ۱۴۵ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «طلاق مقترن به عدد، یک طلاق شناخته می‌شود.» به نظر می‌رسد این ماده برای حفظ مصالح اجتماعی در کاهش آمار طلاق، دیدگاه فقه امامیه را پذیرفته است.

سه - طلاق در طهر غیر مواقعه

در فقه شیعه، طلاق هنگام حیض یا طهری که در آن نزدیکی صورت گرفته، بی‌اثر است،^۴ در حالی که به نظر اهل سنت، چنین طلاق واقع

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۶، ص ۱۱، ج ۵، ص ۳۸۰.

۲. شریف مرتضی، پیشین، ص ۳۰۸؛ سید روح‌الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، (تهران، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۳۷۹/۱۴۲۱)، ج ۱، ص ۳۱۴.

۳. محمد بن رشد قرطبی، پیشین، ص ۶۱؛ وهبه زحیلی، پیشین، ص ۴۰۶.

۴. شریف مرتضی، پیشین، ص ۳۰۶.

می‌شود.^۱ هرچند بسیاری از فقیهان اهل سنت این طلاق را حرام می‌دانند و آن را طلاق بدعی نامیده‌اند،^۲ با این حال، آن را نافذ شمرده‌اند.

چهار- حضور دو شاهد در طلاق

فقیهان امامیه، حضور دو شاهد عادل را هنگام اجرای صیغه طلاق شرط دانسته‌اند،^۳ در حالی که در کتاب‌های فقهی اهل سنت چنین شرطی به‌عنوان شرایط صحت طلاق نیامده است.^۴

آن‌چه از اختصاصات فقه شیعه آوردیم، بخشی از مهم‌ترین مسائل فقهی شیعه بود که در آن‌ها میان این مذهب و مذاهب اربعه به‌ویژه حنفی اختلاف نظر وجود دارد. این موارد، نشانه‌ای از قلمرو متفاوت قانون احوال شخصیه شیعیان و اهل سنت است، هرچند اشتراک‌ها بیش از افتراق‌ها است. این بحث را در نکاح و طلاق به صورت جزئی و مفصل پی خواهیم گرفت.

۳. جایگاه نظم عمومی در حقوق افغانستان

نظم عمومی که قانون افغانستان از آن به «نظم عامه» یاد می‌کند و اخلاق حسنه از نظر مفهومی روشن است، ولی از نظر تطبیق آن بر مصداق‌هایش مشکل دارد. نظم عمومی و اخلاق حسنه دارای مفهومی متفاوتند. برخی استادان حقوق، نظم عمومی را بخشی از اخلاق حسنه می‌شمارند، با این

۱. محمد بن رشد قرطبی، پیشین، ص ۶۵.

۲. وهبه زحیلی، پیشین، ص ۴۰۲.

۳. شریف مرتضی، پیشین، ص ۲۹۹.

۴. وهبه زحیلی، پیشین، ص ۳۶۴.

تفاوت که افراد جامعه رعایت اخلاق حسنه را لازم می‌دانند و نقض آن را نکوهش می‌کنند. در مقابل، نظم عمومی آنی است که نقض آن هیجان و تشنج اجتماعی ایجاد می‌کند و نظم را مختل می‌سازد.^۱

برخی دیگر از حقوق‌دانان، اخلاق حسنه را چهره خاصی از نظم عمومی می‌شمارند و نظم عمومی را هم قوانینی می‌دانند که هدف از وضع آن، حفظ منافع عمومی است و تجاوز به آن، نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، بر هم می‌زند.^۲ به نظر این گروه، رابطه اخلاق حسنه و نظم عمومی، عموم و خصوص مطلق است. «بدین تعبیر که آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد، با نظم عمومی نیز مخالف است، ولی امکان دارد قراردادی که با نظم عمومی در تعارض است، از نظر اخلاقی، ناپسند به نظر نیاید».^۳

ممکن است مفهوم نظم عمومی در زمان و مکان، متفاوت باشد. نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی نیز متفاوت است.^۴ به نظر بعضی حقوق‌دانان، نظم عمومی در حقوق داخلی به معنای رعایت قواعد امری است، به گونه‌ای که افراد نمی‌توانند به وسیله قرارداد خصوصی، آن قواعد را نقض کنند. در حقوق مدنی، همه قوانین امری در

۱. سید حسن امامی، پیشین، ج ۴، ص ۴۹.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، (تهران، شرکت انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۱)، ص ۵۲. برای دیدن نقد این نظر نک: محمد جعفر جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۹۷.

۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، (تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰)، چاپ پنجم، ج ۱، ص ۱۸۱.

۴. نجادعلی الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۲۹؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۶۵۳.

ردیف قواعد مربوط به نظم عمومی است.^۱ ماده ۳۵ قانون مدنی افغانستان از نظم عامه و آداب عمومی به عنوان محدوده اعمال قانون خارجی یاد می کند. البته چنانچه گفته شد، نظم عمومی داخلی با حقوق بین الملل خصوصی متفاوت است. به هر حال، چون در قواعد مربوط به اهلیت و احوال شخصی، به جز منافع شخص، منافع جامعه نیز در نظر گرفته می شود، به نظم عمومی بستگی کامل دارد و بر خلاف این قواعد نمی توان توافق کرد جز آنکه قانون اجازه داده باشد.^۲

۴. اختصاصات فقه شیعه و نظم عمومی

فلسفه وجودی ماده ۱۳۱ قانون اساسی، به رسمیت شناختن اجرای اختصاصات فقهی شیعیان است. از این رو، همه اختصاصات فقهی شیعه مشمول این ماده است، مگر آنکه بر شامل نبودن آن دلیل معتبر اقامه شود. یکی از این دلایل معتبر، تعارض با نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

ماده ۱۳۱ قانون اساسی اطلاق دارد، ولی بر اساس اصول حقوقی پذیرفته شده در بیشتر نظام های حقوقی، قوانین و قراردادهای زمانی معتبرند که با نظم عمومی و اخلاق حسنه در تعارض نباشند. بدیهی است منظور از نظم عمومی، چیزی است که موجب تهییج احساسات جامعه و تشنج اجتماعی می شود، وگرنه مفهوم موسع نظم عمومی و اخلاق حسنه، اجرای ماده ۱۳۱ قانون اساسی را با اشکال جدی رو به رو می سازد؛ زیرا هرچه مخالف قانون آمره باشد، مخالف نظم عمومی نیز تلقی می شود. در احوال شخصیه که بسیاری از مقررات آن آمره اند، همواره با انبوهی از قوانین مخالف نظم عمومی رو به رو خواهیم شد.

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۶۰.

۲. همان، ص ۱۷۴-۱۷۷.

در اندیشه فقهی شیعه، رعایت نظم عمومی و جلوگیری از هرج و مرج اجتماعی، جایگاه بلندی دارد و بر هر حکم و مصلحت مقدم است. فقیهان در موارد بسیاری، فتاوی خویش را به حفظ نظام مستند می‌کنند.^۱ آنچه گفته شد در مقام نظرپردازی بود. در مقام عمل، تعارض میان احکام شیعه و نظم عمومی و اخلاق حسنه بسیار اندک رخ می‌دهد؛ زیرا قانون گذار افغانستان میان آن دو تعارضی ندیده است که اجازه رعایت احوال شخصیه شیعیان را داده است.

به جز آن، تنها در دو مورد، تعارض میان آن دو قابل تصور است: (۱) تا وقتی که قانون احوال شخصیه شیعیان به تصویب نرسیده باشد؛ (۲) در فرضی که قانون احوال شخصیه نسبت به آن ساکت باشد. با تصویب قانون احوال شخصیه شیعیان این احتمال به حداقل می‌رسد؛ چون به اموری محدود خواهد شد که حکم مسئله‌ای در قانون احوال شخصیه شیعیان یافت نشود. آن مورد نیز موجب تهییج افکار عمومی و تشنج اجتماعی نمی‌شود.

شاید تنها مثالی که برای این تعارض می‌توان یافت، نکاح موقت باشد که ممکن است گفته شود موجب برهم زدن نظم عمومی و ایجاد حساسیت می‌شود، در حالی که از نظر فقه حنفی و اهل سنت، نکاح

۱. علامه نایینی، ضرورت داشتن حکومت و نظام سیاسی از نظر دینی را به حفظ نظم داخلی و جلوگیری از مداخله اجانب مستند می‌کنند. نک: محمدحسین نایینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، با توضیح: سید محمود طالقانی، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸)، ج ۹، ص ۲۹. دکتر کاتوزیان به آرای فقیهان بزرگی چون صاحب جواهر، سیدمحمدکاظم یزدی، آشتیانی و حاج ملاعلی کنی اشاره می‌کند: نک: اعتبار امر قضاوت شده، ناصر کاتوزیان، (تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳)، چاپ چهارم، ص ۳۵۵.

موقت نوعی نکاح است، ولی نکاح فاسد. حنفیه برخی آثار عقد صحیح را بر نکاح فاسد پس از دخول مترتب می‌سازد. از جمله مهر، نفقه، نسب و... به سبب آن ثابت می‌شود و کیفر حدّ بر زوجین در چنین عقدی جاری نمی‌شود.^۱

از آنجایی که قانون‌گذار رعایت احوال شخصیه شیعیان را اجازه داده و تشیع به‌عنوان یک واقعیت در قانون اساسی پذیرفته شده است، طبیعی است تعریف نهادهای مشمول قانون احوال شخصیه از جمله نکاح با قانون احوال شخصیه شیعیان باشد.

باید گفت نکاح موقت در روزگاری که آگاهی‌ها و نیازهای جامعه بر شناسایی آن مبتنی است، نه تنها مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نخواهد بود، بلکه از نهادهای ضروری اجتماعی به شمار خواهد رفت. بالا رفتن سن ازدواج پسران و دختران، افزایش مشکلات و موانع اقتصادی و اجتماعی تشکیل خانواده به صورت دایم، وجود محرک‌های جنسی گسترده و محیط‌های مختلط زن و مرد مانند محل‌های تحصیل و کار، بسیاری از دل‌سوزان جوامع اسلامی را نسبت به گسترش فساد و فحشا و سست شدن بنیان اخلاق و ارزشهای متعالی دینی، نگران کرده است.

برای برون‌رفت از بحران اجتماعی و فرهنگی یا باید به الگوهای غربی آن پناه برد یا در برابر سیل بنیان‌کن غریزه جنسی جوانان مقاومت کرد. بی شک، هردو راهکار، محکوم به شکست است. تنها یک راه حل باقی می‌ماند که همان پذیرش نهاد قانونی و شرعی «ازدواج موقت» باشد.

۱. ابوبکر جصاص، پیشین؛ ابن رشد قرطبی، پیشین؛ وهبه زحیلی، پیشین؛ ابن عابدین، رسائل، پیشین.

و برای حفظ مصالح اجتماعی نبی مکرم اسلام، ازدواج موقت را به استناد آیه ۲۴ سوره نساء نیز تشریع کرد. شماری از مسلمانان و بسیاری از صحابه و تابعین نیز آن را جایز می‌دانستند.^۱

رواج نهادهای مشابه مثل «ازدواج میسار» در برخی کشورهای اسلامی و صدور فتوای جواز آن از سوی دارالافتای کشور مصر در این اواخر نشان‌دهنده ضرورت اجتماعی نهاد نکاح موقت است.^۲ حقوق‌دانان برجسته در ایران نیز سفارش کرده‌اند نهاد‌های حکومتی، اجتماعی و فرهنگی به جای مبارزه و اعمال محدودیت در این زمینه، به سازمان‌دهی، کنترل و وضع قانون برای آن بپردازند.^۳

۱. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۵۵؛ مسالک الافهام، ج ۷، ص ۴۲۷؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۳۹.

۲. به گزارش «فردا» و به نقل از روزنامه الاهرام، مرکز تحقیقات دینی که تابع دارالافتاء مصر است، اعلام کرده است: «ازدواج میسار مادامی که شروط و ارکان نکاح در اسلام را دارا باشد، صحیح و جایز است». این مرکز در این فتوا اعلام کرده است که صرف نظر کردن زن از حقوقش موجب بطلان عقد نخواهد شد. البته این مرکز گفته است: «زن هر وقت بخواهد، می‌تواند این شروط را طلب کند و مرد موظف است آنها را به جا بیاورد». نکته جالب این که این مرکز دینی اشاره کرده است حکومت می‌تواند در صورتی که صلاح بداند و این ازدواج، ضرری برای اجتماع داشته باشد، مثلاً اگر این گونه ازدواج به حدی شایع شود که ازدواج معمولی و عادی به خطر بیافتد، از ازدواج میسار جلوگیری کند.

ازدواج میسار، نوعی ازدواج مشروط است که به زوجین این امکان را می‌دهد که بدون این که با هم زندگی کنند یا این امر علنی باشد، رابطه زوجیت داشته باشند.

خبرگزاری فردا (fardanews.com)، ۱۵ میزان (مهر) ۱۳۸۶، کد خبر ۳۵۸۱۸.
۳. برای مثال، تحقیق «بررسی تطبیقی حقوق خانواده» که هشت نفر از حقوق‌دانان برجسته زیر نظر استاد ابوالقاسم گرجی در مؤسسه حقوق تطبیقی

گذشته از آن، از دیدگاه فقه مذهب حنفی، عنوان نکاح بر نکاح موقت صدق می‌کند، هرچند آن را نکاح فاسد می‌دانند. صدق عنوان نکاح منشأ آثار حقوقی است که آن را از رابطه نامشروع و نکاح باطل متمایز می‌سازد.

نکته مهمتر آنکه استفاده از نهاد نکاح موقت در میان شیعیان افغانستان سابقه دیرینه‌ای دارد و به عرف محلی تبدیل شده است؛ با این

دانشگاه تهران انجام دادند، پس از بحث فراوان درباره ازدواج موقت چنین پیشنهاد می‌دهد: «به منظور پیش‌گیری از سوء استفاده احتمالی از این نهاد مفید اجتماعی و قانونی، امور ذیل پیشنهاد می‌شود: اولاً ثبت ازدواج موقت نیز مانند ازدواج دائم اجباری باشد، لیکن تشریفات سهل و آسانی برای ثبت تعیین شود. حضور زن مرد، حتی بدون شاهد در مراجع ثبت پذیرفته شود و برای تشویق متقاضیان، هزینه از آنان گرفته شود و در صورت امکان، ثبت ازدواج موقت، مجانی باشد. در مورد ثبت ازدواج موقت در دوره نامزدی شایسته است ازدواج موقت در شناسنامه آنان ذکر نشود، تا در صورت به هم خوردن نامزدی، مشکلی برای ازدواج بعدی آنان پیش نیاید. ثانیاً زوجه منقطعه نیز چنان‌که برخی از فقیهان گفته‌اند، یکی از چهار زن مباح به شمار رود....

ثالثاً برای پیش‌گیری از استنباط‌های شخصی و برداشت‌های نادرست در مقررات تصریح شود: در مواردی که ازدواج دائم، موقوف به اذن ولی است، ازدواج موقت نیز موقوف به اذن او است.

رابعاً هرگاه مرد زن‌داری بخواهد زن دیگری به عقد منقطع بگیرد، به تحصیل اجازه از دادگاه بر طبق مواد ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت از خانواده مکلف باشد

خامساً عدم ثبت ازدواج موقت مانند ازدواج دائم، جرم و قابل مجازات باشد. سادساً از آنجا که صحت یا بطلان شرط توارث یا ارث بردن یکی از زوجین از دیگری، در عقد منقطع، در قانون مشخص نشده و در فقه هم مسئله اختلافی است، در قانون مدنی به بطلان شروط مزبور که موافق قول گروهی از فقها و منطبق با مصالح اجتماعی است تصریح شود. «گروهی از نویسندگان زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرگی: بررسی حقوق تطبیقی خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۶۶ و ۱۶۷.

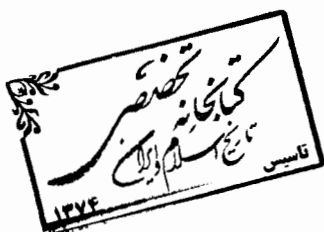
توضیح که در مناطق روستایی و شهری، بسیاری از شیعیان به دلایل مختلف، عقدهای ازدواج را معمولاً به صورت عقدهای موقت بلندمدت هشتاد سال و صد سال منعقد می‌کردند. در سابقه قضایی افغانستان و نیز در روش علمای اهل سنت افغانستان دیده نشده است که فقهی به ابطال این گونه نکاح‌ها حکم یا فتوا بدهد. بنابراین، نکاح موقت را می‌توان به گونه‌ای آورد که با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارضی نداشته باشد. پی‌آمد مثبت گنجاندن نکاح موقت در قانون این است که از یک سو، جلوی سوء استفاده افراد شهوت‌پرست را می‌گیرد. از سوی دیگر، از به وجود آمدن سوء تعبیرها و برخی شایعه‌های بی‌اساس نسبت به این نهاد حقوقی پذیرفته شده در مذهب امامیه، جلوگیری خواهد کرد.

در پایان این بحث، باید گفت در صورتی که زوج از اهل سنت باشد، توافق زوجین برای مراجعه به قاضی شیعی جهت حل و فصل دعاوی خانوادگی‌شان بر مبنای قانون احوال شخصیه شیعیان، مردود است؛ زیرا بر اساس اصول حقوقی، قواعد مربوط به صلاحیت از قواعد آمره است که توافق بر خلاف آن امکان ندارد. همچنین در فرضی که هر دو سنی مذهب باشند، نمی‌توانند بر سر حاکمیت قانون احوال شخصیه شیعیان توافق کنند.

به همین دلیل، در صورتی که زوج از اهل تشیع باشد، خواه زوجه شیعه باشد یا نباشد، آن‌ها نمی‌توانند برای حل و فصل دعاوی خانوادگی‌شان بر سر حاکمیت قانون مدنی توافق کنند. این مطلب بر دیگر موضوع‌های احوال شخصیه نیز تطبیق می‌کند.

بخش دوم

**مصادق‌های مهم احوال شخصیه شیعیان افغانستان
(ازدواج و انحلال آن، وصیت و ارث)**



مقدمه

حقوق خانواده به عنوان کوچک‌ترین و مهم‌ترین نهاد اجتماعی از اساسی‌ترین و جالب‌ترین بحث‌های احوال شخصیه است. از این رو، در این بخش، نهاد حقوقی ازدواج و انحلال آن، وصیت و ارث را بررسی می‌کنیم. ویژگی این بحث از حقوق خانواده آن است که جنبه حقوقی صرف ندارد، بلکه آمیخته‌ای است از مسائل اجتماعی، اخلاقی و مذهبی. اسلام، در زمینه تشکیل و حفظ خانواده از خطر فروپاشی یا حقوق زوجین، احکامی دارد که بقای این هسته و کانون اصلی جوامع را تأمین می‌کند. از نظر اجتماعی نیز کارکرد نهاد خانواده و نقش تربیتی آن در آموختن اولین الفبای زندگی، اخلاق، از خودگذشتگی، تعاون، آداب و رسوم اجتماعی و... اهمیت بی‌نظیری دارد. از همه مهمتر، خانواده، پناهگاه بی‌بدیلی است که نیاز روحی و مادی انسان را برآورده می‌سازد. بر همین اساس، (بند ۳ ماده ۱۶) اعلامیه جهانی حقوق بشر بیان می‌دارد: خانواده، رکن طبیعی و اساسی اجتماعی است و حق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره‌مند شود.

(ماده ۵) در اعلامیه اسلامی حقوق بشر (قاهره) می خوانیم:

الف) خانواده، پایه ساختار جامعه است و زناشویی، اساس ایجاد آن می باشد. بنابراین مردان و زنان حق ازدواج دارند و هیچ قید و بندی که بر پایه نژاد یا رنگ یا قومیت باشد، نمی تواند از این حق آن ها جلوگیری کند.

ب) جامعه و دولت موظف است موانع را از فراراه ازدواج بردارد و راه های آن را آسان سازد و از خانواده حمایت به عمل آورد.

ماده ۲۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز مقرر می دارد:
۱. خانواده، عنصر طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد.

۲. حق نکاح و تشکیل خانواده برای زنان و مردان از زمانی که به سن ازدواج می رسند به رسمیت شناخته می شود...

ماده ۵۴ قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان نیز تصریح می کند:

خانواده، رکن اساسی جامعه را تشکیل می دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمانی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ می کند.

اهمیت فراوان خانواده، قانون گذاران کشورهای اسلامی از جمله افغانستان را بر آن داشته است که قوانینی برای حمایت از این نهاد وضع کنند. البته می دانیم که وضع قوانین هیچ گاه نمی تواند جای احکام و آموزه های مذهبی، اخلاق، آداب و رسوم اجتماعی را بگیرد که قرن ها بر این نهاد حاکم بوده است.

دلیل این ناکارایی حقوق نیز روشن است؛ زیرا «طبع این نهاد با حقوق و احکام آمرانه آن سازگار نیست و اثر قوانین در ایجاد نظم در آن

ناچیز است».^۱ پس دخالت بیش از اندازه و نا بجای حکومت در این نهاد چه بسا موجب ناهنجاری‌های اجتماعی و سست شدن بنیان خانواده شود. از سوی دیگر، عوامل متعدد اجتماعی و حفظ نظم در جامعه، حکومت را ناگزیر از دخالت می‌سازد. از این رو، وضع و اجرای قوانین و مقررات حاکم بر نهاد خانواده از جمله قانون احوال شخصیه شیعیان باید با دقت و ظرافت انجام گیرد.

به دلیل محدودیت پژوهش و مفصل بودن مباحث احوال شخصیه فقط نکاح و انحلال آن را به تفصیل بررسی می‌کنیم و به اختصار به ارث و وصیت می‌پردازیم.

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، (تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۷۱)، ص «ج».

نکاح

اهل لغت در معنای لغوی نکاح اتفاق نظر ندارند. برخی صاحب نظران، نکاح را به معنای در برابر هم و مقابل هم قرار گرفتن و برخی هم به معنای ضم (پیوستن) می دانند.^۱ بسیاری از فقیهان امامیه معنای دوم را ترجیح می دهند؛ زیرا کاربرد نکاح در هر معنایی از جمله در عقد یا وطی (آمیزش)، به قرینه نیاز دارد و قرینه نیز علامت مجاز است.^۲ همچنین برخی نویسندگان اهل سنت این قول را ترجیح داده اند.^۳

نکاح در اصطلاح حقوق «عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می شود و به آنان حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند».^۴ همچنین گفته اند «رابطه ای است حقوقی و عاطفی که

۱. مرتضی زبیدی، پیشین، ج ۴، ص ۲۴۰.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۶؛ علی بن حسین کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، (قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام)، ج ۱۲، ص ۷.

۳. محمد محیی الدین عبدالحمید، الاحوال الشخصیه فی الشریعة الاسلامیة، (بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۹۸۴/۱۴۰۴)، ص ۱۲. وی می گوید: «نکاح لغة: فهو الضم و منه الشاعر: ضمنت الی صدری معطر صدرها کما نکحت ام الغلام صبیها».

۴. سیدحسن امامی، پیشین، ص ۲۶۸.

به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می شود و به آنان حق می دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حقوقی، تمتع جنسی است.^۱ یا «نکاح، عقدی است که به موجب آن، زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می شوند».^۲

دو تعریف اول و دوم، نکاح دائم و موقت را دربرمی گیرد، ولی تعریف سوم نکاح موقت را شامل نمی شود. برخی گفته اند تعریف سوم شامل نکاح موقت نیز می شود؛ زیرا، نکاح موقت، نوعی تشکیل خانواده و شرکت در زندگی است که در آن، اتحاد زن و مرد تحقق می یابد.^۳ بر تعریف اول که در سخن فقیهان آمده است، این ایراد را وارد کرده اند که تمتع جنسی جزو ماهیت نکاح نیست؛ زیرا اگر چنین باشد، باید نکاح پیرمرد و پیرزنی که توانایی جنسی ندارند، باطل باشد، در حالی که هیچ کس چنین نگفته است.^۴

(ماده ۶۰) قانون مدنی افغانستان، ازدواج را چنین تعریف می کند:

ازدواج، عقدی است که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل (خانواده) مشروع گردانیده، حقوق و واجبات طرفین را به وجود می آورد.

این تعریف با تعریف سوم، سازگارتر است، ولی حقوق و وظایف را که از آثار نکاح است، در تعریف گنجانده است که چنین کاری ضرورت ندارد. تعریف بهتر همان تعریف دوم است که نکاح را رابطه ای حقوقی و

۱. سیدمصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دهم، ۱۳۸۳)، ص ۲۲.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰.

۳. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۱۶.

۴. همان؛ کاتوزیان، پیشین، ص ۲۱.

عاطفی می‌داند که به وسیله عقد میان زن و مرد ایجاد می‌شود و تمتع جنسی آنان را از یکدیگر ممکن می‌سازد.

عقد نکاح به دلیل اهمیت آن، بیش از هر عقد دیگر، دارای مقدمات، شرایط، موانع، تشریفات و آثار است. که در ادامه آن‌ها را پی می‌گیریم.

مبحث اول - مقدمات نکاح

مقدمات نکاح عبارت است از خواستگاری و نامزدی. باید دانست در کتاب‌های فقهی، مقدمات نکاح بیش از این‌هاست.^۱

گفتار اول - خواستگاری

۱. مفهوم خواستگاری

خواستگاری، اولین گام ازدواج است که در فقه اسلامی، از آن به «خطبه» تعبیر می‌شود و عبارت است از تقاضا برای ازدواج. به نظر بعضی اندیشمندان، خواستگاری، تقاضای مرد از زن برای ازدواج است و مطرح شدن تقاضا از سوی مرد، با نظام آفرینش و طبیعت هماهنگی دارد.^۲ از قوانین مدنی ایران (ماده ۱۰۳۴) و افغانستان (ماده ۶۳) نیز چنین برداشت می‌شود که خواستگاری از سوی مرد است. این سخن به آن معنا نیست که خواستگاری زن از مرد صحیح نباشد، بلکه خواستگاری، تقاضای هر یک از زن و مرد از دیگری برای ازدواج

۱. شیخ بهایی، مقدمات نکاح را شصت و نه می‌داند که یکی، واجب و سی و چهار امر، سنت و هشت امر، حرام و بیست و شش امر، مکروه است. جامع عباسی، تهران، مؤسسه انتشارات فراهانی، بی‌تا، ص ۲۶۵.

۲. مرتضی مطهری، مجموعه آثار؛ نظام حقوق زن در اسلام، (تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۴.

است.^۱ هیچ فقیه یا حقوق‌دانی نگفته است که خواستگاری زن از مرد، باطل است. آنچه در قانون بازتاب یافته، رویه غالب و رایج در جامعه است، وگرنه هیچ دلیلی بر انحصارخواستگاری از سوی مرد وجود ندارد. به همین دلیل، اعتراض برخی نویسندگان به ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی ایران و حمل آن بر تبعیض جنسیتی درانتخاب همسر^۲ وارد نیست. آنچه نیز در فقه شیعه و سنی آمده است، به سنت رایج بشر نظر دارد که معمولاً مرد از زن خواستگاری می‌کند.

انجام خواستگاری هیچ تشریفات و مراسمی ندارد، هرچند از سخنان برخی حقوق‌دانان چنین برمی‌آید که خواستگاری همان مراسم نامزدی است.^۳ این در حالی است که بر اساس تعریف یاد شده، خواستگاری، تقاضای اولیه و پیشنهاد نخست یکی از زن و مرد به دیگری برای ازدواج است که به هیچ توافق و مذاکره‌ای در امر ازدواج بستگی ندارد.

خواستگاری، هیچ‌گونه اثر حقوقی الزام‌آوری برای هیچ یک از دو طرف ایجاد نمی‌کند و فقط مقدمه ازدواج است، ولی از نظر حکم تکلیفی، تابع خود نکاح و مستحب است. با وجود این، فقیهان گفته‌اند هرگاه مردی از زنی خواستگاری کند و او نیز به خواستگار پاسخ مثبت دهد، بر دیگران حرام است از آن زن خواستگاری کنند. اگر پاسخ مثبت یا منفی نداده باشد، برخی فقیهان، خواستگاری دیگران را جایز می‌دانند.^۴

۱. محمد کمال‌الدین امام، الزواج و الطلاق فی الفقه الاسلامی، (بیروت، مؤسسه الجامعیه للدراسات و النشر والتوضیع، ۱۴۱۶/۱۹۹۶)، ص ۳۹.

۲. مهرانگیز کار، ساختار حقوقی نظام خانواده در ایران، (تهران، روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۷۸)، ص ۱۴۲؛ سیدمحمد فضل‌الله، اسلام و جستاری تازه، ترجمه: مجید مرادی، (قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳)، ص ۲۰۸.

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۱.

۴. زین‌الدین عاملی، اللمعة الدمشقیة، ج ۵، جامعة الدینیة النجف، ص ۲۴۱؛

ابوحنیفه و برخی دیگر نیز می‌گویند پیش از جواب رد دادن به خواستگار اول، خواستگاری، حرام است.^۱

گذشته از جنبه فقهی و حقوقی، از نظر اخلاقی نیز ورود به عرصه خواستگاری دیگری، کاری زشت و ناپسند به شمار می‌رود.

۲. موارد منع خواستگاری

خواستگاری زنی که شوهر نداشته باشد و در عده نباشد و منع شرعی برای ازدواج نداشته باشد، به تصریح و کنایه، جایز است. بنابراین، موانع خواستگاری عبارتند از:

الف) عده

عده چندین گونه است. از این جهت که حکم خواستگاری در آن‌ها متفاوت است، آن‌ها را جداگانه می‌آوریم:^۲

اول - عده طلاق رجعی

در این عده برای غیر شوهر، خواستگاری به صراحت و کنایه، حرام است؛ زیرا زن در عده رجعی در حکم زن شوهردار است.^۳ برخی فقیهان، خواستگاری به کنایه را برای غیر شوهر جایز دانسته‌اند.^۴

۱. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۲۷.

۲. برای آگاهی از موارد منع خواستگاری نک: فاطمه میرشمسی، مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج ازدیدگاه فقه امامیه، (تهران، اسلامیه، ۱۳۸۰، ص ۱۲ و ۱۳).

۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۱۹.

۴. زین‌الدین عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، (قم، مؤسسه المعارف

دوم - عده طلاق بائن

غیر شوهر می‌تواند از زنی که در عده طلاق بائن است، به کنایه، خواستگاری کند. شوهر نیز می‌تواند به صراحت خواستگاری کند.^۱

سوم - عده فسخ نکاح

اگر فسخ به سبب لعان باشد، خواستگاری به صراحت، جایز نیست، ولی به کنایه، جایز است. اگر فسخ به سبب عیب باشد، برای شوهر، خواستگاری به صراحت و کنایه و برای دیگران فقط به کنایه، جایز است.^۲

چهارم - عده طلاق نوبت سوم

برای دیگران، خواستگاری زنی که در عده طلاق سوم است، به کنایه جایز است.^۳

پنجم - عده وفات

در عده وفات، خواستگاری به کنایه، جایز است^۴ از نظر مذهب حنفی، در عده طلاق بائن نمی‌توان خواستگاری کرد، نه به صراحت و نه به کنایه.^۵

ب) موانع دیگر

هر زنی که نکاح با او حرام است، همانند محارم نسبی و سببی، خواستگاری

الاسلامیه، ۱۴۱۶ ه. ق)، ج ۷، ص ۴۱۵.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۲۱۷.

۲. همان.

۳. همان.

۴. بقره ۲۳۵.

۵. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۵۵.

از او نیز حرام است. تفصیل این بحث در موانع نکاح خواهد آمد. در تمام فرض‌های یاد شده، هر جا که خواستگاری برای مرد هر حکمی داشته باشد، پاسخ زن نیز از جهت حرمت و جواز و صراحت و کنایه همانند آن خواهد بود.^۱ پس حکم منع و جواز خواستگاری متوجه مرد نیست، بلکه شامل زن نیز خواهد بود. زنی که در عده طلاق رجعی است، نمی‌تواند به صراحت یا به کنایه، به ازدواج با غیر همسر خود تمایل نشان دهد.

ماده ۶۲ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «نامزدی با زنی جواز دارد که در قید نکاح و عدت غیر نباشد.» از دید جمهور فقیهان اهل سنت، خواستگاری زن در عده طلاق رجعی یا بائن یا عده وفات، به عبارت صریح، جایز نیست و به آیه ۲۳۵ سوره بقره استدلال کرده‌اند.^۲ فقیهان حنفی، خواستگاری صریح و کنایی را در عده طلاق رجعی رد کرده‌اند، با این توجیه که زمینه درگیری میان زوج سابق و خواستگار را فراهم می‌آورد.

باید گفت تمسک فقیهان اهل سنت به آیه شریفه مردود است؛ زیرا آیه در مورد عده وفات است و تسری آن به دیگر موارد جایز نیست.^۳ (ماده ۶۳) قانون مدنی افغانستان در عده طلاق رجعی یا بائن به عبارت صریح و کنایه و در عده وفات به عبارت صریح، خواستگاری از زن را جایز نمی‌داند. به این ترتیب، قانون افغانستان از دیدگاه حنفیه پیروی کرده است.

۱. محمد بن حسن طوسی، پیشین، ص ۲۱۸.

۲. آیه شریفه می‌فرماید: «بر شما باکی نیست که از آن زنان به کنایه خواستگاری کنید یا آن را در دل‌های‌تان پنهان دارید...».

۳. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۲۶.

۳. خواستگاری در میان شیعیان افغانستان

در جامعه شیعی افغانستان، خواستگاری با آداب و ویژه‌ای صورت می‌گیرد. خواستگاری مستقیم مرد از زن به ندرت اتفاق می‌افتد و به طور معمول، این کار با یک یا چند واسطه انجام می‌شود.^۱ با این حال، همه شیعیان پای‌بند رسوم سنتی و قبیله‌ای نیستند. با شهرنشین شدن شیعیان و نیز مهاجرت آنان، تا اندازه زیادی، آداب و تشریفات ازدواج تغییر کرده است و با آداب و فرهنگ جامعه شهری درآمیخته و خواستگاری آسان‌تر شده است. بر اساس رسوم جامعه سنتی شیعیان افغانستان، داماد در مراسم خواستگاری حضور نمی‌یابد و چه بسا تا مرحله نامزدی، همسر آینده‌اش را نمی‌بیند و نمی‌شناسد. پدر و مادر ابتدا دختری را نشان می‌کنند. سپس مراحل خواستگاری را می‌پیمایند.

۱. «در این مرحله (خواستگاری) معمولاً پیرزنی را به عنوان شخص عادی (نه از طرف خانواده پسر) برای خبراندازی در خانه دختر مورد نظر می‌فرستند تا با دختر و والدینش حرف بزند که فلان خانواده، طوری که من خبر دارم، هواخواه شما خانواده (خانواده شما) است. اگر خانواده دختر، خانواده پسر را نزد آن شخص عادی تحسین کرد، معلوم می‌شود که جواب آن خانواده مثبت است. پس می‌آید و به خانواده دختر خبر می‌دهد. چنین شخصی را اصطلاحاً «ایلچی» می‌گویند. ایلچی معمولاً زمینه‌سازی می‌کند و محسنات طرفین را همیشه بر زبان دارد. بعد از ایلچی‌گری تصمیم بر آن می‌شود که رسماً به خواستگاری بروند. خواستگاران از میان افراد موجه و محترم انتخاب می‌شوند: والدین پسر، موسفید و روحانی و سادات. دسته خواستگاران با ابلاغ قبلی و در موعد مقرر راهی منزل خانواده دختر می‌شوند و طبق سنت احترام، مقداری نان و شیرینی نیز با خود می‌برند. واردین از سوی میزبان پذیرایی گرمی می‌شوند. بعد از تعارفات، سخن از اصل مطلب به میان می‌آید. معمولاً پدر دختر موافقت می‌کند و اظهار می‌دارد که البته ما مال (پول) می‌خواهیم. از این جا چک و چانه‌ها شروع می‌شود». نک: جامعه‌شناسی و مردم‌شناسی شیعیان افغانستان، ص ۳۶۰ و ۳۶۱.

در اسلام جایز است زن و مردی که می‌خواهند با هم ازدواج کنند، به صورت، دستان و اندام یکدیگر از روی لباس بنگرند.^۱ این در حالی است که بر اساس آداب و رسوم سنتی در افغانستان، چنین دیداری به صورت رسمی و با اطلاع خانواده‌ها صورت نمی‌گیرد. چنین رسم‌هایی باید بر مبنای دستور اسلام تغییر یابد. اصلاح این آداب نیازمند افزایش آگاهی و آشنایی مردم با آموزه‌های اسلام و دانش است.

خواستگاری در نکاح موقت همانند نکاح دائم است و ممکن است خواستگار، مرد یا زن باشد. شرایط و موانع خواستگاری برای نکاح موقت نیز همان است که در ازدواج دائم گفته شد.

گفتار دوم - نامزدی

۱. مفهوم نامزدی

نامزدی یا وعده ازدواج، پیمانی است که بین دو نفر به منظور ازدواج در آینده بسته می‌شود.^۲

به باور تمام مذاهب اسلامی، وعده ازدواج علقه زوجیت ایجاد نمی‌کند، حتی اگر بر مهر، توافق کرده باشند و مهر پرداخت شده و حلقه هم رد و بدل شده باشد یا مراسم نامزدی را برگزار کرده یا چنان‌که در برخی کشورهای اسلامی مرسوم است، فاتحه خوانده شده باشد.^۳

۱. سید محسن طباطبایی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، (قم، دارالکتب

العلمیه)، ج ۱۴، ص ۱۲؛ محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۵۰.

۲. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۲. «ماده ۶۴ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: نامزدی عبارت از وعده ازدواج است. . .».

۳. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۳۲.

پس هریک از زن و مرد می تواند از وعده ازدواج برگردد، هرچند برگشتن بی دلیل از آن، نقض عهد است و از نظر اخلاقی چنین کاری پسندیده نیست.^۱

قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۳۵ و قانون مدنی افغانستان در ماده ۶۴ تصریح می کنند که نامزدی، وعده به ازدواج است و چنین وعده ای الزام آور نیست.

نامزدی به عنوان یک پیمان تابع شرایط عمومی قراردادهاست.^۲ به همین دلیل، (ماده ۶۲) قانون مدنی افغانستان تصریح می کند: «نامزدی با زنی جواز دارد که در قید نکاح و عدت (عده) غیر نباشد».

۲. نامزدی در جامعه شیعیان افغانستان (خویشی)

پس از مرحله خواستگاری، نامزدی با برگزاری مراسم و دعوت اقوام و بستگان دو خانواده انجام می شود. با انجام این مراسم، دختر را به طور رسمی نامزد پسر می خوانند. آن گاه دو خانواده هدایای زیادی با هم رد و بدل می کنند. بیشتر این هدایا را داماد نه تنها به عروس، بلکه به زنان خانواده عروس تقدیم می کند. «اولیای دختر، به داماد لباس دامادی می پوشانند و اولیای داماد بر تن بیری (عروس) لباس عروسی می پوشانند».^۳ این وضع کم و بیش در سراسر افغانستان وجود دارد.^۴

۱. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۶۵.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۳۲.

۳. سید محمد حسین فرهنگ، پیشین، ص ۳۶۱.

۴. سید عبدالوهاب رحمانی، راهنمای حقوق خانواده در افغانستان از دیدگاه قانون مدنی و عرف، بی جا، روزنه، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۵۲.

برهم زدن نامزدی با توجه به وجود آداب و رسوم قبیله‌ای به ندرت اتفاق می‌افتد. بر فرض برهم زدن نامزدی، منطقی است که بر اساس نظریه هبه مشروط، هدایای موجود را قابل مطالبه بدانیم. و هدایای مصرف‌شدنی اگر تلف شده باشند، قابل مطالبه نیستند. هدایای نگه‌داشتنی را نیز اگر تلف شده باشد، در صورتی می‌توان طلب کرد که فرد مرتکب تقصیر شده باشد و اثبات تقصیر بر عهده زیان‌دیده است. مطالبه خسارات ناشی از برهم زدن نامزدی به استناد قاعده غرور و تسبیب نیز امکان‌پذیر است.

۳. هدیه‌های نامزدی

در صورت برهم خوردن نامزدی، دو حالت وجود دارد. گاهی عین هدایای رد و بدل شده موجود است و گاهی هم تلف یا مصرف شده است. اگر عین هدایا موجود باشد، خواه مصرفی و خواه با استفاده از آن، عین باقی باشد، قابل استرداد است. اگر عین هدایا موجود نباشد، حقوق‌دانان میان هدایای مصرف‌شدنی و نگه‌داشتنی تفاوت گذاشته‌اند. اگر از اموالی باشد که عادتاً نگه داشته می‌شود و عین آن‌ها موجود نباشد، در صورتی می‌توان قیمت آن را مطالبه کرد که با تقصیر طرف تلف شده باشد. اموال مصرف‌شدنی که عین آن‌ها موجود نباشد، قابل مطالبه نیست.

بر اساس (ماده ۱۰۳۷) قانون مدنی ایران، فقط اموالی که نگاه‌داشته می‌شود، در صورتی که عین آن‌ها موجود باشد، عین باید مسترد شود و در صورت تلف، قیمت آن‌ها قابل مطالبه است. البته (ماده ۱۰۳۸) بیان می‌دارد این حکم در فرضی که برهم خوردن نامزدی به علت فوت یکی از آنان باشد، مجری نیست.

حقوق دانان برای تطبیق این ماده با فقه شیعه، دلایلی آورده و از آن جمله گفته‌اند که هدایای نامزدی، هبه‌ای است مشروط به انجام ازدواج. در فقه امامیه در مورد هبه مشروط بحث شده است.^۱ هرگاه مشروط تحقق نیابد و ازدواج سرنگیرد، گیرنده هدایا، مالک هدایایی نمی‌شود که گرفته است،^۲ مگر هدایای مصرف شدنی که بنای طرفین بر تملیک و مصرف آن است. طبیعی است در صورتی که مال نگاه‌داشتنی باشد و تلف شود، اگر طرف در حفظ آن مرتکب تقصیر شده باشد، قیمت آن در قیمی و مثل آن در مثلی قابل مطالبه است؛ زیرا گیرنده در حکم امین است و ید امانی در صورت تعدی یا تفریط، به ضمانی تبدیل می‌شود. البته برخی فقیهان به استناد قاعده اقدام، هدایا و مخارج دوران نامزدی را که تلف شده است، قابل استرداد ندانسته‌اند.^۳

در فقه حنفی، هدایای نامزدی نوعی هبه است که اگر موجود باشد، میتوان بازگرداند. به نظر شافعی، در صورتی که عین آن موجود باشد، عین مسترد می‌شود و در صورت موجود نبودن، قیمت آن قابل استرداد است. به باور مالکیه نیز هر کس از نامزدی برگردد، حق رجوع به هدیه‌اش را ندارد، هرچند عین آن موجود باشد. قانون احوال شخصیه ۱۹۵۶ مصر از نظر مالکی پیروی کرده است که بند ۲ ماده ۱۸ به آن اشاره دارد.^۴

۱. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۷.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۴.

۳. میرزا ابی القاسم جیلانی قمی، جامع الشتات، (تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۵)، ج ۱، ج ۴، ص ۳۵۶.

۴. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۳۳.

ماده ۶۵ قانون مدنی افغانستان نیز مقرر می‌دارد:

هرگاه نامزد به نامزد هدیه داده باشد، هدیه‌دهنده می‌تواند در صورت انصراف جانب مقابل و موجودیت هدیه، عین یا قیمت روز خرید آن را مطالبه کند. اگر انصراف از طرف هدیه‌دهنده صورت بگیرد یا هدیه، هلاک یا استهلاک گردیده باشد، رد آن را به هیچ صورت مطالبه کرده نمی‌تواند.

از ظاهر این ماده چنین استفاده می‌شود که اگر هدیه تلف شده باشد، حتی اگر انصراف از سوی هبه‌دهنده باشد، قابل مطالبه نیست. به این ترتیب، قانون افغانستان با قبول تفصیل میان این‌که انصراف از کدام طرف باشد، از فقه مالکی و قانون مصر و با گذاشتن این حکم که هدیه تلف‌شده قابل مطالبه نیست، از فقه حنفی پیروی کرده است.

چنان‌که گفته شد، تفصیل میان انصراف هدیه‌دهنده و هدیه‌گیرنده که از فقه مالکی گرفته شده است و در قوانین بسیاری از کشورهای عربی بازتاب یافته،^۱ به احتمال زیاد، از قانون مصر وارد قانون افغانستان شده است.

در مورد استرداد عکس‌های دوران نامزدی میان حقوق‌دانان اختلاف نظر است. عکس‌های دوران نامزدی اگر موجود باشد، هدیه بوده و قابل استرداد است.^۲ برخی نامه‌های دوران نامزدی را، هدیه و قابل استرداد دانسته‌اند^۳ و برخی دیگر از نظر حقوقی، استرداد ناپذیر، و به حکم وظیفه اخلاقی، قابل برگشت دانسته‌اند.^۴

۱. محمد کمال‌الدین امام، پیشین، ص ۵۱.

۲. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۸.

۳. ناصرکاتوزیان، پیشین، ص ۴۶.

۴. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، ص ۳۶۱.

۴. خسارت‌های دوران نامزدی

چه بسا بر هم زدن نامزدی از یک سو، خسارت‌های مادی و معنوی فراوانی به طرف مقابل وارد کند و از سوی دیگر، به بستگانی نیز که متحمل هزینه برگزاری مراسم شده‌اند، زیان بزند. حقوق‌دانان کشورهای اسلامی درباره قابل مطالبه بودن این خسارت‌ها اختلاف نظر دارند. برخی به استناد اینکه بر هم زدن نامزدی، حق دو طرف است و اعمال حق نیز مسئولیتی را متوجه صاحب حق نمی‌کند، مطالبه این خسارات را غیرقانونی می‌پندارند.^۱ این اندیشه در اصلاحات سال ۱۳۶۱ قانون مدنی ایران موجب حذف ماده ۱۰۳۶ شد که خسارت‌های نامزدی را قابل مطالبه می‌دانست.^۲ برخی دیگر از حقوق‌دانان، این خسارت‌ها را با شرایطی قابل مطالبه می‌شمارند و حذف این ماده را توجیه‌ناپذیر می‌دانند.^۳ این دسته گفته‌اند خسارت‌های یاد شده با دو شرط قابل مطالبه است:

اول - برهم زدن نامزدی بدون عذر موجه باشد.

دوم - ورود خسارت باید متعارف باشد، نه نامتعارف.

پس اگر یکی از نامزدها از ارتباط نامشروع دیگری آگاه شود یا کسانی غیر از ولی یا قیم برای عروس لباس تهیه کند، خسارت‌های وارد شده را نمی‌توان مطالبه کرد؛ زیرا در حالت اول، عذر موجه وجود دارد و

۱. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۳۴؛ محمد مصطفی شلیبی، پیشین، ص ۷۰.

۲. محمدجواد صفار، «خواستگاری و نامزدی»، ناصر قربان‌نیا و همکاران، بازپژوهی حقوق زن، (تهران، انتشارات روز نو، ۱۳۸۴)، ص ۷.

۳. همان، ص ۷.

در حالت دوم، خسارت نامتعارف است.^۱ مستند نظر این دسته از حقوق دانان که با عدالت و اصول حقوقی اسلام سازگارتر است؛ قاعده غرور، قاعده تسبیب و سوء استفاده از حق است.^۲

قانون مدنی افغانستان اشاره‌ای به خسارت یاد شده ندارد. با این حال، به نظر می‌رسد مطالبه چنین خسارتی با شریعت منافاتی نداشته باشد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، ماده‌ای به این مضمون گنجانده شود: «چنانچه یکی از نامزدها بدون عذر موجه، نامزدی را بر هم زند و خسارت‌های را متوجه طرف دیگر کند، باید از عهده آن خسارت‌ها برآید.» این خسارت‌ها بر اساس قاعده فقهی «غرور» که می‌گوید: «المغرور یرجع الی من غره»، قابل مطالبه است.

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۷۳.

۲. این استدلال به مرتضی مطهری نسبت داده شده است. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۳۶؛ مصطفی السباعی، شرح القانون الاحوال الشخصیه، بیروت، دارالورق، ۱۴۲۲ ه.ق، ج ۱، ص ۶۳، ناصرکاتوزیان، پیشین، ص ۴۱.

مبحث دوم - شرایط و موانع نکاح

پس از بحث مقدمات نکاح، اینک درباره شرایط صحت نکاح و موانعی که مانع ایجاد نکاح صحیح می شود، بحث می کنیم. هرچند بحث موانع نکاح نیز از آن جهت که عدم آن ها در نکاح شرط است، بحث از شرایط است، ولی بر اساس سنتی که میان فقیهان و نویسندگان حقوقی جاری است، ما نیز بحث را در دو عنوان شرایط صحت عقد نکاح و موانع انعقاد آن می آوریم.

گفتار اول - شرایط درستی نکاح

عقد نکاح از این نظر که پیمانی است میان دو نفر و نیازمند ایجاب و قبول است، گذشته از شرایط اختصاصی که برای طرفین ازدواج وجود دارد، باید شرایط اساسی معامله و از همه مهم تر، قصد و رضای طرفین و نیز اهلیت آنان برای انعقاد چنین پیمان مهمی را داشته باشد.

۱. اهلیت طرفین

برای اثبات اهلیت طرفین نکاح، احراز بلوغ ضروری است. بلوغ و رشد، دو مفهوم متمایز از هم هستند. فقیهان که در ازدواج، بلوغ را شرط دانسته اند، به این معنا نیست که رشد، شرط نباشد سنجیدن مصلحت زندگی آینده و قبول مسئولیت های ناشی از آن، نیازمند رشد فکری و عقلی دختر و پسر است. دلیل اینکه فقیهان علاوه بر بلوغ به رشد اشاره نکرده اند، این است که فقیهان معتقدند غالباً رشد با بلوغ همراه است. بنابراین، هرگاه ثابت شود که بلوغ زودتر حاصل شده، ولی رشد به وجود نیامده است، باز نیازمند اجازه ولی است.^۱

۱. سیداحمد خوانساری، جامع المدارک، (قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴)، ج ۳، ص ۳۶۷.

رشد، شرط صحت عقد نکاح نیست و ولی، می‌تواند با رعایت مصلحت، برای غیر رشید، عقد نکاح منعقد کند. در فرض دخالت نداشتن ولی، رشد را باید شرط صحت عقد نکاح دانست، وگرنه منطقی نیست که در معاملات مالی، رشد فکری و عقلی را شرط بدانیم، ولی در عقد نکاح بگوییم اشخاص غیر رشید می‌توانند به طور مستقل عقد نکاح را منعقد سازند.^۱

در بلوغ، بحث‌های دامنه‌داری وجود دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

الف) بلوغ از دیدگاه فقیهان امامیه:

مشهور فقیهان امامیه، سن بلوغ پسران را ۱۵ سال تمام قمری و سن بلوغ دختران را ۹ سال تمام قمری ذکر کرده‌اند. در مورد سن بلوغ پسران شهرت، نزدیک به اجماع وجود دارد، ولی در باره سن بلوغ دختران فقط شهرت و عمل فقیهان هست.^۲

دیگر فقیهان نسبت به سن بلوغ دختران توافق ندارند. برخی از ایشان سن ده سال را به‌عنوان سن بلوغ دختران پذیرفته^۳ و برخی دیگر

۱. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، تکملة العروة الوثقی، قم، مکتبه الداوری، بی‌تا ج ۲، ص ۱۶۶؛ زهره صفاتی، «سن بلوغ»، در مجموعه رساله‌های فقهی بلوغ دختران: به کوشش مهدی مهریزی، (تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰)، ص ۳۴۹.

۲. سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، (قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ سنگی)، ج ۵، ص ۲۳۵.

۳. المبسوط، ج ۲، ص ۲۸۳؛ محمد بن علی طوسی (ابن حمزه)، الوسيلة الی نیل الفضيلة، (قم، منشورات مکتبه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ هـ ق.)، ج ۱، ص ۱۳۷.

میان بلوغ در عبادات و معاملات فرق گذاشته‌اند. فیض کاشانی سن بلوغ دختران را ۱۳ سالگی دانسته است^۱ و برخی از فقیهان معاصر این نظر را تقویت کرده‌اند.^۲

صاحب جواهر می‌گوید:

بلوغ، کمال طبیعی انسان است. با بلوغ، نسل آدمی حفظ می‌شود و عقل قوت می‌یابد. این حالت، گذر از دوران طفولیت به مرز کمال و رسیدن به رتبه زنان و مردان است.^۳

مفسران نیز گفته‌اند: «بلوغ نکاح آن است که به مرحله توانایی بر هم‌خوابگی و انزال برسد. احتلام فعلی منظور نیست».^۴

وقتی موضوع بلوغ، امر طبیعی باشد، عواملی مانند آب و هوا، نژاد، تغذیه، عوامل فیزیکی و روانی موجود در محیط زندگی را در آن مؤثر می‌دانیم.^۵

از سوی دیگر، در فقه مسلّم است که تعیین مصداق، وظیفه فقیه نیست، بلکه وظیفه او بیان احکام کلی است و تعیین مصداق بر عهده مکلف است. مشهور فقیهان که به تعیین سن بلوغ پرداخته‌اند، بر این باورند که تعیین سن خاص برای بلوغ، تعیین مصداق نیست، بلکه بیان حکم کلی است و گرنه آن را به کارشناسان فیزیولوژیست و پزشکان وامی‌گذاشتند.

-
۱. محمد محسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، تحقیق: سید مهدی رجایی، (قم، مجمع ذخایر اسلامی، ۱۴۰۱)، ج ۱، ص ۱۴.
 ۲. یوسف صانعی، توضیح المسائل، (قم، نشر مصطفی، ۱۳۷۴)، ص ۵۰۹.
 - محمد هادی معرفت: «متی تصوم الجاریة»، رساله‌های فقهی بلوغ دختران، ص ۱۷۹.
 ۳. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۶، ص ۴.
 ۴. امین الاسلام طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، (بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۹۹۵/۱۴۱۵)، ج ۱، ص ۳، ص ۲۰.
 ۵. مهدی مهریزی، «سن بلوغ دختران»، رساله‌های فقهی بلوغ دختران، ص ۱۱۸.

تعیین یک سن برای تمام زمان‌ها و مکان‌ها وجهی ندارد. تعیین نه سالگی برای دختران، نه به عنوان اماره تعبیدی، بلکه متناسب با اوضاع و احوال زمان صدور روایت است. گذشته از آن، در روایات، نشانه‌های بلوغ مانند عادت ماهیانه دیدن ذکر شده است.^۱ بر این اساس، بسیاری از فقه‌پژوهان به این جمع‌بندی رسیده‌اند که ملاک واقعی بلوغ، علامت‌های طبیعی بلوغ از جمله حیض است که در جوامع مختلف و شرایط گوناگون تغییر می‌کند. پس نه سالگی که در روایات وارد شده، متناسب با زمان و مکان صدور روایت بوده است. که علامه حلی در این باره گفته است: «دختر در نه سالگی حامله شده است و قابلیت حامله شدن مثل حاملگی است».^۲

به باور برخی صاحب‌نظران، «فقه‌ها در مسئله بلوغ بر سن تکیه می‌کنند و می‌گویند نه سال. فقهای عظام... در این مسئله تجدیدنظر کنند. یعنی اول مسئله را کارشناسی کنند و اصلاً ببینند بلوغ چیست. این یک مسئله تخصصی و فیزیولوژیک است».^۳ سن بلوغ در نه سالگی یک بلوغ زودرس است، نمی‌توان سن نه سالگی را اماره بلوغ دانست؛ زیرا اماره، وقتی معتبر است که دایمی یا دست کم، غالبی باشد.^۴

۱. مسالک الافهام، ج ۴، ص ۱۴۵.

۲. محمدجواد مغنیه، الاحوال الشخصية، (بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۶۴)، طبعه الاولى، ص ۱۶.

۳. سیدمحمد موسوی بجنوردی، «سن بلوغ دختران»، رساله‌های فقهی بلوغ دختران، ص ۲۳۵.

۴. سیدمحمدحسن مرعشی، «تحقیق درباره سن بلوغ»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۷۱، ش ۴، ص ۵۹.

افزون بر آن، یکی از فقیهان قرن نهم، روایات مستند قول مشهور را ضعیف دانسته است.^۱ فیض کاشانی معتقد است میان روایات قول مشهور، تعارض وجود دارد^۲ و به گفته یکی از نویسندگان، اخبار بسیاری که تواتر معنوی دارند، دلالت می‌کند که بلوغ مرد، احتلام و بلوغ زن، حیض است. پس شرعاً، عقلاً و طبعاً مرد و زن را وقتی بالغ می‌گویند که امکان تولید مثل در آنان تحقق یافته باشد.^۳

چالش‌های میان دو دیدگاه مشهور و غیر مشهور به صحنه قانون مدنی ایران نیز کشیده شده است. سن بلوغ در قانون مدنی پیش از انقلاب، ۱۵ سال خورشیدی برای دختران و ۱۸ سال خورشیدی برای پسران قرار داده شده بود که امکان معافیت از سن برای دختران تا ۱۳ سال و پسران تا ۱۵ سال با نظر دادگاه وجود داشت.

پس از انقلاب، این ماده بر مبنای قول مشهور فقیهان اصلاح شد و سن بلوغ دختران را ۹ سال قمری قرار دادند. (ماده ۱۲۱۰) ماده ۱۰۴۱ نیز مقرر می‌کرد: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. تبصره - عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه.» شرایط و مقتضیات زمان سبب شد تا بار دیگر این ماده در سال ۱۳۸۱ بازبینی شود.^۴ این بار قانون‌گذار دوباره از نظر مشهور به غیر مشهور گرایش پیدا کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن

۱. سید محمد موسوی عاملی، مدارک الاحکام، (مشهد، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۰)، ج ۶، ص ۱۶۰.

۲. محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۴۱.

۳. سید محمد غروی اصفهانی، «رساله بلوغ»، رساله‌های فقهی بلوغ دختران، ص ۲۱۹.

۴. محمد مهدی مقدادی، «زنان و حمایت‌های قانونی»، مجله پیام زن، سال سیزدهم، بهمن ۱۳۸۳، ش ۱۱، ص ۳۳۳.

به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن وکی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.^۱ به ظاهر، این ماده در سن ازدواج دختران تغییر ایجاد کرده و ازدواج پیش از ۱۳ سالگی را منع کرده است. با این حال، اشکال وارد بر این ماده آن است که قانون‌گذار به این نکته توجه نکرده است که ازدواج دختر باکره در هر سنی به اجازه وکی بستگی دارد، در حالی که این ماده، اذن وکی را به ازدواج دختر پیش از سیزده سالگی اختصاص داده است.

در این میان، برخی فقیهان نواندیش کوشیده‌اند تا افزایش سن بلوغ دختران را بر مبنای نظریه تحول شریعت بر مقتضیات زمان و تبدل موضوع استوار سازند.^۲

جالب توجه است برخی افرادی که از نظر مشهور پیروی کرده و از طرفی آن را با واقعیت‌های خارجی ناسازگار دیده‌اند، به اهرم‌های حمایتی نظیر درخواست بستگان دختر نه ساله یا مدعی‌العموم یا دادگاه برای معاینه پزشکی مبنی بر اثبات توانایی جسمی و روانی دختر برانجام وظایف زناشویی، توسل جسته‌اند.^۳ در حالی است که درخواست معاینه پزشکی و اثبات قابلیت صحت ازدواج و قرار دادن آن در کنار نظر مشهور یعنی نه سال، نظریه مشهور را زیر سؤال خواهد برد؛ زیرا در زمان و مکان‌هایی نظیر افغانستان و ایران، کمتر دختری در سن نه سالگی به بلوغ طبیعی می‌رسد. در این صورت، حتی بنا بر نظر مشهور، سن بلوغ دختران افزایش خواهد یافت.

۱. محمدابراهیم جناتی، «نظریه تحول شریعت با تحول زمان سن بلوغ دختران»، رساله‌های فقهی سن بلوغ دختران، ص ۲۶۹.

۲. زهرا آیت‌اللهی، «سن ازدواج» دختران، مجله کاوش نو در فقه اسلامی، سال پانیز و زمستان ۱۳۷۷، ش ۱۷ و ۱۸، ص ۲۶۳.

بنابراین، بهتر است در مرحله اول، نظریه غیرمشهور؛ یعنی ۱۳ سالگی را برگزینیم که با سن بلوغ طبیعی دختران و دیدگاه کارشناسان، علم فیزیولوژی نیز تا حدودی همخوانی دارد. در مرحله دوم دست کم، سن بلوغ دختران را ۱۳ سال قرار دهیم، به ویژه آنکه روایت عمار ساباطی از امام صادق علیه السلام به سن ۱۳ سالگی دختران تصریح می کند.^۱ البته اگر پیش از این سن، نشانه های بلوغ در دختری ظاهر شود، بالغ است و ازدواج او با احراز بلوغ نزد دادگاه مانع نخواهد داشت.

ب) بلوغ در میان شیعیان افغانستان

بیشتر شیعیان افغانستان از محروم ترین ساکنان کشور هستند. به دلیل وضعیت بد معیشت و کمبود مواد غذایی، مردم در بیشتر مناطق شیعه نشین، با فقر دست و پنجه نرم می کنند^۲ و بیشتر کودکان و اطفال کمبود وزن و کندی رشد دارند. به این ترتیب، بلوغ طبیعی در میان «هزاره ها» که تغذیه مناسبی ندارند دیرتر از دیگر اقوام افغانستان صورت

۱. عن عمار ساباطی عن ابی عبدالله - علیهم السلام - قال: سألت عن الغلام متى تجب علیه الصلاة؟ فقال: «إذا أتى علیه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلک فقد وجبت علیه الصلاة و جرى علیه القلم و الجارية مثل ذلک إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلک، فقد وجبت علیها الصلاة و جرى علیها القلم»؛ «از امام صادق علیه السلام پرسیده شد که پسر چه زمانی باید نماز بخواند؟ حضرت فرمود: وقتی که سیزده ساله شد و اگر قبل از سیزده سالگی محتمل شود، در همان وقت، نماز بر او واجب و قلم تکلیف نیز بر او جاری می شود. دختر هم مثل پسر است؛ یعنی هنگام سیزده سالگی باید نماز بخواند و اگر قبل از آن حیض شد، در همان موقع قلم تکلیف بر او جاری است». نک: وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۳۲.

۲. عبدالحسین مقصودی، هزارجات؛ سرزمین محرومان، (کوئته، ۱۳۶۸)، ص ۶۲؛ حسین نایل، سایه روشن هایی از وضع جامعه هزاره، (قم، اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۷۲)، ص ۹۵.

می‌گیرد. به جز آن، در مناطقی که شیعیان زندگی می‌کنند، زمستان، طولانی است و بیشتر مناطق کوهستانی‌اند. با توجه به اینکه آب و هوا و تغذیه در بلوغ، اثر دارد.^۱ پیشنهاد می‌شود در سن بلوغ دختران از قانون مدنی ایران (ماده ۱۰۴۱) پیروی شود؛ زیرا تعیین سن بلوغ دختران بر پایه نظریه مشهور فقهی با واقعیت‌های جامعه شیعیان افغانستان ناسازگار است.

در کشوری که دختر بچه‌های نه ساله در آن به بلوغ فکری و طبیعی نمی‌رسند پافشاری ورزیدن بر دیدگاه مشهور و درج آن در قانون احوال شخصیه شیعیان در کنار قانون مدنی که سن بلوغ دختران را ۱۶ سالگی دانسته است، وهن مذهب خواهد بود.

ج) بلوغ از دید حقوق تطبیقی و قوانین افغانستان

ماده یک کنوانسیون حقوق کودک، هر انسان زیر ۱۸ سال را کودک می‌داند. بند یک ماده چهارم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان نیز در تعریف طفل می‌گوید: «شخصی است که سن هیجده سالگی را تکمیل نکرده باشد.» بنا بر ماده ۷۰ قانون مدنی افغانستان، اهلیت ازدواج وقتی کامل می‌شود که پسران سن ۱۸ و دختران ۱۶ سالگی را تکمیل کرده باشند. (ماده ۷۱)، ازدواج دختر کمتر از ۱۶ سال تا ۱۵ ساله را با اذن پدر و اجازه دادگاه جایز دانسته است.

روشن است که قانون رسیدگی به تخلفات اطفال که همین اواخر به تصویب رسیده است، از کنوانسیون حقوق کودک پیروی کرده و قانون مدنی هم از قانون احوال شخصیه مصر اثر پذیرفته است؛ زیرا در مصر، سن ازدواج برای دختر ۱۶ سال و برای پسر ۱۸ سال تعیین شده است.^۲

۱. مهدی مهریزی، پیشین، ص ۱۳۰.

۲. بدارن ابوالعینین، پیشین، ص ۷۴.

این در حالی است که بر اساس آرای فقهی اهل سنت، بلوغ دختران با نشانه‌هایی چون حیض و قابلیت حامله شدن ثابت می‌شود. اگر این نشانه‌ها ظاهر نشد، به نظر ابوحنیفه، سن بلوغ برای دختران ۱۷ سال و برای پسران ۱۸ سال است. مالکی ۱۸ سال را برای هر دو معتبر می‌داند. حنبلی و شافعی نیز ۱۵ سال را برای هر دو ثابت می‌شمارند.^۱

به نظر می‌رسد قانون‌گذار افغانستان میان سن بلوغ ازدواج و داشتن مسئولیت کیفری تفاوت قائل شده است. پس سن بلوغ دختر را برای ازدواج ۱۶ سال و در نهایت، ۱۵ سال قرار داده (م ۷۰ و ۷۱ ق. م. ا)، ولی سن مسئولیت کیفری را ۱۸ سال تعیین کرده است.

د) ولایت بر نکاح صغیر

بر اساس فقه اسلامی اگر ولی پسر و دختر صغیر ازدواج آن‌ها را به مصلحت بدانند، می‌تواند برای آن‌ها عقد نکاح منعقد کند.^۲ ولی عبارت از پدر، جد پدری، وصی و حاکم است.^۳ برخی فقیهان، ولایت وصی را بر نکاح صغیر نپذیرفته‌اند؛^۴ چون ولایت، اعمال اراده دیگری است و در واقع، اهلیت استیفای غیر است. پس باید به قدر متیقن بسنده کرد^۵ و

۱. عبدالرحمان الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، (بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۶/۱۴۰۶)، ج ۴، ص ۵۱۴.

۲. جعفر بن الحسن حلی (محقق حلی)، شرایع الاسلام، (بیروت، دارالاضواء، ۱۹۸۳/۱۴۰۳)، ج ۲، ص ۲۷۶. و محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۱۸۸.

۳. همان منابع.

۴. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۷۰؛ صاحب عروة الوثقی، حاکم را ولی کسی می‌داند که ولی ندارد. پس حاکم می‌تواند صغیری را که ولی ندارد در فرض مصلحت نکاح دهد. سیدمحمدکاظم یزدی، عروة الوثقی، ص ۶۵۶.

۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰)، ج ۲، ص ۲۶۹.

مواردی به جز آنچه به نص و اجماع ثابت شده، محل تردید و منع است. ولایت حاکم در فرضی که صغیری، ولی نداشته باشد، ثابت است.^۱

جواز نکاح دادن صغیر به این معنا نیست که او موظف به انجام وظایف زناشویی باشد. فقیهان به اجماع، آمیزش با دختر را قبل از بلوغ جایز ندانسته‌اند، بلکه اگر کسی بدون توجه به این منع، آمیزش کند و دختر افضا شود، دختر بر او حرام ابد می‌شود، در عین اینکه باید به صورت مادام‌العمر نفقه او را نیز بدهد.^۲

بنا بر قول مشهور فقیهان، دختر و پسر صغیر پس از بلوغ در صورتی که ازدواج به مصلحت آنان بوده است، نمی‌توانند عقد را فسخ کنند.^۳ بیشتر فقیهان امامیه معتقدند دختر بالغ رشید در امر نکاح خود همانند دیگر عقود تصمیم می‌گیرد و به اذن پدر و جد پدری نیاز ندارد.^۴ روایات بسیاری به این مضمون وارد شده است.^۵ با این حال، فقیهان معاصر اذن پدر را برای دختران بالغ رشید و باکره شرط دانسته‌اند.^۶ فقیهان به ضمانت اجرای رعایت نکردن اذن ولی نپرداخته‌اند، ولی رویه قضایی ایران، نکاح دختر بالغ و رشید را بدون اذن ولی نافذ نمی‌شمارد.^۷

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۸۹؛ علی کرکی، پیشین، ج ۱۲، ص ۹۶.
۲. محمد مکی العاملی، اللمعة الدمشقية، (بیروت، منشورات جامعة النجف الدینیه، طبعه الاولی)، ج ۵، ص ۱۰۴.
۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۷۴؛ شیخ مرتضی انصاری، کتاب النکاح (قم، لجنة تحقق تراث الشيخ الاعظم، ۱۴۱۵)، ص ۱۱.
۴. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۷۵؛ شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۱۶۴؛ میرزا ابوالقاسم الجیلانی القمی، پیشین، ص ۴۲۱.
۵. محمد الحر العاملی، وسائل الشیعه، (بیروت، داراحیاء التراث العربی)، ج ۱۴، ص ۲۰۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.
۶. سیدروح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۲۴۲.
۷. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۹۷.

۲. قصد و رضا

قصد و رضا که از آن به اراده طرفین تعبیر می‌شود، از ارکان هر قرارداد از جمله نکاح است. فقیهان شیعه گفته‌اند که اراده باطنی باید با الفاظ مخصوص یا به طریق معتبر و با قصد ایجاد رابطه زوجیت بیان شود. هرگاه این اراده در نکاح آسیب ببیند، ممکن است به بطلان یا عدم نفوذ عقد بیانجامد. با اینکه ازدواج یک عقد به شمار می‌رود و در آن، قصد و رضایت طرفین شرط است، در قانون افغانستان به آن تصریح نشده است. دلیل این امر نیز آن است که حنفیه قصد و رضای خود زوجین را در عقد نکاح شرط نمی‌دانند.^۱ با توجه به اینکه حنفیه، نکاح را عقد می‌داند و قصد و رضا از قواعد عمومی قراردادهاست، شرط ندانستن قصد و رضا با عقد بودن نکاح قابل جمع نیست و حل این مسئله را در منابع فقهی حنفیه نیافتیم. البته از ماده ۷۷ قانون مدنی افغانستان می‌توان ضرورت قصد و رضا را استنباط کرد.

با این حال، رویه قضایی افغانستان در مواردی، ازدواج‌های اجباری را فسخ کرده است.^۲ براین اساس، الفاظ عقد و شیوه‌های بیان اراده در عقد نکاح بسیار اهمیت دارند؛ زیرا عقد نکاح همانند دیگر عقود معاملاتی نیست و در آن شایبه عبادت بودن نیز وجود دارد که جز از سوی شارع بیان نمی‌شود.^۳

۱. به نقل از: بدران ابوالعینین، ص ۴۳.

۲. پرونده خانم «ت» ۱۲ ساله، ساکن استالف از ولایت پروان که در نه سالگی به نکاح مرد متأهلی درمی‌آید و تحت آزار و اذیت و شکنجه جسمی و روحی قرار می‌گیرد. پس از طرح در دادگاه و گذراندن، مراحل دادگاه «تمیز» و «ستره محکمه» پرونده را به دادگاه خانواده ارجاع دادند. در نهایت، به فسخ نکاح مشارالیها حکم شد. عبدالوهاب رحمانی، پیشین، ص ۵۸-۶۱.

۳. محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۱۳۳.

الف) عقد

ایجاب و قبول باید به صورت لفظی و صریح باشد. نکاح معاطاتی امکان ندارد؛ چون در زنا رضای فعلی محقق است و آنچه نیست، انشای رضای قولی است که شارع آن را سبب حلّیت زوجین بر یکدیگر قرار داده است.^۱ از نظر امامیه، حضور شاهد هنگام عقد شرط نیست.^۲ اهل سنت که حضور دو شاهد مرد را شرط می‌دانند.^۳

ماده ۷۷ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است:

۱. انجام ایجاب و قبول صحیح توسط عاقدین یا اولیا یا وکلای‌شان.
 ۲. حضور دو نفر شاهد با اهلیت.
 ۳. عدم موجودیت حرمت دائمی یا موقت بین ناکح و منکوح.
- بند اول و سوم این ماده از قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان هم قابل استفاده است. به نظر بعضی فقیهان معاصر، عقد نکاح به صورت کتبی نیز منعقد می‌شود.^۴

۱. موسی نجفی خوانساری، منیة الطالب؛ تقریرات درس میرزا محمدحسین نایینی، (قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸)، ج ۱، ص ۱۸۹.

۲. محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، (بیروت، دارالجواد، دارالتیاری، الطبعة العاشرة، ۱۴۱۷هـ/ ۱۹۹۶م)، ص ۲۹۷.

۳. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۱۰۴؛ مصطفی السباعی، پیشین، ج ۱، ص ۹۷.

۴. سید محسن طباطبایی حکیم، پیشین، ج ۱۴، ص ۳۷۶؛ سید حسن امامی، پیشین، ج ۲، ص ۳۴۵.

ب) وکالت در عقد نکاح

هر یک از زوجین می‌توانند برای نکاح، وکیل بگیرند. یک نفر می‌تواند به وکالت از دو طرف، عقد را اجرا کند.^۱ وکیل نمی‌تواند برخلاف شرط و مصلحت موکل عمل کند. در این صورت، عقد فضولی خواهد بود و اگر موکل زوجه باشد تا اجازه و رد این عقد، نمی‌تواند دوباره ازدواج کند.^۲ اجازه و رد فوری نیست،^۳ مگر آنکه از ناحیه تأخیر، ضرری متوجه اصیل شود که اصیل با استناد به قاعده لاضرر می‌تواند عقد را بر هم زند.^۴ بند ۱ ماده ۷۲ قانون مدنی افغانستان در این باره می‌گوید: «گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جواز دارد».

ج) اشتباه در شخص طرف عقد

در نکاح چون رابطه‌ای غیرمالی است و شخصیت طرف عقد رکن مهم عقد است، باید طرف عقد معین باشد.^۵ تعیین نیز ممکن است با اشاره یا نام بردن یا ذکر اوصاف ممیزه صورت گیرد.

اشتباه ممکن است به یکی از سه صورت زیر محقق شود:

اول - اتحاد مادی: طرف عقد، کسی غیر از شخص مورد نظر باشد. مثلاً دختری را از قبل دیده هنگام عقد، خواهر او ایجاب گوید.

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۹۵؛ سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، ص ۲۶۵.

۲. حسن بن مطهر حلی، قواعد الاحکام، (قم، منشورات رضی، چاپ سنگی، بی‌تا)، ج ۲، ص ۷؛ و مولی احمد نراقی، مستندالشیعه، (قم، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۹)، ج ۱۶، ص ۲۰۰.

۳. موسی نجفی خوانساری، پیشین، ص ۲۴۷.

۴. سیدمصطفی محقق داماد، ص ۲۰۷.

۵. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۵۷؛ زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۱۰۶.

دوم - وضع مدنی: کسی با جعل نام شخصی معروف یا انتساب خود به خانواده مشهور، طرف را به اشتباه اندازد.

سوم - اشتباه در وصف اساسی: مثل این که خود را دارای مدرک عالی تحصیلی معرفی کند، ولی مشخص شود بی سواد است.

در فرض اول و دوم، اشتباه موجب بطلان عقد است؛^۱ زیرا آنچه قصد شده، واقع نگشته است. در فرض سوم ممکن است حق فسخ برای طرف به وجود آورد. برخی فقیهان گفته اند اگر زن با مرد فقیری ازدواج کند و از اول به فقر او آگاه نبوده، حق فسخ برای او ثابت است.^۲

منظور از وصف اساسی آن است که وصف یاد شده در رضایت طرف دیگر نقش تعیین کننده داشته باشد. برای نمونه، اگر از اول می دانست مرد مثلاً پزشک یا مهندس نیست، به او جواب مثبت نمی داد. (ماده ۱۱۲۸) قانون مدنی ایران به پیروی از این دیدگاه فقه امامیه می گوید:

هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل، حق فسخ خواهد بود؛ خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن وضع شده باشد.

پیروی قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان از این دیدگاه فقهی نیز مناسب خواهد بود.

۱. سیدحسین صفایی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، زیر نظر: ابوالقاسم گرجی، (تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۷۰).

۲. محمدباقر سبزواری، کفایة الاحکام، (اصفهان، نشر مهدوی، چاپ سنگی، بی تا)، ص ۱۶۸.

(د) اکراه

در عقد نکاح، وجود قصد همراه با انشا، شرط است. اکراه از عیوب رضاست. بنابراین، اکراه اگر به درجه‌ای باشد که عاقد فاقد قصد شود، عقد باطل است و اگر به آن اندازه نباشد، عقد غیر نافذ است. نفوذ آن نیز نیازمند رضایت بعدی است. در حقیقت، این حکم هماهنگ با اصول حقوقی و قواعد عمومی قراردادها و فتاوی فقهی امامیه است. بر این اساس، ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

رضای زوجین، شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال کره، عقد را اجازه کند، نافذ است، مگر این که اکراه به درجه‌ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد

در فرضی که اکراه به اندازه‌ای باشد که عاقد نتواند هیچ نوع قصدی بکند، عقد باطل خواهد بود.

قانون مدنی افغانستان به اکراه و اثر آن در عقد اشاره‌ای ندارد. به نظر می‌رسد دلیل مسکوت نهادن آن، احکام فقهی مذهب حنفی باشد؛ زیرا همان گونه که پیش از این گفتیم، حنفیه جدّ و رضا را در عقد نکاح شرط نمی‌داند. پس اگر کسی به شوخی یا به اکراه، عقدی را ببندد، عقد صحیح است.^۱ باید گفت این کار با قواعد عمومی و اصول حقوقی سازگاری ندارد؛ زیرا عقود تابع قصدند و به این دلیل که عقد بدون قصد و رضا اصولاً عقد نیست، قانون خانواده بسیاری از کشورها از جمله در ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی ایران و در ماده ۵۷ قانون خانواده لبنان، اکراه را فاسدکننده عقد نکاح می‌دانند.

۱. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۴۳.

۳. منجز بودن عقد نکاح

الف) تعلیق در عقد نکاح

تعلیق در نکاح سبب بطلان آن است. بسیاری از فقیهان، تعلیق در انشا را در تمامی عقود مبطل دانسته‌اند.^۱ هر چند تعلیق نکاح به امر محقق و معلوم، تعلیق بر شرایط صحت عقد، مثل عدم وجود مانع ازدواج نیز صحیح است؛^۲ زیرا تعلیق به این موارد، آینده عقد را با ابهام روبه‌رو نمی‌سازد. (ماده ۶۷) قانون مدنی افغانستان و (ماده ۱۰۶۸) قانون مدنی ایران، تعلیق در نکاح را باطل می‌دانند.

ب) شرط خیار در عقد نکاح

اگر در ضمن عقد نکاح شرط کند که یکی از زوجین یا هر دو تا زمان معینی حق فسخ داشته باشند، به اجماع فقیهان، شرط باطل است^۳ و به نظر عده بسیاری، عقد نیز باطل می‌شود.^۴

دلیل بطلان شرط آن است که نکاح از عقود معاوضی نیست. از این رو، آن را با بیع و عقود معاوضی دیگر نمی‌توان مقایسه کرد؛ زیرا در آن، شایبه عبادت بودن وجود دارد. همچنین فسخ با شرط خیار موجب

۱. همان، ص ۱۷۵.

۲. سید محسن طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۳۸۰؛ سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۳۸۷.

۳. محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۱۴۹؛ سید محسن طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۴۰۴.

۴. زین الدین عاملی، مسالک الافهام، ج ۷، ص ۱۰۲. در مقابل ابن ادریس معتقد است که عقد صحیح است و فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند. سرانتر، ج ۲، ص ۵۷۵.

اضرار به زن می‌شود. افزون بر آن، شرط خیار با مقتضای ذات عقد نکاح که لزوم است، مخالف است.^۱ بر این اساس، این شرط هم باطل است و هم مبطل عقد. با این وصف، برخی از بزرگان فقیهان چنین شرطی را فقط باطل دانسته‌اند.^۲

بر اساس (ماده ۶۸) قانون مدنی افغانستان، شرط خلاف اهداف ازدواج و قانون باطل است و عقد صحیح است. به این مسئله در (ماده ۱۰۶۹) قانون مدنی ایران هم تصریح شده است. شرط خیار در مهر صحیح است، به این شرط که مدت خیار تعیین شود.

۴. شرایط شکلی نکاح

در قوانین بسیاری از کشورها علاوه بر شرایط ماهوی نکاح، نیز در نظر گرفته‌اند؛ شرایط شکلی همانند: ثبت نامزدی و ثبت عقد نکاح در دفتر اسناد رسمی، گرفتن مجوز برای ازدواج با اتباع خارجی و ارائه برخی گواهی‌نامه‌های پزشکی مثل گواهی سلامت زوجین از بیماری‌های مقاربتی یا آزمایش ژنتیکی برای جلوگیری از برخی بیماری‌های ارثی یا داشتن گواهی قابلیت صحتی برای ازدواج و گواهی نداشتن اعتیاد به مواد مخدر و....

نظم و سامان‌دهی امور اجتماعی و نیز دستاوردهای علوم این امکان را به ما داده است که برای جلوگیری از برخی ناهنجاری‌های اجتماعی و بیماری‌های ارثی تدبیرهایی اندیشیده شود. بنا بر ماده ۶۱ قانون مدنی

۱. محمدحسن نجفی، همان؛ زین‌الدین عاملی، پیشین، ص ۱۰۱.

۲. سید محمد ک. ظم یزدی، پیشین؛ سید روح اله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۲۵۱.

افغانستان، ثبت نکاح الزامی است. بر اساس مطالعات انجام شده در سال‌های ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ در مناطق مختلف افغانستان، ازدواج ثبت نمی‌شود و نکاح‌نامه وجود ندارد. دفترهای ثبت ازدواج نیز در مرکز استان‌ها و شهرستان‌ها وجود ندارند تا به صورت یک سیستم و شبکه عمل کنند. با این حال، مقررات پیچیده‌ای که به «استره محکمه» ختم می‌شود، وجود دارد که رعایت نمی‌شود.^۱

(ماده ۱۰۶۰ و ۱۰۶۱) قانون مدنی ایران افزون بر لزوم ثبت نکاح، ازدواج اتباع خارجی با زن ایرانی و نیز برخی کارمندان دولت را با اتباع خارجی به گرفتن مجوز مخصوص مشروط کرده است. همچنین (ماده ۱۰۴۰) اجازه داده است تا هر یک از طرفین از طرف مقابل گواهی پزشکی مبنی بر نداشتن بیماری‌های واگیردار مهم از قبیل سیفلیس، سوزاک و سل بخواهد.

برخی گفته‌اند اگر کسی بدون گرفتن مجوز ازدواج کند، نکاح او غیر نافذ است.^۲ این سخن صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا رعایت نکردن این تشریفات به صحت عقد نکاح آسیبی نمی‌زند،^۳ بلکه تخلفی اداری روی داده است که متخلف باید به مجازات انتظامی برسد. ثبت نکاح از شرایط ماهوی نکاح نیست؛ زیرا مقررات اساسی و ماهوی نکاح بر اساس احکام فقهی تدوین شده است. در فقه مسئله‌ای به نام ثبت نکاح وجود ندارد و مناسب است به دلیل ابتلای مردم در باره آن بحث صورت گیرد.

۱. عبدالوهاب رحمانی، پیشین، ص ۲۹.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۳۰.

۳. بدران ابوالعینین، پیشین، ص ۷۴، و سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۱۶۰.

به نظر نمی‌رسد لزوم رعایت چنین مقرراتی که برای برقراری نظم در جامعه ضرورت دارد، با مبانی فقهی مخالفت داشته باشد.

دولت‌ها برای برقراری نظم و سهولت رسیدگی به اختلافات احتمالی طرفین، ثبت نکاح را لازم شمرده‌اند. بنابراین، ثبت نکاح از تشریفات اداری است و رعایت نکردن آن به صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد. به تعبیر دیگر، لزوم رعایت مقررات یاد شده، عقد نکاح را در ردیف عقود تشریفاتی قرار نمی‌دهد.

گفتار دوم - موانع نکاح

موانع نکاح که در کتاب‌های فقهی به عنوان محرمات نکاح مورد بحث قرار می‌گیرد، مواردی است که از وجود آن‌ها، عدم لازم می‌آید. به همین دلیل، از آن به شرایط منفی ازدواج هم تعبیر شده است.^۱ اکنون این موانع را بررسی می‌کنیم.

۱. قرابت

یکی از اسباب تحریم نکاح، خویشاوندی است که به دو دسته کلی تقسیم می‌شود؛ قرابت نسبی و قرابت سببی. قرابت به سبب رضاع (شیرخوردن) را در زیر مجموعه قرابت نسبی بررسی می‌کنند.^۲

۱. سیدحسن امامی، پیشین، ص ۲۸۹.

۲. برخی نویسندگان قرابت را به سه دسته تقسیم کرده و قرابت رضاعی را گونه مستقل دانسته‌اند نک: سیدحسن امامی، همان.

الف) قرابت نسبی

قرابت نسبی، خویشاوندی است که با تولد یکی از دیگری یا دو نفر از یک منشأ به وجود می‌آید. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «مادران تان و دختران تان و خواهران تان و عمه‌های تان و خاله‌های تان و دختران برادر و خواهر بر شما حرام شد».^۱ فقیهان با استناد به این آیه شریفه گفته‌اند هفت دسته از زنان بر مردان حرام هستند:

اول - مادران: اعم از مادر و جدۀ پدری و جدۀ مادری با واسطه یا بی‌واسطه‌اند که بر پسر و پسر فرزندان خود حرام هستند.

دوم - دختران: دختران بی‌واسطه و دختران با واسطه که ریشه ولادت‌شان به پدر یا جدۀ پدری یا جدۀ مادری برسد، بر آنان حرام هستند. سوم - خواهر: اعم از پدری فقط یا مادری فقط یا ابوینی است که بر برادر حرام است.

چهارم - عمه: خواهر پدر و خواهر جد و جدۀ (عمه پدر و عمه مادر) را در بر می‌گیرد. میان خواهر پدری یا پدر و مادری یا فقط مادری تفاوتی وجود ندارد.

پنجم - خاله: خواهر مادر که شامل خاله پدر و اجداد و جدات نیز می‌شود.

ششم - دختر برادر: اعم از برادر بی‌واسطه و هر زنی است که نسبتش به برادر برسد (با واسطه).

هفتم - دختر خواهر: اعم از دختر خواهر بی‌واسطه و هر زنی است که ریشه ولادتش به خواهر برسد. مردان مقابل این زنان نیز بر زنان یاد

شده حرام هستند؛ زیرا وقتی دختر خواهر بر ماما (دایی) حرام شد، ماما هم بر خواهرزاده حرام خواهد بود.^۱

به جز این موارد، ازدواج با دیگر خویشاوندان اشکالی ندارد. این محرمات میان تمام فرقه‌های اسلامی اجماعی است. (ماده ۸۱) قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «ازدواج شخص با اصول و فروع خود و فروع پدر و مادر و طبقه اول فروع اجداد به طور ابد حرام است».

نکته مهم این است که قرابت با نکاح صحیح به وجود می‌آید. اگر نزدیکی بدون نکاح رخ دهد، هر یک از زن و مرد یا عالم به آن است یا جاهل. در صورت علم، زنا محقق می‌شود و در صورت جهل، نزدیکی به شبهه خواهد بود. همچنین اگر یکی، عالم و دیگری، جاهل باشد، نسبت به عالم، زنا رخ داده، ولی نسبت به جاهل، وطی به شبهه است. با زنا نیز نسبت به وجود نمی‌آید.^۲ با این حال، محرمات نکاح شامل زنا و شبهه نیز می‌شود؛ یعنی دختری که از زنا به دنیا آمده است، با برادر خود که از نکاح صحیح به وجود آمده است، نمی‌تواند ازدواج کند.^۳ این مسئله میان امامیه، حنفیه و حنابله اتفاقی است؛ زیرا آنان معتقدند با زنا هر چند نسب ایجاد نمی‌شود، ولی حرمت ازدواج در تمام اقسامش ثابت می‌شود.^۴ بنابراین، پسری که از زنا متولد شده است، نمی‌تواند با خواهر، مادر، عمه و خاله خود ازدواج کند. البته در فقه امامیه، دیدگاه غیر مشهوری نیز وجود دارد که زنا را همانند نکاح صحیح موجب نشر حرمت نمی‌داند.^۵

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۴۲؛ مسالک الافهام، ج ۷، ص ۱۹۹.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۵۶.

۳. همان، ص ۲۵۷.

۴. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۹۲.

۵. مسالک الافهام، ج ۷، ص ۲۹۹.

ماده ۸۳ قانون مدنی افغانستان می‌گوید:

ازدواج زانی با اصل و فرع مزنیه، همچنین ازدواج مزنیه با اصول و فروع زانی حرام می‌باشد. ازدواج اصول و فروع مزنیه با اصول و فروع زانی از این امر مستثنی است.

(ماده ۱۰۵۵) قانون مدنی ایران نیز مقرر می‌دارد:

نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد، از حیث مانعیت در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است، ولی مبطل نکاح سابق نیست.

باید گفت استثنایی که در قانون افغانستان ذکر شده، توضیح زاید است؛ زیرا در نکاح صحیح هم میان اصل و فرع زوج با اصل و فرع زوجه محرمیت به وجود نمی‌آید.

در این میان، باید دانست قرابت رضاعی، آن خویشاوندی است که به سبب شیر خوردن میان دو نفر به وجود می‌آید. قرابت رضاعی از اسباب محرمیت و موانع نکاح است و قرآن و سنت بر آن دلالت دارد. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «... (و نکاح با) مادران‌تان که به شما شیر داده‌اند و خواهران رضاعی‌تان... (حرام است)».^۱ در روایتی از امام صادق علیه السلام نیز نقل شده است: «به واسطه رضاع آنچه از جهت نسب حرام است، حرام می‌شود».^۲ در مجموع، آنچه در قرابت نسبی، حرام است، در قرابت رضاعی نیز حرام خواهد بود.^۳

فقیهان امامیه سه ملاک برای تحقق رضاع مطرح کرده‌اند:

۱. نساء: ۲۳.

۲. محمد بن الحسن حر عاملی، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۸۱، باب اول از ابواب «و ما یحرم بالرضاع»، ح ۶-۲.

۳. شیخ مرتضی انصاری، کتاب النکاح، ص ۲۸۲.

۱. یک شبانه روز طفل از زنی شیر بخورد؛
 ۲. پانزده بار به صورت کامل شیر بخورد؛^۱
 ۳. به اندازه‌ای شیر خورد که استخوان محکم شود و گوشت بروید.^۲
- بنابراین، سه ملاک اثر، زمان و تعداد در روایات و اقوال فقیهان وارد شده است.^۳
- شرایط دیگری نیز برای تحقق رضاع بر شمرده‌اند که عبارتند از اینکه شیر از نکاح صحیح حاصل شده باشد، نه از زنا.^۴ شیر از پستان مکیده شود.^۵ شیر خوردن پیش از تکمیل دو سالگی باشد و سن طفل زن شیرده نیز از دو سالگی افزون نباشد.^۶ شیر خورده شده از یک زن و شوهر باشد. همچنین اگر زن دو کودک جز فرزند خود را شیر دهد، آن دو کودک به هم نسبتی پیدا نمی‌کند و حرمتی میان آنان به وجود نمی‌آید.^۷
- مذهب حنفیه مانند امامیه، محرمات رضاع را همانند نسب به خط عمودی و اطراف توسعه می‌دهد.^۸ قانون مدنی ایران در این مسئله از فقه امامیه پیروی کرده است.^۹

-
۱. محمد بن الحسن الحر العاملی، پیشین، ص ۲۸۲.
 ۲. همان، ص ۲۸۹.
 ۳. شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۳۰۱.
 ۴. همان، ص ۲۹۰.
 ۵. همان، ص ۲۹۳.
 ۶. همان، ص ۲۹۹ و محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۹۷.
 ۷. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۶۶؛ سید محمد حسن بجنوردی، القواعد الفقہیة، (قم، دلیل ما، ۱۴۲۴ هـ ق، ج ۱)، ج ۴، ص ۳۶۵.
 ۸. عبدالرحمان الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۲۶۴.
 ۹. ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی ایران: «قربان رضاعی از حیث حرمت نکاح در

ب) قرابت سببی

قرابت سببی که مصاهره نام دارد و پس از پیوند زناشویی میان زن و مرد ایجاد می‌شود، عبارت از آن خویشاوندی است که بر اثر نکاح بین هریک از زوجین با خویشاوندان دیگری پدید می‌آید. محرمیت پدیدآمده از این نوع قرابت دو گونه است: اول، کسانی که عیناً نکاح با آنان حرام است. دوم، کسانی که جمع نکاح آنان با زوجه حرام است.

دسته نخست عبارتند از:

۱. مادر زن و جدات او و نیز دختر زن اعم از نسبی و رضاعی بر مرد حرام هستند.

مشهور فقیهان امامیه عقد را در ایجاد چنین حرمتی کافی می‌شمارند. با این حال، عده‌ای از فقیهان، دخول را در ایجاد حرمت شرط می‌دانند.^۱

۲. زن پدر یا اجداد، زن پسر یا احفاد هرچند رضاعی باشند، بر مرد حرام هستند. مستند این حکم، آیه قرآن کریم است که خداوند

حکم قرابت نسبی است مشروط بر این که: اولاً شیر زن از حمل مشروع حاصل باشد. ثانیاً شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد. ثالثاً طفل لااقل یک شبانه روز و یا ۱۵ دفعه متوالی شیرکامل خورده باشد بدون این که غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد. رابعاً شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد. خامساً مقدار شیری که طفل خورده است، از یک زن و از یک شوهر باشد. بنابراین، اگر طفل در شبانه‌روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد، موجب حرمت نمی‌شود، اگرچه شوهر آن دو زن، یکی باشد. و همچنین اگر یک زن یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هریک را از شیر متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد، آن پسر و یا آن دختر، برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمی‌باشد.

۱. مسالک الافهام، ج ۷، ص ۲۸۴.

می فرماید: «با زنانی که پدران شما نکاح کرده اند، نکاح نکنید» و «ازدواج نمودن شما با... همسران فرزندان تان، آنان که از پشت (صُلب) شمایند حرام شد».^۱

۳. دختران زن انسان (ریبیه) به شرطی که آمیزش صورت گرفته باشد. این تحریم شامل دختران با واسطه زن (نوه) نیز می شود.^۲
دسته دوم که جمع میان آنان حرام است، عبارتند از:

۱. ازدواج با دو خواهر در یک زمان: بودن زن در عده طلاق رجعی در حکم بقای زوجیت است. در عده نمی توان خواهر زن مطلقه را به نکاح خود درآورد.^۳

۲. ازدواج با برادرزاده و خواهرزاده زوجه: این کار نیازمند اذن زوجه است. اگر بدون اذن او اقدام ازدواج با آنان بکند، صحت ازدواج به اذن زوجه مشروط است. مستند این حکم، اجماع و روایات است.^۴
اگر نکاح با برادرزاده و خواهرزاده سابق بر عقد عمه و خاله باشد و عمه و خاله جاهل به عقد سابق باشند، فقیهان اتفاق نظر ندارند. بهترین قول، نظر صاحب جواهر است؛ زیرا عقد سابق صحیح انجام شده و لازم است. صحت و لزوم آن پس از عقد دوم استصحاب می شود.

عمه و خاله نیز فقط اختیار عقد خودش را دارد که بر هم بزند یا قبول کند.^۵

۱. نساء: ۲۲ و ۲۳.

۲. نساء: ۲۳.

۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۸۱؛ شیخ حر عاملی، پیشین، ص ۳۷۰.

۴. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۸۵.

۵. همان، ص ۳۹۵.

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه موانع یاد شده را در (ماده‌های ۱۰۴۸ و ۱۰۴۹) آورده است.

(ماده ۸۵) قانون مدنی افغانستان نیز «جمع در نکاح بین دو زنی را که هرگاه یکی از آنان مرد فرض شود، حرمت ازدواج بین‌شان به وجود می‌آید»، یکی از موجبات حرمت موقت می‌داند. این فراز که متضمن یک قاعده کلی است، هر دو مورد یاد شده در حرمت جمع میان دو خواهر یا برادرزاده و عمه و خواهرزاده و خاله را شامل می‌شود. تنها تفاوت این است که در مورد اخیر، جمع میان عمه و خاله را با برادرزاده و خواهرزاده مطلقاً منع کرده است که در فقه شیعه با اذن عمه و خاله تصحیح می‌شود. این دیدگاه قانون مدنی افغانستان برگرفته از نظر فقه حنفیه است.^۱

۲. نکاح با زن شوهردار

نکاح با زن شوهردار باطل است؛ خواه طرفین به تحریم عالم باشند یا نباشند. تفاوت علم و جهل در این است که اگر عالم باشد، با عقد، حرمت ابدی به وجود می‌آید و اگر جاهل باشد، با آمیزش، حرمت ابدی به وجود می‌آید. مستند این حکم، روایات بسیاری است که می‌گویند نکاح با زنی که در عده است و در حالی که بداند در عده است، موجب حرمت ابدی می‌شود.^۲ وقتی نکاح در عده موجب حرمت ابدی شود، نکاح با زن شوهردار به طریق اولی^۳ موجب حرمت ابدی خواهد بود.

۱. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ص ۶۹.

۲. محمدبن یعقوب کلینی، فروع کافی، (بیروت، دارصعب - دارالتعارف، ۱۴۰۱)، ج ۵، ص ۴۲۶.

۳. زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۳۳۷.

نزدیکی به شبهه چنانچه مقدم بر نکاح باشد، از جهت مانعیت نکاح همانند نکاح صحیح است و اگر نزدیکی پس از نکاح باشد، اثری بر نکاح سابق ندارد، این نظر مشهور فقیهان امامیه است.^۱

(ماده ۶۲) قانون مدنی افغانستان می گوید: «نامزدی با زنی جواز دارد که در قید نکاح و عدت (عده) غیر نباشد». در بند ۳ ماده ۸۵ قانون مدنی افغانستان هم می گوید: «منکوحه و معتده غیر، موجب حرمت موقت نکاح دیگران است». بر اساس (ماده ۱۰۵۰) قانون مدنی ایران نیز نکاح با زن شوهردار با علم به حرمت و علقه زوجیت موجب می شود عقد باطل و زن بر مرد حرام ابدی شود.

۳. لواط

اگر کسی با مردی لواط کند، مادر، دختر و خواهر موطوء بر واطی حرام است. اگر عقد با یکی از زنان یاد شده، سابق بر عمل باشد، به عقد سابق خلل نمی رساند. مادر، دختر و خواهر فاعل بر مفعول حرام نمی شود؛ زیرا دلیلی بر حرمت وجود ندارد و اصل، عدم حرمت است.^۲

در این حکم، میان صغیر یا کبیر بودن واطی یا موطوء تفاوتی نیست. در این مورد، به جز روایات صحیح، اتفاق علما نیز وجود دارد.^۳ در کتاب های اهل سنت در این باره به مطلبی دست نیافتیم. (ماده ۱۰۵۶) قانون مدنی ایران می گوید: «اگر کسی با پسری عمل شنیع کند، نمی تواند مادر یا خواهر یا دختر او را تزویج کند».

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۷۳.

۲. جعفر بن الحسن الحلّی، پیشین، ج ۲، ص ۲۹۲.

۳. زین الدین العاملی، پیشین، ص ۳۴۳.

۴. احرام

اگر کسی که به تحریم عقد نکاح در حال احرام حج یا عمره آگاه است، زنی را عقد کند، عقد، باطل و آن زن بر او حرام ابدی می‌شود. لازم نیست که زن هم در حال احرام باشد و تفاوت نمی‌کند که آن زن را برای خود عقد کند یا برای دیگری. برخی فقیهان گفته‌اند اگر فقط زن در حال احرام باشد، حکم حرمت ابدی جاری نمی‌شود، ولی عقدش در هر حال باطل است.^۱

(ماده ۱۰۵۳) قانون مدنی ایران در این زمینه می‌گوید: «عقد در حال احرام، باطل است و با علم به حرمت، موجب حرمت ابدی است.» حرمت به سبب نکاح در حال احرام در قانون مدنی افغانستان نیامده است، ولی در حقوق افغانستان به پیروی از فقه حنفیه وجود دارد.^۲

۵. آمیزش با دختر پیش از بلوغ

بسیاری از فقیهان امامیه گفته‌اند که اگر بر اثر آمیزش پیش از نه سالگی، دختر افضا شود، آمیزش با او بر آن مرد حرام است، در ضمن اینکه از نکاح او نیز خارج نمی‌شود. اگر افضا نشود، حرام نمی‌شود.^۳

شیخ طوسی در نهاییه، تحریم را به افضا مقید نکرده و گفته‌است به صرف آمیزش با دختر پیش از رسیدن به نه سال، وطی‌اش بر او حرام

۱. زین الدین العاملی، پیشین، ۳۴۴؛ محمد حسن نجفی. پیشین، ص ۴۵۰.

۲. عبدالوهاب رحمانی، پیشین، ص ۹۵.

۳. حسن بن مطهر حلی (علامه حلی)، مختلف الشیعه، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ه. ق. / ۱۳۷۵ ه. ش. ج ۷، ص ۶۶.

می‌شود.^۱ روایاتی که در این زمینه وارد شده است، به طور مطلق بر تحریم دلالت دارد.^۲

بر اساس قانون بسیاری از کشورها، نکاح پیش از بلوغ ممنوع است، ولی در بند ۲ ماده ۷۱ قانون افغانستان، این سن به ۱۵ سالگی محدود شده است. در شریعت اسلامی، نکاح پیش از بلوغ با اجازه ولی و رعایت مصلحت مولی علیه جایز شمرده شده است. با این وصف، آمیزش پیش از بلوغ، حرام است.

۶. طلاق سوم و طلاق نهم

مردی که سه بار زنش را پی در پی طلاق دهد و در این فاصله، زن با مرد دیگری ازدواج نکند، پس از طلاق سوم، زن بر مرد حرام می‌شود. مستند این حکم، آیات شریفه‌ای است که خداوند در آن‌ها می‌فرماید:

طلاق دو بار است. پس از آن، یا ادامه زندگی با نیکی باشد یا آزاد کردن با احساس... چنانچه زوج بار دیگر طلاق دهد، از آن پس، بر او حلال نخواهد بود... مگر اینکه با مرد دیگری ازدواج کند و آن گاه او را طلاق دهد. ازدواج مجدد آنان مانعی ندارد.^۳

در اصطلاح فقهی به مرد دوم که با زن ازدواج می‌کند، «محلّل» گفته می‌شود. محلّل باید بالغ باشد و با زن نزدیکی کند. نکاح آن هم باید دائم باشد؛ چون در نکاح موقت، طلاق نیست.^۴

۱. محمد بن الحسن طوسی، نه‌ایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، سلسله الینابیع الفقهیه، زیر نظر علی اصغر مروارید، (بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، دارالاسلامیه، ۱۴۱۰/۱۹۹۰)، ج ۱۸، ص ۹۹.

۲. زین الدین العاملی، پیشین، ص ۳۴۵.

۳. بقره: ۲۲۹ و ۲۳۰.

۴. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۳۶۸.

بسیاری از فقیهان در رجوع زوج اول، عقد یا رجوع را کافی دانسته و برخی دیگر، افزون بر عقد، نزدیکی را هم شرط کرده‌اند.^۱

اگر این دور طلاق سه بار تکرار شود، در طلاق نهم، زن بر مرد حرام ابدی می‌شود. مشخص است که از این نه طلاق، سه عدد بائن و شش عدد، عدی است. در فرضی، حرمت ابدی پیش می‌آید که در طلاق‌های عدی، شوهر رجوع کرده باشد. اگر پس از سپری شدن عده، دوباره با آن زن ازدواج کرده باشد، حرمت حاصل نمی‌شود.^۲

(بند ۲ ماده ۸۵) قانون مدنی افغانستان نیز می‌گوید: «مطلقه ثلاثه تا زمانی که با شخص دیگری (محلل) ازدواج کند، بر شوهر حرام است.» با این حال، به حرمت ناشی از طلاق نهم اشاره نمی‌کند.

قانون ایران به پیروی از فقه امامیه، به هر دو مورد پرداخته است، از جمله در (ماده ۱۰۵۷) می‌گوید:

زنی که سه مرتبه متوالی، زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده، بر آن مرد حرام می‌شود، مگر اینکه به عقد دایم، به زوجیت مرد دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد.

همچنین بر اساس (ماده ۱۰۵۸) زن هر شخصی که به نه طلاق که ششش تای آن عدی است، مطلقه شده باشد، بر آن شخص حرام مؤید می‌شود.

۷. کفر

غیر مسلمانان، دو دسته‌اند: دسته‌ای که اهل کتابند، مثل یهود و نصارا و بنا بر بعضی روایات، مجوس و دسته‌ای که اهل کتاب نیستند. به اتفاق

۱. سیدعلی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۵۴.

۲. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۳۳۳ و محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، ص ۳۱۳.

نظر تمامی مسلمانان، نکاح زن مسلمان با مرد غیر مسلمان جایز نیست. مبنای این منع نیز قرآن کریم است.^۱ البته در نکاح مرد مسلمان با زن غیر مسلمان، اتفاق نظر وجود ندارد.

بنا بر نظر مشهور فقیهان امامیه، در این مورد، نکاح دائم جایز نیست، ولی نکاح موقت، جایز است. برخی به طور مطلق، منع کرده و برخی هم به طور مطلق، جایز دانسته‌اند.^۲ برخی استادان قول اخیر را با دلایل سازگارتر می‌دانند.^۳

نکاح با ناصبی‌ها که دشمن اهل بیت علیهم‌السلام هستند و غلات که در محبت اهل بیت علیهم‌السلام غلو می‌کنند، نیز جایز نیست.^۴ بند ۵ ماده ۸۵ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «زنی که اهل کتاب نباشد، بر مرد حرام است» همچنین بر اساس (ماده ۹۲)، ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان، باطل است. البته مرد مسلمان می‌تواند با زن اهل کتاب ازدواج کند. این ماده موافق نظر فقهی اهل سنت است.^۵ در مقابل، (ماده ۱۰۵۹) قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه می‌گوید: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست».

۱. بقره: ۲۲۱.

۲. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۲۸.

۳. سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۱۵۳.

۴. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۸۵، زین الدین العاملی، پیشین، ص ۴۰۴.

۵. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ج ۴، ص ۷۵.

۸. لعان

لعان از اسباب حرمت ابدی است. مرد هیچ‌گاه نمی‌تواند با زنی که با لعان بر او حرام شده است، ازدواج کند. لعان از اسباب انفساخ نکاح است. در لعان، طلاق نیست. لعان به دو سبب حاصل می‌شود:

اول - دادن نسبت صریح زنا به همسر خود؛

دوم - دادن نسبت غیر صریح زنا که با نفی ولد صورت می‌گیرد.

در هر دو صورت، حد قذف از مرد و حد زنا از زن ساقط می‌شود. مستند این حکم و ترتیبی که لعان باید صورت گیرد، در قرآن کریم آمده است.^۱ (بند ۴ ماده ۸۵) قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «زنی که لعان شده باشد، تا وقتی که شوهر خود را تکذیب کند، حرمت موقت حاصل می‌شود.» (ماده ۱۰۵۲) قانون مدنی ایران هم می‌گوید: «تفریقی که با لعان حاصل می‌شود، موجب حرمت ابدی است.» این ماده برگرفته از دیدگاه فقه امامیه است.^۲

۹. استیفای عدد

به موجب نص صریح قرآن کریم، تعدد زوجات با رعایت عدالت، تا چهار زوجه برای مرد جایز است. هر چند برخی به جواز تعدد زوجات انتقاد کرده‌اند، فقیهان نواندیش مسلمان نظیر شیخ محمد عبده، مرتضی مطهری و... نیز به شبهه‌های آنان پاسخ داده‌اند.^۳ برخی دیگر از اندیشمندان سکولار مسلمان، منع تعدد زوجات را به آیات قرآن کریم

۱. نور: ۶-۹.

۲. محمد مکی العاملی، پیشین، ص ۲۲۳.

۳. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۱۳۱، مرتضی مطهری، پیشین، ص ۲۹۷.

مستند کرده‌اند.^۱ البته هیچ مفسری به این برداشت از آیات قرآن کریم قائل نیست و از سوی دیگر، پژوهش‌گران ضرورت اجتماعی آن را نیز به اثبات رسانده‌اند.^۲

قوانین کشورهای اسلامی، تعدد زوجات را به صورت مقید پذیرفته‌اند. قانون مدنی افغانستان در ماده ۸۶ با سه شرط، ازدواج با بیش از یک زن را جایز شمرده است: (۱) خوف عدم عدالت بین زوجات موجود نباشد؛ (۲) شخص کفایت مالی برای تأمین نفقه داشته باشد؛ (۳) مصلحت مشروع مانند عقیم بودن زوجه اول و یا مصاب بودن وی به بیماری‌های صعب‌العلاج موجود باشد.

ضمانت اجرای تخلف از این ماده، آن است که زن به استناد ضرر می‌تواند از دادگاه مطالبه تفریق کند. این مطلب در ماده ۸۷ آمده است به نظر می‌رسد قانون مدنی افغانستان از قانون احوال شخصیه ۱۹۲۶ مصر اثر پذیرفته است؛ زیرا قانون مصر شبیه چیزی است که ماده ۸۶ قانون مدنی افغانستان بیان می‌کند.^۳

در ایران نیز در سال ۱۳۴۶، تعدد زوجات به اجازه دادگاه مشروط شد تا عدالت و توانایی مالی مرد را احراز کند. در سال ۱۳۵۳، قانون «حمایت از خانواده» تصویب شد که گرفتن زن دوم را منحصر به ۹ شرط کرد: (۱) رضایت همسر اول؛ (۲) ناتوانی همسر اول از ایفای وظایف زناشویی؛ (۳) تمکین از شوهر؛ (۴) دچار شدن زن به جنون یا

۱. نصر حامد ابوزید، پیشین.

۲. علی کاظم‌زاده، تفاوت حقوقی زن و مرد در نظام حقوقی ایران، (تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲)، ص ۱۲۶.

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۸.

بیماری‌های درمان‌ناپذیر؛ ۵) محکومیت زن؛ ۶. دچار شدن زن به اعتیاد (مضر؛ ۷) ترک زندگی خانوادگی از طرف زن؛ ۸) عقیم بودن زن؛ ۹) غایب و مفقودالاثر شدن زن.

رعایت نکردن این مقررات، مجازات حبس را در پی داشت.^۱ پس از انقلاب، شورای نگهبان مجازات‌های مقرر برای زوج و عاقد را غیر شرعی اعلام کرد.^۲ سرنوشت خود قانون نیز دچار ابهام شد.^۳

می‌توان گفت اجازه دادگاه برای تعدد زوجات جهت احراز عدالت و امکان مالی زوج، ضروری است. این حال، تحدید صدور اجازه دادگاه به چند مورد یاد شده، آن چنان که در قانون حمایت از خانواده ایران و ماده ۸۶ قانون افغانستان آمده بود، با احکام شریعت معارض است؛ زیرا حق تعدد زوجات مشروط به اجرای عدالت است و نسبت به هر قید و شرط دیگری اطلاق دارد.

به تصریح قرآن کریم، یک مرد می‌تواند تا چهار همسر دائمی اختیار کند.^۴ بنابراین، مردی که استیفای عدد کرده است و چهار زن دائمی دارد، نمی‌تواند با زن دیگری ازدواج کند.

۱۰. عده

عده، مدت زمانی است که پس از انحلال نکاح به واسطه طلاق، فسخ یا فوت، زن باید از ازدواج با دیگری خودداری کند. به اجماع فقیهان شیعه و سنی، زنی را که در عده است، نمی‌توان عقد کرد.

۱. سید حسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۱۱۷-۱۲۷.

۲. محمدرضا بندرچی (تدوین)، مجموعه کامل نظرات قانونی شورای نگهبان، (قزوین، انتشارات بحرالعلوم، سال ۱۳۸۳، ص ۱۲۸).

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۸.

۴. نساء: ۳.

گفتار سوم - اثر توافق در نکاح

پس از بحث از آثار نکاح، این پرسش مطرح می‌شود که آیا توافق برخلاف آثار مقرر در قانون، جایز است یا خیر؟ بهتر است توافق در نکاح را به دو عنوان تقسیم کنیم؛ زیرا توافق یا نسبت به نکاح و آثار آن صورت می‌گیرد یا نسبت به امور خارجی.

۱. شروط ناظر به احکام نکاح

ممکن است طرفین توافق‌های تبعی و قراردادهای فرعی را در ضمن عقد نکاح طرح کنند که به آن‌ها «شرط ضمن عقد» گفته می‌شود. امروز هواداران حقوق زنان در کشورهای اسلامی که نظام حقوقی سستی نکاح را برای تأمین حقوق زنان کافی نمی‌دانند، سخت در تلاشند کاستی‌ها را با گنجانیدن شروط ضمن عقد جبران کنند.

شرط ممکن است ناظر به انعقاد نکاح باشد، مثل شرط تعلیق نکاح یا ناظر به آثار نکاح باشد، مثل شرط سلب ریاست خانواده از شوهر یا اینکه ناظر به انحلال نکاح است؛ مثل بطلان نکاح در صورت نپرداختن مهریه. گاهی نیز ناظر به مهر است. هر دسته از این شروط جای بحث و بررسی دارد.

به طور کلی، شرطی لازم‌الوفا و صحیح است که: (۱) غیر مقدور نباشد. (۲) دارای منفعت عقلایی باشد. (۳) مخالف کتاب و سنت نباشد. (۴) مجهول نباشد. (۵) خلاف مقتضای ذات عقد نباشد.^۱

۱. مواد ۲۳۲ و ۲۳۳، قانون مدنی ایران، موسی خوانساری، منیه الطالب، ج ۳، ص ۱۹۲؛ سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی (۲)، (تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۱)، ص ۴۱-۴۳؛ سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۷۷.

هر چند شروط غیر مقدور و بدون نفع عقلایی باطل‌اند، به صحت عقد آسیب نمی‌زنند. در مورد شرط نامشروع یا خلاف قوانین آمره نیز گفته‌اند که چنین شرطی، باطل است، ولی مفسد عقد نخواهد بود.^۱ هر چند در برخی موارد، تشخیص مخالفت با قواعد آمره بودن، مشکل است.

برخی صاحب‌نظران، در مواردی مثل شرط اسقاط نفقه آینده یا شرط نزدیکی نکردن مرد با زن، آن را خلاف مقتضای ذات عقد و قواعد آمره و نامشروع دانسته‌اند.^۲

همچنین بسیاری از فقیهان این شرط را که مرد زن دیگر نگیرد، خلاف شرع دانسته‌اند.^۳ البته عده دیگری از فقیهان معاصر آن را صحیح می‌داند.^۴

ضمانت اجرای تخلف از شرط یاد شده چیست؟ تخلف از این شرط و نکاح با زن دیگر، عقد دوم را باطل نمی‌کند. برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند برای زوجه اول، خیار فسخ می‌آورد.^۵ قانون احوال شخصیه عراق این ضمانت اجرا را نسبت به تخلف از هر شرط ضمن عقد پذیرفته است. بند ۴ ماده ۶ این قانون به آن اشاره دارد.^۶ برخی

۱. حسن ابن ابی طالب یوسفی (فاضل آبی)، کشف الرموز، (قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰)، ج ۲، ص ۱۹۰؛ مسالک الافهام، ج ۸، ص ۲۴۵.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۵۱؛ سیدمصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۳۲۸؛ سیدحسن امامی، پیشین، ص ۳۷۷؛ سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۷۷.

۳. جعفر بن حسن حلی، پیشین، ج ۲، ص ۳۲۹.

۴. سیدابوالقاسم موسوی خویی، منهاج الصالحین، (قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰)، ج ۲، ص ۳۰۵؛ احمد نراقی، عوائد الایام، (قم، مکتب الاعلام الاسلامی)، ص ۴۹.

۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۱۹۴.

۶. سیدمحسن حکیم، نگاهی به وضعیت شیعیان عراق در قوانین احوال شخصیه و تابعیت این کشور، (بی‌جا مؤلف، چاپ اول، ۱۳۷۸)، ص ۷۲.

صاحب نظران به استناد این که نکاح را نباید با قراردادهای دیگر قیاس کرد، می گویند اسباب فسخ در شریعت، محدود است.^۱ این که برخی فقیهان، نکاح دوم را باطل دانسته اند،^۲ اعجاب پژوهش گران را برانگیخته است.^۳ در نتیجه، شرط ازدواج نکردن مجدد، صحیح است. در صورت تخلف مرد از شرط، زوجه اول می تواند برای ملزم کردن شوهر به عمل به مفاد شرط، به دادگاه مراجعه کند.^۴

(ماده ۶) قانون مدنی افغانستان نیز شرط مخالف قانون و اهداف ازدواج را باطل و غیر منحل به صحت عقد نکاح می داند. ممکن است شرط در نکاح به طور کلی به یکی از سه صورت زیر بیاید:

الف) شرط صفت

هر وصف کمال نظیر داشتن تحصیلات عالی، ثروت و مانند آن را می توان در عقد نکاح شرط کرد.

در صورتی که برای طرف مقابل، تخلف از شرط ثابت شود، خیار فسخ خواهد داشت.^۵

۱. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۳۲۹.

۲. سیدمحسن طباطبایی حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۶.

۳. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۳۳۰.

۴. برای مطالعه بیشتر نک: سیدحسین صفایی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص ۶۶ و ۶۷.

۵. یوسف بن مطهر حلی، قواعد الاحکام، سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۱۹، ص ۶۳۷؛ مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۴۰؛ محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳۳۵.

ب) شرط فعل

هرگاه در ضمن عقد، انجام یا ترک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از اطراف عقد یا شخص ثالث قرار داده شود؛ مثل این که زن را از شهر خودش بیرون نبرد، چنین شرطی صحیح و لازم‌الوفاست. در صورت تخلف، خیار فسخ ثابت نیست. مشروطه فقط حق دارد جبران زیان‌های وارده را از مشروط‌علیه بخواهد.^۱

آنچه در بند یک شروط ضمن عقد ازدواج در قباله‌های نکاح در ایران آمده، از قبیل شرط فعل است:

اگر طلاق به درخواست زوجه نباشد، زن از وظایف همسری تخلف نورزیده یا سوء اخلاق نداشته، زوج بخواهد طلاق دهد، باید نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را با نظر دادگاه به زوجه منتقل کند.

ج) شرط نتیجه

اشترای تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد ممکن است، اعم از این که آن عمل، عقد باشد یا ایقاع. شرط نتیجه را در تمامی عقود نمی‌توان به کار برد؛ زیرا عقود دو دسته‌اند. دسته‌ای که با اسباب خاصی به وجود می‌آید، مثل نکاح و طلاق و دسته‌ای اسباب شرعی خاصی ندارد، مثل وکالت و وصایت.^۲ آثار دسته اول را نمی‌توان در ضمن عقد شرط کرد.

۱. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۷۸.

۲. میرزا حسن موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۲۶۲؛ موسی خوانساری، پیشین، ج ۳، ص ۸۱ صاحب جواهر وکالت را از عقود می‌داند که در ضمن عقد نمی‌توان شرط کرد؛ محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۲۵، ص ۱۶۸.

ماده ۶ قانون مدنی افغانستان بدون بیان اقسام شرط به طور کلی می گوید: هرگاه در عقد ازدواج، شرطی گذاشته شود که مخالف قانون و اهداف ازدواج باشد، عقد، صحیح و شرط، باطل پنداشته می شود. فقیهان امامیه، مالکی، شافعی و حنبلی به استناد ادله عقلی و نقلی، شرط صفت در عقد نکاح را جزو شروط صحیح ذکر کرده اند. حنفیه، شروطی مثل باکره بودن، زیبایی، بیماری نبودن و مانند آن را معتبر نمی داند و در چنین مواردی، شرط را باطل و عقد را صحیح می شمارد. با این حال، شروطی مثل نسب، شغل و توانگری را که به کفو بودن تعبیر می شود، صحیح می داند.^۱

در پایان، پیشنهاد می شود شروط ضمن عقد به صورت صریح در عقدنامه ها درج شود.

۲. شروط مربوط به انحلال نکاح

شرط انحلال نکاح به دو صورت امکان پذیر است:

الف) شرط خیار فسخ در عقد نکاح

فقیهان امامیه در بطلان شرطی که به هر دو یا یکی از طرفین حق دهد تا مدت معینی بتواند عقد نکاح را برهم زند، اتفاق نظر دارند. در این که آیا این کار سبب بطلان عقد نیز هست یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. مشهور بر این باورند که عقد را هم باطل می کند؛ چون شرط خلاف مقتضای ذات عقد است.^۲ اقاله در عقد نکاح نیست.^۳ لزوم در نکاح، لزوم

۱. محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، ص ۲۳۵ و ۳۳۶؛ سیدحسن صفایی و همکاران، بررسی حقوق تطبیقی خانواده، ص ۷۲.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۱۵۰ و ج ۳۱، ص ۱۰۵.

۳. همان، ج ۳۱، ص ۱۰۶.

حکمی است که توافق برخلاف آن امکان ندارد.^۱ با این حال، فقیهان معاصر معتقدند عقد، صحیح و شرط، باطل است.^۲

ب) شرط وکالت بلاعزل زوجه در طلاق

وکالت از عقود است که نیازمند اسباب خاص همانند نکاح و طلاق نیست، بلکه به صورت شرط ضمن عقد نیز منعقد می‌شود. در صورت تحقق شرایط خاص می‌توان زوجه را در امر طلاق وکیل کرد.

نظر برخی فقیهان امامیه، اختیار طلاق در دست مرد است و به طور مطلق نمی‌توان حق طلاق را به زن تفویض کرد.^۳ چنان که خواهیم گفت، زن را در امر طلاق به صورت مطلق می‌توان وکیل قرار داد. این وکالت می‌تواند بالفعل یا در آینده و در صورت تحقق اموری باشد.

بسیاری از فقیهان، توکیل زوجه را در امر طلاق جایز دانسته‌اند.^۴ این توکیل می‌تواند به صورت مطلق باشد که زن هرگاه بخواهد خود را طلاق دهد^۵ و می‌تواند به صورت مشروط به تحقق شرایطی باشد. زن می‌تواند وکالت در دادن طلاق و قبول بذل مال یا مهر در طلاق خلع را

۱. ابوالقاسم گرگی؛ به نقل از: فاطمه میرشمس، پیشین، ص ۹۸.
۲. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۲۵۱؛ سید ابوالقاسم خویی، حاشیه بر عروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۹۲.
۳. برخی فقیهان اهل سنت واگذاری امر طلاق به دست زن را جایز دانسته‌اند: وهبة الزحیلی، پیشین، ج ۷، ص ۳۶۰.
۴. ابوالحسن اصفهانی، وسیلة النجات، (۱۳۸۵ هـ ق)، چاپ سنگی، ص ۲۸۳؛ سید روح الله الموسوی الخمینی، صحیفه نور (تهران، مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۱)، ج ۱۰، ص ۷۸؛ زن و جستاری تازه، ص ۲۵۱؛ سید ابوالقاسم موسوی خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۸۱؛ در فقه اهل سنت: عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ص ۸۵ عبدالله بن قدامه، المغنی، ج ۸، ص ۲۸۸.
۵. امام خمینی، پیشین؛ سید محمد فضل الله، پیشین.

نیز در ضمن عقد برای خود شرط کند.^۱ در ضمن عقد نکاح موقت نیز می‌توان وکالت در بذل مدت را شرط کرد که زوجه از ناحیه زوج، وکیل باشد در صورت تحقق شرایط خاص یا به صورت مطلق هرگاه که زوجه بخواهد، مدت باقی‌مانده ازدواج را ببخشد و خود را رها سازد.

رنه داوید دادن وکالت طلاق به زن را که در رویه قضایی کشورهای اسلامی جریان دارد، در جهت استفاده از قرارداد برای سازگاری حقوق اسلام با تحولات دنیای جدید ارزیابی می‌کند. آذرباره سخن این استاد بزرگ حقوق تطبیقی باید گفت دادن وکالت طلاق به زنان به رویه قضایی کشورهای اسلامی اختصاص ندارد، بلکه بسیاری از نظریه‌پردازان حقوق اسلامی با آن نظر موافق دارند. به جز آن، این نوع وکالت در سیستم حقوقی کشورهای اسلامی از دیرباز وجود داشته است. در ایران، گرفتن وکالت در طلاق به چند صورت امکان‌پذیر است. وکالت در طلاق ممکن است به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی باشد؛ چون این ماده مقرر می‌دارد:

طرفین عقد می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بکنند، مثل این که شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق کند یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری کند که زندگانی آن‌ها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد.

همچنین ممکن است به استناد شروط مندرج در اسناد رسمی ازدواج باشد.^۲ این موارد در عقدنامه‌های چاپی گنجانده شده است که زوج آن‌ها

۱. همان منابع.

۲. رنه داوید، پیشین، ص ۴۷۵.

۳. نک: بازپژوهی حقوق زن، ج ۲، ص ۱۱۷-۱۳۶.

را به صورت شرایط ضمن عقد نکاح می‌پذیرد و امضا می‌کند.^۱ گفته شد که وکیل کردن زن در طلاق به صورت ضمن عقد؛ عقد خارج لازم، با مبانی فقهی منافاتی ندارد و فقیهان آن را جایز شمرده‌اند و با مقتضای عقد نکاح نیز منافاتی ندارد. پس سزاوار است از این امکان در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان استفاده شود. پیشنهاد می‌شود این شروط در عقدنامه‌های رسمی به صورت چاپی بیاید و تصریح شود که زن، وکیل در طلاق، قبول بذل و توکیل است.

۱. شرایط مندرج در عقدنامه‌های رسمی بدین شرح است: «ضمن عقد نکاح/ عقد خارج لازم، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه کند و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول کند. مواردی که زن می‌تواند حسب مورد، تقاضای صدور اجازه طلاق کند، به شرح زیر است: خلاصه این شروط عبارت است: ۱) استنکاف از نفقه به مدت ۶ ماه و عدم ایفای حقوق واجبه زن به مدت ۶ ماه به شرط عدم امکان الزام او. ۲) سوء رفتار یا سوء معاشرت زوج که ادامه زندگی برای زوجه غیرقابل تحمل باشد. ۳) ابتلای زوج به امراض صعب‌العلاج که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد. ۴) جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد (جنون ادواری). ۵) عدم رعایت دستور دادگاه در مورد فسخ اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه منافی مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد. ۶) محکومیت قطعی شوهر به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر. ۷) ابتلای زوج به هرگونه اعتیاد مضر. ۸) زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ۶ ماه متوالی ترک گفته باشد. ۹) محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم. ... که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد. ۱۰) پس از ۵ سال زوجه از شوهر خود به دلیل عقیم بودن صاحب فرزند نشود. ۱۱) در صورتی که زوج مفقودالثر شود. ۱۲) زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند. بدیهی است احراز و تشخیص تمامی موارد فوق توسط دادگاه صورت می‌گیرد».

مبحث سوم - آثار نکاح

نکاح نسبت به زوجین، حقوق و تکالیفی به وجود می آورد که از آن به آثار نکاح یاد می کنند. این آثار در یک تقسیم بندی به دو دسته کلی مالی و غیرمالی تقسیم می شود.

گفتار اول - آثار مالی نکاح

از دید فقه اسلامی، زن دارای استقلال مالی است. این در حالی است که پیش از قرن بیستم، در حقوق اروپا، زن در برابر شوهر استقلال مالی نداشت.^۱ مهر و نفقه مهم ترین آثار مالی نکاح هستند. به باور نگارنده، به جز این دو، توارث را هم باید به آثار مالی نکاح افزود.

۱. مهر

کلمه «مهر» در قرآن کریم نیامده، ولی واژگانی نظیر «صداق»،^۲ «نحله»،^۳ «فریضه»^۴ و «اجر»^۵ به کار رفته است. به دید مشهور فقیهان، مهر از نظر کمی و زیادی محدودیتی ندارد، هرچند مستحب است مقدار آن از «مهر السنه»^۶ افزون نباشد.^۱

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۳۷؛ سید حسین صفایی و اسدالله امامی،

پیشین، ص ۱۷۶.

۲. نساء: ۴.

۳. نساء: ۴.

۴. بقره: ۲۳۷.

۵. نساء: ۲۴.

۶. مهر السنه: مهری که پیامبر اکرم ﷺ کابین زنان خود قرار داده و پانصد درهم (پنجاه دینار) است. زین الدین العاملی، روضة البهية، ج ۵، ص ۳۴۴.

اشیایی که از نظر اسلام مالیت ندارد، همانند شراب و خوک را نمی‌توان مهر قرار داد. اگر این‌ها مهر قرار داده شوند، مهر باطل است، ولی عقد صحیح است؛ زیرا در جایی که اصلاً مهر در عقد ذکر نشود یا مجهول باشد، باز عقد صحیح است و مهرالمثل به حکم قانون قرار داده می‌شود.^۲ نکاح یک عقد معوض نیست، بلکه جنبه معنوی و عبادی آن بر جنبه معاوضی آن غلبه دارد.^۳

مهر از آن زوجه است. ماده ۱۱۰ قانون مدنی افغانستان در این باره می‌گوید: «مهر، ملکیت زوجه محسوب می‌شود. زوجه می‌تواند در مهر خود هر نوع تصرف مالکانه بکند.» پس آنچه رایج است که پدر دختر با عنوان‌های شیربها یا به اصطلاح «گله» یا «تویانه» از داماد می‌گیرد، توجیه حقوقی و قانونی ندارد.^۴

گذاشتن شرط خیار فسخ در مهر صحیح است، هر چند چنین شرطی در عقد، باطل است. بر این مبنا، مشهور فقیهان امامیه گفته‌اند هرگاه شرط کند که نکاح در صورت پرداخت نشدن مهر در مدت معین، باطل باشد، نکاح و مهر، صحیح ولی شرط، باطل است.^۵ در صورتی که مهر، عین معین باشد، اگر پیش از تسلیم، معیوب یا

۱. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۱۹، زین الدین العاملی، پیشین، ص ۳۴۳.
۲. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۳، زین الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۵۸.
۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۷۳، سید مصطفی، محقق داماد، پیشین، ص ۲۲۶.
۴. محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۲۹، زین الدین العاملی، پیشین، ص ۱۷۶، محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۳۴۵.
۵. سید محمد باقر صدر، منهاج الصالحین، (بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۰/۱۹۸۰)، ج ۲، ص ۲۹۵؛ ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی ایران.

تلف شود، شوهر، ضامن است؛ زیرا فقیهان امامیه ضمان را در نکاح ضمان معاوضی نمی‌دانند، بلکه ضمان از نوع «ضمان ید» می‌دانند.^۱ مهر هرچند با عقد بر ذمه مرد تعلق می‌گیرد، ولی این تعلق متزلزل است و با یکی از موارد زیر استقرار می‌یابد:

الف) نزدیکی

نزدیکی موجب غسل، موجب استقرار تمام مهر می‌شود. مشهور فقیهان شیعه معتقدند که مقدمات آمیزش مثل خلوت کردن با زن حکم نزدیکی را ندارد.^۲ مستند مشهور، آیه شریفه‌ای است که می‌فرماید: «اگر زنان را قبل از «مس» طلاق دادید، به تحقیق، از مهری که بر شماست، نصف آن را بپردازید.»^۳ منظور از مس در این آیه شریفه، «جماع» است.^۴

(ماده ۹۸) قانون مدنی افغانستان به پیروی از فقه اهل سنت، «خلوت تام» میان زن و مرد را موجب استقرار کل مهر می‌داند. خلوت تام به خلوتی گفته می‌شود که زن و مرد در مکانی قرار گیرند که هیچ مانع عرفی مثل وجود شخص ثالث و مانع شرعی مثل عادت ماهانه زن، در هم‌بستر شدن آن‌ها وجود نداشته باشد. این حکم بنا بر نظر فقهی اهل سنت است.^۵

۱. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۲۴۱؛ ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی ایران.

۲. زین الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۲۲۵.

۳. بقره: ۲۳۷.

۴. زین الدین العاملی، پیشین. ص ۲۲۶. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۶۶.

۵. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۳۷۸؛ ابی بکر الکاسانی الحنفی، بدایع الصنائع، (بیروت، دارالفکر، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ هـ / ۱۹۹۶ م)، ج ۴، ص ۴۳۰.

ب) فوت زوج یا زوجه

مشهور فقیهان گفته‌اند فوت یکی از زوجین موجب استقرار تمام مهر می‌شود.^۱ در مقابل، بیشتر فقیهان معاصر فتوا داده‌اند که در این حالت، نصف مهر مستقر می‌شود.^۲ در فرضی که مهر، معین نباشد، اگر زوج پیش از آمیزش بمیرد، زوجه مستحق مهر نیست، ولی ارث می‌برد.^۳ دیدگاه قانون مدنی افغانستان در (ماده ۹۸) با نظر مشهور فقیهان امامیه هماهنگی دارد و فوت را موجب استقرار کل مهر می‌داند.

ج) ارتداد

از دید مشهور فقیهان اگر زوج قبل از نزدیکی مرتد شود، زوجه بی‌درنگ از وی جدا می‌شود و تمام مهر مستقر می‌شود. البته منظور از ارتداد، ارتداد فطری است.^۴

د) ابراء

چنانچه زوجه، زوج را از تمام مهر ابراء کند و زوج، او را پیش از دخول، طلاق دهد، آیا زوج می‌تواند نصف مهر را از زن مطالبه کند یا خیر؟ مشهور فقیهان گفته‌اند که ابراء تصرف مالکانه زوجه در مال خود است، هرچند مهر را نگرفته است، ولی تصرف مالکانه همانند انتقال آن از ذمه و اسقاط آن در حکم گرفتن (اخذ کردن) است. پس زوج پس از

۱. سید محمد طباطبایی، کتاب المناهل، (بی‌جا مؤسسه آل البیت علیه السلام، بی‌تا چاپ سنگی، ص ۵۶۲).

۲. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۲۸۵.

۳. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۵۱.

۴. زین الدین العاملی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیه، ج ۵، ص ۳۵۳.

ابراء کل مهر و طلاق می‌تواند به نصف مهر به زوجه مراجعه کند.^۱ در مقابل، علامه در قواعد و شیخ طوسی در مبسوط چنین حکمی را عادلانه نمی‌بینند؛ زیرا زن مالی از مرد نگرفته است و مهر نیز به او منتقل نشده و او آن را تلف نکرده است تا ضامن آن باشد. هرچند از نظر قواعد، حق با مشهور است، ولی با میزان عدالت راست نمی‌آید زنی را که با حسن نیت، مهرش را به شوهر ابراء کرده و شوهر پیش از نزدیکی او را طلاق داده است، باز او را مکلف سازیم از مال خود به اندازه نصف مهر به شوهر دهد و این ضرری آشکار است.

(ماده‌های ۱۱۱ و ۱۱۲) قانون مدنی افغانستان فرض یاد شده را بر هبه تطبیق داده و تصریح کرده است که مرد نمی‌تواند هیچ بخش از آن را مطالبه کند.

در فرضی که مهر تعیین نشده است، اگر نزدیکی صورت گیرد، زن مستحق مهرالمتعه خواهد بود.^۲ مهرالمثل به اعتبار وضعیت، شرافت، زیبایی و کمال و... زوجه به میزانی که زنان هم ردیف او دارند، تعیین می‌شود و افزون بر مهرالسنه نیست.^۳ بسیاری از فقیهان این قید اخیر را نپذیرفته‌اند.^۴ مهرالمتعه بر عکس مهرالمثل بر اساس وضعیت و توانایی مالی مرد تعیین می‌شود^۵ و به جدایی بر اثر طلاق اختصاص دارد. مستند مهرالمتعه هم قرآن کریم است که خداوند می‌فرماید:

۱. همان، ص ۳۵۸؛ مسالک الافهام، ج ۸، ص ۲۵۵.

۲. ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی ایران.

۳. جعفر بن الحسن حلی، پیشین، ج ۲، ص ۳۲۶.

۴. زین الدین العاملی، روضه البهیة، ج ۵، ص ۳۴۷، محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۵۴.

۵. جعفر بن الحسن حلی، همان؛ ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی ایران.

بر شما گناهی نیست اگر زنان را پیش از نزدیکی و پیش از قرار دادن مهریه، طلاق دهید و آنان را به متاعی نیک، متعه دهید، بر شخص متمکن به اندازه خویش و بر مستمند به اندازه خویش. این، وظیفه‌ای است بر نیکوکاران.^۱

(ماده ۱۰۷) قانون مدنی افغانستان در عین اینکه وضعیت مرد را در تعیین مهرالمتعه ملاک قرار می‌دهد، تصریح می‌کند: «به هیچ صورت قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نمی‌کند».

در نکاح منقطع، مهر، رکن است؛ یعنی اگر مهر تعیین نشود نکاح، باطل می‌شود.^۲ خواه زوج توانایی بر پرداخت مهر داشته باشد یا نداشته باشد، زوجه می‌تواند در صورتی که مهر حال او تأدیه نشده است، از انجام وظایف زناشویی در مقابل شوهر خودداری ورزد. در اصطلاح به این حق زن «حق حبس» گفته می‌شود.^۳ این حق تا زمانی باقی است که پیش از آن تمکین نکرده باشد.^۴ قانون مدنی ایران نیز در (ماده‌های ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶) به حق حبس اشاره می‌کند.

(بند ۲ ماده ۱۱۷) قانون مدنی افغانستان می‌گوید:

زوجه وقتی حق دارد از رفتن به مسکن زوج امتناع ورزد که مسکن مناسب از طرف زوج تهیه نشده و یا مهر معجل وی تأدیه نگردیده باشد.

در قانون ایران، خودداری زن از تمکین فقط ناظر به تأدیه نشدن مهر مؤجل است، ولی در قانون افغانستان، تهیه مسکن مناسب بر آن اضافه شده است.

۱. بقره: ۲۳۶.

۲. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳، ص ۱۶۲؛ ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی ایران.

۳. سید محسن طباطبایی حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۴.

۴. زین الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۲۷۳.

۲. نفقه

یکی از آثار مالی عقد نکاح، قرار گرفتن نفقه بر عهده زوج است. منشأ این حکم، آیات و روایات است.^۱ وجوب نفقه به تمکین زوجه بستگی دارد. در صورتی که زوجه از تمکین خودداری کند، مستحق دریافت نفقه نخواهد بود.^۲

نفقه عبارت از مسکن، لباس، غذا و لوازم خانه است که با توجه به عرف محل زندگی و وضعیت او تعیین می‌شود. در کتاب‌های فقهی، این موارد را برای نفقه واجب شمرده‌اند: غذا (نان و خورش)، لباس، مسکن، خادم، وسایل نظافت و آرایش (شانه، کرم و صابون). این‌ها باید به اندازه‌ای باشد که احتیاج رفع شود.^۳ در مورد خادم هم گفته‌اند گرفتن خادم در صورتی واجب است که زن در خانه پدر خادم داشته است یا بیمار و زمین‌گیر باشد.^۴ قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۱۱۸ می‌گوید: «نفقه زوجه مشتمل است بر طعام، لباس، لباس، مسکن و تداوی مناسب به توان مالی زوج.»

نفقه زوجه بر نفقه دیگر افراد واجب‌النفقة مثل پدر و مادر و اولاد مقدم است.^۵ نفقه بر زوج دین است. پس فرق نمی‌کند زوج دارا باشد یا نادار و زوجه مطالبه کند یا نکند. نفقه حال و گذشته بی‌تردید اسقاط‌پذیر است، ولی در مورد نفقه آینده، اختلاف نظر هست.^۶

۱. بقره: ۲۳۲؛ طلاق: ۷؛ شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۲۲۳.

۲. محمد مکی العاملی، اللّمة الدمشقیة، ج ۵، ص ۴۶۶.

۳. سید محسن طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۳۰۳؛ سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۳۱۷؛ ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ایران.

۴. محمد مکی العاملی، پیشین، ص ۴۷۰.

۵. سید محسن طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۳۰۵.

۶. همان، ص ۳۰۷.

در دیدگاه فقهی شیعه میزان تعیین نفقه به وضعیت زوجه بستگی دارد. قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۰۷ از این نظر پیروی کرده است. قانون مدنی افغانستان نیز با پیروی در (ماده‌های ۱۱۵ و ۱۲۴) از دیدگاه برخی فقیهان اهل سنت،^۱ وضع زوج را ملاک تعیین نفقه دانسته است.

بر اساس دیدگاه برخی حقوق‌دانان معاصر بهتر است در تعیین نفقه، وضعیت زوج و زوجه هر دو در نظر گرفته شود، نه وضعیت یکی از آنان.^۲ از سخنان فقیهان نیز چنین برمی‌آید که تمکین، شرط استحقاق نفقه است. بنابراین، در فرضی که مرد تمکین را مطالبه نکند و زن نیز اظهار آمادگی نکند، زن مستحق نفقه نخواهد بود.^۳ برخی شارحان قانون مدنی ایران، تمکین را شرط استحقاق نفقه نمی‌دانند، بلکه تمکین نکردن (نشوز) را مانع نفقه می‌شمارند.^۴

برخی فقیهان گفته‌اند در فرضی که مرد ناشز شود و به وظایف خود عمل نکند و نفقه ندهد، زن می‌تواند از تمکین خودداری کند.^۵

به اجماع فقیهان امامیه، در صورتی که نکاح به سببی جز فوت منحل شود و زن، حامله باشد، نفقه زن تا پایان مدت حمل بر عهده مرد است.^۶ در صورتی که طلاق رجعی باشد، زن در ایام عده مستحق نفقه خواهد بود.^۷ و در عده طلاق بائن یا طلاق رجعی در حال نشوز زن یا فسخ

۱. ابی‌بکر الکاسانی، پیشین، ج ۴، ص ۳۵.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۸۸؛ بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۲۴۶.

۳. میرزا ابوالقاسم الجیلانی القمی، پیشین، ج ۴، ص ۳۵۹.

۴. سید حسن امامی، پیشین، ج ۴، ص ۴۵۶.

۵. سید محسن طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۳۰۷.

۶. یوسف بحرانی، حدائق الناضرة، (قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹)، ج ۲۵، ص ۱۱۱؛ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۳۲۰.

۷. یوسف بحرانی، پیشین، ص ۱۰۸؛ محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۳۱۶.

نکاح، زن مستحق نفقه نخواهد بود.^۱ در فرضی که زن حامله است و شوهر بمیرد، عده‌ای از فقهیان گفته‌اند چون رابطه زوجیت، شرط استحقاق نفقه است، در مرگ، رابطه زوجیت گسسته و دارایی زوج به ورثه منتقل شده است. پس زن در این مدت، مستحق نفقه خواهد بود.^۲ حقوق‌دانان به استناد عدالت و انصاف، زن حامله را در عده وفات مستحق نفقه می‌دانند.^۳ (ماده ۱۲۶) قانون مدنی افغانستان به طور مطلق، زن را تا پایان عده مستحق نفقه می‌داند.

اگر زوج، نفقه را نپردازد، زن می‌تواند از دادگاه الزام زوج به پرداخت نفقه را بخواهد. دادگاه علاوه بر الزام به نفقه از این جهت که ترک اتفاق از معاصی الهی است، زوج را تعزیر می‌کند.^۴

در قانون مدنی ایران و افغانستان تصریح شده است زن در نکاح دایم مستحق نفقه است و این نفقه به صورت دین بر ذمه مرد تعلق می‌گیرد. در فرض دارا بودن زن و نادار بودن مرد نیز نفقه از عهده او ساقط نمی‌شود. چنانچه زن بدون مانع مشروع از تمکین خودداری کند، مستحق نفقه نخواهد بود.^۵

۱. یوسف بحرانی، پیشین، ص ۱۱۴.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۲۲.

۳. سیدحسن امامی. پیشین، ص ۴۴۱؛ سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۱۸۷.

۴. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۰۷؛ ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی ایران؛ ماده ۱۱۹ قانون مدنی افغانستان.

۵. ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی ایران و ماده ۱۱۷ قانون مدنی افغانستان.

گفتار دوم - آثار غیرمالی نکاح

در نکاح صحیح،^۱ اولین اثر عقد آن است که زن و مرد، زن و شوهر محسوب می‌شوند و می‌توانند با هم ارتباط جنسی برقرار کنند. محرمیت نیز میان هر یک از زوجین و بستگان ایشان ایجاد می‌شود. همچنین حقوق و تکالیفی بر عهده هر یک از آنان بار خواهد شد. برخی از این وظایف، مشترک است و برخی دیگر، اختصاصی.

۱. حقوق و تکالیف مشترک زوجین

حسن معاشرت، معاضدت، وفاداری و تمکین از مهم‌ترین وظایف مشترک زوجین است. با توجه به آموزه‌های دینی به‌ویژه قرآن کریم، زن و شوهر باید با صمیمیت و مهربانی با هم رفتار کنند و کانون خانواده را محل آرامش و عاطفه برای اعضای خانواده قرار دهند.^۲ خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «و عاشروهن بالمعروف؛ با همسران تان با اخلاق نیکو معاشرت کنید».^۳ پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز فرمود: «بهترین شما کسانی هستند که برای زنان خود بهتر باشند».^۴

۱. نکاح فاسد در فقه شیعه اثر حقوقی ندارد. از دید فقه حنفی، عقد فاسد برخی آثار عقد صحیح را دارد. ماده ۹۷ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «۱. ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم نکاح باطل است. ۲. هرگاه بعد از ازدواج فاسد، دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت می‌شود». ماده ۹۵ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «هیچ‌یک از آثار ازدواج صحیح بر ازدواج باطل گرچه دخول در آن صورت گرفته باشد، مرتب نمی‌شود».

۲. روم: ۲۱.

۳. نساء: ۱۹.

۴. نهج الفصاحه، ترجمه: ابوالقاسم پاینده، (تهران، سازمان انتشارات جاویدان، ۱۳۶۱)، ص ۳۱۱.

به طور کلی، روابط صمیمانه و عاطفی میان زن و شوهر به پشتوانه اخلاق و مذهب پایدار می ماند و حقوق ناتوان تر از آن است که فضایی آکنده از مهربانی و محبت را در خانواده به وجود آورد.^۱

تلاش برای استحکام مبانی خانواده و تربیت فرزندان، جلوه هایی از همکاری صمیمانه زن و شوهر است. بر این اساس، حسن معاشرت تمامی مفاهیم مرتبط با حسن سلوک در خانواده را دربر دارد و با عنوان هایی نظیر وفاداری، معاضدت و مفهوم حقوقی تمکین ارتباط مستقیم دارد.

تمکین به معنای خاص، آن است که زن در صورت نداشتن عذر شرعی یا عرفی همواره آماده پاسخ گویی به نیاز جنسی همسرش باشد. در مقابل، شوهر نیز موظف است دست کم از هر چهار شب، یک شب را در کنار همسرش به سربرد و هر چهار ماه یک بار با او آمیزش کند.^۲

۲. ریاست شوهر بر خانواده

در حقوق بسیاری از کشورها، ریاست خانواده بر عهده مرد است.^۳ مبنای این ریاست در کشورهای اسلامی، متون دینی است. خداوند در قرآن مجید می فرماید: «مردان بر زنان سرپرستی دارند».^۴ یا «... مردان نسبت به زنان، رتبه ای دارند».^۵ در تبیین این ریاست گفته اند هر اجتماعی ناگزیر

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۱۲؛ سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۱۶۰.

۲. محمد مکی العاملی، اللعة الدمشقیه، ج ۵، ص ۴۰۴ و ۴۲۵.

۳. سیدحسن صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۱۶۳.

۴. نساء: ۳۴: «الرجال قوامون على النساء».

۵. بقره: ۲۲۸: «... للرجال عليهن درجة».

است که رئیس داشته باشد تا در زمان حساس و دو راهی‌ها، تصمیم‌گیرنده باشد. تصمیم‌گیری نهایی در مسائلی که اختلاف نظر وجود دارد، بر عهده مرد گذاشته شده است که در جوامع اسلامی از تجربه و توانایی بیشتری برخوردار است.^۱ مرد نمی‌تواند از این حق سوء استفاده کند و رفتاری را پیشه سازد که با حسن معاشرت منافات داشته باشد، مثلاً زن را از رفت‌وآمد متعارف با بستگانش بازدارد.

آثار حقوقی چندی بر این ریاست مرد بار می‌شود که به این شرح است:

الف) سکونت زن در سرای شوهر

زن موظف است در خانه‌ای که شوهرش در نظر گرفته است، سکونت کند. البته به شرطی که مرد مسکن مناسبی برای زن تهیه کرده باشد. فقیهان تصریح کرده‌اند که زن می‌تواند هیچ یک از کسان شوهر را به محل سکونت خود نپذیرد.^۲ پیش و پس از ازدواج می‌توان بر مسکن توافق کرد، ولی بر واگذاری ریاست مرد بر خانواده نمی‌توان توافق کرد چون امری است. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که چگونه ممکن است تعیین مسکن به دست مرد از آثار ریاست او بر خانواده باشد، در حالی که این حالت، امری است و حالت اول، تکمیلی؟

هرچند به دقت حقوقی نمی‌توان دومی را ناشی از اولی دانست، از روی مسامحه و بیان عرفی می‌توان گفت تعیین حق مسکن، یکی از آثار ریاست مرد بر خانواده است، همان‌گونه که حقوق‌دانان آن را از آثار ریاست مرد بر خانواده می‌دانند.^۳

۱. عزالدین بحر العلوم، الزواج فی القرآن و السنة، (بیروت، دارالزهراء، ۱۳۹۸/۱۹۷۸)، ج ۱، ص ۲۰۲.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۳۹.

۳. سیدحسین صفایی و دیگران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص ۱۸۴.

اگر سکونت در خانه شوهر مستلزم ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، می‌تواند از آن خارج شود. بند ۲ ماده ۱۱۷ قانون مدنی افغانستان می‌گوید:

زوجه وقتی حق دارد از رفتن به مسکن زوج امتناع ورزد که مسکن مناسب مطابق ماده ۱۱۵ و ۱۱۶ این قانون از طرف زوج تهیه نشده یا مهر مؤجل وی تأدیه نگردیده باشد.

بند ۱ ماده ۱۲۲ قانون مدنی افغانستان در باره خروج زن از خانه مشترک و رابطه آن با نفقه، «خروج زوجه را بدون اجازه زوج یا به غیر مقاصد جایز از مسکن» موجب سقوط نفقه می‌داند. جدا از ابهام در تعبیر «غیر مقاصد جایز»، مفهوم آن نیز دارای ابهام است. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا خروج زن بدون اذن زوج برای مقاصد جایز موجب سقوط نفقه می‌شود یا خیر؟

بر اساس دیدگاه فقهی شماری از فقیهان امامیه، هرگاه بر خروج زن از خانه، نشوز صدق کند، مستحق نفقه نخواهد بود.^۱

(ب) شغل زن

این مسئله صورت‌های مختلفی دارد: کار زن یا در داخل خانه است یا در خارج از آن، یا با مصالح و شئون خانوادگی زن یا شوهر منافات دارد یا ندارد؛ یا مانع بهره‌مندی جنسی (استمتاع) زوج از او می‌شود یا خیر؛ کار پیش از عقد بوده یا پس از عقد.

برخی فقیهان به طور مطلق گفته‌اند که خروج زن از خانه به هر منظوری که باشد، باید با موافقت شوهر انجام پذیرد.^۲ برخی فقیهان

۱. سیدمحمدباقر صدر، منهاج الصالحین، ص ۳۰۳، تعلیقه ش ۹۱.

۲. سیدمحسن طباطبایی حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۰۶.

معاصر نیز گفته‌اند که مطلق خروج موجب سقوط نفقه نمی‌شود، بلکه خروج به قصد سرپیچی نشوز را محقق می‌سازد. در این فرض هم چون نشوز گاهی است نه همیشه، احتیاط آن است که نفقه او پرداخت شود.^۱ زوج می‌تواند زن را از شغلی که منافی شأن خانوادگی یا بهره‌مندی جنسی او باشد، منع کند، حتی اگر داخل خانه باشد.^۲ این منع از نتایج ریاست مرد بر خانواده است و او می‌تواند زن را از شغلی که منافی شأن او یا زن یا مصالح خانوادگی است، باز دارد.^۳

برخی فقیهان معاصر میان این‌که زن پیش از عقد به شغلی اشتغال داشته یا بعد از عقد به آن مشغول شده باشد، فرق می‌گذارند. به باور این گروه، زوج و در فرض اول نمی‌تواند زن را از کار کردن منع کند، ولی در فرض دوم می‌تواند.^۴ برخی نیز گفته‌اند که مرد اگر از اول به اشتغال زن راضی بوده است، می‌تواند از اذنش برگردد و زن را منع کند.^۵

می‌دانیم که زنان افغانستان در فعالیت‌های اقتصادی نظیر کشاورزی و دام‌داری، حضور چشم‌گیری دارند. میزان مشارکت و حضور اجتماعی و سیاسی زنان نیز رو به گسترش است. در این میان، حضور گسترده زنان شیعی در صحنه‌های اجتماعی و سیاسی افغانستان چشم‌گیرتر است. در مناطق شیعه‌نشین، میزان مشارکت زنان در کل افغانستان، بالاترین میزان مشارکت نسبت به زنان دیگر مناطق است. حتی درصد مشارکت آنان در

۱. سیدمحمدباقر صدر، پیشین.

۲. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۳۱۶.

۳. قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۱۷.

۴. محمدجواد مغنیه، الاحوال الشخصیه، ص ۱۱۱.

۵. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۲۴۱.

دو انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای ملی بیش از مردان بود. این مشارکت نشان‌دهنده افزایش سطح آگاهی و شعور سیاسی زنان شیعه است. این امر مهم با به فال نیک گرفتن پیشنهاد می‌شود در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، از حق ریاست مرد بر خانواده، تعبیر مناسب‌تری ارائه شود. نظیر پیشنهادی که برخی پژوهش‌گران برای اصلاح ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی ایران گفته‌اند؛ «در روابط زوجین، مدیریت خانواده با شوهر است و شوهر در این مسئولیت، موظف به حفظ مصالح خانواده و حمایت از اعضای آن است».^۱ این پیشنهاد برای جلوگیری از سوءاستفاده مرد از منع اشتغال زنان، مناسب است و منع زنان از اشتغال منافی مصالح خانوادگی باید با اجازه دادگاه صورت گیرد. با این همه، ریاست شوهر در حال حاضر به اجرای یک وظیفه اجتماعی شبیه‌تر است تا اعمال حق شخصی،^۲ ریاست واقعی مرد تنها به وسیله قانون تأمین نمی‌شود و به شخصیت و موقعیت اخلاقی، فرهنگی و اقتصادی طرفین بستگی دارد. به این ترتیب، مفهوم ریاست مرد بر اساس عادات و رسوم اجتماعی در مکان‌ها و زمان‌های متفاوت فرق می‌کند.^۳

بر اساس سنت‌های جامعه افغانستان و عرف و عادت جاری در آن، ریاست خانواده با شوهر است. بنابراین، باید با اقدامات فرهنگی و حقوقی، راه‌های سوءاستفاده مردان از این حق را ببندیم، نه آنکه با اصل ریاست مرد بر خانواده مبارزه شود.

۱. ناصر قربان‌نیا و همکاران، پیشین، ص ۳۲۶.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۲۶.

۳. عزت‌السادات میرخانی، زن و خانواده، (تهران، انتشارات سفیر صبح، چاپ اول، ۱۳۷۹)، ص ۱۴۶.

انحلال نکاح

استحکام بنیان خانواده از اساسی‌ترین اهداف شریعت مقدس اسلام است که نکاح را از دیگر عقود و قراردادهای متمایز می‌سازد؛ چون در نکاح، شایبه عبادت بودن نیز وجود دارد.

اگر کانون خانواده به جای آنکه محل امن، آسایش و آرامش اعضای خود باشد، به محل نزاع و درگیری تبدیل شود، شریعت اسلام، پایان دادن به آن زندگی مشترک را مجاز دانسته است. اسباب انحلال پیمان زناشویی در اسلام، محدود و مشخص است و عبارتند از: طلاق و فسخ در نکاح دائم و بذل مدت و انقضای آن در نکاح موقت. به نظر می‌رسد فسخ به سبب تخلف از شرط صفت و عیوب نیز از اسباب فسخ در نکاح موقت باشد.^۱ رایج‌ترین سبب انحلال، طلاق است.

ماده ۱۳۱ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «عقد ازدواج با فسخ، طلاق، خلع، یا تفریق مطابق با حکام مندرج این قانون منحل می‌شود». در این فصل، علاوه بر طلاق، از فسخ نکاح بحث خواهیم کرد و به دلیل مختصر بودن مباحث، آن را پیش‌تر می‌آوریم.

۱. سیدحسین صفایی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص ۱۶۵.

مبحث اول - فسخ نکاح

فسخ در فقه شیعه امامیه و فقه اهل سنت از موجبات انحلال نکاح است و در قوانین مدنی ایران^۱ و افغانستان^۲ آمده است. با این حال، مقایسه میان این دو فقه و به تبع آن، دو قانون، ما را به این واقعیت رهنمون می‌سازد که در احکام و جزئیات، اختلاف نظر بسیار است.

گذشته از آن، در قانون مدنی افغانستان، بر اساس فقه حنفی از تفریق به عنوان یکی از موجبات انحلال نکاح سخن رفته است. تفریق با اسباب صورت می‌گیرد: (۱) عیب (ماده ۱۷۶)؛ (۲) ضرر (ماده ۱۸۳)؛ (۳) عدم اتفاق (ماده ۱۹۱)؛ (۴) غیبت سه سال و بیشتر زوج (ماده ۱۹۴). وقتی از فسخ سخن می‌گوئید، فسخ را به اعتبار اسباب آن به دو دسته تقسیم می‌کند:

۱. اسبابی که در زمان عقد وجود داشته است و اعمال فسخ، عقد را از اساس باطل می‌کند. این دسته عبارتند از: فقدان یکی از شروط صحت عقد و خیار افاقه (زوال جنون و سفه) و نقصان مهر از مهرالمثل.
 ۲. اسبابی که پس از عقد به وجود می‌آید و مانع دوام ازدواج می‌شود. این دسته عبارتند از: حرمت مصاهره، لعان، امتناع زوجه غیرکتابی از مسلمان شدن در صورتی که زوج او مسلمان شده است.^۳
- قانون مدنی ایران اسباب فسخ را سه چیز می‌داند: (۱) عیب‌های خاص (ماده ۱۱۲۱)؛ (۲) تدلیس (ماده ۱۱۲۸)؛ (۳) تخلف از شرط صفت (ماده ۱۱۲۸).

۱. مواد ۱۱۲۰-۱۱۳۲ قانون مدنی ایران.

۲. مواد ۱۳۲-۱۳۴ قانون مدنی افغانستان.

۳. ماده ۱۳۳ قانون مدنی افغانستان؛ بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۲۹۶؛ مصطفی السباعی، پیشین، ج ۱، ص ۲۳۴.

از مقایسه دو قانون ایران و افغانستان درباره فسخ دو نکته به دست می‌آید:

اول - از نظر ماهیت و موارد فسخ، تفاوت زیادی بین دو قانون وجود دارد. از عنوان‌های موجود فقط در «عیب» مشترک هستند.

دوم - در تفسیر و تحلیل عیب میان دو قانون، تفاوت بسیار است؛ زیرا قانون افغانستان از عیب خاصی نام نمی‌برد. ماده ۱۷۶ در تعریف عیب می‌گوید:

زوج مبتلا به بیماری باشد که اعاده صحت و سلامتی غیرممکن باشد، یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحوی که معاشرت با وی بدون ضرر کلی متعذر باشد.

به نظر می‌رسد این ماده برگرفته از ماده ۹ قانون احوال شخصیه مصر است.^۱ این در حالی است که عیب در قانون مدنی ایران شمارش شده است. برخی از آن‌ها میان زوج و زوجه مشترک است. برخی به زن اختصاص دارد و برخی هم مختص مرد است.

با این مقدمه، می‌کوشیم به اختصار موجبات فسخ و آثار آن بر اساس قانون مدنی ایران پردازیم که برگرفته از فقه شیعه است.

گفتار اول - موجبات فسخ نکاح

به دلیل اهمیت نهاد حقوقی و عاطفی نکاح، تمام خیارات موجود در معاملات همانند خیار شرط و خیار غبن، در نکاح جاری نمی‌شود. دلیل این تفاوت نیز روشن است؛ زیرا در نکاح، عوضین مطرح نیست. همچنین نکاح با قاطعیت و جزم همراه است و فقط برای جبران

۱. نک: متن قانون احوال شخصیه مصر در کتاب محمدکمال‌الدین امام، ص ۳۸۳.

زیان‌های وارده، برخی خیارات به طرف متضرر داده شده است. برای نمونه، خیار عیب، تدلیس و تخلف از شرط صفت را در نکاح می‌توان اعمال کرد.

۱. عیب

در معاملات، عیب، هر نقصی قابل توجه است که به تشخیص عرف، در هر یک از عوض و معوض وجود داشته باشد. شارع در نکاح به دلیل این که استحکام و سلامت خانواده به نظم عمومی مربوط می‌شود، تشخیص عیب را به عرف واگذار نکرده و خود، آن را یک به یک برشمرده است. برخی از این عیب‌ها میان زن و مرد مشترک هستند و برخی دیگر مختص زن و یا ویژه مردند.

الف) عیب‌های مشترک

فقیهان امامیه در باره تعداد عیب‌های مشترک موجب فسخ اتفاق نظر ندارند. مشهور فقیهان، عیب مشترک را منحصر در جنون می‌دانند.^۱ در مقابل، فقیهانی نظیر قاضی بن براج،^۲ شهید ثانی،^۳ فاضل هندی،^۴ ابوالحسن اصفهانی^۵ و کاشف الغطاء،^۱ جذام و برص را هم از عیب‌های

۱. زین‌الدین العاملی، الروضة البهیه، ج ۵، ص ۳۸۴.

۲. عبدالعزیز بن براج طرابلسی، المذهب، قم، جامعه المدرسین، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۲۳۱.

۳. زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۳۸۳، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۱۰.

۴. بهاء‌الدین محمد بن الحسن الاصفهانی (الفاضل الهندی)، کشف اللثام، (قم، مکتبه آیة‌الله المرعشی النجفی)، ج ۲، ص ۷۰.

۵. سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاة، ج ۲، ص ۳۹۷.

مشترک می‌دانند که به موجب آن، زن یا مرد می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند. بررسی دلایل طرفین در این مجال نمی‌گنجد، ولی نظر به ضرری بودن عیب‌ها و به وجود آمدن نفرت در مرد و زن، ایجاب می‌کند از نظر غیرمشهور پیروی کنیم. از نظر برخی استادان حقوق این دیدگاه به عدالت و روح فقه اسلامی نزدیک‌تر است.^۲ بر این اساس، عیب‌های مشترک عبارتند از: جنون، جذام و برص (پسی).

اول - جنون: جنون به این معنی است که شخص به دلیل اختلال عقلی، نتواند کارهای عادی روزانه‌اش را انجام دهد، از خود بی‌خود شود و کارهای بی‌هدف انجام دهد.^۳ حد جنون اندازه‌ای است که زندگی برای فرد یا اطرافیان سخت شود و در حد نهایی آن، مرگ فرد است.^۴

جنون دو گونه است: دایمی و ادواری. بسیاری از فقیهان گفته‌اند که جنون مستقر (دایمی یا ادواری) موجب فسخ عقد می‌شود.^۵ اگر شخصی پس از اختلال عقل، درمان شود، حق فسخ برای همسرش به وجود نمی‌آید.^۶

به نظر برخی فقیهان، اگر جنون مرد پس از عقد ایجاد شود، زن حق فسخ دارد، ولی برعکس، برای مرد حق فسخ نیست. در توجیه این تفاوت نیز گفته‌اند که مرد می‌تواند با طلاق از خود دفع ضرر کند، ولی

۱. محمدحسین کاشف‌الغطا، تحریرالمجله، ج ۵، ص ۲۹.

۲. سیدمصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۳۵۳.

۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۱۸.

۴. زهرا راستی و اکرم اسماعیلی، انحلال نکاح به واسطه عیب، (تهران، سفیر صبح، چاپ اول، ۱۳۸۰)، ص ۱۷۳.

۵. زین‌الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۱۲.

۶. قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۲۱.

زن به جز فسخ نمی‌تواند ضرر را از خود دفع کند.^۱ قانون مدنی ایران هم از این دیدگاه فقهی پیروی کرده است. (ماده ۱۱۲۵)

این نظر و استدلال آن کاملاً منطقی است و آن را در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان می‌توان به کار برد.

دوم و سوم - جذام و برص: جذام، بیماری عفونی پوست و اعصاب است که میکروبی به نام باسیل ایجاد می‌کند. این بیماری به ندرت به فرد دیگر منتقل می‌شود.^۲ در این بیماری، اعضای بدن بیمار خشک می‌شود و گوشت بدن او می‌ریزد.

برص نیز یک بیماری صرفاً پوستی بی‌خطری است که در بعضی نواحی پوست، سلول‌های سازنده رنگ‌دانه از بین می‌رود. این بیماری مسری نیست و علت پیدایش آن نامشخص است.^۳

دلیل این‌که عیب جذام و برص برای هریک از زوج و زوجه حق فسخ می‌آورد: در گام نخست، صحیح‌ه حلبی از امام صادق علیه السلام است که به طور مطلق فرمود: «نکاح به واسطه برص، جذام، جنون و عقل، فسخ می‌شود».^۴ مستند دوم، قاعده لاضرر است که بر اثبات فسخ برای زن و مرد به طور یکسان دلالت دارد.^۵ برخی فقیهان معاصر معتقدند تمسک به

۱. بهاء‌الدین محمد بن الحسن اصفهانی (فاضل هندی)، پیشین، ص ۶۵.

۲. زهرا راستی، اکرم اسماعیلی، پیشین، ص ۶۳، (به نقل از پاسخنامه پزشکان در بیماری جذام و برص که در آن کتاب آمده است).

۳. همان.

۴. محمد بن یعقوب کلینی، فروع الکافی، ج ۵، ص ۴۰۶؛ و شیخ حرعاملی، پیشین، ج ۱۴، ص ۵۹۴.

۵. زین‌الدین العاملی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۳۸۳.

قاعده لاضرر از ناحیه زوجه قوی تر است؛ زیرا مرد برای دفع ضرر می تواند از حق طلاق استفاده کند.^۱ این استدلال، متین و با موازین عدالت حقوقی هماهنگ است. فقیهانی همانند علامه حلی و سیدابوالحسن اصفهانی از هواداران این نظرند.^۲

از نظر اهل سنت (به جز حنفیه) این دو عیب از عیبهای مشترک میان زن و مرد است.^۳ حنفیه این عیبهای را موجب فسخ نمی دانند، بلکه عیبهایی را موجب فسخ نکاح می شمارند که مانع از تناسل و آمیزش شوند. آنها هم عبارتند از عنن و جبّ و خصاء که زن در این عیبهای حق فسخ دارد. عیبهای موجب فسخ در زن که برای مرد حق فسخ ایجاد کند، وجود ندارد؛ زیرا مرد می تواند با طلاق از خود دفع ضرر کند.^۴

ب) عیبهای ویژه مرد

در فقه، عیبهایی برای مرد بیان شده است که برای زن حق فسخ می آورد. بیشتر این عیبهای جنسی هستند که مانع از انجام وظیفه زناشویی می شود و عبارتند از: عنن، خصاء و جبّ.

۱. سیدکاظم حائری، العیوب التي یفسخ بها النکاح، فصلنامه فقه اهل البیت، ش ۹، سال ۱۳۹۸/۱۴۱۹، ص ۱۱۱.

۲. علامه حسن بن یوسف حلی، مختلف الشیعه، (قم، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۳۷۵/۱۴۱۷ ش)، ج ۷، ص ۱۹۶؛ زین الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۱۰، سیدابوالحسن الاصفهانی، وسیلة النجاة، ج ۲، ص ۹۷.

۳. محمدابراهیم جناتی، دروس فی الفقه المقارن، (قم، منظمه الاعلام الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ هـ ق)، ج ۲، ص ۲۷۸.

۴. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۵۶۸ و ۵۶۹.

این سه عیب را که در قانون مدنی ایران نیز بیان شده‌اند (ماده ۱۱۲۲) جداگانه توضیح می‌دهیم.

اول - عنن؛ در این بیماری، قوه نشر آلت تناسلی مرد ضعیف می‌شود، به گونه‌ای که نمی‌تواند رابطه زناشویی برقرار سازد.^۱

اگر که عنن پیش از عقد باشد، فقیهان اتفاق نظر دارند حق فسخ برای زن ثابت است. با این حال، در زمینه وجود حق فسخ در صورت رخ دادن عنن پس از عقد، میان فقیهان اتفاق نظر وجود ندارد.^۲ نظر برخی فقیهان این است که در این حالت هم حق فسخ برای زن ثابت است. قانون مدنی ایران هم در ماده ۱۱۲۵ این نظر را پذیرفته است.

به هر حال، زن برای اعمال حق فسخ باید به دادگاه مراجعه کند. حاکم یک سال به شوهر فرصت می‌دهد تا خود را درمان کند. پس از سپری شدن این مدت، اگر عیب برطرف نشد، زن می‌تواند نکاح را فسخ کند.^۳

دوم - خصاء: به معنای اخته بودن مرد و کشیده شدن خصیه اوست. به نظر بسیاری از فقیهان، خصاء وقتی موجب فسخ است که در زمان عقد وجود داشته باشد.^۴

سوم - جَبّ (مقطوع بودن آلت تناسلی): اگر جب یا مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای باشد که نتواند آمیزش کند، مشهور فقیهان آن را از عیب‌های موجب فسخ دانسته‌اند.^۵

۱. زین‌الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۰۴؛ محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۲۶.

۲. همان منابع.

۳. حر عاملی، پیشین، ج ۱۴، ص ۶۱۱، ج ۵ و ۹.

۴. زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۱۰۳.

۵. همان، ص ۱۰۷.

فقیهان در این باره که اگر عیب‌های خصاء یا جبّ، پس از عقد پدید آیند، زن حق فسخ خواهد داشت یا خیر، اختلاف نظر دارند. جدا از این بحث‌های لفظی، اگر مبنای فسخ، رفع ضرر باشد - که بر اساس گفته بسیاری از فقیهان چنین هست - هر جا خصاء یا جبّ عنوان عیب را پیدا کند، باید حق فسخ را برای زن ثابت بدانیم؛ خواه پیش از عقد باشد یا پس از آن، پیش از آمیزش باشد یا پس از آن.

ج) عیب‌های ویژه زن

عیب‌هایی که وجود آن‌ها در زن، حق فسخ را برای مرد ثابت می‌کند، عبارتند از: قرن، افضاء، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم.

اول - قرن: استخوان یا اضافه گوشتی است که در مجرای خروجی واژن موجود است و مانع از آمیزش جنسی می‌شود. از عنوان‌های مشابهی نظیر عقل و رتق نیز نام برده‌اند. قرنی که مانع از آمیزش جنسی شود، عیب به شمار می‌رود و برای مرد حق فسخ می‌آورد.^۱

دوم - افضاء: به معنای یکی شدن مجرای ادرار و حیض یا یکی شدن مجرای حیض و منبرج مدفوع است که ممکن است مادرزادی باشد یا اکتسابی. مادرزادی آن با جراحی قابل درمان نیست، ولی اکتسابی قابل درمان است.^۲ علاوه بر روایت، بر این که حق فسخ برای مرد به وجود می‌آید، ادعای اجماع نیز شده است.^۳

سوم - زمین‌گیری (اقعاد): در سخن برخی فقیهان، به لنگی (عرج)

۱. همان، ص ۱۱۴.

۲. زهرا راستی و اکرم اسماعیلی، پیشین، ص ۷۱.

۳. علی بن الحسین کرکی، پیشین، ج ۱۳، ص ۲۳۹.

تعبیر شده است. محقق در شرایع در این مورد که لنگی موجب فسخ باشد، تردید کرده است.^۱ بنابراین، زمین‌گیری موجب فسخ است، نه لنگی.

چهارم - نابینایی از هردو چشم: فقیهان، نابینایی زن از ناحیه دو چشم را از موجبات فسخ نکاح به دست مرد دانسته‌اند. در این مورد، روایات معتبر وجود دارد و ادعای اجماع نیز شده است.^۲

به جز این‌ها، برخی فقیهان، زنای زن را نیز از اسباب فسخ دانسته‌اند که صاحب شرایع از آن نام نبرده است.^۳

در پایان این بحث، چند نکته را به اجمال یادآوری می‌کنیم:

نکته اول: با توجه به این‌که فلسفه خیار فسخ، جلوگیری از ایراد ضرر است، اگر ضرر به جز فسخ از راه دیگر از بین رود، مثلاً عیب‌های یاد شده درمان شود، آیا باز هم خیار فسخ را می‌توان اعمال کرد؟ بسیاری از فقیهان معاصر گفته‌اند با درمان عیب قبل از اعمال فسخ، موضوع فسخ از بین می‌رود. در نتیجه، طرف مقابل حق فسخ ندارد.^۴ این استدلال، قوی و با اصول حقوقی، سازگار است.

نکته دوم: آیا بیماری‌های خطرناکی نظیر ایدز، سارس، هپاتیت و مانند آن را می‌توان از عیب‌های فسخ نکاح قرار داد یا خیر؟

فقیهان معاصر به دو دسته تقسیم می‌شوند. برخی بر دلالت‌های لفظی روایات پافشاری می‌ورزند و فارغ از علت و حکمت حکم می‌گویند لسان روایات، تعلیل نیست و علت کشف نشده است. پس باید به همان

۱. جعفرین الحسن، پیشین، ج ۲، ص ۳۲۰.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۳۹.

۳. جعفرین الحسن (محقق الحلی)، پیشین.

۴. استفتانات از مراجع تقلید بنگرید: زهرا راستی و اکرم اسماعیلی، پیشین، صص ۱۲۸-۱۳۲؛ محمدابراهیم جناتی، دروس فی الفقه المقارن، ص ۲۸۸.

موارد منصوص و مصرح بسنده کنیم.^۱ دسته دیگر در پی علت یابی و کشف حکمت حکم می‌روند و بر این باورند که علت جعل حکم فسخ، دفع ضرر است. ضرری که از ناحیه عیبی که در زن است، متوجه مرد است، هم با موجبات مصرح و هم با طلاق قابل دفع است. در مقابل، دفع ضرر زن به سبب عیبی که در مرد وجود دارد، در استفاده زن از حق فسخ، منحصر می‌شود. به این دلیل، برخی فقیهان گفته‌اند در بیماری‌هایی مثل جنون و برص به طریق اولی، حق فسخ برای زن وجود دارد.^۲ بر این اساس، می‌توان گفت هرگاه مرد به بیماری‌های درمان‌ناپذیر و سخت دچار شود، زن از باب دفع ضرر می‌تواند نکاح را فسخ کند. این حکم با عدالت و تساوی حقوق میان زن و مرد سازگارتر است. به نظر برخی حقوق‌دانان، اگر چنین حقی برای زن قرار داده نشود و زن از سرایت بیماری به خود بیمناک باشد، می‌تواند از هم‌بستر شدن و هم‌غذا شدن با زوج سر باز زند و زندگی خود را به کلی از زوج جدا سازد. در صورت خودداری مرد، زن حق دارد زوج را به آن الزام کند.^۳

مبنای اول با عدالت و حکمت فسخ سازگارتر است. بنابراین، بهتر است گفته شود: بیماری‌های سخت هنگامی موجب فسخ می‌شود، که عنوان عسر و حرج یا عنوان‌هایی نظیر تدلیس و تخلف از شرط صفت بر آن تطبیق شود.

۱. محمد یزدی، «عیوب فسخ نکاح»، فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، ش ۳۹ و ۴۰، ص ۱۴۷.

۲. برای دیدن رأی فقیهان نک: عیب‌های مشترک فسخ نکاح در همین گفتار؛ نک: حسین مهرپور، پیشین، بازپژوهی حقوق زن، ج ۲، ص ۱۳۶؛ سیدکاظم حائری، پیشین.

۳. سیدعلی حائری شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، (تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶)، ج ۲، ص ۹۸۳.

۲. تدلیس

تدلیس در لغت به معنای در تاریکی قرار دادن و نیز به معنای فریب دادن است.^۱ تدلیس، ناظر به اوصافی است که در نظر زوجین لازمه کمال است.^۲ برای نمونه، یکی از زوجین، برای فریب دادن و راضی کردن طرف مقابل برای ازدواج، رفتاری متقلبانه انجام می‌دهد. تدلیس برخلاف عیب است که به وجود خود شیء مربوط می‌شود و به قصد طرفین ارتباط ندارد؛ چه شرط شده باشد یا نشده باشد. به طور کلی، وقتی شیء از خلقت اصلی به نظر عرف یا قانون خارج بود، عیب محقق می‌شود. بر این مبنا، بسیاری از حقوق‌دانان، ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی ایران را مستند تدلیس قرار داده‌اند.^۳ با این توجیه که در تدلیس، طرف، وصف مطلوب را به خود نسبت می‌دهد یا وصف نامطلوب را از خود دور نشان می‌دهد. به هر حال، فقیهان معاصر، تدلیس را در عیب یا در صفت کمال یا حسب و نسب جاری دانسته‌اند^۴ و برخی دیگر، آن را به صورت محدودتر پذیرفته‌اند.^۵

اگر مرد پس از آمیزش، متوجه تدلیس شود، زن مستحق کل مهر است و مرد از باب قاعده «المغرور یرجع الی من غره» باید به کسی که

۱. ابن منظور، پیشین، ج ۶، ص ۸۶

۲. زین‌الدین العاملی، پیشین، ج ۸، ص ۱۳۹.

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ج ۱، ص ۲۸۶، سید حسین صفایی و اسداله امامی، پیشین، ص ۲۴۶، سید علی شایگان، حقوق مدنی (قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۵)، ص ۲۵۱؛ سید حسن امامی، پیشین، ج ۴، ص ۴۷۰.

۴. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۳۰۲، محمد جواد مغنیه، الاحوال الشخصیه، ص ۵۱.

۵. سید ابوالقاسم الموسوی الخوئی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۷۹.

موجب این تدلیس بوده است، مراجعه کند. اگر زن فریب‌دهنده بود، خود، ضامن خواهد بود و میان دو دین، تهاتر صورت می‌گیرد.^۱ اگر پیش از آمیزش متوجه تدلیس شود و فسخ کند، زن حق مهر نخواهد داشت. بسیاری از عیب‌ها و بیماری‌هایی که عرف مردم از آن دوری می‌کنند، اگر پیش از ازدواج در یکی از طرفین وجود داشته و پنهان کرده باشد، طرف دیگر هر وقت به آن آگاه شود، حق فسخ دارد.

۳. تخلف از شرط صفت

اگر وصفی در ضمن عقد شرط شود یا عقد مبتنی بر صفتی واقع شود و پس از عقد معلوم شود که مشروط‌علیه در زمان عقد آن صفت را نداشته است، مشروط‌له می‌تواند به استناد تخلف شرط، عقد را فسخ کند. شرط بر دو گونه است؛ دسته‌ای که به صراحت در عقد ذکر شده و دسته‌ای که بنای طرفین بر آن است.

فقیهان میان این دو دسته از جهت برخورداری از حق فسخ، فرق نمی‌گذارند. هر چند فقیهان گذشته، برخی مصداق‌های تخلف از شرط صفت مثل حریت و بکارت را نام برده و حتی برخی، تدلیس را موجب خیار ندانسته‌اند،^۲ ولی در تخلف از اوصاف حریت و بکارت، خیار را پذیرفته‌اند. عموم فقیهان معاصر از اوصاف مذکور الغای خصوصیت کرده و تخلف از هر شرط را موجب ایجاد خیار و فسخ نکاح دانسته‌اند.^۳ قانون مدنی ایران نیز در (ماده ۱۱۲۸) از این نظر پیروی کرده است.

۱. شیخ یوسف بحرانی، پیشین، ج ۲۴، ص ۳۷۶.

۲. جعفر بن الحسن الحلّی، پیشین، ص ۳۲۱.

۳. ابوالحسن الاصفهانی، پیشین، ص ۲۶۷؛ سید روح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۳۰۲.

به استناد این نظر فقهی، کمیسیون شورای عالی قضایی جمهوری اسلامی ایران در مورد این پرسش که اگر مرد برخلاف واقع، خود را کارمند و دارای مدرک بالای علمی یا سالم یا مجرد معرفی کند و بعد خلاف این‌ها کشف شود، گفته است: در فرض اول، هر یک از صفات مذکور عرفاً از صفات کمال محسوب می‌شود و عقد ازدواج هم مبنی بر آن واقع شده است و در فرض دوم که ابتلا به بیماری‌های عرفاً نقص است و عقد مبنی بر عدم آن واقع گردیده است و در فرض سوم، مجرد بودن از صفات کمال است، در همه موارد فوق، زن حق دارد نکاح را فسخ کند.^۱ به تعبیر برخی استادان حقوق، حق فسخ نکاح در صورت پرداختن نفقه شرط ضمنی عرفی عقد است.^۲ به این ترتیب، تخلف از شرط صفت (اعم از صریح و بنایی) در فقه شیعه دایره وسیعی یافته است که به سبب آن می‌توان از تضييع حقوق زنان جلوگیری کرد.

در جمع‌بندی این بحث می‌توان گفت:

۱. فسخ یکی از راه‌های انحلال نکاح است که از نظر فقهی، تشریفات خاصی ندارد، ولی ایقاعی است یک طرفه که هر یک از زوجین می‌توانند اعمال کنند.

۲. در بحث عیب‌های موجب فسخ باید گفت این عیب‌ها محدودند و بیماری‌های سخت و مانند آن را باید زیر مجموعه عنوان‌های موجود فسخ نکاح نظیر تدلیس یا خارج از این عنوان‌ها مثل عسر و حرج گنجانند.

۱. سید مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۳۶۲ و ۳۶۳ (با تخلص).

۲. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ص ۶۶.

۳. بیماری‌هایی مثل برص و جذام را که از عیب‌های مشترک میان زن و مردند باید زیر مجموعه عیب‌های مشترک آورد. عیب‌های اختصاصی نیز باید مواردی باشند که فقط بر حسب جنسیت هر یک متصور است.

۴. بحث تدلیس در نکاح که در فقه امامیه مباحث مفصل و جالبی دارد، در قانون مدنی ایران و افغانستان به صراحت ذکر شده است. لازم است این بحث در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان هم گنجانده شود.

۵. پیشرفت علم بسیاری از عیب‌های فسخ نکاح را درمان‌پذیر کرده است. بجاست قانون‌گذار با توجه به مبانی بحث عیب‌های موجب فسخ و دفع ضرر و نظر فقیهان در مورد مهلت یک‌ساله در عیب عنن، مهلت کافی برای درمان عیب بدهد. آن گاه در صورت رفع نشدن عیب در مهلت مقرر، حق فسخ به طرف مقابل داده شود.

۶. فسخ تشریفات خاص ندارد. با این حال، برای رعایت نظم در ثبت احوال شخصیه و جلوگیری از پیدایش اختلاف‌های احتمالی و با توجه به پیشنهادی که در مورد درمان‌پذیری عیب‌ها بیان شد، پیشنهاد می‌شود، مراجعه به دادگاه و دریافت گواهی احراز شرایط فسخ الزامی شود.

گفتار دوم - اعمال فسخ و آثار آن

۱. اعمال فسخ

فسخ، عمل حقوقی یک طرفه است و نیازمند رضایت طرف مقابل نیست و در شمار ایقاعات قرار دارد و به هر لفظ و عملی که دلالت بر فسخ کند، واقع می‌شود. با این حال، اعمال آن شرایطی دارد که عبارتند از:

الف) فوری بودن خیار فسخ

اگر طرفی که حق فسخ دارد، پس از آگاهی از عیب و دیگر موجبات فسخ و با علم به اینکه حق فسخ دارد و آن هم فوری است، از فسخ نکاح خودداری کند، خیار فسخ ساقط می‌شود؛^۱ زیرا فسخ خلاف اصل است و به قدر یقین باید بسنده کرد.

ب) مراجعه به حاکم

مشهور فقیهان امامیه به جز در مورد عیب عنن، در دیگر موارد، مراجعه به حاکم را برای اعمال فسخ لازم ندانسته‌اند. فقیهانی نظیر ابن‌جنید و شیخ طوسی در مبسوط، مراجعه به حاکم را برای صدور حکم فسخ ضروری می‌دانند.^۲ در حقوق ایران، به پیروی از نظر مشهور، فسخ، عمل قضایی نیست و رأی دادگاه جنبه اعلامی دارد.^۳ از این راه حل در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان نیز می‌توان پیروی کرد. به این معنا که مراجعه به دادگاه برای اعمال فسخ الزامی شود، ولی رأی دادگاه صرفاً جنبه اعلامی داشته باشد، نه قضایی. گفتنی است فقیهان اهل سنت و قوانین بسیاری از کشورهای اسلامی در فراق به سبب عیب، ترافع نزد محکمه را ضروری می‌دانند.^۴

۱. زین الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۲۶؛ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳، ص ۳۴۳؛ ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی ایران.

۲. زین الدین العاملی، پیشین، ص ۱۲۷؛ محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۳۴۵.

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۴۹.

۴. زکی الدین شعبان، پیشین، ص ۴۸۶؛ وهبه الزحیلی، پیشین، ص ۳۴۸؛ بدران ابوالعین بدران، پیشین، ص ۳۰۰؛ حسین مهرپور، مباحثی از حقوق زن، ص ۱۱۵.

ج) اسقاط و انتقال حق فسخ

حق فسخ همانند دیگر حقوق توسط صاحب حق قابل اسقاط است. فقیهان گفته‌اند اگر کسی با علم به عیب، ازدواج کند، حق فسخ ندارد.^۱ از سوی دیگر، حق فسخ از حقوق وابسته به شخصیت و انتقال ناپذیر است.

۲. آثار فسخ

فسخ به‌عنوان یکی از راه‌های انحلال نکاح ممکن است آثار مالی و غیر مالی به بار آورد که به دو مورد از این آثار اشاره می‌کنیم.

الف) مهر

وضعیت مهر در شرایط مختلف فسخ، متفاوت است. اگر فسخ پیش از نزدیکی با زن باشد، هیچ‌گونه مهری به زن تعلق نمی‌گیرد. اگر پس از دخول باشد، باید مهرالمسمی را مرد بپردازد؛ زیرا مهر مستقر شده است.^۲ عنن را از این حکم استثنا کرده‌اند. در فسخ پیش از دخول، زن مستحق نصف مهر می‌شود.^۳

در تدلیس نیز گفته‌اند مرد پس از پرداخت مهر می‌تواند به کسی که او را فریب داده است، رجوع کند.^۴ اگر فریب دهنده زن باشد، مستحق مهر نخواهد بود.^۵

۱. زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۱۲۶.

۲. زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۱۲۹.

۳. همان؛ ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی ایران.

۴. همان.

۵. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۶۲؛ سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۲۹۵.

(ب) عده

عده طلاق و عده فسخ نکاح همانند هم است که در بحث عده به آن خواهیم پرداخت. در فرضی که امکان اعمال فسخ در زمان عده طلاق را پذیرفتیم، آیا با فسخ، عده جدید لازم است یا خیر؟ برخی فقیهان، عده جدید را لازم نمی‌بینند^۱ و شماری دیگر، عده را موافق با احتیاط دانسته‌اند.^۲

مبحث دوم: طلاق

طلاق در لغت به معنای گشودن گره و رها کردن است.^۳ در اصطلاح شریعت، زایل کردن عقد ازدواج با لفظ مخصوص است.^۴ برخی فقیهان، قید «بدون عوض» را در تعریف آورده‌اند که با آن، خلع و مبارات خارج خواهد شد.^۵

از نظر اسلام، طلاق پدیده‌ای ناپسند است که تا آنجا که امکان دارد، باید از آن پرهیز کرد.^۶ در منابع اسلامی، از طلاق به عنوان مبغوض‌ترین حلال و آنچه عرش خداوند را به لرزه درمی‌آورد، یاد شده است.^۷ طلاق، شرایط، موجبات و آثار ویژه‌ای دارد که در مباحث آینده به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱. سید محمد کاظم یزدی طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۱۲.

۲. سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۴۵۴.

۳. ابن منظور، پیشین، ج ۱۰، ص ۲۲۶.

۴. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۲، ص ۲.

۵. محمد مکی العاملی، اللعة الدمشقیه، ج ۶، ص ۱۱.

۶. مولوی بلخی می‌گوید: تا توانی پا منه اندر فراق، ابغض الاشیاء عندی الطلاق. (مثنوی معنوی، دفتر دوم، بیت ۱۷۵۲).

۷. امین الاسلام طبرسی، مجمع البیان، ج ۱۰، ص ۳۰۴.

گفتار اول - شرایط و موجبات طلاق

طلاق ایقاعی است که شرایط و تشریفات خاص دارد. طلاق ویژه به نکاح دائم است و در نکاح موقت، طلاق وجود ندارد. (ماده ۱۱۳۹) قانون مدنی ایران به این مطلب تصریح کرده است.

از سوی دیگر، طلاق موجباتی دارد. موجب طلاق، خواست شوهر است. آیا زن نیز می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند؟ از شرایط و موجبات طلاق در دو عنوان بحث خواهیم کرد.

۱. شرایط طلاق

فقیهان چهار رکن برای طلاق بر شمرده‌اند؛ شرایط طلاق‌دهنده (زوج)، طلاق شونده (زوجه)، صیغه طلاق و گرفتن شاهد.^۱ حقوق‌دانان شرایط طلاق را به دو دسته شرایط اساسی و شرایط صوری طلاق تقسیم کرده‌اند.^۲

الف) شرایط طلاق‌دهنده

تمام فرقه‌های اسلامی در این مورد توافق دارند که طلاق، ایقاعی است که مرد انجام می‌دهد. از لحن آیات قرآن کریم نیز که احکام طلاق را بیان می‌کنند، چنین مطلبی را می‌توان فهمید؛ زیرا در همه موارد، مردان طرف خطاب هستند.^۳ شرایط طلاق‌دهنده عبارت است از:

۱. محمد مکی العاملی، پیشین، ص ۱۲.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین.

۳. طلاق: ۷-۱.

اول - بلوغ

طلاق دهنده باید به بلوغ رسیده باشد. بنابراین، طفل اعم از این که ممیز باشد یا غیر ممیز، نمی تواند زوجه خود را طلاق دهد.^۱ فقیهان گفته اند حتی وکی نیز نمی تواند زوجه مولی علیه اش را طلاق دهد؛^۲ زیرا طلاق را مختص «مالک بضع»^۳ می دانند. ولایت با این اختصاص منافات دارد، برخلاف وکالت که عرفاً وکیل از ناحیه موکل خود عمل می کند.

دوم - عقل

طلاق دهنده هنگام طلاق دادن باید عاقل باشد. بنابراین، مجنون و مست نمی توانند طلاق دهند؛ زیرا طلاق نیازمند قصد است و فرد بی بهره از عقل نمی تواند قاصد باشد. بر این مبنا که قصد در طلاق معتبر است، طلاق هازل از دید فقه امامیه صحیح نیست،^۴ هر چند از دید فقه حنفی درست است.^۵

(ماده های ۱۳۷ و ۱۳۸) قانون مدنی افغانستان نیز طلاق مجنون و مست را صحیح نمی داند. البته فقه حنفی، طلاق مست را هم صحیح می داند.^۶ به این ترتیب، قانون مدنی از فقه حنفی عدول کرده است.

۱. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۲، ص ۴.

۲. همان، ص ۵؛ شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۳۲۶.

۳. مالک بضع در اصطلاح به حق هم خوابگی مردمی گویند.

۴. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۴، ص ۲۸۴.

۵. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ج ۴، ص ۲۸۴.

۶. ابی بکر الکاسانی، پیشین، ج ۳، ص ۹۹.

سوم - اختیار

طلاق از روی اکراه و اجبار واقع نمی‌شود.^۱ دیدگاه فقهی امامیه، حنابله و شافعیه در این مسئله یکسان است.^۲ با این حال، حنفیه، طلاق مکره را صحیح می‌شمارند.^۳ (ماده ۱۴۱) قانون مدنی افغانستان، طلاق مکره را باطل می‌داند. برخی استادان حقوق، طلاق مکره را غیرنافذ می‌دانند که با رضایت بعدی نافذ می‌شود.^۴ این نظر علاوه بر مخالفت با احکام فقهی، با فلسفه مقررات طلاق و هدف تثبیت خانواده ناسازگار است.^۵ به جز آن، به نظر برخی استادان حقوق، اینکه اکراه صرفاً مانع نفوذ انشا و رضای بعدی موجب تنفیذ آن باشد، حکمی است که به عقود اختصاص دارد و نمی‌توان آن را به ایقاعات تسری داد.^۶

(ماده ۱۱۳۶) قانون مدنی ایران تصریح می‌کند که طلاق‌دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد. ماده یک قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ احوال شخصیه مصر نیز می‌گوید که طلاق مست و مکره واقع نمی‌شود.

چهارم - جزمیت

اگر طلاق‌دهنده، طلاق را به صورت معلق واقع سازد، طلاق، باطل است.^۷ طلاق وقتی معلق است که وقوع شرط در آینده مسلم نباشد. اگر

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۰؛ زین‌الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۹، ص ۱۷.
۲. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۴۸۲ و ۴۸۳.
۳. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ص ۲۸۴؛ محیی‌الدین عبدالحمید، الاحوال الشخصیه، (بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۹۸۴/۱۴۰۴)، ص ۲۸۴.
۴. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۱۸.
۵. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۰۲.
۶. مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ص ۱۹۰.
۷. سیدعبدالاعلی الموسوی السبزواری، مهذب الاحکام، (قم، دفتر آیة‌الله سبزواری، ۱۴۱۷)، ج ۲۶، ص ۳۲.

طلاق به شرایط صحت آن یا به شرط محقق الوقوع معلق شود، صحیح خواهد بود.^۱ (ماده ۱۱۳۵) قانون مدنی ایران می گوید: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط، باطل است.» بر اساس قانون احوال شخصیه مصر، طلاق غیر منجز واقع نمی شود. (ماده ۳۵) قانون احوال شخصیه عراق، طلاق مست، مجنون، سفیه، مکره و کسی را که به دلیل غضب، مصیبت ناگهانی، کبر سن و مرض قدرت تشخیص ندارد، صحیح نمی داند. بر اساس (ماده ۳۶) همین قانون، طلاق غیر منجز، مشروط و بالفظ قسم واقع نمی شود.

ماده ۱۴۱ قانون مدنی افغانستان می گوید:

طلاق اشخاص ذیل اعتبار ندارد: مجنون، معتوه، مکره، نائم، شخصی که عقلش به علت زیادی سن و یا بیماری مختل گردیده باشد و شخص مدهوش که قوه ممیزه اش به علت غضب یا عوامل دیگری از دست داده و قولش را درک نکند.

با جمع شدن این شرایط، طلاق مرد، صحیح است. به جز آن، لازم نیست مرد در طلاق مباشرت داشته باشد، بلکه می تواند وکیل بگیرد؛ زیرا به نظر مشهور فقیهان، ادله وکالت شامل طلاق نیز می شود.^۲ گذشته از آن، زن می تواند به صورت مشروط یا به صورت مطلق، از ناحیه مرد وکیل شود تا در صورت تحقق شرط یا هرگاه که بخواهد، خود را طلاق دهد.^۳ چنین شرطی در ضمن عقد است و می تواند به صورت وکالت بلاعزل

۱. محمد مکی العاملی، پیشین، ص ۱۶؛ سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۳۹۴؛ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۲۰.

۲. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۲، ص ۶.

۳. ابوالحسن اصفهانی، وسیلة النجاة، ص ۲۸۳؛ محمد حسن نجفی پیشین، ص ۲۴؛ سید روح الله الخمينی، صحیفه نور، ج ۱۰، ص ۷۸؛ زن و جستاری تازه، ص ۲۵۱.

منعقد شود؛ زیرا این شرط، نه شرط خلاف مقتضای عقد است، نه نامشروع. پس در صحت آن اشکالی وجود ندارد.^۱ وکالت، عقد جایز است، ولی هر عقد جایز وقتی در ضمن عقد لازم، شرط شود، لازم خواهد بود. به نظر برخی فقیهان بزرگ، حتی اگر وکالت به صورت شرط نتیجه در نکاح آورده شود، تا تحقق مورد وکالت، وکالتش ادامه خواهد یافت، هرچند موکل، دیوانه یا مجنون شود.^۲

شرط وکالت زوجه در طلاق در بیشتر کشورهای عرب‌زبان مسلمان نیز پذیرفته شده است.^۳ (ماده ۱۴۲) قانون مدنی افغانستان به پیروی از فقه اهل سنت،^۴ به جای دادن وکالت به زن، از «تفویض» صلاحیت طلاق به زن نام می‌برد.

در عقد موقت، طلاق وجود ندارد، بلکه با بذل مدت یا با انقضای مدت، عقد منحل می‌شود. بذل مدت، ایقاع است و نمی‌تواند مشروط به شرطی باشد.^۵

ب) شرایط مطلقه

بر اساس فقه امامیه، زوجه‌ای که طلاق داده می‌شود، باید این شرایط را دارا باشد:

۱. سیدحسین صفایی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص ۶۳.
۲. سیدمحمدکاظم طباطبائی، سؤال و جواب، به اهتمام: سید مصطفی محقق داماد، (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶)، ص ۱۶۵.
۳. سیدحسین صفایی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص ۶۳.
۴. مصطفی شلبی، پیشین، ص ۵۲۲.
۵. محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۵۲۲.

اول - پاک بودن زن از حیض و نفاس

زن باید از حیض و نفاس پاک باشد. البته این شرط در صورتی معتبر است که زوجه مدخوله باشد؛ زن حامله نباشد؛ مرد بتواند از وضعیت زن آگاه شود. اگر یکی از این سه شرط محقق شد، مرد می‌تواند زن را در هر حال مطلقه کند.^۱ فقیهان دیگر مذاهب اسلامی نیز این شرط را معتبر دانسته و در حکمت آن گفته‌اند شارع برای کم کردن موارد طلاق مقرر فرموده است که طلاق در حال تنفر و کراهت واقع نشود. حالت حیض و نفاس از اسباب تنفرند و زمینه طلاق را مساعد می‌کنند.^۲ (ماده ۱۱۴۰) قانون مدنی ایران می‌گوید:

طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست مگر اینکه زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد به طوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند.

دوم - غیر مواقعه بودن طهر

شوهر نباید در آن دوره پاکی که طلاق در آن واقع می‌شود، با زن نزدیکی کرده باشد. به اصطلاح، طلاق باید در طهر غیر مواقعه باشد. این شرط نیز مربوط به زوجه بالغی است که نه حامله است و نه یائسه؛ چون

۱. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۲۷۹؛ روح الله الخمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۰۹؛ سید ابوالقاسم الموسوی الخویی، پیشین، ص ۲۹۷، محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۲۹؛ یوسف فقیه، الاحوال الشخصیه، (بیروت دارالاضواء، ۱۴۰۹/۱۹۸۹)، ص ۳۰۰.

۲. مصطفی ابراهیم الزلمی، مدی سلطان الارادة فی الطلاق، (بغداد، مطبعة العانی، ۱۴۰۴/۱۹۸۴)، ج ۲، ص ۱۱۱.

اگر یائسه یا حامله باشد، در هر حال می‌توان طلاق داد. زنی که در سن حیض است و حیض نمی‌بیند، مدخوله بوده و حامله نیز باشد، باید از آخرین نزدیکی با او تا طلاق سه ماه گذشته باشد.^۱

وضع چنین شرایطی در شرع برای حمایت از بنیان خانواده و به تأخیر انداختن طلاق است تا زن و شوهر فرصت اندیشه در مورد پی‌آمدهای طلاق را داشته باشند.

ج) شرایط اجرای صیغه طلاق

در صیغه طلاق، شرایط خاصی وجود دارد:

اول - از دیدگاه فقیهان امامیه، الفاظی که در طلاق به کار می‌رود، باید به صیغه خاص «طالق» باشد. حتی در صورت امکان تلفظ عربی، حتی به توکیل جایز نیست به غیر عربی خوانده شود^۲ و باید به صورت شفاهی اجرا شود. البته به نظر شهید ثانی، در صورت اضطرار، طلاق کتبی نیز جایز است.^۳

دوم - صیغه باید منجز باشد، تعلیق بر شرط یا صفت غیر معلوم مبطل است.

سوم - در یک مجلس فقط یک طلاق واقع می‌شود. لفظ طلاق را اگر سه بار در یک مجلس جاری کند، فقط یک طلاق واقع می‌شود.^۴

قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ م. مصر دیدگاه فقهی امامیه را پذیرفته

۱. محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۴۴.

۲. محمد جواد مغنیه، الاحوال الشخصیه، ص ۱۲۹.

۳. زین الدین العاملی، الروضة البهیة، ج ۶، ص ۱۴.

۴. محمد ابراهیم جناتی، پیشین، ج ۲، ص ۳۹۰.

است و تصریح می‌کند: «طلاق مقترن به عدد، خواه به لفظ یا به اشاره صورت گرفته باشد، یک طلاق شناخته می‌شود».^۱

(ماده ۱۴۵) قانون مدنی افغانستان نیز در این مسائل از مذهب حنفی عدول کرده و بر اساس دیدگاه فقه امامیه همانند قانون مصر گفته است: «طلاق مقترن به عدد خواه به الفاظ یا اشاره صورت گرفته باشد، یک طلاق شناخته می‌شود».^۲ شلبی پس از نقل دیدگاه جمهور اهل سنت می‌گوید: «برخی فقیهان معتقدند که سه طلاق در یک مجلس فقط یک طلاق رجعی واقع می‌شود، خواه به صورت جمع بگویند (تو را سه طلاقه کردم) یا مفرد (سه بار بگویند تو را طلاق دادم). این دیدگاه مذهب جعفری است و این نظر را ابن تیمیه و شاگردش، ابن قیم برگزیده‌اند».^۳

اول - حضور دو شاهد عادل

صیغه طلاق باید در حضور و شنود دو شاهد مرد عادل به جز زوج و وکیل او اجرا شود. این شرط برای دشوار شدن طلاق و کاهش آن و نیز

۱. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۴۹۰. برخی علمای معاصر مصر بر این باورند: «واقع شدن سه طلاق با یک لفظ و در یک زمان، نوعی مسخره کردن دین خداست که مسلمانان بهای هنگفتی از سعادت و آرامششان را در ازای آن پرداخته‌اند». محمد غزالی، مسائل زنان بین سنت‌های کهن و جدید، ترجمه: مجید احمدی، (تهران، نشر احسان، ۱۳۸۱)، ص ۲۱۰.

۲. شیخ محمد جواد مغنیه درباره پیروی قانون مصر از فقه امامیه می‌گوید: «و قد احسنت الحكومة المصرية باخذها في كثير من شئون الطلاق بالمذهب الامامي»، الفقه على المذاهب الخمسة، ص ۴۱۵.

۳. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۴۸۹ - ۴۹۰: «و ذهب بعض الفقهاء إلى انه يقع بها واحدة رجعية فقط في صورتين الجمع والتكرار و هو مذهب الجعفرية و اختاره ابن تیمیه و تلميذه ابن قیم».

برای حل و فصل دعاوی آن مؤثر خواهد بود. شیعه امامیه به استناد آیه شریفه «و أشهدوا ذوی عدل منکم»^۱ حضور دو شاهد عادل را شرط دانسته‌اند. اهل سنت، حضور دو شاهد را بر «رجوع» حمل کرده‌اند.^۲ برخی نویسندگان اهل سنت، این دیدگاه فقهی شیعه را پسندیده و به قانون‌گذاران مصری پیشنهاد کرده‌اند از این نظر نیکو پیروی کنند.^۳ (ماده ۱۵۰) قانون مدنی افغانستان از حضور دو شاهد در طلاق سخنی نمی‌گوید و بر خلاف نظر فقهی اهل سنت که حضور شاهدان را هنگام رجوع شرط می‌داند، تصریح می‌کند: «در صحت رجوع، حضور شهود، شرط نمی‌باشد».

دوم - ارجاع به داوری

خداوند در قرآن کریم می‌فرماید:

و اگر از ناسازگاری و اختلاف میان آنان بیم داشتید، یک داور از خانواده شوهر و یک داور از خانواده زن برانگیزید. اگر آن دو اصلاح بخواهند، خداوند آنان را موفق می‌دارد.^۴

چند نکته درباره آیه شریفه قابل توجه است:

اول - منظور از شقاق و دشمنی، دوام و استمرار آن است و گرنه شقاق گذشته ترس ندارد و از آینده کسی خبر ندارد.^۵ برخی از مفسران

۱. طلاق: ۲.

۲. محمد بن احمد نصاری قرطبی، الجامع الاحکام القرآن، (بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۵/۱۹۸۵)، ج ۲، ۱۸، ص ۱۵۷.

۳. الامام محمد ابوزهره، پیشین، ص ۳۶۹.

۴. نساء: ۳۵.

۵. مقداد بن عبدالله سیوری، کنزالعرفان، (المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۲/۱۳۸۰)، ج ۲، ص ۲۷۲.

بر این باورند که امر به داوری نیز یک امر ارشادی است.^۱ ارشادی بودن، خلاف ظاهر آیه است. آیه در مولوی بودن امر ظهور دارد.

دوم- مخاطب آیه، زوجین هستند یا خانواده‌های آنان یا حاکمان شرع؟ به استناد روایاتی از امام صادق علیه السلام و امام باقر علیه السلام، حاکمان شرع مخاطب آیه‌اند و این قول صحیح‌تر است.^۲

سوم - آیا رضایت زوجین به داوران شرط است، به گونه‌ای که حکم داوران برای آنان الزامی است یا خیر؟ به تعبیر دیگر، داوران، وکیل هستند یا حکم؟ ظاهر آیه و نظر بسیاری از فقیهان امامیه این است که داوران حکم هستند و به رضایت زوجین نیاز ندارند.^۳ برخی دیگر از فقیهان امامیه و نیز فقیهان حنفیه گفته‌اند داوران، وکیل هستند.^۴

چهار- آیا می‌توان از غیر خانواده زوجین، داور تعیین کرد؟ مشهور معتقد است که هدف، اصلاح است؛ خواه خانواده زوجین متصدی امر شود یا غیر، خانواده ایشان. برخی گفته‌اند داور باید از خانواده زوجین باشد؛ زیرا آنان از اسرار و مشکلات ایشان آگاه‌ترند.^۵

پنجم - آیا داوران می‌توانند بدون اجازه زوجین، به جمع (ادامه زوجیت) یا جدایی، رأی بدهند؟ پاسخ به این پرسش به این موضوع برمی‌گردد که داوران، وکیل زوجین باشند یا حکم. اگر وکیل باشند، پاسخ

۱. احمد الجزائری، قلائد الدرر، (بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۴/۱۹۸۴)، ج ۲، ص ۲۹۶.

۲. مقداد بن عبدالله سیوری، پیشین، ص ۲۷۳.

۳. همان.

۴. ابی‌بکر احمد جصاص، احکام القرآن، (بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۲/۱۹۹۲)، ج ۳، ص ۱۵۲.

۵. مقداد بن عبدالله سیوری، پیشین، ص ۲۸۴.

منفی است. مشهور فقیهان معتقدند تا داوران اذن در بذل از سوی زن و در طلاق از سوی مرد نداشته باشند، نمی‌توانند به جدایی حکم کنند.^۱ شش-ارجاع به داوری بر اساس ظاهر آیه، واجب است^۲ و لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص در ایران نیز از این نظر پیروی کرده است.^۳ با این حال، برخی هم گفته‌اند مستحب است؛ چون «مشغول شدن به این اختلاف، ما را از عمل به آن توصیه نیکو باز داشته است».^۴ اهمیت نهاد داوری در میان اختلاف آرای این بحث نظری گم شده است که آیا ارجاع به داوری، واجب است یا مستحب؟^۵

با این وصف، پیش‌بینی نهاد داوری در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان و ارجاع اختلافات خانوادگی به آن، ضروری است. که قانون مدنی افغانستان از نهاد داوری به صورت محدود استفاده کرده است و بر اساس (ماده ۱۸۵) زن می‌تواند به ادعای ضرر از دادگاه مطالبه تفریق کند. اگر ادعای وی در دادگاه ثابت نشود، دادگاه دو شخص عادل را از اقارب زوجین جهت اصلاح تعیین می‌کند. شیوه کار این داوران را قانون معین کرده است. مواد ۱۸۵ - ۱۹۰ به این موضوع اشاره کرده‌اند. قانون احوال شخصیه عراق، داوری را در فرض مطالبه تفریق یکی از

۱. محمدبن علی طوسی (ابن حمزه)، الوسيله، (قم، مطبعة خیام، ۱۴۰۸)، ص ۳۳۳.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳، ص ۲۱۳.

۳. این نهاد در لایحه مذکور پس از انقلاب اسلامی در مهرماه سال ۱۳۵۸ به وجود آمد.

۴. محمد رشید رضا، تفسیر المنار، (بیروت، دارالمعرفة، ۱۳۹۳ هـ / ۱۹۷۳ م)، ج ۵، ص ۷۹.

۵. محمدکمال‌الدین امام، پیشین، ص ۱۸۴.

زوجین به ادعای ضرر به صورت مطلق پذیرفته است. بند ۲، ۳ و ۴ ماده ۴۰ این قانون به این مورد اشاره کرده است. قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹م. مصر در زمینه احوال شخصیه همانند قانون افغانستان، داوری را در فرضی پذیرفته است که زن در دادگاه به ادعای ضرر مطالبه تفریق کند و ادعایش در دادگاه رد شود، چنانچه دوباره ادعایش را طرح کند، قاضی باید پرونده را به داوری بفرستد. این مطالب و شیوه کار و شرایط داور نیز در (مواد ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰ تا ۱۱) قانون شرح داده شده است.

۲. موجبات طلاق

سخن از موجبات طلاق یکی از بحث‌های دقیق و مهم در حقوق اسلامی است. در اصل اسلام، امر طلاق را به دست مرد سپرده است. از سوی دیگر، سپردن این حق به زن از طریق وکالت و شرط ضمن عقد، ممکن است. افزون بر آن، در مواردی نیز ممکن است زوجین با توافق هم تصمیم به جدایی بگیرند. پس طلاق یا به خواست و اراده مرد است یا به خواست زن است یا هر دو.

الف) طلاق به اراده مرد

بر اساس فقه اسلامی، مرد هر وقت که بخواهد، می‌تواند زن خود را طلاق دهد. فقیهان معمولاً این حکم را «مفروغ عنه» گرفته و درباره آن بحث نکرده‌اند، ولی دلایلی بر آن اقامه شده است که شامل آیات قرآن کریم، روایات و نیز توجیه‌های عقلی است. در آیات طلاق معمولاً مرد مخاطب قرار گرفته است.^۱ در روایات نیز بیشتر به حدیث نبوی مشهور

۱. بقره: ۲۳۱، ۲۳۲ و ۲۳۶؛ احزاب: ۴۹؛ طلاق: ۱ و ۲.

«الطلاق بید من اخذ بالساق»^۱ استناد شده که از مجامع روایی اهل سنت نقل شده است و فقیهان شیعه نیز به آن استناد کرده‌اند.

برخی پژوهش‌گران کوشیده‌اند تا از طریق استنباط در ادله فقهی، طلاق به اراده مرد را توجیه حقوقی کنند.^۲ در توجیه این که چرا طلاق به دست مرد سپرده شده است، گفته‌اند زنان بیشتر حساس‌ترند و زودتر می‌رنجند و زود تصمیم می‌گیرند و مردان، عاقبت‌اندیش‌ترند. دیگر آنکه طلاق آثار مالی مثل مهریه و نفقه ایام عده را دارد که متوجه مرد است، چون او متولی امور مادی زندگی زنانشویی است. پس در صورت پایان یافتن ازدواج، او بیشتر زیان می‌بیند.^۳ مرتضی مطهری می‌نویسد: «هر زمان که شعله محبت و علاقه مرد خاموش شود، ازدواج از نظر طبیعی مرده است. بی‌علاقگی مرد، سردی و بی‌علاقگی زن را در پی دارد. برخلاف زن که بی‌علاقگی زن اگر از او شروع شود، تأثیری در علاقه مرد ندارد، بلکه احیاناً آن را تیزتر می‌کند. از این رو، بی‌علاقگی مرد منجر به بی‌علاقگی طرفین می‌شود، ولی بی‌علاقگی زن منجر به بی‌علاقگی طرفین نمی‌شود... به هر حال، تفاوت زن و مرد در این است که مرد به شخص زن نیازمند است و زن به قلب مرد».^۴ با این وصف، طبیعی است اختیار طلاق در دست مرد باشد.

گاهی مرد از این حق سوء استفاده می‌کند و بدون دلیل موجه و به

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۲، ص ۸.

۲. حسین مهرپور، مباحثی از حقوق زن، ص ۱۸۸.

۳. سیدمحمد فضل‌الله، ترجمه دفتر پژوهش‌های سهروردی، (تهران، مترجم، چاپ

اول، ۱۳۸۳)، ص ۱۲۱؛ هبة الزحیلی، پیشین، ج ۷، ص ۳۶۰.

۴. مرتضی مطهری، پیشین، ج ۱۹، ص ۲۶۲.

صورت «ناجوان مردانه»، زن را طلاق می‌دهد و گاهی هم برعکس، زن را نه طلاق می‌دهد و نه با او حسن معاشرت می‌کند.

برای جلوگیری از این سوء استفاده‌ها، لزوم ارجاع به داوری و سعی داوران در سازش مؤثر است. دخالت و حضور دادگاه در رسیدگی به اختلاف زوجین و صدور اجازه طلاق نیز از این سوء استفاده‌ها خواهد کاست. همان‌گونه که در ایران اکنون زوج پیش از اقدام به طلاق، اختلاف و دلایل خویش را برای طلاق در دادگاه طرح می‌کند. دادگاه پس از سعی در سازش و رفع اختلاف و استیفای حقوق زوج، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند. ماهیت حکم دادگاه جنبه اعلامی دارد، نه اثباتی. به این معنا که گواهی دادگاه، حق طلاق را به مرد نمی‌دهد، بلکه حق مرد را بر دادن طلاق احراز می‌کند. در فرض اول، دادگاه، متصدی امر طلاق خواهد بود و زوج دیگر حق طلاق نخواهد داشت. نگرش با انتقاد نویسندگان کشورهای اسلامی رو به رو شده است.^۱

لزوم اجازه دادگاه در فقه اسلامی مطرح نشده است، ولی با آن تعارض نیز ندارد، بلکه با اصول عالی اسلام سازگار است. اسلام آگاهانه شرایط و تشریفات برای طلاق قرار داده است تا در عمل موجب تأخیر طلاق و شاید انصراف از طلاق شود. «اسلام از هر چیزی که مرد را از طلاق منصرف کند، استقبال می‌کند».^۲ به همین دلیل، عراق از آن کشورهای اسلامی است که لزوم مراجعه به دادگاه را ضروری می‌داند.^۳

۱. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۳۰۸؛ محمد مصطفی شلبی، پیشین،

ص ۴۷۴؛ زکی الدین شعبان، پیشین، ص ۳۵۳.

۲. مرتضی مطهری، پیشین، ص ۲۷۲.

۳. بند اول ماده ۳۹ قانون احوال شخصیه عراق.

بنابراین، محاکم به عنوان نمایندگی از اجتماع می توانند متصدیان دفترهای ثبت طلاق را از اقدام به طلاق تا وقتی که داوران ناکامی خود را در ایجاد سازش میان زوجین به آگاهی آنان نرسانده است، منع کند. محاکم کوشش خود را در ایجاد صلح و سازش زوجین به کار بندند و فقط هنگامی که برای محکمه ثابت شد امکان صلح و سازش میان زوجین نیست، گواهی عدم امکان سازش صادر و به اطلاع صاحبان دفترهای ثبت می رسانند.^۱ بنابراین، مراجعه به دادگاه و گرفتن اجازه طلاق پس از گذراندن تشریفات داوری در کاستن از طلاق های ظالمانه مردان اثرگذار است. پس مراجعه به دادگاه پیش از اقدام زوجین به طلاق باید در قانون احوال شخصیه شیعیان الزامی شود. (بند ۲ ماده ۱۳۵) قانون مدنی افغانستان همانند قانون احوال شخصیه مصر،^۲ مراجعه زوج را به دادگاه برای انجام طلاق ضروری نمی داند.

ب) طلاق به درخواست زن

اگر زن خواهان جدایی از شوهر باشد و او نیز حاضر به طلاق دادن نشود، چه باید کرد؟

حق طلاق به مرد داده شده است، ولی این حق، مطلق نیست، بلکه در فقه مسلم است که زن نیز می تواند در برخی شرایط از دادگاه درخواست طلاق کند. این نظر مبتنی بر آیات و روایات است که به آنها اشاره خواهیم کرد. این بحث در فقه اهل سنت به طور برجسته تری

۱. همان، ص ۲۷۶.

۲. قانون احوال شخصیه مصر، اصلاحی ۱۹۸۵. از لحن ماده ۵ که به الزام مرد به ثبت طلاق غیابی حکم کرده است، چنین مطلبی برداشت می شود.

مطرح شده است. در فقه امامیه نیز برخی فقیهان بحث‌های اساسی در این زمینه کرده‌اند.^۱ بر اساس مطالعات این فقیهان، تخلف شوهر از ادای وظایف زوجیت اعم از ترک انفاق، در یک بستر خوابیدن، آمیزش و حسن معاشرت، این حق را به زن می‌دهد که برای گرفتن طلاق به حاکم مراجعه کند.

خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «حق طلاق (و رجوع) دو نوبت بیش نیست، از آن پس یا نگهداری به شایستگی یا رها کردن به نیکی».^۲ در آیه دیگر می‌فرماید:

هرگاه زنان را طلاق دادید و زمان عده ایشان رسید، از آنان به خوبی نگهداری کنید یا به خوبی جلوشان را باز گذارید. مبادا برای این که به ایشان ستم کنید، آنان را به شکل زیان‌آوری نگهداری کنید. هر که چنین کند، باید بداند که بر خویشان ستم کرده است.^۳

فقیهان یاد شده از این آیات، این اصل کلی را برداشت کرده‌اند که هر مردی موظف است در زندگی خود یکی از دو راه را برگزیند: یا تمام حقوق و وظایف زناشویی را به خوبی و شایستگی ایفا کند یا آنکه ازدواج را منحل کند و زن را رها سازد. راه سومی که مرد نه وظایف را به خوبی انجام دهد و نه زن را طلاق دهد، در اسلام وجود ندارد. پس به

۱. آیت الله شیخ حسن حلی و مرتضی مطهری بحث‌های جالبی در این زمینه دارند. نک: مرتضی مطهری، پیشین، ص ۲۸۹-۲۹۲؛ عزالدین بحر العلوم، بحوث فقهیه من محاضرات آیت الله حسین الحلی، (بیروت، دارالزهراء، ۱۴۰۵ هـ / ۱۹۸۵ م)، ج ۳، ص ۲۰۵-۲۱۰.

۲. بقره: ۲۹۹.

۳. نساء: ۲۳۱.

صراحت می‌گوید: «ولاتمسکو هنّ ضراراً لتعتدوا؛ آنان را نگه ندارید یا از روی ستم به آنان ضرر وارد آورید».^۱ این آیات، مخصوص مردانی نیست که می‌خواهند در عده رجوع کنند، بلکه تکلیف همه مردان را در هر حال در برابر همسران‌شان روشن می‌کند. دلیل این تعمیم، روایاتی است که از ائمه علیهم‌السلام وارد شده است و در غیر مورد رجوع، به آیات یاد شده استناد کرده‌اند.^۲

بنا بر نظر برخی فقیهان معاصر، «حاکم شرع آن‌جا که مرد نه به وظایف زوجیت عمل می‌کند و نه طلاق می‌دهد، باید زوج را احضار کند. اول به او تکلیف طلاق کند. اگر طلاق نداد، خود حاکم طلاق می‌دهد».^۳ گذشته از آن، خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «و اخذن منکم میثاقاً غلیظاً؛ و حال آنکه زنان از شما پیمان استوار و شدیدی گرفته‌اند».^۴ به باور مفسران شیعه و سنی، منظور از پیمان استوار و شدید «همان پیمان خداست که با جمله «امساک بمعروف او تسریح باحسان» از مردان گرفته است».^۵ امام صادق علیه‌السلام نیز فرموده است:

مرد هنگام ازدواج باید بدان اعتراف کند که زن را به شایستگی نگه دارد یا به نیکی رها سازد.^۶

بر این اساس، لازم نیست تقصیر شوهر در ایفا نکردن وظایفش اثبات شود. حتی اگر بدون تقصیر هم از انجام وظایف زناشویی‌اش

۱. همان.

۲. محمد بن الحسن حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۵۴۳، باب ۱۰ از ابواب ایلاء، ح ۲.

۳. عزالدین بحر العلوم، پیشین، ص ۲۱۰، (دیدگاه فقیه معاصر آیه‌الله شیخ حسین حلی).

۴. سوره نساء (۴)، آیه ۲۱.

۵. مرتضی مطهری، پیشین، ص ۲۹۳.

۶. محمد بن یعقوب کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۵۰۲.

بازماند، باز زن می‌تواند به دادگاه مراجعه و درخواست طلاق کند. قانون مدنی ایران به پیروی از این دیدگاه فقهی، مواردی چند از موجبات طلاق به درخواست زن را مشخص کرده است:

اول - خودداری و عجز شوهر از پرداخت نفقه. (ماده ۱۱۲۹)

دوم - خودداری شوهر از ایفای وظایف زناشویی، خودداری از هم‌بستر شدن و آمیزش با زن. (ماده ۱۱۳۰)

سوم - سوء معاشرت شوهر به حدی که زندگانی را تحمل‌ناپذیر سازد. (بند ۲ ماده ۱۱۳۰)

چهارم - عسر و حرج. (بند ۲ ماده ۱۱۳۰)

پنجم - غیبت بیش از چهار سال شوهر. (ماده ۱۰۲۹)

ششم - وکالت داشتن زن از شوهر در طلاق. (ماده ۱۱۱۹)^۱

مورد اخیر از بحث ما خارج است؛ زیرا زن، خودش، خویشتن را طلاق می‌دهد و درخواست او به دادگاه برای اثبات تحقق شرط ضرورت دارد. غیبت بیش از چهار سال نیز از موارد طلاق قضایی است که حکم دادگاه جنبه قضایی دارد. در چهار مورد اول، دادگاه پس از احراز شرایط و ممکن نبودن سازش، حکم به طلاق خواهد داد. هرگاه شوهر پس از قطعی شدن حکم، از دادن طلاق خودداری کند، حاکم شرع یا نماینده او صیغه طلاق را اجرا می‌کند. ماهیت این حکم با رأی دادگاه در فرض درخواست شوهر فرق دارد؛ چون حکم دادگاه در این جا تأسیسی است.

این اختیار حاکم شرع در طلاق زوجه با مبانی فقهی سازگار است و بسیاری از فقیهان معاصر به آن فتوا داده‌اند. فقیهان بزرگی چون میرزای

۱. نک: سیدحسین صفایی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص

قمی، شیخ انصاری، سید محمد کاظم یزدی، امام خمینی و... به این اختیار حاکم تصریح کرده و گفته‌اند: «... هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به این که زوج سلوک به معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار بر طلاق می‌کند و این اجبار منافی صحت طلاق نیست»^۱ چون الزام قانونی است. این دیدگاه مبنای روایی نیز دارد که امام باقر علیه السلام می‌فرماید:

کسی که به زنش لباس نمی‌دهد تا خود را بپوشاند و غذا نمی‌دهد تا خود را سیر کند، امام حق دارد میان آن دو جدایی افکند.^۲

صاحب عروه می‌گوید:

از این روایات استفاده می‌شود که در صورت ندادن نفقه، شوهر، اجبار به طلاق می‌گردد. بنابراین، به طریق اولی، در صورتی که بقای زوجیت موجب وقوع زن در معصیت و حرام باشد، باید حاکم شرع اختیار طلاق او را داشته باشد. به استناد قاعده نفی ضرر و حرج، مخصوصاً اگر زن جوان بوده و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید برای او باشد، حاکم شرع می‌تواند او را طلاق دهد...^۳

آیت الله سید روح الله خمینی از فقیهان نامدار شیعه در عصر حاضر در باره وجود عسر و حرج زن در پاسخ سؤالی می‌گوید: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع، طلاق داده شود»^۴ شیخ حسین

۱. میرزا ابوالقاسم الجیلانی القمی، پیشین، کتاب طلاق، چاپ سنگی، ۱۳۰۳، ص ۵۰۸.

۲. محمد بن الحسن الحرالعاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۲۲۳.

۳. سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۵ و ۷۶.

۴. حسین مهرپور، پیشین، ص ۱۳۸.

حلی نیز براین باور است که طلاق قضایی به مورد عدم انفاق و غیر آن اختصاص ندارد؛ زیرا ترک انفاق خصوصیتی ندارد بلکه آنچه مهم است، انحراف زوج از انتخاب یکی از دو راه «امساک بمعروف» و «تسریح باحسان» است.^۱ استاد «مغنیه» پس از نقل قول فتاوی صاحب عروه، صاحب وسیله، ابن جنید، شهید ثانی، صاحب روضات الجنات و برخی روایات بر مشروعیت طلاق قضایی، مخالفت بیشتر فقیهان با طلاق قضایی را بر احتیاط فقیهان در طلاق و خوف از این که مبدا به دست ناهلان و افراد لابالی بیفتد، حمل کرده است، و گرنه این فقیهان منکر طلاق قضایی نیستند.^۲

بنابراین، از دید فقیهان شیعه، طلاق قضایی به درخواست زن دامنہ وسیعی دارد و به ترک انفاق و مانند آن اختصاص ندارد. هرگاه زوج نه به وظایف زوجیت قیام کند و نه زن را به نیکی رها سازد و این دستور قرآن کریم را نادیده بگیرد، زن می تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. به این مسئله در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان باید توجه کرد. این راهکارهای فقهی و حقوقی از ستم برخی مردان بر زنان در جامعه سنتی شیعی می کاهد.

طلاق قضایی در مذهب حنفی دایره بسیار محدودی دارد. در ترک انفاق گفته اند که قاضی حق جدایی انداختن ندارد. همچنین است اگر خطر جانی برای زن باشد.^۳ مالکیه در مورد ضرب و جرح معتقد است باید به داوری ارجاع شود. اگر اصلاح حاصل نشد و داوران به تفریق

۱. عزالدین بحر العلوم، پیشین، ص ۲۱۲.

۲. محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۴۵۴.

۳. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۵۵۹.

نظر دادند، بر زوج واجب است طلاق دهد. اگر طلاق نداد، قاضی طلاق می‌دهد.^۱ در مورد غیبت سه سال نیز قاضی می‌تواند زن را طلاق دهد. قانون مدنی افغانستان، طلاق قضایی را به پیروی از قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۰م. و قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹م. مصر پذیرفته است. این در حالی است که قانون مصر بسیاری از این عنوان‌ها را از مذاهب مختلف فقهی به‌ویژه مالکی و حنبلی گُلچین کرده است.^۲ عنوان‌هایی که بر اساس قانون مدنی افغانستان، زوج به سبب آن‌ها می‌تواند از دادگاه طلب تفریق کند و ما پیشتر فقط به آن‌ها اشاره کردیم، به این شرح هستند:

۱. تفریق به سبب عیب (مواد ۱۷۶-۱۸۲): مراد عیبی است که اعاده صحت زوج از آن یا غیرممکن باشد یا مدت طولانی برای نیاز داشته باشد و ضرر کلی متوجه زوج باشد. (ماده ۱۷۶) تفریق به سبب عیب، طلاق بائن است. (۱۸۰)

۲. تفریق به سبب ضرر (مواد ۱۸۳-۱۹۰): منظور ضرری است که دوام معاشرت میان زوجین را غیرممکن سازد. (ماده ۱۸۳) اگر به نظر دادگاه، ضرر مذکور اثبات نشد، موضوع به داوری سپرده می‌شود. (ماده ۱۸۵) تفریق به سبب ضرر، در حکم طلاق بائن است. (ماده ۱۸۴)

۳. تفریق به سبب عدم انفاق (مواد ۱۹۱-۱۹۳): در فرضی که زوج ظاهراً دارایی ندارد و عجز او نیز اثبات نشده است، زوج می‌تواند مطالبه

۱. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۴۴۴.

۲. محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۵۵۷ - ۵۹۴؛ بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۴۴۹.

تفریق کند. (ماده ۱۹۱) در صورت اثبات عجز در دادگاه، سه ماه به او فرصت پرداخت داده می‌شود. اگر پرداخت، حکم تفریق صادر می‌شود. (۱۹۲) این تفریق در حکم طلاق رجعی است. (۱۹۳)

۴. تفریق به سبب غیبت (ماده ۱۹۴-۱۹۷): در غیبت سه سال و بیشتر، بدون عذر موجه زوج، زوجه نیز متضرر شود، می‌تواند مطالبه تفریق کند. (ماده ۱۹۴) هرگاه زوج به حکم قطعی به حبس ده سال یا بیشتر محکوم شود، زوجه پس از پنج سال می‌تواند مطالبه تفریق نماید. (ماده ۱۹۶) و تفریق به سبب غیبت در حکم طلاق رجعی است. (ماده ۱۹۷) اگر مرد پیش از طی شدن عده برگردد، می‌تواند به زن رجوع کند. قانون احوال شخصیه سال ۱۹۵۹م عراق نیز تفریق به خاطر ضرر و عیب و عدم انفاق را پذیرفته است.^۱

ج) طلاق به توافق

گاهی هم طلاق به درخواست زوجین است که به آن، «طلاق توافقی» گفته می‌شود. حقوق‌دانان در مورد این که در طلاق توافقی نیز تشریفات مراجعه به دادگاه یا ارجاع به داوری، ضروری است یا خیر، نظرهای متفاوتی دارند. در ایران به موجب لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، زوجین با توافق هم می‌توانند بدون اجازه دادگاه، به دفتر طلاق، مراجعه و اقدام به طلاق و ثبت آن کنند؛^۲ چون تلاش دادگاه برای سازش زوجینی که تصمیم به جدایی گرفته‌اند، بی‌فایده خواهد بود. بنابراین، چه

۱. سیدمحسن حکیم، نگاهی به وضعیت شیعیان عراق در قانون احوال شخصیه

این کشور، ص ۷۸-۸۰

۲. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۲۹۱.

بهرتر که حقوق، ناتوانی خود را بپذیرد و در برابر دو انسانی که مایل به ادامه زندگی زناشویی نیستند، مقاومت نکند.^۱

با این حال، کفایت توافق طرفین بر طلاق، به آسانی، زندگی خانوادگی را دست‌خوش توفان طلاق می‌کند و چه بسا راه سوءاستفاده‌های بسیاری را بگشاید. مجمع تشخیص مصلحت نظام با توجه به این اشکال‌ها قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق را در سال ۱۳۷۱ تصویب کرد و مراجعه به دادگاه الزامی شد.^۲

در جوامع سنتی پیچیده‌ای مثل افغانستان که افراد در تصمیم‌گیری‌های‌شان زیر فشار آداب و رسوم کهنه قبیله‌ای، آزادی کامل ندارند و نیز به دلیل بی‌سوادی و ناآگاهی بیشتر زنان از حقوق‌شان، ضرورت دارد در قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، مراجعه به دادگاه و رعایت تشریفات ثبت طلاق توافقی الزامی شود.

گفتار دوم - گونه‌ها و آثار طلاق

۱. گونه‌های طلاق

فقیهان، طلاق را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: طلاق سنی و طلاق بدعی. منظور از طلاق سنی، طلاقی است که از نظر شریعت اسلامی، صحیح و مشروع است. طلاق بدعی نیز آن طلاقی است که شرایط طلاق صحیح را ندارد و حرام و بدعت است که سه نوع است:

۱. طلاق حایض پس از دخول با حضور زوج و طلاق نفساء؛

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۲۰.

۲. منیژه دانای علمی، موجبات طلاق در حقوق ایران و اقلیت‌های غیرمسلمان، (تهران، انتشارات اطلس، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۰۴).

۲. طلاق در طهر واقعه؛

۳. سه طلاق بدون رجوع میان آن‌ها.

به اتفاق نظر مذاهب اسلامی، طلاق حیض از اقسام طلاق‌های حرام و بدعی است. از دیدگاه فقه امامیه، اگر کسی زنش را در حیض طلاق دهد، چنین طلاق در اصل واقع نمی‌شود.^۱ ظاهریه از مذاهب اهل سنت با امامیه هم نظر است.^۲ برخی دیگر از مذاهب اهل سنت نیز بر این باورند که طلاق واقع می‌شود، ولی مرتکب آن فقط مرتکب گناه شده است. به نظر مالکیه، حاکم، زوج را به رجوع اجبار می‌کند و از دید حنفیه مستحب است رجوع کند.^۳

از دید فقه امامیه، طلاق در طهر واقعه باطل است و از دید مشهور امامیه، با سه طلاق در یک مجلس فقط یک طلاق واقع می‌شود.

طلاق صحیح به بائن و رجعی تقسیم می‌شود. فقیهان امامیه در بحث طلاق، نخست، اقسام طلاق بائن را برشمرده و به جز آن را طلاق رجعی دانسته‌اند.^۴ از این بیان استفاده شده است که اصل در طلاق، رجعی است و طلاق بائن حالت استثنایی دارد. بر این اساس، اول طلاق‌های بائن را برمی‌شماریم و پس از آن، به طلاق رجعی می‌پردازیم.

الف) طلاق بائن

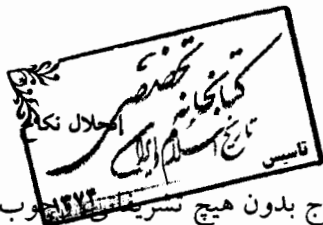
در طلاق بائن، رابطه زوجیت به طور کامل قطع می‌شود و زوج نمی‌تواند برگردد. به همین دلیل، بسیاری از احکام طلاق رجعی، نظیر حق

۱. زین الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۹، ص ۱۲۰.

۲. مصطفی ابراهیم الزلمی، پیشین، ص ۱۱۴.

۳. همان، ص ۱۱۵.

۴. محمد مکی العاملی، پیشین، ج ۶، ص ۳۴.



بازگشت مجدد زوج به کانون ازدواج بدون هیچ سرطانی موجب نفقه و لزوم سکونت زوجه در خانه زوج و امکان نداشتن ازدواج با خواهر زوجه در زمان عده، در طلاق بائن وجود دارند. فقیهان اقسام طلاق بائن را شش عدد دانسته و حقوق دانان مورد هفتمی نیز به آن افزوده‌اند که اکنون برمی‌شماریم:

اول - طلاق زنی که با او نزدیکی نشده باشد (طلاق غیر مدخوله)

اگر شوهر بخواهد زنی را که با او آمیزشی نکرده است که موجب غسل شود، طلاق دهد، چنین طلاقی بائن است. از دید فقه امامیه، خلوت تام حکم دخول را ندارد.^۱

دوم - طلاق زن یائسه

زن یائسه عبارت از زن پنجاه یا شصت ساله‌ای است که حیض نمی‌شود.

سوم - طلاق زوجه صغیره

این مورد در قانون مدنی ایران جزو طلاق بائن ذکر نشده است. دلیل این امر آن است که پیش از سال ۱۳۶۱، ازدواج دختر کمتر از ۱۲ سال ممنوع بود، از آن زمان به بعد، چنین نکاحی به شرط رعایت مصلحت و کی جایز شمرده شد. در این مورد، قانون به فقه امامیه نظر داشته است. می‌توان گفت با توجه به قول فقیهان که چنین طلاقی را بائن می‌دانند، قانون مدنی نیز این نوع طلاق را بائن می‌داند.^۲

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۲، ص ۱۲۰.

۲. سیدحسین صفایی اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۲۵.

چهارم - طلاق خلع

خلع در اصطلاح ادبی، اسم مصدر «خَلَعَ» به معنای کنندن و جدا کردن است. در اصطلاح فقهی، خلع به معنای رها کردن زوجه در مقابل بذل مال است، در حالی که کراهت و تنفر از ناحیه زوجه باشد.^۱ زن و شوهر در قرآن کریم به لباس هم تعبیر شده‌اند.^۲ پس خلع در موارد جدایی میان آنان صدق می‌کند. بنابراین، شرط تحقق خلع دو چیز است: (۱) زن از شوهر تنفر داشته باشد. (۲) مالی را که به فدیة موسوم است، به مرد بذل کند.

فقیهان در فرض کراهت گفته‌اند که یا ذاتی است مثل زشتی چهره شوهر یا عارضی است مثل ازدواج مجدد شوهر. اگر شوهر زنش را آزار جسمی یا روحی دهد و زن برای رهایی از چنگال او مهر یا مالی به او بدهد، گرفتن این مال بر مرد حرام است.^۳

مالی که زن فدیة می‌دهد، باید مالیت داشته باشد. اگر آن مال قابل تملک نباشد، آیا خلع باطل است یا خیر؟ در این زمینه، میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. برخی گفته‌اند خلع، صحیح است و زوجه، ضامن مثل یا قیمت است.^۴ برخی دیگر هم گفته‌اند که خلع باطل است؛ زیرا خلع یک معاوضه حقیقی است و طلاق انجام شده، یک طلاق رجعی است.^۵ نظر اول مستدل‌تر است با این توجیه که خلع واقعاً معاوضه نیست، بلکه از ایقاعات است و همواره با اراده زوج انجام

۱. زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۳۶۵.

۲. بقره: ۱۸۷.

۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۴۱.

۴. محمد مکی العاملی، اللمعة الدمشقیة، ج ۶، ص ۹۵.

۵. زین‌الدین العاملی، پیشین، ص ۳۸۹؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۳۴.

می‌گیرد.^۱ در تأیید این نظر باید گفت اگر فدیة قبل از قبض تلف شود، زوجه، ضامن مثل یا قیمت آن است؛ زیرا ضمان در این جا ضمان معاوضی نیست، بلکه ضمان ید است.

در طلاق‌های توافقی که زوجه بدون کراهت داشتن، مالی را به زوج می‌بخشد، مشهور فقیهان آن را به دلیل نبود عنصر کراهت، رجعی دانسته‌اند.^۲ همان‌گونه که گفته شد، بر اساس ضوابط، طلاق بائن شمارش شده و محدود است و در موارد مشکوک، اصل آن است که رجعی باشد. شرایط عمومی طالق و مطلقه در خالص و مختلعه و نیز حضور دو شاهد عادل، شرط است.^۳ در شیوه اجرای خلع که آیا مرحله است (مرحله اول، بخشیدن مال و مرحله دوم، قبول مال و انجام طلاق) یا یک مرحله‌ای، دو نظر وجود دارد.

برخی فقیهان گذشته و معاصر گفته‌اند همین‌که زن گفت مالی را می‌بخشم و مرد جواب دهد: «خلعتک علی کذا»، کافی است و به اجرای صیغه طلاق نیازی نیست.^۴ زوجه در صورتی می‌تواند به فدیة بذل شده مراجعه کند. که عده منقضی نشده باشد و نیز موردی باشد که زوج بر اساس قاعده بتواند رجوع کند، اگر عده سرآمده باشد یا مورد از مواردی باشد که زوج نتواند رجوع کند، مثلاً طلاق یائسه یا غیرمدخوله باشد، زوجه نمی‌تواند به مبذول مراجعه کند.^۵ اگر زوجه به فدیة رجوع کند، طلاق هم به رجعی تبدیل خواهد شد و آثار آن را خواهد داشت.

۱. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۴۳۰.

۲. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۳، ص ۳۹.

۳. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۴۹۷.

۴. سیدابوالقاسم الموسوی الخویی، پیشین، ص ۳۰۵.

۵. محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۶۳.

پنجم - مبارات

مبارات به معنای مفارقت دو طرفی است. مبارات همانند خلع است، جز آنکه در مبارات، کراحت از دو طرف است و فدیة نمی‌تواند افزون بر مهر باشد. پس از مبارات، طلاق نیز باید واقع شود.^۱ اگر زوجه به فدیة رجوع کند، طلاق رجعی خواهد شد و آثار آن را خواهد داشت.

ششم - طلاق سوم پس از سه وصلت متوالی

طلاق سوم که پس از سه وصلت پی در پی واقع شود، بائن خواهد بود، اعم از این که وصلت با نکاح جدید باشد یا با رجوع. در این صورت، زن نمی‌تواند با شوهر سابق خود ازدواج کند، مگر آنکه با مرد دیگری که به «محلل» موسوم است، ازدواج کند و پس از نزدیکی، به سبب یکی از اسباب انحلال، نکاح از او جدا شود.

هفتم - طلاق قضایی

در این که طلاق قضایی، رجعی است یا بائن، اختلاف نظر وجود دارد. از آن جا که اصل در طلاق‌ها، رجعی است، جز مواردی که استثنا شده است و موارد استثنا شده همان شش مورد بود که گفتیم، پس این طلاق، رجعی است. از (ماده ۱۱۴۵) قانون مدنی ایران، رجعی بودن طلاق بر می‌آید، هر چند در عمل، چندان از آن استفاده نمی‌شود.

این دیدگاه از چند جنبه اشکال دارد که برمی‌شماریم:

۱. رجعی بودن طلاق قضایی، نقض غرض است. رجوع شوهر به معنای بی‌اثر کردن حکم دادگاه است.^۲

۱. همان، ص ۸۹-۹۱.

۲. سیدحسن امامی، پیشین، ج ۵، ص ۶۵.

۲. نظم عمومی و حرمت احکام قضایی طلاق ایجاب می‌کند حق رجوع برای شوهر نباشد.^۱

۳. وقتی طلاق خلع و مبارات که شوهر به اختیار خود، آن را واقع ساخته، بائن است. به طریق اولی، طلاق قضایی که شوهر به حکم دادگاه ملزم به آن شده است، باید بائن باشد.^۲

۴. اصل رجعی بودن طلاق و روایات مبنای آن، مربوط به طلاق است که به اختیار و اراده مرد واقع می‌شود، نه طلاق که شوهر به حکم دادگاه ملزم به آن می‌شود.^۳ براین اساس، بهتر است طلاق قضایی را در ردیف طلاق‌های بائن بشماریم.

اکنون پسندیده است به طلاق‌های بائن در حقوق افغانستان اشاره کنیم: ماده ۱۴۶ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: طلاق به‌طور عام رجعی و در موارد ذیل بائن می‌باشد:

(۱) طلاق سوم؛ (۲) طلاق قبل از دخول؛ (۳) طلاق به عوض؛ (۴) طلاق که در این قانون بائن خوانده شده.

درباره دو مورد اول؛ یعنی طلاق سوم و طلاق پیش از دخول بحثی نیست؛ زیرا فقه امامیه نیز آن را پذیرفته است. در مورد طلاق به عوض، توضیح این نکته ضروری است که طلاق به عوض، طلاق خلع نیست؛ زیرا در (مواد ۱۵۶ و ۱۷۵) قانون مدنی افغانستان، خلع در عرض طلاق قرار گرفته است و احکام مفصل و جداگانه‌ای دارد. وقتی به فقه اهل

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۴۰.

۲. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۲۶. به نقل از: حسین مهرپور، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، تهران، اطلاعات ۱۳۶۸، ص ۶۲.

۳. همان.

سنت مراجعه می‌کنیم، دلایل این تفاوت روشن‌تر می‌شود. میان خلع و طلاق به عوض سه تفاوت وجود دارد:

۱. با لفظ و صیغه خلع نیاز به طلاق نیست، ولی در طلاق به عوض، بذل عوض کافی نیست، بلکه پس از آن طلاق باید واقع شود تا جدایی صورت گیرد.

۲. اگر در خلع بدل باطل باشد، خلع صحیح است، ولی در طلاق به عوض، اگر عوض باطل بود، طلاق رجعی خواهد شد.

۳. خلع دیگر حقوق ثابت زوجیت مثل نفقه را ساقط می‌کند. در طلاق به عوض، اگر به اسقاط آن حقوق تصریح نشود، ساقط نمی‌شود.^۱ در توضیح بند ۴ ماده ۱۴۶ نیز می‌گوییم مواردی که در قانون مدنی، طلاق بائن دانسته شده، به شرح زیر است:

اول - تفریق به خلع (ماده ۱۶۰)؛ دوم - تفریق به سبب عیب (ماده ۱۸۰)؛ سوم - تفریق به سبب ضرر (ماده ۱۸۴).

نکته قابل توجه در قانون مدنی افغانستان در مورد طلاق قضایی آن است که این قانون، طلاق قضایی را به طور مطلق، بائن یا رجعی قرار نداده، بلکه فقط مواردی از آن طلاق را بائن دانسته است. در فقه حنفی، طلاق بائن افزون بر این‌هایی است که قانون مدنی افغانستان تصریح کرده است. مواردی مثل جدایی به سبب لعان و ایلاء نیز طلاق بائن هستند.^۲

قانون مدنی افغانستان به پیروی از فقه اهل سنت، طلاق بائن را به دو دسته تقسیم می‌کند:

۱. بدران ابوالعینین بدران، پیشین، ص ۴۱۱.

۲. همان، ص ۴۱۷ و ۴۵۴.

۱. طلاق بائن صغری: طلاقى است که زوج می‌تواند با عقد جدید، رابطه زوجیت را با زن سابق خود برقرار سازد، مثل طلاق زوجه قبل از دخول. (ماده ۱۴۸)

۲. طلاق بائن کبیره: طلاقى است که زوج نمی‌تواند با عقد جدید، رابطه زوجیت را با زن سابق خود برقرار سازد، همانند سه طلاقه شدن. این تقسیم‌بندی در قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی مثل عراق نیز آمده است.^۱

ب) طلاق‌های رجعی

هر طلاقى که بائن نباشد، رجعی است. در طلاق رجعی، رابطه زوج و زوجه به طور کامل از هم نمی‌گسلد و این رابطه تا سر آمدن عده ادامه دارد. زوج در این مدت می‌تواند از طلاق برگردد. مبنای رجوع، این آیه شریفه است که خداوند در آن می‌فرماید:

شوهران زنان مطلقه برای بازگرداندن آنان سزاوارتر هستند، در صورتی که مایل به سازش و اصلاح باشند.^۲

رجوع که عمل حقوقی یک‌طرفه است و با اراده مرد انجام می‌شود، می‌تواند به لفظ یا به عمل باشد؛ صریح بگوید من رجوع کردم یا از روی قصد و اراده، عملی با زن انجام دهد که آن کار جز میان زن و شوهر روا نباشد. این مسئله در قانون ایران تصریح شده است که علاوه بر قصد فعل، قصد رجوع نیز لازم است، در حالی که جمع زیادی از فقیهان، قصد فعل را در رجوع کافی دانسته‌اند.^۳

۱. ماده ۳۸ قانون احوال شخصیه ۱۹۵۹ عراق.

۲. بقره: ۲۲۸.

۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۳، ص ۱۸۰؛ امام خمینی، پیشین، ص ۳۴۷.

بر اساس روایتی از امام صادق علیه السلام، هر کس با زن، کاری انجام دهد که میان زن و شوهر رواست، هرچند تصمیم رجوع کردن نداشته باشد، رجوع به شمار می‌رود.^۱

در این که رجوع، حق است یا حکم، میان فقیهان اتفاق نظر وجود ندارد. ثمره این نزاع در اسقاط آن ظاهر می‌شود، چه اگر حق باشد، قابل اسقاط است، ولی به ظاهر، رجوع، حکم شرعی است که با توافق قبلی قابل اسقاط نیست.^۲

حضور شاهد در رجوع گرفتن، شرط نیست. جمهور اهل سنت، حضور دو شاهد عادل را هنگام رجوع لازم می‌دانند. جالب این جاست که (ماده ۱۵۰) قانون مدنی افغانستان، حضور شاهد هنگام رجوع را لازم نمی‌داند. رجوع به فدیة در طلاق خلع و مبارات طلاق را به طلاق رجعی تبدیل می‌کند و تمام آثار رجعی بودن طلاق بر آن مترتب می‌شود.

۲. آثار طلاق

طلاق پایان زوجیت است، ولی ممکن است آثار مختلفی برای زوجین و فرزندان ایشان به وجود آورد. اکنون از این آثار بحث خواهیم کرد.

الف) آثار طلاق بائن

در طلاق بائن، رابطه زوجیت به طور کامل قطع می‌شود. از طلاق‌های بائن؛ در طلاق غیرمدخوله، طلاق یائسه و طلاق صغیره، عده وجود ندارد.^۳ در بقیه موارد، زن باید پس از طلاق، عده نگه دارد.

۱. شیخ حر عاملی، ج ۱۸، ص ۴۰۰.

۲. سید روح الله الموسوی الخمینی، پیشین ص ۳۳۱.

۳. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، ص ۴۰۳.

عده عبارت است از مدتی که تا پایان آن، زنی که نکاح او منحل شده است، نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند.^۱ مبنای عده نیز آیات قرآن کریم است.^۲ به جز عده، بقیه آثار زوجیت با طلاق بائن قطع می‌شود. توارث میان ایشان نیست و زن مستحق نفقه نخواهد بود. فقط دو مورد استثنا وجود دارد:

اول - نفقه زن حامل

زنی که از شوهر خود حمل دارد، تا زمان وضع حمل مستحق نفقه است، هرچند به طلاق بائن، طلاق داده شده باشد.^۳

دوم - طلاق در بیماری موت

اگر شوهر در حال بیماری، زن خود را طلاق دهد و در ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان بیماری بمیرد، زوجه از او ارث می‌برد مشروط به آنکه زن شوهر نکرده باشد. این دیدگاه برخی فقیهان است که در (ماده ۹۴۴) قانون مدنی ایران بازتاب یافته است. بنا بر نظر مشهور فقیهان، حق حضانت و سرپرستی فرزندان پسر تا ۲ سالگی و دختران تا ۷ سالگی با مادر است و پس از آن با پدر.^۴

پدر حتی در زمان حضانت مادر، مسئول نفقه فرزندان خویش است. در صورت عجز یا موت پدر و جد پدری، مادر، مسئول نفقه کودکان خواهد بود.^۵

۱. ماده ۱۱۵۰، قانون مدنی ایران.

۲. بقره: ۲۲۸.

۳. طلاق: ۶.

۴. میرزا ابوالقاسم الجیلانی القمی، پیشین، ج ۴، ص ۴۵۷.

۵. زین الدین العاملی، پیشین، ص ۱۵۷.

ب) آثار طلاق رجعی

در طلاق رجعی، زندگی مشترک به ظاهر پایان می‌پذیرد، ولی بسیاری از آثار زوجیت باقی است و تا زمان سر آمدن عده ادامه دارد. در این مدت، زوج می‌تواند رجوع کند و زندگی زناشویی را بدون نکاح مجدد از سرگیرد. مرد نمی‌تواند تا زمانی که زن در عده است، با خواهر او ازدواج کند و مردی که سه زن دیگر دارد، در این مدت نمی‌تواند با زن دیگر ازدواج کند. زن نیز حق سکونت در خانه زوج و دریافت نفقه را تا پایان عده دارد و بدون اذن زوج نمی‌تواند از منزل خارج شود.^۱

در اینکه مطلقه رجعی در حکم زوجه است یا زوجه حقیقی، است دو نظر وجود دارد. برخی گفته‌اند رابطه زوجیت منحل می‌شود، ولی به حکم قانون، برخی آثار زوجیت تا زمان سر آمدن عده ادامه دارد و زن در حکم زوجه است.

شماری دیگر گفته‌اند که رابطه نکاح در زمان عده پابرجاست و با طلاق و انقضای مدت عده پایان می‌پذیرد. تا آن زمان، زن مطلقه رجعی، زوجه حقیقی است.^۲

همان‌گونه که در حقوق ایران، نظر اول پذیرفته شده است،^۳ نظر انحلال رابطه زوجیت با طلاق و بقای برخی آثار زوجیت به حکم قانون با مبانی سازگارتر است.

۱. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۳۲، ص ۳۳۰.

۲. سیدحسن امامی، پیشین، ج ۴، ص ۶۶؛ جواد تارا، فلسفه حقوق و احکام در اسلام، (تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵)، ص ۲۰۳.

۳. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۲۴.

وصیت و ارث

وصیت و ارث از مباحث اساسی احوال شخصیه هستند که بحث‌ها و تحلیل‌های فقهی و حقوقی مفصل‌تر و عمیق‌تری دارند. افزون بر آن، جنبه عملی و کاربردی آن‌ها نیز بی‌نظیر است و به طور مستقیم بر زندگی اجتماعی و خانوادگی افراد جامعه اثر می‌گذارند. همچنین تفاوت‌های فقهی دو مذهب امامیه و حنفیه در مسئله ارث و وصیت چشم‌گیر و قابل توجه است. به این دلیل، گذاشتن و گذاشتن از این دو بحث مهم را سزاوار ندیدیم. از سوی دیگر، به دلیل تنگی حوصله و مجال محدود پژوهش حاضر، امکان پرداختن تحلیلی و مفصل به آن‌ها وجود نداشت. بنابراین، از باب ضرورت و جمع میان آن همه فواید مورد اشاره و محدودیت یاد شده، بر آن شدیم تا با بسنده کردن، به حداقل دو بحث ارث و وصیت را به صورت مختصر و با تکیه بر بیان تفاوت‌های فقهی دو مذهب اسلامی افغانستان بررسی کنیم، در این صورت، روشن می‌شود، تفاوت‌های فقهی که در این کتاب از آن سخن گفتیم و آن را دلیل ضرورت تفکیک قانون احوال شخصیه شیعیان از قانون مدنی افغانستان برشمردیم، صرفاً یک ادعا نیست، بلکه واقعی است مسلم و انکارناپذیر.

مبحث اول - وصیت

گفتار اول - ماهیت حقوقی وصیت

۱. تعریف وصیت

وصیت از ماده «وصی، یصی» گرفته شده که به معنای وصل و پیوست است. توجیه این معنا چنین است که موصی به وسیله آن، تصرف و استیلا پیش از مرگش بر اموالش را به پس از مرگش پیوند می‌زند.^۱

فقیهان امامیه، تعریف‌های گوناگون از وصیت دارند که هر کدام با انتقاد فقیهان تیزبین روبه‌رو شده است.^۲ به همین دلیل، نویسنده کفایة الاحکام گفته است: «وصیت تملیک عین یا منفعت یا فک ملک یا تسلیط بر تصرف اموال برای زمان پس از مرگ می‌باشد».^۳

حقوق دانان نیز تعریفی نزدیک به همین مفهوم ارایه داده و گفته‌اند: «وصیت عبارت است از ایقاعی که به موجب آن شخصی که موصی نامیده می‌شود، استیفاء حق را معلق بر فوت کند. اگر هدف مذکور، ایجاد ولایت باشد، وصیت را عهدی و در غیر این صورت، تملیکی می‌نامند، هر چند مفید تملیک نباشد، مثل ابراء».^۴

وصیت به دو گونه عهدی و تملیکی تقسیم می‌شود که تعریف وصیت را باید در نظر گرفت تا تعریف جامع باشد.

۱. حسن بن یوسف مطهر الحلی (علامه حلی)، تحریر الاحکام الشرعیه، (قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۲)، تحقیق: ابراهیم بهادری، ج ۳، ص ۳۳۰.

۲. سید محمد جواد حسینی عاملی، پیشین، ج ۹، ص ۳۶۳.

۳. محمد باقر سبزواری، پیشین، ص ۱۲۹؛ کتاب وصایا.

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، وصیت - ارث، (تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۱)، چاپ سوم، ص ۲۱۹.

ماده ۲۱۰۳ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد:

وصیت عبارت است از تصرف در ترکیه به نحوی که اثر آن، به مدت بعد از وفات وصیت‌کننده منسوب باشد.

۲. وصیت؛ عقد یا ایقاع

وصیت، عهدي ایقاع است؛ زیرا به تصریح فقیهان، قبول در آن شرط نیست، هرچند به وصی، حق رد وصیت در زمان زندگی موصی داده شده است. در واقع، شارع، مسئولیت وصی را در ردیف تکالیف اجتماعی قرار داده است.

میان فقیهان امامیه در باره وصیت تملیکی اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان آن را عقد^۱ و عده‌ای از فقیهان متأخر، ایقاع می‌دانند.^۲ فقیهان مذهب حنفیه نیز آن را عقد و نیازمند قبول دانسته‌اند.^۳ با این حال، دلایل ایقاع بودن وصیت تملیکی بر عقد بودن آن می‌چربد و دلایل بسیاری برای آن شمرده‌اند.^۴

از نگاه تحلیل حقوقی نیز وقتی یک عمل حقوقی را عقد می‌شمارند که از فرض نفوذ اراده یک طرف، زیانی به طرف دیگر برسد.^۵ عقد اصولاً توافق اراده‌ها است، در حالی که در مورد وصیت تملیکی چنین نیست.

تنها شایبه عقد بودن وصیت تملیکی این است که در آن، رضایت وصی مقرر شده است. در واقع، رد وصیت پس از ایجاب، خود، ایقاع جداگانه‌ای است.

۱. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۲۶۸.

۲. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، پیشین، ص ۶۶۱.

۳. ابی بکر الکاسانی، بدایع الصنائع، ج ۷، ص ۲۲.

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۶-۱۶.

۵. همان، ص ۵.

به نظر مشهور فقیهان امامیه، در وصیت تملیکی، حق قبول از موصی له به ورثه وی منتقل می شود.^۱ به نظر حنفیه، با مرگ موصی له وصیت اساساً باطل می شود.^۲

قبول موصی له در وصیت اثر قهقرای دارد. اگر موصی در اول سال بمیرد و موصی له در آخر سال قبول کند، منافع مدتی که میان قبول و موت حاصل شده است، از آن موصی له خواهد بود.^۳ وصیت برای جهت عمومی مثل فقیران و مساجد به قبول نیاز ندارد.^۴ این دو مقرر و قواعد نظیر آن، دلیل ایقاع بودن وصیت تملیکی است.

گفتار دوم - ارکان و مقررات وصیت

وصیت دارای ارکان و مقررات مفصلی است که برای رعایت اختصار، آن ها را یک جا بررسی می کنیم.

۱. موصی

بجز شرایط عامه تکلیف؛ یعنی بلوغ و عقل و رفع حجر، در موصی شرط است که اقدام به خودکشی نکرده باشد. مستند این حکم، روایت صحیح ابی ولاد از امام صادق علیه السلام است که می فرماید:

اگر کسی پس از آنکه به خود جراحت وارد آورد که بمیرد یا خودکشی کند، وصیتی کند، وصیت او باطل است.^۵

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۱۷.

۲. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ج ۳، ص ۳۲۰.

۳. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۲۰.

۴. همان، ص ۱۸.

۵. محمدبن حسن حرعاملی، پیشین، ج ۱۳، ص ۴۴۱؛ باب ۵۲ از احکام وصایا، ح ۱.

از نظر امامیه، جنون موصی پس از وصیت به صحت آن خلل وارد نمی‌کند. به نظر حنفیه، اگر پس از وصیت، مبتلا به جنون اطلاق گردید و تا شش ماه دوام یافت، وصیت باطل می‌شود. همچنین اگر به وسواس مبتلا شود و در همان حال بمیرد، وصیت باطل خواهد شد. وصیت کسی نیز که اموالش جواب‌گوی بدهی‌هایش نیست، به دلیل اینکه متعلق حق طلب‌کاران است، باطل است.^۱ از دید حنفیه و امامیه، وصیت هازل و اشتباهی و مکره، صحیح نیست.^۲

به اتفاق نظر مذاهب پنج‌گانه اگر موصی در بیماری موت تصرف محاباتی کند و مالی را هبه کند یا صدقه دهد یا طلب‌کاری را از دین ابرا کند یا مالی را به ثمن بخرس بفروشد یا مالی را به قیمت گزاف بخرد و مانند آنکه ضرر به وارثان را در پی دارد، چنین وصیتی اعتبار مطلق ندارد و اعتبار آن محدود به ثلث مال است و بیش از آن بدون اجازه وارثان، باطل خواهد بود.^۳

موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند؛ زیرا وصیت، عقد لازم نیست. رجوع می‌تواند لفظی یا عملی باشد. این مسئله نیز اتفاقی است.

۲. موصی له

وصیت برای حمله که نطفه‌اش هنگام وصیت منعقد شده، صحیح است.^۴ در نگاه امامیه، صحت تملک وی به آن مشروط است که زنده

۱. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ج ۳، ص ۳۱۷.

۲. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۶۴.

۳. همان، ص ۴۷۸.

۴. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ص ۳۱۹.

متولد شود.^۱ قانون مدنی تعبیر «زنده فعال» را به کار می‌برد که به نظر می‌رسد مفهوم آن همان «زندگی مستقر» باشد که فقیهان امامیه به کار برده‌اند و کم‌ترین نشانه آن، گریه کردن نوزاد است. از دیدگاه حنفیه، اگر موصی‌له، موصی را به قتل برساند، حتی اگر خطایی باشد، وصیت باطل می‌شود.^۲

وصیت به بیش از ثلث مال با اجازه وارثان، صحیح است و این اجازه می‌تواند در زمان زندگی موصی باشد. هر چند اجازه ورثه نسبت به مالی که در آینده به تملک آن‌ها در خواهد آمد، اجازه قبل از موقع خواهد بود. فقیهان امامیه نسبت به صحت این اجازه به استناد روایت صحیح منصور بن حازم و روایت محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام فتوا داده‌اند.^۳ حنفیه اجازه را در زمان زندگی موصی سودمند نمی‌دانند و بر این باور است که اجازه و رد باید پس از مرگ موصی باشد.^۴ قانون مدنی افغانستان در ماده ۲۱۲۲ بر این موضوع تأکید کرده است. البته روشن است که ثلث زمان موت موصی، شرط است، نه زمان وصیت.

حنفیه و دیگر مذاهب اهل سنت، وصیت برای ورثه را باطل می‌دانند، حتی اگر موصی‌له در هنگام وصیت ورثه نباشد، ولی به دلیل فوت ورثه، موصی‌له در ردیف وارثان قرار گیرد، وصیت باطل خواهد شد. البته گفته‌اند با تنفیذ دیگر وارثان، این وصیت، صحیح خواهد بود.^۵

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۲۳.

۲. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ج ۳، ص ۳۱۹.

۳. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۳۶.

۴. عبدالرحمان الجزیری، پیشین، ج ۳، ص ۳۲۰.

۵. همان، ص ۳۱۸؛ موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۴۱۹.

بنابراین، منظور از بطلان در اینجا غیر نافذ است و گر نه باطل چگونه با اجازه می‌تواند عقد باطلی را تصحیح کند. مبنای این حکم، روایتی است که در مجامع روایی اهل سنت از رسول اکرم صلی الله علیه و آله به این عبارت آمده است: «لاوصیة للوارث»^۱

چنین محدودیتی در فقه امامیه وجود ندارد و تفاوتی میان وارث بودن یا نبودن موصی له نیست و وصیت برای وارث صحیح است.^۲ در مصر، رویه قضایی که بر مبنای فقه اهل سنت استوار بود، به مذهب امامیه تغییر رویه داده است و در لبنان نیز قضات اهل سنت خواستار مشروعیت وصیت برای وارث شده‌اند.^۳

به اتفاق نظر مذاهب اهل سنت، مرگ موصی له پیش از مرگ موصی موجب بطلان وصیت می‌شود.^۴ مشهور فقیهان شیعه امامیه به استناد اطلاق روایتی بر این باورند اگر تا زمانی که موصی از وصیت برگشته است، موصی له بمیرد، حق قبول به ورثه وی منتقل می‌شود.^۵ قانون مدنی افغانستان در این مورد دیدگاه فقه امامیه را اختیار کرده و در ماده ۲۱۲۳ مقرر داشته است:

هرگاه شخصی که به او وصیت صورت گرفته، قبل از قبولی یا رد وصیت فوت شود، ورثه موصی له قائم مقام او شناخته می‌شود.

برخی دیگر از فقیهان امامیه به استناد روایت ابی بصیر و محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام قائل به بطلان شده‌اند.

۱. موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۴۱۹.

۲. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۲۹.

۳. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۶۵.

۴. موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۴۳۵.

۵. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۱۷.

دیدگاه سومی هم در میان فقیهان امامیه وجود دارد که برای جمع روایات متعارض و نیز با تحلیل حقوقی سازگار است. در این نظر، شهید ثانی می‌گوید:

اگر غرض موصی، به شخص موصی له تعلق گرفته باشد، با مرگ وی، وصیت باطل می‌شود و به ورثه منتقل نمی‌شود. اگر غرض موصی به شخص موصی له تعلق نگرفته باشد، با مرگ وی، وصیت باطل نمی‌شود و به ورثه منتقل می‌شود.^۱

اگر انسان از وصیت خود برگردد، مثلاً اول ثلث مالش را برای کسی وصیت کند، پس از آن برگردد و آن را برای دیگری وصیت کند، وصیت اول وی باطل می‌شود. اگر تصرفات حقوقی منافعی با وصیت انجام دهد، دلیل آن است که از وصیت خود برگشته است، مثلاً خانه‌ای را که وصیت کرده است، بفروشد یا دیگری را برای فروش آن وکیل کند، وصیت باطل می‌شود.

۳. موصی به

به هر چیز قابل تملک اعم از مال و منفعت می‌توان وصیت کرد. لازم نیست مال مورد وصیت فعلاً موجود باشد؛ به میوه باغ و نتاج حیوان نیز که در آینده به وجود می‌آیند، می‌توان وصیت کرد.

وصیت به مبهم مثل اینکه چیزی (شیئی) را برای فلانی وصیت کند، چنین وصیتی را نیز صحیح دانسته‌اند.^۲

وصیت به حقوقی که قابل انتقال نیستند، همانند حق قصاص، حد قذف و حق شفعه، صحیح نیست.^۳

۱. همان.

۲. همان، ص ۳۵.

۳. همان.

ماده ۲۱۱۳ قانون مدنی افغانستان به پیروی از فقه حنفیه می گوید:

چیزی که به آن وصیت می شود، باید دارای شرایط آتی باشد:

۱. از جمله اشیایی باشد که ارث در آن جاری شده یا قرار گرفتن آن به حیث موضوع عقد در حال حیات وصیت کننده صحت داشته باشد.

۲. اگر موضوع وصیت را مال تشکیل می داد، نزد وصیت کننده متقوم باشد.

۳. اگر موضوع وصیت، شیء معین بالذات باشد، باید هنگام وصیت در ملکیت وصیت کننده موجود باشد.

۴. اندازه وصیت

در صورت وجود وارث، وصیت فقط تا اندازه ثلث، نافذ است. چه در زمان مریضی مورث باشد یا صحت وی. نفوذ بیش از آن نیازمند اجازه وارثان است؛ اگر همه اجازه دادند، تمام وصیت، نافذ و قابل اجراست. اگر برخی اجازه دادند و بعضی هم اجازه ندادند، نسبت به سهام آن هایی که اجازه داده اند، نافذ و آن هایی که اجازه نداده اند، غیر نافذ است. اجازه وارثان وقتی مؤثر است که بالغ و عاقل باشند.^۱ به این مطلب در ماده ۲۱۲۵ قانون مدنی اشاره شده است.

اگر موصی وصیت کند که از ثلث او زکات یا بدهی دیگرش را بدهند، برای نماز و روزه او اجیر بگیرند و کار مستحبی هم مثل اطعام به فقیران انجام دهند، باید اول به واجبات عمل کرد. اگر وصیت او به ترتیب بوده است، باید اول به آن واجبی عمل کرد که مقدم ذکر کرده است.

پس اگر ثلث کافی به تمام آن باشد، به تمام آن باید عمل شود و چنانچه ثلث کافی نباشد، اگر واجب مالی باشد، باید باقی مانده اش را از اصل ترکه برای آن بردارند. اگر باقی مانده، واجب بدنی باشد، ملغی می شود. چنانچه وصیت میت به ترتیب نباشد، باز واجبات بر مستحبات مقدم است، ولی در این صورت، بین واجبات هیچ گونه ترتیبی نیست، بلکه ثلث بر تمام واجبات اعم از مالی و بدنی توزیع می شود و چنانچه وافی به تمام آن نباشد، در باقی مانده واجب مالی از اصل ترکه برداشته می شود و باقی مانده واجب بدنی ملغی می شود. در هر صورت، عمل به مستحبات وقتی واجب است که ثلث به آن هم وافی باشد.

خلاصه اینکه اگر موصی به موارد متعدد وصیت کند و وارثان مازاد بر ثلث را اجازه ندهند، به ترتیب وصیت نامه به اجرا گذاشته می شود تا به میزان ثلث برسد و بیش از آن باطل خواهد بود. واجبات مالی مانند دین و حج از اصل مال و واجبات بدنی مثل نماز و روزه از ثلث مال برداشت می شود.^۱

اگر موصی کشته شود، دیه اش جزو اصل ترکه قرار می گیرد. آن گاه ثلث مال سنجیده می شود.^۲

۵. وصیت عهدی (وصایت)

وصیت عهدی که از آن به وصایت نیز تعبیر کرده اند، تعهد شخصی برای دیگری به انجام وصیت او پس از مرگش است. مثل اینکه دینش را پرداخت یا مطالباتش را وصول کند و به سرپرستی کودکانش همت

۱. همان، ص ۴۴.

۲. همان، ص ۳۷.

گمارد. شخصی که این امور را بر عهده می‌گیرد، «وصی» و در منابع اهل سنت، «وصی مختار» نامیده می‌شود. وصی انتخابی را خود موصی برای سرپرستی اطفال یا اداره اموالش برای دوره پس از مرگش برمی‌گزیند و در مقابل وصی انتصابی قرار دارد که دادگاه برای منظوره‌ای یاد شده تعیین می‌کند.

وصی باید شرایط زیر را داشته باشد تا وصیت صحیح باشد:

(الف) بالغ و عاقل بودن وصی: کودک و دیوانه اختیار خود را ندارد؛ چه رسد به اینکه مسئولیت را نیز بر عهده گیرد. فقیهان تمامی مذاهب بر این باورند که کودک می‌تواند در ضمن بالغ وصی مقرر شود، ولی حق تصرف مستقل را تا زمان بلوغ ندارد. به نظر برخی فقیهان امامیه، به صورت مشترک با بالغ می‌تواند تصرف کند.^۱ از دید حنفیه، حاکم، شخص بالغی را معین می‌کند تا زمان بلوغ به جای او وظایفش را انجام دهد.^۲

(ب) اسلام وصی: اگر موصی مسلمان، وصی غیر مسلمان برای خود برگزیند، امامیه این وصایت را باطل می‌داند. حنفیه نیز می‌گوید قاضی آن را با مسلمان تبدیل خواهد کرد. دلیل آن، نهی از اعتماد مسلمانان به کافران است که در قرآن کریم بیان شده است.^۳

(ج) معین بودن شخص وصی: اگر نامعین باشد، وصایت، باطل است. همین مسئله در ماده ۲۱۰۹ قانون مدنی انعکاس یافته است.

(د) معین بودن موصی به: اگر مورد وصیت، مطلق باشد و بگوید فلانی وصی من است، به اتفاق نظر همه، چنین وصیتی، باطل است.

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۷۳.

۲. موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۵۶۹.

۳. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۶۸.

هـ) عدالت وصی: هرچند مشهور فقیهان امامیه، عدالت موصی را شرط دانسته‌اند،^۱ برخی از ایشان، امانت و اعتماد وصی را کافی دانسته و دلایل استواری بر شرط نبودن عدالت بیان داشته‌اند.^۲ دیگر مذاهب از جمله حنفیه، عدالت را در وصی شرط نمی‌دانند.^۳

به هر حال، با ظاهر شدن خیانت وصی، حاکم شرع، وی را از سمت وصایت عزل می‌کند. بعضی از فقیهان بزرگ گفته‌اند نیازمند عزل حاکم نیست، بلکه منعزل می‌شود.^۴

و) توانایی وصی: حنفیه، توانایی وصی را شرط دانسته‌اند. امامیه، وصی قرار دادن عاجز را صحیح می‌دانند و دخالت حاکم را در نظارت یا ضم امین، ضروری شمرده‌اند.^۵

امامیه و حنفیه هر دو معتقدند که وصی نمی‌تواند به هیچ وجه پس از مرگ موصی، وصیت را رد کند. رد در زمان حیات موصی نیز تا وقتی که به اطلاع موصی نرسیده است، اعتبار ندارد. اگر وصی رد را به اطلاع موصی رسانده یا موصی از وصیت برگردد، دیگر وصیت، باطل خواهد بود.^۶

۱. همان، ص ۶۹.

۲. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۳۹۲؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۱۸۹؛ علامه حلی نیز پس از انتساب شرط بودن عدالت به شیخ طوسی در شرط دانستن آن اظهار تردید می‌کند. حسن بن یوسف مطهر الحلی (علامه حلی)، پیشین، ج ۳، ص ۳۷۷.

۳. موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۵۶۹.

۴. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۵، ص ۷۷.

۵. همان، ص ۷۵.

۶. همان، ص ۸۱؛ محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۸۵؛ موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۵۷۳.

موصی می‌تواند بیش از یک نفر را به‌عنوان وصی تعیین کند. اگر موصی تعیین کرده باشد که اوصیا مستقلاً یا مجتمعاً به وصیت عمل کنند، بر اساس آن رفتار می‌شود. از دید امامیه، اگر تعیین تکلیف نکرده باشد، آن‌ها باید مجتمعاً عمل کنند و حق ندارند به صورت انفرادی عمل کنند. اگر با هم اختلاف کردند، قاضی، ایشان را به همکاری ملزم می‌کند، اگر الزام ممکن نبود، کسی دیگر را به جای آن‌ها منصوب می‌کند. البته اگر تأخیر موجب ضرر می‌شود، انفرادی عمل کردن جایز است.^۱

به نظر حنفیه، در هفت مورد که تأخیر در آن‌ها جایز نیست و یا طبیعت کار، اقتضای انفرادی بودن را دارد، می‌توانند به صورت انفرادی کار کنند، مانند کفن کردن، ادای دیون، رد عین و دیعه، خرید و سایل مورد نیاز ضروری کودکان صغیر، قبول هبه برای آن‌ها، دفاع از موصی در خصومت علیه او و تنفیذ وصیتش در غیر این موارد، عمل انفرادی جایز نیست.^۲

ابویوسف یکی از فقیهان بزرگ حنفیه با این استدلال که سمت ولایت و وصایت تجزیه ناپذیرند، معتقد است هرکدام از اوصیا می‌توانند به صورت مستقل عمل کنند.^۳

اگر یکی از آن‌ها بمیرد یا دیوانه شود، در صورتی که هر دو وصی مستقل بودند، سمت او از بین می‌رود و دیگری مستقلاً مورد وصیت را انجام می‌دهد. اگر به صورت اجتماعی عمل می‌کردند، قاضی، به وصی

۱. حسن بن یوسف مطهر الحلی (علامه حلی)، پیشین، ج ۳، ص ۳۷۸.

۲. موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۵۶۹.

۳. همان.

باقی مانده، امین ضمیمه می‌کند.^۱ صاحب المغنی از فقیهان بزرگ اهل سنت می‌گوید قاضی به وصی باقی مانده، امین ضمیمه می‌کند.^۲

به گفته مغنیه در اینکه آیا موصی بر صغار خود برای زمان پس از مرگش می‌تواند وصی در امر ازدواج تعیین کند یا خیر، جمهور فقیهان فریقین، وصیت به ازدواج را جایز ندانسته‌اند.^۳

اقرار وصی به دین یا عین چون اقرار نسبت به مال غیر است، بی اعتبار است. وصی در حکم امین است و تا زمانی که نسبت به مال صغار تعدی و تفریط نکرده باشد، ضامن تلف آن نخواهد بود.^۴ اگر صغار پس از رسیدن به سن رشد، مدعی خیانت وصی شوند باید بینه اقامه کنند؛ زیرا مدعی‌اند. وصی در صورتی می‌تواند برای خود وصی تعیین کند که موصی به وی این اجازه را داده باشد.^۵

۶. وصیت واجب

مسئله دیگری که در قانون مدنی افغانستان (مواد ۲۱۸۲-۲۱۸۹) وجود دارد، «وصیت واجبه» است که در فقه امامیه سابقه ندارد و در قانون مدنی ایران نیز که بر مبنای فقه امامیه تدوین یافته است دیده نمی‌شود. بر اساس، (ماده ۲۱۸۲ قانون مدنی) وصیت واجبه به این صورت است:

۱. حسن بن یوسف مطهر الحلی (علامه حلی)، پیشین، ج ۳، ص ۳۷۸.

۲. موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۵۷۵.

۳. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۸۷؛ حسن بن یوسف مطهر الحلی، پیشین، ج ۳، ص ۳۸۳.

۴. حسن بن یوسف مطهر الحلی (علامه حلی)، پیشین، ج ۳، ص ۳۸۱.

۵. همان، ص ۳۸۲؛ موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۵۷۴.

هرگاه متوفی برای فرع ولد خود که در زندگی او فوت شده یا با متوفی یک جا حقیقتاً یا حکماً وفات کرده باشد، به مثل آنچه ولد مذکور اگر در وقت مرگ او زنده می‌بود، در متروکه او مستحق میراث می‌گردید، وصیت نکرده باشد، برای فرع مذکور در حدود ثلث ترکه وصیت واجب می‌شود، مشروط بر اینکه فرع غیر وارث بوده و متوفی در حیات خود بلاعوض به او مالی را از طریق تصرف دیگری به اندازه حصه واجبه نداده باشد.

این مورد یکی از موارد اساسی تفاوت فقه امامیه و قانون مدنی است که تفکیک میان احکام آن دو را توجیه می‌کند.

مبحث دوم - ارث

هم‌چنان که گفتیم، بحث ارث از مهم‌ترین مباحث احوال شخصیه شیعیان افغانستان است؛ هم از این جهت که از مهم‌ترین بحث‌های فقه است و آثار اجتماعی و اقتصادی دارد و هم به این دلیل که احکام فقه امامیه تفاوت بسیاری با فقه اهل سنت دارد. به این دو دلیل، بحث از احوال شخصیه شیعیان بدون بحث از ارث ناقص می‌کند. پس در این تحقیق، از طرح این بحث هر چند به صورت مختصر ناگزیریم.

گفتار اول - مفاهیم و طبقات ارث

۱. مفاهیم

الف) ارث

میراث از ارث (معنای مصدری) عبارت است از استحقاق انسان با مرگ دیگری به سبب یا نسب چیزی را بالاصاله (با اصل تشریع).^۱

۱. محمد مکی عاملی، اللمعة الدمشقية، ج ۸، ص ۱۱.

میراث از موروث (معنای اسم مصدری) آن چیزی است که انسان با مرگ دیگری مستحق آن می‌شود.^۱

بنا بر این، تعریف میراث به انتقال ترکه متوفی، باطل است و پایه روشنی در فقه امامیه ندارد و با مفهومی که فرانسویان و رومیان ارائه کرده‌اند، نزدیک است... ارث به معنی انتقال قهری ترکه نیست، ولی با آن همراه و ملازم است.^۲

نکته قابل توجه دیگر در رابطه ارث و وصیت است. دو نگرش در این زمینه وجود دارد:

۱. رومیان قواعد ارث را بر پایه اراده مفروض متوفی توجیه می‌کردند. ارث به دو بخش تقسیم می‌شود؛ ارث بدون وصیت یا قانونی و ارث با وصیت که بر پایه اراده بیان شده در وصیت‌نامه صورت می‌پذیرد.
۲. در فقه، وصیت، وسیله تملیک و تصرف رایگان و احسان و هدف اصلی آن، بخشش نیکی و ادای واجبات است. به همین دلیل، فقیهان وصیت را در کتاب عطایا و کنار هبه و وقف می‌آورند. ارث، وسیله تملک قهری است و وصیت در شمار اعمال حقوقی است و اراده موصی در آن اثرگذار است.^۳

(ب) ترکه

منظور از ترکه، موارد زیر است:

۱. هر آن چه شخص مالکیت آن را داشته اعم از عین، دین و حق مالی مثل حق تحجیر، حق خیار، حق شفعه و حق قصاص است.

۱. همان، ص ۱۲؛ محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۳ و ۲.

۲. ناصر کاتوزیان، ارث، (تهران، نشر داد گستر، ۱۳۷۶)، ص ۱۲.

۳. همان، ص ۱۴.

۲. آن چه شخص با مرگ مال آن می‌شود، همانند دیه در قتل خطایی و عمدی.

۳. آن چه پس از مرگ مال او شود، مثل اینکه دامی را که وی گسترده بود، پس از مرگش، صید بگیرد یا داین میت را از دین ابرا کند یا کسی بر جنازه میت جنایت کند.^۱

نزد حنفیه، ترکه عبارت از اموال و حقوق مالی است که در تملک میت بوده است و شامل حقوق شخصی مثل خیار شرط، خیار رؤیت و حق شفعه نمی‌شود؛ زیرا این حقوق متعلق به شخص متوفی است، نه مال او. شامل منافع نیز نمی‌شود؛ چون قدمای حنفیه، منافع را مال نمی‌دانستند.^۲

۲. طبقات ارث (وارثان)

طبقات وارثان میان شیعه و سنی کاملاً متفاوت است. این دو طبقه‌بندی متفاوت به گونه‌ای بر این دو مکتب اثر نهاده است که نود درصد مسائل ارث بین دو مکتب حقوقی تفاوت دارد.^۳

طبقات ارث به واسطه نسب نزد امامیه سه طبقه‌اند:

طبقه اول: پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد و هرچه پایین‌تر برود.
طبقه دوم: اجداد (پدر کلان و مادر کلان) هرچه بالا رود و برادر و خواهر و اولاد اولادشان.

طبقه سوم: عمو و عمه، ماما و خاله ابوینی، ابی و امی و نیز عمو و عمه پدر و مادر و ماما و خاله پدر و مادر.^۴

۱. محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، ص ۴۹۳.

۲. وهبة الزحیلی، پیشین، ص ۲۷۰.

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق اسلام، ص ۲۱۴.

۴. جعفرین الحسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۳/۱۹۸۳ م.
هـ. (ج ۴، ص ۹؛ و محمد مکی عاملی (شهید اول)، پیشین، ج ۸، ص ۲۳.

در این طبقات، درجاتی نیز وجود دارد. بر اساس قاعده «الاقرب یمنع الابعد» یا «الاقرب فالاقرب»، تا کسان نزدیک‌تر به میت باشند، به دورتر ارث نمی‌رسد.^۱ همچنین بر اساس آیه شریفه «اولو الارحام بعضهم اولى ببعض»^۲ خویشاوندان بعضی بر بعضی دیگر اولویت دارند. در قرآن کریم نیز برای بعضی وارثان، سهم ارث به صورت کسری بیان شده است که به این دسته «فرض‌بر» گفته می‌شود. بر این اساس، اول، ترتیب طبقات رعایت می‌شود و در هر طبقه نیز «فرض‌برها» بر دیگر اقرбай همان طبقه مقدم هستند. به دلیل اهمیت فرض‌برها در نظام حقوقی ارث، عده‌ای از فقیهان، تعبیر کتاب فرائض را برای میراث برگزیده‌اند. طبقات ارث نزد اهل سنت که در قانون مدنی افغانستان نیز پذیرفته شده است، عبارتند از:

طبقه اول - فرض بران: فرض‌بران کسانی هستند که سهم‌شان در قرآن کریم به صورت کسری ذکر شده است، اینان همگی در طبقه اول قرار می‌گیرند. بنابراین، خواهر میت که فرض بر است، در طبقه اول قرار می‌گیرد. (ماده ۲۰۰۴)

طبقه دوم - عصبه: جماعتی از خویشان میت که فرض‌بر نیستند و از جانب ذکور با میت نسبت پیدا می‌کنند، «عصبه» نامیده می‌شوند. اهل سنت در این طبقه‌بندی بر مبنای آیه «اولو الارحام» عمل نکرده و حدیثی را مبنا قرار داده‌اند که معتقدند آیه را تخصیص زده است. به این ترتیب، نوه پسری میت در این طبقه قرار می‌گیرد و ارث می‌برد، ولی نوه دختری او ارث نمی‌برد.

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۵۱.

۲. انفال: ۷۵.

طبقه سوم - ذوالارحام: خویشاوندان نسبی میت که نه فرض‌برند و نه عصبه. البته بسیاری از فقیهان اهل سنت از جمله مالک و شافعی می‌گویند این دسته مستحق ارث نیستند. ابوحنیفه و اصحابش معتقدند که اینان نیز به ترتیب عصبه، ارث می‌برند.^۱

در ترتیب این طبقات، اول، فرض‌برها سهم می‌برند. اگر چیزی ماند، به عصبه می‌رسد و اگر این دو طبقه نبود، به طبقه سوم؛ یعنی ذوالارحام می‌رسد.^۲ قانون مدنی افغانستان هم در مواد ۱۹۹۳-۲۱۰۲ این طبقه‌بندی را رعایت کرده است.

به این ترتیب، زیربنای طبقه‌بندی وارثان در شیعه امامیه با اهل سنت به کلی متفاوت است.

از نظر حنفیه و حنابله، اولاد دختر، اولاد خواهر، دختر برادر، فرزند برادر مادری، عمه، عموی مادری (امی)، خاله، ماما، دختر عمو و جد مادری در صورت نبود صاحبان فروض و عصبه ارث می‌برند. این در حالی است که شافعیه و مالکیه این افراد را در شمار خویشان میت قرار نمی‌دهند و بیگانه به شمار می‌روند.^۳

امامیه بدون توجه به مرد و زن بودن آنها، ایشان را جزو خویشان (اولوالارحام) میت قرار داده‌اند.

۳. عول و تعصیب

از معروف ترین تفاوت‌های فقه امامیه با فقه اهل سنت، عول و تعصیب است که به شرح آن‌ها می‌پردازیم.

۱. محمد بن رشد قرطبی، پیشین، ج ۲، ص ۳۳۹.

۲. وهبه زحیلی، پیشین، ج ۸، ص ۲۸۰.

۳. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۹۹.

الف) عصبه

پیش از این به اختصار از عصبه بحث کردیم، ولی به دلیل اهمیت بحث عصبه در قانون مدنی، آن را بیشتر بررسی می‌کنیم.

ماده ۲۰۱۲ قانون مدنی افغانستان در تعریف عصبه می‌گوید:

عصبه شرعاً بالای کسی اطلاق می‌شود که در صورت نبودن صاحبان فروض، تمام متروکه و در صورت موجودیت اصحاب فروض، در حالی که از میراث محجوب نباشد، باقی‌مانده اصحاب فروض را از متروکه مستحق می‌شود.

فقیهان اهل سنت^۱ و به پیروی از آن‌ها، ماده ۲۰۱۴ قانون مدنی افغانستان، عصبه را به سه دسته تقسیم می‌کنند: عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر، عصبه مع غیر.

اول - عصبه بنفسه

بر اساس ماده (۲۰۱۵)، «کسی است که در قرابت وی به میت به غیر محتاج نبوده و در نسبت او به میت، اناث داخل نباشد». یعنی مرد در عصبه بودن نیازمند دیگری نیست و همیشه عصبه است. بر عکس، دو نوع دیگر که نیازمند دیگری است و گاهی عصبه است و گاهی نیست.

این نوع عصبات، نزدیک‌ترین آن‌ها به میت هستند و به ترتیب زیر از میت ارث می‌برند:

۱. پسر

۲. پسر پسر هرچه پایین رود

۳. پدر

۱. وهبه الزحیلی، پیشین، ص ۳۳۵.

۴. اجداد هرچه بالا رود
۵. برادر پدر و مادری (عینی)
۶. برادر پدری
۷. پسر برادر پدر و مادری (عینی)
۸. پسر برادر پدری
۹. عموی (کاکای) پدر و مادری (عینی)
۱۰. عموی (کاکای) پدری
۱۱. پسرعموی (کاکای) پدر و مادری (عینی)
۱۲. پسرعموی (کاکای) پدری

هرگاه این افراد باهم جمع شوند، پسر بر پدر مقدم داشته می‌شود؛ به این معنا که پدر چون فرض بر است، یک ششم می‌برد و بقیه ترکه بر اساس عصبه مورد نظر مذاهب چهارگانه اهل سنت به پسر داده می‌شود. همچنین پسر پسر بر پدر مقدم می‌شود.

پدر نیز بر جد مقدم می‌شود. این مسئله نیز میان اهل سنت اتفاقی است. آنچه محل اختلاف است، تقدم جد بر برادران است. بنا بر دیدگاه حنفیه، جد، مقدم است. از دیدگاه امامیه، شافعیه و مالکیه، جد با برادر با هم ارث می‌برند؛ چون هر دو در یک درجه هستند. (بند ۲ ماده ۲۰۰۵) قانون مدنی افغانستان در مورد جد، قید صحیح را اضافه می‌کند. منظور از جد صحیح، کسی است که در نسبت وی به میت اناث داخل نشود.

در عصبات آن‌هایی که نسبت پدر و مادری (عینی) با میت دارند و به اصطلاح قانون مدنی افغانستان، عینی‌اند، بر آن‌هایی که از یک طرف با میت نسبت دارند، مقدم هستند. پس برادر ابوینی بر ابی تنها و پسر برادر ابوینی بر پسر برادر ابی تنها مقدم است.

در میان آنها نیز بر اساس قاعده الاقرب فالاقرب، درجه نزدیکتر بر دورتر مقدم است. پس عموی میت بر عموی پدر وی مقدم است. به این موضوع در ماده ۲۰۱۷ قانون مدنی اشاره شده است.

دوم - عصبه به سبب غیر

عصبه به سبب غیر، زنانی هستند که دارای فرض مقدرند و مردان نیز با آنها شرکت دارند. اینان چهار دسته از زنان به این ترتیب هستند:^۱

۱. دختر و دختران با پسران؛

۲. دختر و دختران پسر با پسران پسر؛

۳. خواهر و خواهران پدر و مادری (عینی) با برادران عینی؛

۴. خواهر و خواهران پدری با برادران پدری. (م ۲۰۱۹)

اگر برادر با آنها نباشد، به فرض ارث می‌برند. یک دختر و یک خواهر، نصف و اگر متعدد باشند، دو سوم می‌برند. اگر برادر با ایشان باشد، به نظر اهل سنت، آنها به اتفاق برادر به عنوان عصبه و بر اساس هر مرد دو چندان زن از ارث برخوردار می‌شوند.

سوم - عصبه مع غیر

«عصبه مع غیر به مؤنثی اطلاق می‌شود که در عصوبت خود به مؤنث دیگر محتاج بوده^۲ و مؤنث دیگر در عصوبت با او شرکت نداشته باشد».

(م ۲۰۲۰)

خواهر یا خواهران پدر و مادری (عینی) یا پدری تنهای میت در کنار

۱. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۹۹.

۲. همان، ص ۳۳۸.

دختر و دختر پسر میت به عنوان عصبه ارث می‌برند. اگر دختر یا دختر پسر میت نباشند، خواهر و خواهران به عنوان فریضه ارث می‌برند. در این صورت، دختر و دختر پسر فرض خود را می‌برند و بقیه به خواهران ابوینی یا ابی میت می‌رسند.

براین اساس، خواهر ابوینی و ابی سه گونه ارث می‌برد:

۱. فرض بر است وقتی که با وی برادر و دختر میت نباشد.

۲. عصبه بالغیر، وقتی که با وی برادر باشد.

چهارم - عصبه مع الغیر هنگامی که با وی دختر میت باشد

روشن است که عموها با دختر میت وقتی در ارث شریک می‌شوند که خواهر و برادر میت نباشند.

اگر در میان وارثان، فرض بر نباشد، عصبه تمام ارث را می‌برد. اگر هر دو دسته باشد، فرض بر فقط فرض خود را می‌برد و بقیه به عصبه می‌رسد. تمام مذاهب اهل سنت در این موضوع اتفاق نظر دارند.

اگر در کنار فرض بر، عصبه نباشد، شافعیه و مالکیه اضافه بر فرض را به بیت‌المال می‌دهند، ولی حنفیه و حنابله باقی‌مانده را به فرض بر، رد می‌کنند.

امامیه، میراث به عصبه را به این صورت نمی‌پذیرد. شهید اول در

این مورد می‌گوید:

ولا میراث للعصبه إلا مع عدم القرب فی ردّ علی البنات و البنات، و الاخت و الاخوات للاب و الام، او للاب و علی الام، و علی کلاله الام مع عدم وارث فی درجتهم.^۱

عصبه مستحق میراث نیست، مگر زمانی که خویشان نزدیکتر وجود نداشته باشند. بنا براین، اضافه بر سهام به دختر

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۷۹.

و دختران، خواهر و خواهران پدر و مادری (عینی) یا پدری فقط در صورتی که پدر و مادری (عینی) نباشند و در صورتی که آن‌ها هم نباشند، به برادران مادری (کلاله) داده می‌شود.

از دیدگاه فقه امامیه در رد اضافه بر سهام به اقربا تفاوتی میان زنان و مردان وجود ندارد. هم‌چنان‌سکه پسر تنها تمام ارث را می‌برد، دختر و خواهر تنها هم تمام ارث را می‌برد. تا بستگان نزدیک‌تر باشند، بستگان دورتر ارث نمی‌برند.

ریشه اختلاف نظر میان فقه امامیه و اهل سنت به منابع فقهی آن‌ها برمی‌گردد. در منابع روایی اهل سنت، روایتی از شخصی به نام طاووس از قول پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است که زاید بر سهام را به وارثان مرد بدهید. این روایت مبنای حکم عصبه قرار گرفته است.

شیعه امامیه در سند این روایت خدشه می‌کنند و راوی آن را ثقه نمی‌دانند؛ چون اگر امامیه، طاووس را ثقه می‌دانستند، چه بسا همانند اهل سنت به ارث بردن عصبه اعتقاد پیدا می‌کردند.^۱

افزون بر این، فقیهان امامیه به آیه ۶ سوره نساء نیز تمسک جسته‌اند که می‌فرماید:

لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا.

از آیه شریفه، تساوی میان زن و مرد استفاده می‌شود. تعصیب که قائل به ارث بردن مردان و ارث نبردن زنان است، با مفاد این آیه منافات دارد.^۲

۱. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۵۱۴.

۲. بررسی ادله دو طرف در اینجا غی‌گنجد. برای مطالعه بیشتر به کتاب‌های فقهی مراجعه کنید.

با گسترش شهر نشینی و کوچک شدن خانواده و محدود شدن آن به پدر و مادر و فرزند و نیز از این جهت که انسان به فرزندش که پاره تنش است، بیشتر از برادرش علاقه دارد، دیدگاه فقهی امامیه در میان اهل سنت نیز هواداران بسیاری یافته است. در مصر، بعضی نویسندگان پیشنهاد کرده‌اند قانون احوال شخصیه بر مبنای فقه امامیه اصلاح شود.^۱ در لبنان نیز شماری از خانواده‌هایی که فقط فرزند دختر دارند، برای آنکه در میراث فرزندشان، برادر و عمو شریک نشوند، مذهب خود را از تسنن به تشیع تغییر داده‌اند.^۲ هرچند تغییر مذهب برای منافع دنیایی، پسندیده نیست و از قبیل تقلب نسبت به قانون به شمار می‌رود، ولی مناسب است فقیهان اهل سنت در این موضوع اجتهاد مجدد کنند.

(ب) عول

هرگاه سهام بیش از تمام ترکه باشد، به اصطلاح «عول» به وجود می‌آید. برای مثال، اگر وارثان میت زوجه، پدر و مادر و دو دختر باشند، سهم زوجه، یک هشتم و سهم پدر و مادر، یک سوم و فرض دختران، دو سوم است و ترکه کفایت سهام را نمی‌کند؛ زیرا مجموع یک سوم و دو سوم کل سهام را دربرمی‌گیرد و چیزی باقی نمی‌ماند که به زوجه پرداخت شود. در این صورت، عول اتفاق افتاده است.

در صورتی که عول به وجود آید، آیا به نسبت از سهام همه ارث‌بران کاسته می‌شود یا سهم بعضی از آن‌ها کم می‌شود؟

۱. احمد بهاء‌الدین، الاهرار، ۱۹۸۸/۱۲/۲۸؛ به نقل از: نصر حامد ابو زید، پیشین، ص ۴۴.

۲. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۵۱۸.

فقیهان مذاهب مختلف قائل به عول هستند و معتقدند که از سهم همه به نسبت سهامشان کاسته می‌شود. فرض همه فرض بران تغییر می‌کند. برای نمونه، در فرض یاد شده، مخرج سهم از ۲۴ به ۲۷ می‌رسد و به زن، ۳ سهم، به پدر و مادر، ۸ سهم و به دختران، ۱۶ سهم از آن می‌رسد. وهبة الزحیلی این موضوع را با عنوان مسئله «منبریه» از امام علی علیه السلام نقل کرده است.^۱

به نظر امامیه، عول پذیرفته نیست و نقص بر همه وارد نمی‌شود.^۲ در این فرض، فقط از سهم دختران کاسته می‌شود. زوجه و پدر و مادر هریک سهم کامل خویش را می‌برند. بنابراین، مخرج سهم ۲۴ است که زوجه، ۳ سهم و پدر و مادر، ۸ سهم آن را می‌برد و بقیه به دختران تعلق می‌گیرد. ریشه اختلاف نظر میان اهل سنت و امامیه به مستندات فقهی آنها برمی‌گردد. دلیل اهل سنت، قضیه‌ای است که در عهد خلیفه دوم، عمر بن خطاب اتفاق افتاد. زنی فوت کرد و شوهر و خواهران، وارث او بودند. میان صحابه اختلاف نظر به وجود آمد که اگر نصف را به زوج دهد، برای خواهران دو سوم نمی‌ماند. بنابراین، برخی گفتند از سهم هر دو کاسته می‌شود و بعضی دیگر همانند ابن عباس آن را نپذیرفتند. خلیفه قول اول را ترجیح داد و مبنای عمل ساخت. به پیروی از ایشان، مذاهب اهل سنت آن را پذیرفتند و به همین دلیل، در قانون مصر و سوریه مبنای عمل قرار گرفته است.

امام علی علیه السلام و شاگردش، عبدالله بن عباس عول را نپذیرفته‌اند. امامیه نیز معتقد است که نقص همواره بر دختر و دختران، خواهر و

۱. وهبة الزحیلی، پیشین، ص ۳۴۱.

۲. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۸۷.

خواهران وارد می‌شود؛ چون آن‌ها یک فرض بیشتر ندارند و سهم آن‌ها از اکثر به اقل سقوط نمی‌کند و به اصطلاح حاجب ندارند. با وارثان مرد، به قرابت و بدون آن‌ها به فرض ارث می‌برند.

به اتفاق نظر فقیهان امامیه، به زوج و زوجه و مادر نقص وارد نمی‌شود و پدر میت نیز اختلافی است. شهید اول و محقق حلی در شرایع الاسلام و مختصر النافع بر این باورند که بر پدر نیز نقص وارد می‌شود. از سوی دیگر، شهید ثانی و علامه در قواعد معتقدند که بر پدر نقص وارد نمی‌شود.^۱

گفتار دوم - ترتیب تقسیم ترکه

۱. اصول و قواعد تقسیم ارث

الف) حقوق مالی مقدم بر حق ورثه

ترکه، مجموع اموال و حقوق مالی است که از میت بر جا می‌ماند. حقوق گوناگون به ترکه تعلق می‌گیرد که برخی از ثلث و برخی از اصل ترکه خارج می‌شود. آن چه از مجموع این موارد اضافه آید، حق ورثه است. اگر مال میت، کفایت واجبات و دیون وی را نکند اهم و مهم می‌شود. البته در تعیین اهم و مهم اختلاف نظر وجود دارد.

به اتفاق نظر عالمان مذهب امامیه، مخارج تجهیز و کفن و دفن میت بر دیگر حقوق مقدم است. آن چه محل اختلاف است، موردی است که مال عینی متعلق حق غیر قرار گیرد. برای مثال، در رهن باشد. در این جا هم در این مورد که باز هم مخارج تجهیز مقدم است، میان علما اختلاف نظر وجود دارد.^۲ برخی به استناد روایت سکونی از امام صادق علیه السلام که

۱. آرا فقیهان را از شرح لمعه نقل کرده‌ایم؛ همان، ص ۹۴.

۲. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۹۵.

فرمود: «أول شيء يبدأ به من المال الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الميراث»^۱ حقوق عینی متعلق به دیگران را مقدم می‌دانند. در مقابل، بعضی دیگر چنین استدلال می‌کنند که حق رهن بر مخارج تجهیز میت مقدم است؛ زیرا صاحب مال از تصرف در مالش شرعاً ممنوع است و منع شرعی همانند منع عقلی است.

پس برداشت مخارج تجهیز میت، دیون متوفی اعم از مطالبات مردمی و واجبات دینی مثل خمس، زکات، کفارات و حج واجب، پرداخت می‌شود.

همه این حقوق در یک ردیف قرار دارند، اگر مال میت کفاف همه دیون او را نکرد، فقط خمس و زکاتی که به عین معینی تعلق گرفته است، استیفا می‌شود. پس از آن، بقیه ترکه را میان غرما به نسبت طلب‌شان تقسیم می‌کنند.

حنفیه هم حقوق متعلق به اعیان مثل حق بایع بر تسلیم مبیع، حق مرتهن بر مال مرهون و حتی حق مستأجر بر اجاره مؤجل را بر مخارج تجهیز میت مقدم می‌دارد.^۲

بیشتر فقیهان امامیه بر این باورند که ترکه پس از مرگ مورث بی‌درنگ به وارثان منتقل می‌شود. اگر هم دینی در میان باشد، ورثه تا زمان پرداخت دین، حق تصرف در ترکه را ندارد. فقیهان حنفیه نیز بر این نظرند که ترکه تا تصفیه دیون متوفی به ملکیت ورثه منتقل نمی‌شود. تفاوت این دو دیدگاه در منافع به وجود آمده از زمان فوت وارث تا زمان

۱. محمد بن الحسن الحرالعاملی، پیشین، ج ۱۳، ص ۴۰۶؛ باب ۲۸ از احکام وصایا، حدیث ۱.

۲. وهبة الزحیلی، پیشین، ص ۲۷۱.

ادای دیون آشکار می‌شود. بنا بر رأی امامیه، این منافع در ملک وارثان ایجاد شده و به نظر حنفیه، تابع ترکه و متعلق دیون است.^۱ همان گونه که گفتیم، ارث یا به سبب است یا به نسب. مجموع وارثان در یک تقسیم‌بندی به دو دسته تقسیم می‌شوند: فرض‌برها و دیگر خویشاوندان.

ب) فرض برها

فرض‌برها کسانی هستند که سهم‌شان در قرآن کریم معین شده است. در این موضوع، میان مذاهب مختلف اتفاق نظر وجود دارد که فرض‌برها بر دیگر وارثان مقدم هستند. آنچه محل خلاف است، تعداد افراد مستحق این سهم‌ها و افرادی که اضافه بر سهام را می‌برند.

سهام فرض‌بران نیز از ثبات برخوردار است. نسبت آن به کل ترکه ثابت است و با زیاد و کم شدن وارثان، مقدار آن تغییر نمی‌کند. برای نمونه، در صورتی که سهم شوهر، یک چهارم ترکه است، این سهم با افزایش تعداد فرزندان تغییر نمی‌کند؛ فرزندان، یک دختر یا چند دختر و پسر باشند، فرق نمی‌کند. در هر صورت، زوج سهم مفروض خویش را می‌برد و بقیه آن به دیگر وارثان می‌رسد. البته این گونه نیست که زوج همواره یک چهارم ببرد. در فرضی که میت فرزند دارد، سهم زوجه به یک هشتم می‌رسد. فرض‌برها گاهی علاوه بر فرض، به قرابت نیز ارث می‌برند.

اول - تعداد فرض‌برها

تعداد فرض‌برها بر اساس نص صریح قرآن کریم شش تا است: یک - نصف (یک دوم) برای چهار طایفه است: یک دختر (بدون

۱. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۹۷.

پسر)؛^۱ زوج در صورتی که زوجه بمیرد و اولاد نداشته باشد،^۲ یک خواهر پدر و مادری (بدون برادر)؛ یک خواهر پدری.^۳

دو- ربع (یک چهارم) برای دو طایفه است: زوج در صورتی که میت اولاد داشته باشد؛^۴ زوجه در صورتی که میت اولاد نداشته باشد.^۵

سه- ثمن (یک هشتم) برای زوجه است در صورتی که میت، اولاد داشته باشد.^۶

چهار- دو ثلث (دو سوم) برای سه طایفه است: چند دختر در صورتی که میت، پسر نداشته باشد؛^۷ چند خواهر پدر و مادری در صورتی که میت برادر پدر و مادری نداشته باشد؛ چند خواهر پدری در صورتی که خواهر و برادر پدر و مادر نباشد و نیز برادر پدری هم با آنها نباشد.^۸

پنج- ثلث (یک سوم) برای دو طایفه است: مادر اگر میت، اولاد نداشته باشد و مادر، حاجب دیگر هم نداشته باشد؛^۹ برادر و خواهرهای مادری اگر متعدد باشند.^{۱۰}

۱. نساء: ۱۰.

۲. نساء: ۱۲.

۳. نساء: ۱۷۵.

۴. نساء: ۱۲.

۵. همان.

۶. همان.

۷. نساء: ۱۱.

۸. نساء: ۱۷۵.

۹. نساء: ۱۱.

۱۰. نساء: ۱۲.

شش - سدس (یک ششم) برای سه طایفه است: سهم پدر میت در صورتی که میت، اولاد نداشته باشد؛^۱ مادر میت اگر میت، اولاد داشته باشد یا برادر و خواهر (حاجب) داشته باشد؛^۲ برادر و خواهر مادری (کلاله امی) اگر واحد باشد.^۳

دوم - ترتیب ارث فرض‌برها

در صورتی که وارثان متعدد باشند، چند فرض قابل تصور است؛ گاهی همه فرض‌برند؛ گاهی همه غیر فرض‌برند؛ گاهی برخی به فرض و برخی هم به قرابت، ارث می‌برند. اگر در میان وارثان چند فرض‌بر و غیر آن باشد، ابتدا سهم فرض‌برها داده می‌شود و بقیه به صاحبان قرابت می‌رسد. اگر صاحب قرابت در طبقه و درجه برابر با صاحبان فرض نباشد، باقی را نیز به صاحبان فرض، رد می‌کنند. و قاعده «الاقرب یمنع الابدع» در اینجا تطبیق می‌شود. البته این حکم در مورد زوج و زوجه صادق نیست و اضافه به آن‌ها رد نمی‌شود. در توجیه این حکم گفته‌اند که ممنوع بودن رد به زوجه و زوج استثنا بر قاعده نیست؛ زیرا این دو در رقابت با خویشان متوفی نیستند و با هر طبقه و درجه، ارث می‌برند و مانع ارث بردن هیچ خویشی نمی‌شوند.^۴

۱. نساء: ۱۱.

۲. همان.

۳. نساء: ۱۲.

۴. ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۵۶۱.

ج) قرابت

قرابت یا خویشاوندی به دو دسته تقسیم می‌شود؛ سببی یا نسبی. این تقسیم‌بندی از نظر فقه امامیه است. فقه حنفیه قرابت را مترادف نسب صحیح می‌داند و از آن به «رحم» تعبیر می‌کند. زوجیت و ولاء را نیز بر آن می‌افزاید.^۱

ماده ۲۰۰۱ قانون مدنی افغانستان نیز به پیروی از این مذهب می‌گوید: «اسباب میراث زوجیت و قرابت است». قانون مدنی، زوجیت را در مقابل قرابت قرار داده است و از سبب سوم؛ یعنی ولاء نام نمی‌برد. از قرابت سببی و نسبی در بحث نکاح سخن رفت و لازم نیست تمام آن مطالب را دوباره تکرار کنیم. در قرابت نسبی باید به نکات مهمی توجه داشت که با موضوع ارث ارتباط دارند.

اول - قرابت نسبی

نسبی موجب ارث می‌شود که از نکاح صحیح باشد. فرزند حاصل از نکاح باطل و زنا به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نمی‌شود و وارث آن‌ها به شمار نمی‌رود.

افراد منتسب به میت همه در یک ردیف نیستند، بلکه بر اساس نظام خاصی طبقه‌بندی و درجه‌بندی می‌شوند و بنا بر قاعده «الاقرب فالاقرب» ارث می‌برند. مانع شدن برخی وارثان از بعضی دیگر را در اصطلاح فقه «حجب» می‌نامند. حجب گاهی از تمام ارث است و گاهی از بعضی ارث.

۱. وهبة الزحیلی، پیشین، ج ۸، ص ۲۴۹.

یک - حجب از تمام ارث (حرمانی)

هر طبقه، مانع از ارث بردن طبقه بعد می‌شود. در هر طبقه نیز درجه مقدم مانع از ارث بردن درجه مؤخر خواهد شد. برای مثال، اولاد بر نوه و نوه بر نبیره مقدم است. در این مسئله، مذکر و مؤنث حکم یکسان دارد. مؤنثی که در طبقه و درجه نزدیک‌تر به میت قرار دارد، بر افراد ذکور طبقات و درجات بعد مقدم است.

در هر طبقه و درجه نیز آن کسی که از طرف پدر و مادر یا مادر به میت بستگی دارد، بر آن کس که از طرف پدر فقط مرتبط است، مقدم است. برای مثال، برادرزاده پدر و مادری (ابوینی) و مادری فقط (امی) بر برادرزاده پدري تنها (ابی) مقدم است. این ترتب در ارث بر اساس قاعده فقهی «الاقرب یمنع الابعد» است.

این قاعده در یک مورد به استناد روایت و اجماع تخصیص خورده است. در صورتی که عموی پدري (ابی) با عموزاده پدر و مادری (ابوینی) یک‌جا جمع شود، بر خلاف قاعده، عموزاده مقدم داشته می‌شود.

دو - حجب از قسمتی از ارث (نقصانی)

حجب از بعض در دو صورت است:

۱. فرزند میت: وجود فرزند برای میت موجب می‌شود ارث بعضی از وارثان از حداکثر به حداقل تقلیل یابد. برای مثال، ارث زن میت از یک چهارم به یک هشتم کاهش می‌یابد یا ارث پدر میت از یک سوم به یک ششم می‌رسد. البته اگر با وجود چند دختر و یکی از پدر و مادر میت، یک ششم از ارث باقی می‌ماند که دوباره میان آنها به نسبت سهم الارث‌شان تقسیم می‌شود. این مقدار، موضوع مسئله تعصیب است.

که میان امامیه و اهل سنت اختلافی است و اهل سنت آن را به طبقه بعدی می‌دهد.

۲. برادران میت: سهم مادر میت در صورتی که میت فرزند نداشته باشد، یک سوم است. اگر میت، برادرانی داشته باشد، با تحقق شرایط زیر، مادر یک ششم خواهد برد:

۱-۲. حداقل تعدادشان دو برادر یا یک برادر و دو خواهر یا چهار خواهر باشد؛

۲-۲. برادران پدر و مادری یا پدری باشند (مادری حاجب نیستند)؛

۳-۲. موانع ارث (مثل قتل و کفر) در آنها نباشد؛

۴-۲. به دنیا آمده باشند. حمل به نظر مشهور حاجب نیست؛

۵-۲. پدر میت نیز زنده باشد تا آنچه مادر از آن محروم می‌شود، به وی برسد.^۱

مبنای این حکم نیز آیه شریفه‌ای است که می‌فرماید: «وإن كان له إخوة فلأمه السدس».

در باره حکمت این حکم گفته‌اند اگر شمار برادران و خواهران ابوینی از نصابی بالاتر باشد، برای جبران هزینه معاش آنها، مادر از ارث بیش از سدس محروم می‌شود تا پدر سهم بیشتری ببرد.^۲ قدر متیقن این است که مبنای حکم، کثشی به سوی عدالت است؛ عدالتی نسبی و قابل انعطاف و به احتمال زیاد، مبتنی بر غلبه که به دشواری قاعده می‌پذیرد و ما جز حکمتی اجمالی از آن در نمی‌یابیم. پس باید آن را تفسیر محدود کرد.^۳

فرزندان برادر و خواهر میت به جانشینی پدر و مادر خود حاجب مادر نمی‌شوند؛ زیرا این حکم حالت استثنایی دارد.

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۶۲.

۲. مصطفی عدل، حقوق مدنی، ش ۹۱۹.

۳. ناصرکاتوزیان، پیشین، ص ۶۷.

دوم - قرابت سببی

از میان اقربای سببی تنها زن و شوهر از هم ارث می‌برند و به دیگر خویشان سببی سرایت نمی‌کند. زن و شوهر با تمام طبقات وارثان ارث می‌برند. اگر وارثی از اقربای نسبی موجود نباشد، شوهر کل ماترک زن را می‌برد. این فرض در مورد زن میان فقیهان امامیه محل اختلاف است و مشهور بر این باور است که زن فقط فرض می‌برد و بقیه به‌عنوان ارث بلا وارث به حکومت تعلق می‌گیرد. در مقابل، از ظاهر سخنان برخی فقیهان همانند شیخ مفید چنین برمی‌آید که ایشان به دادن همه ارث به زن فتوا داده‌اند.^۱ در این موارد، روایت صحیحی از ابی‌بصیر وارد شده است^۲ و مورد پسند بعضی فقیهان معاصر نیز قرار گرفته و با عدالت و احتیاط سازگارتر دانسته شده است.^۳

توارث میان زوجین در تمام مذاهب اسلامی پذیرفته شده است. با این حال، اختلاف نظر در برخی اقارب دیگر است که بعضی از مذاهب مانند شافعیه و مالکیه آن‌ها را همانند بیگانه دانسته‌اند. اولاد دختر، اولاد خواهر، دختر برادر، فرزند برادر مادری، عمه، عموی مادری (امی)، خاله، ماما، دختر عمو و جد مادری از میت ارث نمی‌برند. اگر هیچ وارثی به جز این افراد نباشد، ترکه به بیت‌المال تعلق می‌گیرد؛ زیرا آن‌ها نه صاحب فرض‌ند، نه عصبه.^۴

حنفیه و حنابله معتقدند این اشخاص در صورت نبود صاحبان فروض و عصبه، ارث می‌برند.^۵

۱. سید محمد جواد حسینی عاملی، پیشین، ج ۹، ص ۱۷۹.

۲. محمد بن الحسن الطوسی، التهذیب، ج ۹، ص ۲۹۵، ح ۱۰۵۶.

۳. یوسف صانعی، ارث زن از شوهر، میثم تمار، قم، ۱۳۸۴، ص ۴۲.

۴. عبدالله بن احمد ابن‌قدامة، المغنی، ج ۶، ص ۲۲۹.

۵. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۴۹۹.

د حکومت وارث بلا وارث

هرگاه از اقارب میت، هیچ یک از اقارب نسبی و سببی موجود نباشند، امام و در غیبت امام، فقیهان جامع الشرایط، وارث آن‌ها خواهند بود.

ماده ۲۰۰۲ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد:

ارث به اساس زوجیت تنها به طریقه فرض بوده و در قرابت به طریقه فرض یا عصوبت یا به هر دو یا رحم با رعایت قواعد حجب و رد می‌باشد.

براین اساس، زوجه همواره فرض بر است و بیش از آن چیزی نمی‌برد. اقارب دیگر ممکن است به فرض یا تعصیب یا هر دو یا رحم ارث ببرد. بحث ارث معمولاً برای زمان پس از مرگ است. با تحقق مرگ به صورت حقیقی یا فرضی، شخصیت متوفی پایان می‌پذیرد و بحث انتقال دارایی او به وارثان آغاز می‌شود.

۲. موانع ارث

الف) قتل مورث

به اتفاق نظر فقیهان امامیه، وارث اگر مورث خود را به عمد و ناحق بکشد، از مقتول ارث نمی‌برد.

در قتل خطایی، قاتل از دیه ارث نمی‌برد، ولی از بقیه اموال ارث می‌برد. شهید اول این نظر را پذیرفته است. روایتی از اهل سنت صراحت دارد که پیامبر خدا در روز فتح مکه در سخنانش تصریح کرد اگر یکی از شما دیگری را به خطا بکشد، از دیه ارث نمی‌برد، ولی از دیگر اموال ارث می‌برد.^۱ در مقابل، شهید ثانی به استناد صحیحہ عبدالله بن سنان^۲ می‌گوید: «قاتل خطایی از همه اموال مورث حتی دیه ارث می‌برد».^۳

۱. سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۹۱۴.

۲. محمد بن حسن الحر عاملی، پیشین، ج ۱۷، ص ۳۹۲.

۳. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۳۴.

در قتل شبه عمد نیز بهتر آن است که ملحق به عمد شود؛ چون
اجمالاً عمد دارد.^۱

ماده ۱۹۹۹ قانون مدنی افغانستان می‌گوید:

از موانع ارث، قتل عمدی مورث است، اعم از اینکه قاتل فاعل
اصلی باشد یا شریک یا شاهد ناحق باشد که شهادت ناحق او
موجب حکم اعدام و تنفیذ آن گردیده باشد، مشروط بر اینکه
قتل بدون حق و بدون عذر بوده و قاتل، عاقل و سن هیجده
سالگی را تکمیل کرده باشد.

ب) کفر

در مانع بودن قتل و کفر میان تمام مذاهب اسلامی اتفاق نظر وجود دارد.
در تفصیل این موضوع، اختلاف نظرهایی هست.^۲

امامیه به استناد قاعده الزام معتقد است مسلمان از غیر مسلمان ارث
می‌برد، و لی مذاهب اهل سنت بر این باورند که ارث نمی‌برد.

ماده ۲۰۰۰ قانون مدنی افغانستان براین اساس می‌گوید:

استحقاق ارث بین مسلمان و غیر مسلمان نیست، اما غیر مسلمان
از یکدیگر مستحق میراث شده می‌توانند. اختلاف دو کشور در
بین مسلمین و غیر، مسلمین مانع میراث نمی‌شود، مگر اینکه
قانون مملکت بیگانه، میراث بردن بیگانه را منع کرده باشد.

اجانب نمی‌توانند بر اساس ارث مندرج در فقره (۱) این
ماده حق ملکیت را در اموال عقاری تمسک [تحصیل] کند.

این ماده متضمن یک قاعده حل تعارض است؛ قانون‌گذار افغانستان به
پیروی از قانون دولت متبوع، قانون دولت (دین) متبوع شخص را صالح
می‌داند. البته دو استثنا بر این قاعده وجود دارد:

۱. همان، ص ۳۵.

۲. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۳۴.

اول - مقابله به مثل: اگر کشوری، قانون اقامت‌گاه را حاکم بر ارث بداند و اتباع افغانستانی مقیم آن کشور را از ترتیب تقسیم ترکه بر اساس قانون افغانستان محروم سازد، به موجب ذیل این ماده، افغانستان نیز صلاحیت قانون آن کشور را نخواهد پذیرفت.

دوم - اتباع کشور بیگانه بر اساس مقررات ارث نمی‌توانند اموال غیر منقول تملک کنند. از مفاد این ماده استفاده می‌شود که آن‌ها از قیمت اموال عقاری، ارث می‌برند.

بر اساس عقیده امامیه، منظور از کافر اعم از کافر، مرتد و غلات (به تفصیل بیان شده در کتاب‌های عقاید و فقه) است.

ج) رقیّت

که اکنون موضوعیت ندارد.

د) لعان

اگر بین زن و شوهر لعان اجرا شود، گاهی سبب لعان، نفی ولد است؛ یعنی بچه را از خود نفی می‌کند در نتیجه، لعان اجرا می‌شود. گاهی تنها نسبت دادن زنا به همسر است و برای برداشتن حد، لعان اجرا می‌شود.

اگر برای نفی ولد باشد، پدر و فرزند و زن و شوهر هم از یکدیگر ارث نمی‌برند. چنانچه پدر از حرف خود برگشت، فقط فرزند از پدر ارث خواهد برد. بنا بر دیدگاه مشهور، با لعان، رابطه بین فرزند با اقربای پدر و بر عکس به کلی قطع می‌شود و هیچ گونه توارثی میان آنها و فرزند به وجود نمی‌آید.^۱

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۴۶.

هـ) حمل

بچه‌ای که هنگام فوت پدر، در شکم مادر است، تا زنده به دنیا نیامده است، ارث نمی‌برد. هرگاه نیز به دنیا آید و علایم حیاتی نداشته باشد، ارث نخواهد برد.^۱ البته وجود حمل مانع از تقسیم ارث نمی‌شود. بر اساس نظر امامیه، سهم دو فرزند ذکور برای حمل کنار گذاشته می‌شود و بنا بر رأی حنفیه، سهم یک فرزند ذکور برای وی کنار گذاشته می‌شود.^۲

میان امامیه و اهل سنت از جمله حنفیه در باره کم‌ترین مدت حمل اختلاف وجود ندارد. همه کم‌ترین زمان حمل را شش ماه می‌دانند و مستندشان چیزی است که امام علی علیه السلام و ابن عباس از مقایسه دو آیه «و حمله و فصاله ثلاثون شهراً» و «و فصاله فی عامین» فهمیده‌اند. با این حال، درباره بیشترین مدت حمل، اختلافی است. حنفیه، این مدت را دو سال؛ مالکیه پنج سال؛ شافعیه و حنابله، چهار سال می‌دانند.^۳ فقیهان امامیه نیز بیشترین مدت حمل را نه ماه، ده ماه و نهایت، یک سال گفته‌اند.^۴ بند ۱ ماده ۲۰۵۴ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد:

هرگاه زوجه یا معتده متوفی بعد از مرگ او موجود باشد، حمل او در صورتی مستحق میراث شناخته می‌شود که حد اکثر در خلال مدت سه صد و شصت و پنج روز از تاریخ وفات یا فرقت، زنده تولد شود.

حکم این ماده که به تعبیر وهبه زحیلی برگرفته از نظر پزشکان است، در ماده ۴۳ قانون مصر نیز آمده است.^۵ رأی فقهی امامیه با واقعیت خارجی و نظر پزشکان هماهنگ است.

۱. همان، ص ۴۷.

۲. وهبه زحیلی، پیشین، ص ۴۱۲.

۳. همان، ص ۴۱۱.

۴. محمد مکی عاملی، ج ۵، ص ۴۳۲.

۵. وهبه زحیلی، پیشین، ص ۴۱۱.

تفاوت دیگر دیدگاه فقه اهل سنت با شیعه در توارث ولد نامشروع با مادرش است. جمهور اهل سنت معتقدند از باب تخفیف برای ولد میان وی و مادرش، توارث برقرار است همانند ملاعنه. در مقابل، امامیه می‌گویند به دلیل نامشروع بودن فرزند هیچ‌گونه توارثی میان آن‌ها به وجود نمی‌آید و مسئله ملاعنه با زنا کاملاً متفاوت است.

(و) غایب

اگر انسانی مفقود شود و از زندگی و مرگ وی اطلاعی در دست نباشد، به نظر مشهور، اموالش تا زمانی که عادتاً تا آن مدت انسان زنده می‌ماند، به ارث نمی‌رسد.

فقیهان نامداری مثل سید مرتضی، شهید اول در دروس و علامه گفته‌اند که چهار سال انتظار و جست‌وجو برای صدور حکم موت فرضی کافی است. شهید ثانی این قول را مروی و قوی می‌داند.^۱

این قول با روایت اسحاق بن عمار،^۲ هماهنگی دارد. به جز آن، با تسهیل آمد و شد و گسترش وسایل ارتباط جمعی بسیار بعید است کسی در شرایط عادی مفقود شود و مدت چهار سال او را جست‌وجو کنند و خبری از او به دست نیاید.

هرگاه اماره غالبی بر موت کسی اقامه شود، دادگاه حکم موت فرضی صادر خواهد کرد. حکم دادگاه هم جنبه اعلامی دارد و هم تأسیسی.

بر اساس ماده ۱۰۲۷ قانون مدنی افغانستان، این حکم فرضی به محض اثبات خلاف بودن شخص، باطل می‌شود و اموال تقسیم شده‌اش را دوباره باز پس می‌گیرند.

۱. همان، ج ۸، ص ۵۰.

۲. محمد بن حسن الحر العاملی، پیشین، ج ۱۷، ص ۵۸۳.

لحظه مرگ، لحظه تحقق ارث است. به این دلیل، تعیین لحظه مرگ اهمیت دارد تا کسانی که قابلیت ارث بردن از متوفی را دارند، مشخص شود. در فرضی که حالت توارث میان افراد وجود داشته باشد، این امر اهمیت بیشتری پیدا می‌کند

در این زمینه، چند فرض در کتاب‌های فقهی مطرح است: هنگام مرگ مورث، وارث باید در قید حیات باشد. بنابر این، اگر تعداد افرادی که از هم ارث می‌برند، در یک زمان و در یک حادثه یا حوادث متعدد از بین بروند و تقدم و تأخر موت‌شان معلوم نباشد، از هم ارث نمی‌برند.

این مسئله یک استثنا دارد. اگر در حادثه انهدام بنا یا غرق شدن، دو نفر که از هم ارث می‌برند، بمیرند و تقدم و تأخر موت‌شان معلوم نشود، آن‌ها از هم ارث می‌برند.^۱ بعضی فقیهان معاصر این استثنا را قاعده دانسته و حوادث مشابه را هم به آن ملحق کرده‌اند.^۲

چنانچه اشخاصی که میان آن‌ها توارث باشد، بمیرند و تاریخ موت یکی از آن‌ها روشن باشد و زمان موت دیگری از جهت تقدم و تأخر مجهول باشد، فقیهان نظر داده‌اند آنی که تاریخ فوتش مجهول است، از دیگری ارث می‌برد؛^۳ زیرا «اصل تأخر حادث» فقط در مجهول‌التاریخ جاری می‌شود.

اهل سنت به طور کلی، میان کسانی که در یک حادثه مرده‌اند، قائل به وراثت نیستند.^۴

۱. محمد مکی عاملی، پیشین، ص ۲۱۳.

۲. محمد اسحاق فیاض، منهاج الصالحین، (قم، مکتب آیه‌الله فیاض، بی تا)، ج ۳، ص ۲۲۹، مسئله ۶۳۰.

۳. سید محمد جواد حسینی عاملی، پیشین، ج ۹، ص ۲۶۰.

۴. وهبة زحیلی، پیشین، ج ۸، ص ۴۲۹.

۳. میراث برخی طوایف

الف) میراث زوجین

همه فقیهان اتفاق نظر دارند که به محض انعقاد عقد میان زن و مرد و ایجاد علقه زوجیت، میان آنها توارث به وجود می‌آید.

سهم زوج با ولد برای میت، یک چهارم و بدون وجود فرزند، یک دوم است، ولی سهم زوجه با وجود ولد، یک هشتم و بدون ولد برای میت، یک چهارم است.

از نظر اهل سنت، منظور از ولد، فرزند صلبی میت و نواده پسری اوست. بنا براین، فرزند دختر میت، حاجب سهم اعلای زوج و زوجه نمی‌شود. امامیه همه فرزندان صلبی و نوادگان پسری و دختری را حاجب می‌داند.

حنفیه، ازدواج در بیماری موت را همانند ازدواج صحیح عامل توارث می‌داند. امامیه براین باور است که عقد ازدواج در توارث میان زن و مرد کافی است، ولی اگر عقد در بیماری موت زوج اتفاق افتاد، از باب حفظ حقوق وارثان و وارد آمدن زیان به آنها اگر پس از عقد و قبل از دخول بمیرد، میان آنها توارث نیست. اگر عقد در بیماری موت زوجه باشد و قبل از دخول بمیرد، زوج از وی ارث می‌برد.^۱

اگر زوجه را طلاق دهد، تا زمانی که در عده است، به اتفاق میان آنها توارث برقرار است. البته در توارث پس از انقضای عده، اختلاف نظر وجود دارد. حنفیه و شافعیه معتقدند که پس از سپری شدن عده، زن و مرد با هم بیگانه می‌شوند و از هم ارث نمی‌برند. در مقابل، حنابلّه و

۱. سید محمدجواد حسینی عاملی، پیشین، ج ۸، ص ۱۸۳.

مالکيه بر اين باورند تا زمانی که زن ازداج مجدد نکرده است، هرچند تا زمان طولانی، زن از مرد ارث می‌برد.^۱

اماميه نیز می‌گوید زن فقط در عده طلاق رجعی تا زمان انقضای عده، ارث می‌برد و با سه شرط تا یک سال از تاریخ طلاق از مرد ارث می‌برد:

(۱) طلاق در بیماری موت باشد؛ (۲) زن ازدواج مجدد نکرده باشد؛ (۳) طلاق به درخواست زن نباشد.^۲

زوجه از زمین ارث نمی‌برد، ولی از قیمت بنا و اشجار ارث می‌برد و قیمت روز به وی پرداخت می‌شود.^۳

ب) میراث پدر

میراث پدر حالت های گوناگونی دارد که به مواردی از آن اشاره می‌کنیم: همه اتفاق نظر دارند اگر پدر تنها باشد و هیچ یک از فرزندان و اولاد آن‌ها، مادر و جدات و زوجین نباشند، همه ارث را می‌برد. از نظر اماميه، به قرابت، ولی به نظر اهل سنت، به عصبه، ارث می‌برد.

یکی از زوجین با پدر سهم اعلای خویش را می‌برد و باقی مانده را پدر خواهد برد. این مسئله مورد اتفاق همه فقیهان است.

پدر با پسر یا پسران یا پسران و دختران فقط یک ششم می‌برد و باقی مانده به دیگران می‌رسد. این مسئله نیز اتفاقی است.

پدر با یک دختر یک ششم می‌برد و دختر هم یک دوم می‌برد و باقی مانده به نظر اهل سنت از باب تعصیب فقط به پدر رد می‌شود. از

۱. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۵۳۱.

۲. محمد مکی عاملی، پیشین، ج ۶، ص ۴۸.

۳. محمد اسحاق فیاض، پیشین، ج ۳، ص ۲۱۴. فقیهان در این زمینه نظریه‌های متفاوتی دارند که مجال طرح دیدگاه‌ها و استدلال‌هایشان در اینجا وجود ندارد.

نظر شیعه، باقی به هر دو رد می‌شود. ترکه را به چهار بخش تقسیم می‌کنند یک بخش به پدر و سه بخش دیگر به دختر داده می‌شود. این تقسیم در رد باقی مانده ارث به دلیل قاعده‌ای است که در کتاب‌های فقهی وجود دارد. بر اساس این قاعده، هرگاه وارث صاحب فرض، دو نفر باشند، رد به صورت یک چهارم خواهد بود و اگر سه نفر باشند، به صورت یک پنجم خواهد بود.^۱

در صورتی که پدر و چند دختر، وارث باشند، اهل سنت به دختران، دو سوم و به پدر، یک سوم از باب فرض و عصبه می‌دهند. بر اساس مبنایی که گفتیم، امامیه به پدر، یک پنجم و دختران، چهار پنجم ارث را می‌دهد. اگر پدر و مادر، وارث میت باشند، مادر اگر حاجب نداشته باشد، یک سوم را به فرض می‌برد و باقی به قرابت به پدر داده می‌شود؛ زیرا پدر در صورتی فرض بر است که میت فرزند نیز داشته باشد. به نظر اهل سنت، پدر با پسر دختر میت، تمام ارث را می‌برد؛ زیرا نوه دختری میت از ذوی الارحام است و ذوی الارحام در رتبه پس از عصبه قرار دارد. به نظر امامیه، پدر یک ششم و پسر دختر، یک دوم ارث می‌برد و باقی به هر دو رد می‌شود.^۲

ج) میراث مادر

ارث بردن مادر صورت‌های مختلف دارد. شیعه امامیه معتقد است با مادر اگر پدر، اولاد، اولاد اولاد و یکی از زوجین نباشد، تمام میراث را خواهد برد. اهل سنت نیز بر این باور است که مادر در صورتی تمام ترکه را

۱. سید محمد جواد حسینی عاملی، پیشین، ج ۸، ص ۱۱۵.

۲. محمد جواد مغنیه، پیشین، ص ۵۳۵.

تصاحب می‌کند که هیچ یک از اصحاب فروض و عصبیات نباشند. به باور امامیه، اگر جد پدری میت با مادر باشد یا برادر پدر و مادری (عینی) یا پدری با مادر باشد، باز مادر به این دلیل که در طبقه مقدم قرار دارد، تمام میراث را می‌برد. البته در صورتی که مادر با چند برادر میت، وارث باشند، ممکن است برادران، حاجب مادر شوند و سهم مادر را به یک ششم کاهش دهند و وی را از رد مازاد محروم سازند، آن هم با رعایت شرایطی که در بحث حجب مطرح کردیم.

هر یک از زوجین با مادر فرض اعلای خویش را می‌برد و باقی به مادر می‌رسد. با مادر اگر پسر یا پسران یا پسران و دختران میت یا فرزندان آنها (نوه‌های میت) باشند، مادر فقط یک ششم ارث را می‌برد. مادر با دختر تنها یک ششم و دختر، نصف را به فرض می‌برند و باقی به هر دو رد می‌شود. این مسئله میان امامیه و حنفیه اتفاقی است.^۱ بر اساس قاعده‌ای که پیش‌تر در میراث پدر به آن اشاره کردیم، سهم مادر، یک چهارم است و سهم دختر، سه چهارم. همچنین اگر مادر با چند دختر میت باشند، بر اساس قاعده پیش گفته، سهم مادر، یک پنجم است.

د) میراث اولاد و اولاد اولاد

اول = پسران: اگر با پسر و پسران، پدر و مادر میت و یکی از زوجین نباشد، تمام ترکه را می‌برد. در صورتی که با پسر، دختر نیز باشد، ترکه بر اساس پسر دو برابر دختر، میان‌شان تقسیم می‌شود. پسر نیز حاجب اولاد اولاد و برادران و خواهران و اجداد خواهد شد.

دوم - دختران: اگر با دختر و دختران میت، پدر و مادر و یکی از زوجین نباشند، همه ترکه به آن‌ها تعلق خواهد گرفت. بر اساس فرضیه عصبه، خواهران پدر و مادری (عینی) و پدری با دختر و دختران ارث می‌برند.^۱ این در حالی است که در فقه امامیه، آن‌ها در طبقه دوم قرار دارند و با دختر و حتی دختر دختر، ارث نمی‌برند.

سوم - اولاد اولاد: شکی نیست که با وجود فرزند، فرزند فرزند ارث نمی‌برد. از نظر اهل سنت، اگر فرزند میت، دختر باشد، فرزند پسر با وی ارث می‌برد. در این صورت، دختر، یک دوم و نصف دیگر از آن را فرزند یا فرزندان پسر بر اساس قاعده «پسر دو برابر دختر» می‌برد. اگر چند دختر و فرزندان پسر میت، وارث باشند، در صورتی که در میان فرزندان پسر میت، مذکر نباشد، به آن‌ها چیزی از میراث نمی‌رسد. اگر اولاد ذکور باشند، دو سوم را دختران می‌برند و باقی‌مانده را فرزندان پسر خواهد برند.

از نظر امامیه، فرزندان پسر چون در طبقه دوم قرار دارند، با فرزند که در طبقه اول قرار دارد، در میراث شریک نخواهند بود. اولاد اولاد در صورتی ارث می‌برند که از طبقه اول کسی نباشد و هر یک از اولاد اولاد، جانشین اولادی می‌شود که با میت نسبت پیدا می‌کند و نصیب آن‌ها را می‌برند. پس اولاد دختر اگرچه متعدد و پسر باشند، سهم مادر خود را می‌برند و اولاد پسر هرچند متعدد و دختر باشند، سهم پدر خود را می‌برند و میان آن‌ها بر اساس قاعده «پسر دو برابر دختر» ارث می‌برند.

هـ) میراث خواهران و برادران

اگر میت، پسر و پدر نداشته باشند، خواهران و برادران ارث می‌برند. به

۱. موفق الدین ابن قدامه، پیشین، ج ۷، ص ۶.

نظر اهل سنت، آن‌ها با مادر و دختران در ارث شریک می‌شوند. به نظر امامیه، خواهر و برادر با نبود ابوینی، اولاد و اولاد اولاد، ارث می‌برند. برادران و خواهران سه دسته‌اند: ابوینی (عینی)، پدری فقط و مادری فقط.

اول - خواهران و برادران پدر و مادری (عینی)

در فرضی که ذکور و اناث با هم باشند، مال به نسبت برادر دو برابر خواهر تقسیم می‌شود. اگر با آن‌ها خواهر و برادر مادری نیز باشند، آن‌ها سهم مادرشان یعنی یک ششم را می‌برند و باقی به ابوینی می‌رسد. اگر میت یک خواهر داشته باشد، نصف را به فرض می‌برد و چند خواهر باشد، دو سوم را به فرض می‌برد. به نظر امامیه، باقی به آن‌ها رد می‌شود، ولی به نظر اهل سنت، به عصبه داده می‌شود.

با وجود برادر ابوینی میت، برادر ابی ارث نمی‌برد. این مسئله اتفاقی است. در خواهر ابوینی و ابی فقط مسئله اختلافی است. اهل سنت می‌گویند خواهر ابوینی، نصف ماترک را می‌برد و خواهر پدری، یک ششم و اگر با خواهر پدری، برادر ابی نیز باشد، همگی نصف ترکه را می‌برند و بر اساس مرد دو برابر زن، میان‌شان تقسیم می‌شود. خلاصه یک خواهر ابوینی مانع از ارث خواهران ابی نمی‌شود و خواهران ابوینی نیز مانع ارث خواهران و برادران ابی نمی‌شوند.

به نظر امامیه، خواهران و برادران ابوینی به طور کلی مانع از ارث برادران و خواهران ابی تنها می‌شوند. اگر با خواهر و خواهران، یک یا چند دختر باشد، یک دختر، نصف و چند دختر، دو سوم می‌برد. به نظر اهل سنت، باقی به خواهر یا خواهران داده می‌شود، ولی به نظر امامیه، باقی نیز به دختر یا دختران میت رد می‌شود و به خواهر یا خواهران چیزی نمی‌رسد. همچنین در صورت نبود خواهر و برادر ابوینی، خواهر و برادر ابی جانشین می‌شود.

دوم - برادران و خواهران مادری

آن‌ها با پدر، مادر، جد پدری، اولاد و دختر پسر ارث نمی‌برند. خواهران و برادران ابوینی و ابی مانع از ارث بردن خواهر و برادر مادری نمی‌شوند. اگر یک نفر باشد، یک ششم و چنانچه بیشتر باشند، یک سوم می‌برند. در اینجا سهم مذکر و مؤنث مساوی است؛ زیرا هر دو به واسطه مادر به میت می‌رسند.^۱

اهل سنت معتقد است اگر خواهر ابوینی و ابی و امی، وارث میت باشند، ابوینی، نصف؛ ابی، یک ششم و امی نیز یک ششم می‌برد و باقی به نسبت سهام شان رد می‌شود.

امامیه نیز می‌گوید ابوینی، یک دوم و مادری، یک ششم می‌برد و باقی فقط به ابوینی رد می‌شود و به ابی چیزی نمی‌رسد.^۲

(و) میراث پدر کلان (جد) و مادر کلان (جده)

جد (پدر کلان) و جده (مادر کلان) تنها کل مال را می‌برد و اگر هر دو با هم باشند و هر دو از طرف پدر به میت نسبت پیدا کنند، ارث بر اساس مرد دو برابر زن میان‌شان تقسیم می‌شود. اگر از سوی مادر نسبت یابند، به طور مساوی تقسیم می‌شود. چنانچه بعضی پدر کلان یا مادر کلان پدری و بعضی دیگر مادری باشند؛ پدری‌ها، دو سوم و مادری‌ها یک سوم میراث را می‌برند.^۳

۱. محمد جواد حسینی عاملی، پیشین، ج ۸، ص ۱۴۱.

۲. همان، ص ۱۴۲.

۳. حسن بن یوسف مظهر الحلی (علامه حلی)، تحریر الاحکام الشرعیه، ج ۵، ص ۲۱.

فرجام سخن

تفاوت‌های احکام فقه حنفیه و امامیه در احوال شخصیه به اندازه‌ای است که قانون‌گذار افغانستان نمی‌تواند قانون واحدی برای پیروان این دو مذهب تدوین کند که تأمین‌کننده دیدگاه‌های فقهی هر دو مذهب باشد. پس ناگزیر باید قانون جداگانه برای احوال شخصیه شیعیان تدوین شود. استقلال قضایی شیعیان در احوال شخصیه بر مبانی علمی و دینی استوار است. به دیگر سخن، که دادن آزادی مذهبی به اقلیت‌های دینی و مذهبی در اعمال عبادی و احوال شخصیه، هم با اصول و ارزش‌های دینی سازگار است و هم با دستاوردهای فکری بشر در علوم مختلف نظیر جامعه‌شناسی حقوقی و فلسفه حقوق. برای بررسی حقوق یک کشور نباید به مطالعه «حقوق رسمی» و قوانین موجود بسنده کرد، بلکه افزون بر آن، باید «حقوق زنده» آن جامعه را نیز کاوید. مراد جامعه‌شناسان از حقوق زنده، «عرف» است.

هم‌زیستی طولانی مذهب و سنت‌های قبیله‌ای جامعه شیعی، احکام مذهبی را به عرف پایدار شیعیان تبدیل کرده که احترام و رعایت آن، همانا به رسمیت شناختن حقوق زنده شیعیان است و سبب تحکیم پایه‌های وحدت ملی در کشور می‌شود.

در این میان، باید دانست «عدالت»، اساسی‌ترین مبنای اعطای خودمختاری به شیعیان در احوال شخصیه است. عدالت، مهم‌ترین هدف و آموزه دین مبین اسلام است و اجبار پیروان مذهب اقلیت به پیروی از احکام مذهب اکثریت در احکام مربوط به نکاح، طلاق، ارث و... ستمی آشکار به شمار می‌رود. به جز این‌ها، دادگری، بنیان حقوق را تشکیل می‌دهد و به همین دلیل، حقوق را هنر دادگستری می‌نامند.

به طور کلی، در همه مذاهب اسلامی سفارش شده است که با پیروان ادیان دیگر در عمل به احکام مذهبی‌شان مدارا کنند. این سفارش‌ها به طریق اولی شامل پیروان مذاهب اسلامی می‌شود. اجازه رعایت احوال شخصیه شیعیان بر مبنای مذهب‌شان را باید در همین چارچوب بررسی کرد.

از این‌ها که بگذریم، قاعده‌ای به نام قاعده «الزام» در فقه شیعه وجود دارد که بازتاب این قاعده عقلایی است که هر کس به معتقداتش ملتزم است. بر اساس این قاعده، شیعیان افغانستان ویژه در احوال شخصیه بر مبنای احکام مذهب خود عمل می‌کنند. همین موضوع، تدوین قانون احوال شخصیه شیعیان را ضروری می‌سازد.

باید گفت تدوین قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، ناظر به روابط حقوقی آینده شیعیان خواهد بود. پس عطف به ماسبق نمی‌شود، جز در مواردی که قانون تصریح کند یا جنبه نظم عمومی داشته باشد.

با این حال، شاید بپرسید در قضایای حقوقی که یک طرف آن از اهل سنت و طرف دیگر از شیعیان باشد، چه باید کرد. اصولاً احوال شخصیه دارای ویژگی غیرسیاسی و حقوقی محض است. از این رو، قانون‌گذار برای رفع تعارض باید از روش حقوقی یا انتخاب انسب بهره

گیرد که قانون مدنی در بحث تعارض قوانین پذیرفته است. به این ترتیب که روابط حقوقی مثل نکاح و طلاق که یک طرف اهل سنت و طرف دیگر از شیعیان است، تابع قانون مذهب شوهر؛ در وصیت، تابع قانون مذهب موصی و در ارث هم تابع قانون مذهب مورث خواهد بود. نکته دیگر آنکه قواعد مربوط به صلاحیت از قواعد آمره‌اند و توافق بر خلاف آن‌ها امکان ندارد. توافق افراد برای تعیین قانون حاکم بر روابط خانوادگی و حل و فصل دعاوی‌شان نیز بی‌اعتبار است و از موارد تقلب نسبت به قانون به شمار می‌رود. پس زن و مردی که بر اساس قانون، تنظیم روابط خانوادگی آن‌ها تابع قانون مدنی است، نمی‌توانند اجرای قانون احوال شخصیه شیعیان را از محکمه مطالبه کنند.

منبع اصلی قانون احوال شخصیه شیعیان، فقه امامیه است. با این وصف، این قانون باید در چارچوب قانون اساسی و ارزش‌های حاکم بر آن، تدوین و تصویب شود.

با توجه به تأثیر زمان و مکان در اجتهاد، در تدوین قانون احوال شخصیه باید از آن آرای فقهی پیروی کنیم که با مقتضیات زمان و دستاوردهای فکری بشر سازگارتراند. براین اساس، در قانون احوال شخصیه شیعیان باید این موضوع را یادآوری کرد که پس از گذشت مدت زمانی معین، بر مبنای آخرین و مناسب‌ترین آرای فقیهان روشن‌اندیش، بازنگری صورت گیرد.

از بحث‌های این پژوهش به این نتیجه رسیدیم که میان فقه امامیه از یک سو و فقه حنفیه و قانون مدنی افغانستان از سوی دیگر در مهم‌ترین مسائل احوال شخصیه یعنی نکاح و انحلال آن، ارث و وصیت تفاوت‌های زیادی وجود دارد. همچنین در میان فقیهان امامیه در موارد

بسیاری اختلاف فتوا به چشم می‌خورد که همه این موارد بر ضرورت تدوین قانون احوال شخصیه شیعیان را آشکارتر می‌سازند.

هم‌چنین دریافتیم که چگونه ضرورت‌های اجتماعی و فرهنگی جامعه امروز موجب تحول در آرای فقیهان امامیه شده است. بنابراین، توجه به این امر مهم در تدوین قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان بسیار ضروری است.

در پایان، بر اساس مطالعه‌های انجام شده در این پژوهش پیشنهادهایی را به صورت فهرست‌وار می‌آوریم. امید است اهل فن و نظر را در تدوین و بررسی قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان به کار آید.

۱. احوال شخصیه شیعیان افغانستان با توجه به منابع فقهی مذهب

تشیع به‌ویژه اجتهادات مجتهدان این مذهب تدوین و تصویب شود.

۲. برای نظم یافتن امور و تسهیل در حل و فصل اختلافات احتمالی، ثبت ازدواج شیعیان الزامی شود.

۳. برای استفاده از دستاوردهای علمی بشر در جلوگیری از فروپاشی بنیاد خانواده و سلامتی از بیماری‌های ارثی و درمان ناپذیر، آزمایش ژنتیکی پیش از ازدواج و نیز ارائه گواهی صحت از برخی بیماری‌های واگیردار، مقاربتی و اعتیاد مضر الزامی شود.

۴. سن اهلیت ازدواج برای دختران ۱۳ سالگی قرار داده شود. ازدواج پیش از آن سن نیز تنها با اذن ولی، رعایت مصلحت دختر و اجازه دادگاه امکان‌پذیر باشد.

۵. ثبت طلاق و مراجعه به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش الزامی شود.

۶. دادگاه پیش از صدور گواهی عدم امکان سازش، طرفین را به داوری هدایت کند.

۷. طلاق نه فقط به اراده مرد، بلکه به درخواست زن، در فرضی که زن از شوهر خود وکالت در طلاق داشته باشد، واقع شود. همچنین زن به استناد عسر و حرج به سبب نفقه ندادن شوهر و آزار رساندن او و مانند آن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. در صورت موجه بودن دلایل عسر و حرج، دادگاه باید شوهر را به طلاق الزام کند. اگر اجبار ممکن نبود، خود، رأساً زن را طلاق دهد.

۸. عیب وقتی موجب فسخ است که در مدت معقولی قابل درمان نباشد یا معیوب حاضر به درمان خود نشود.

۹. موارد برص و جذام از عیب‌های مشترک میان زن و مرد به شمار آید.

۱۰. برای بازنگری قانون احوال شخصیه و تفسیر و بررسی کاستی‌های آن و پاسخ به استفتاهای قضات درباره این قانون، هیئت عالی‌رتبه‌ای مرکب از اعضای شیعی استره محکمه (دیوان عالی کشور) و قضات بلندپایه شیعی در ولایت کابل و اعضای شیعی مجلس شورای ملی با اطلاعات فقهی و حقوقی کافی تشکیل شود تا بر روند تدوین، اجرا و اصلاح این قانون نظارت کنند.

۱۱. برای فراهم آمدن زمینه تصویب و اجرای موفق این قانون باید احوال شخصیه شیعیان به صورت درس الزامی در برنامه تحصیلی دانشکده‌های حقوق و شرعیات افغانستان گنجانده شود. منابع درسی دینی و معارف اسلامی و تعلیمات عمومی در تمام مراحل از ابتدایی تا دبیرستان و دانشگاه را نیز باید با توجه به قانون مدنی و قانون احوال شخصیه شیعیان بازنگری کرد.

۱۲. برای اجرای موفق قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان شایسته است، قضات محترم محاکم در یک دوره کارآموزی احوال شخصیه شیعیان شرکت کنند.

کتابنامه

قرآن کریم.

نهج البلاغه، صبحی صالح، قم، دارالهجرة، بی تا.

نهج الفصاحه، ترجمه: ابوالقاسم پاینده، تهران، سازمان انتشارات جاویدان، ۱۳۶۱.

۱. کتاب

الف) فارسی

۱. ارفع نیا، بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، انتشارات آگاه، ج ۲، ۱۳۷۳.
۲. الفنستون، مونت استوارت، افغانان (جای، فرهنگ، نژاد) ترجمه: محمد آصف فکرت، مشهد، آستان قدس رضوی، ج ۱، ۱۳۷۶.
۳. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ج ۴، ۱۳۷۵.
۴. _____، جزوه جامعه شناسی حقوقی (پلی کپی)، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۷۶.
۵. امین، سیدحسن، تاریخ حقوق ایران، تهران، دایرةالمعارف ایران شناسی، ج ۱، ۱۳۸۲.
۶. اندرسون، نورمن، تحولات حقوقی جهان اسلام، ترجمه: فخرالدین اصغری و دیگران، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ج ۱، ۱۳۷۶.

۷. انصاری، فاروق، تحولات سیاسی و اجتماعی افغانستان، تهران، مرکز اسناد و تاریخ دیپلماسی، ج ۱، ۱۳۸۱.
۸. ایازی، سیدمحمدعلی، فقه پژوهشی قرآنی، قم، بوستان کتاب، ج ۱، ۱۳۸۰.
۹. بوازار، مارسل، اسلام و حقوق بشر، ترجمه: محسن مؤیدی، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۵۸.
۱۰. بهنود، یوسف، احوال شخصیه از دیدگاه قوانین، ارومیه، انتشارات انزلی، ج ۱، ۱۳۶۹.
۱۱. پولانزاس، ن. آر، واقعیت و حقوق، ترجمه: نجادعلی الماسی، تهران، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۴.
۱۲. تارا، جواد، فلسفه حقوق و احکام در اسلام، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵.
۱۳. ترنبری، پاتریک، حقوق بین الملل و حقوق اقلیت ها، ترجمه: آزیتا شمشادی و علی اکبر آقایی، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ج ۱، ۱۳۷۹.
۱۴. جانسون، گلن، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه آن، ترجمه: محمدجعفر پوینده، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸.
۱۵. جعفری، محمدتقی، حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ۱۳۷۰.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
۱۷. _____، حقوق خانواده، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹.
۱۸. _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ج ۲، ۱۳۸۱.
۱۹. _____، فلسفه حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ج ۱، ۱۳۸۰.
۲۰. _____، مقدمه عمومی علم حقوق، بی جا، بی نا، ۱۳۴۱.
۲۱. _____، وصیت - ارث، تهران، دانشگاه تهران، ج ۳، ۱۳۷۱.
۲۲. جوان، موسی، مبانی حقوق، تهران، شرکت چاپ نگین، ۱۳۲۶.

۲۳. جیلانی قمی، میرزا ابی القاسم، جامع الشتات، تهران، مؤسسه کیهان، چ ۱، ۱۳۷۵.
۲۴. حائری شاه‌باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، تهران، گنج دانش، چ ۱، ۱۳۸۳.
۲۵. حکیم، سیدمحسن، نگاهی به وضعیت شیعیان عراق در قانون احوال شخصیه این کشور، بی‌جا، مؤلف، چ ۱، ۱۳۷۸.
۲۶. حکیمی، محمدهادی، بررسی وضعیت حقوقی ازدواج مختلط افغانی با ایرانی، همدان، انتشارات نور علم، چ ۱، ۱۳۸۳.
۲۷. دانای علمی، منیژه، موجبات طلاق در حقوق ایران و اقلیت‌های غیرمسلمان، تهران، انتشارات اطلس، چ ۱، ۱۳۷۴.
۲۸. دانش‌پژوه، مصطفی، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه - قم، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، چ ۱، ۱۳۸۱.
۲۹. داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه: سیدحسین صفایی و دیگران، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چ ۱، ۱۳۶۴.
۳۰. الذلمی، مصطفی ابراهیم، خاستگاه اختلاف در فقه مذاهب، ترجمه: حسین صابری، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، چ ۱، ۱۳۷۵.
۳۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت، تهران، طرح نو، چ ۱، ۱۳۸۱.
۳۲. راستی، زهرا و اکرم اسماعیلی، انحلال نکاح به واسطه عیب، تهران، سفیر صبح، چ ۱، ۱۳۸۰.
۳۳. رحمانی، سیدعبد الوهاب، راهنمای حقوق خانواده در افغانستان از دیدگاه قانون مدنی، بی‌جا، روزنه، چ ۱، ۱۳۸۱.
۳۴. سجادی، سیدعبد القیوم، جامعه‌شناسی سیاسی افغانستان (قوم، مذهب و حکومت)، قم، بوستان کتاب، چ ۱، ۱۳۸۰.
۳۵. سعید، حسن، فدای وحدت، ترجمه: محمود ناطقی، تهران، مدرسه چهلستون، ۱۳۶۳.
۳۶. سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
۳۷. سیدحسینی، سیدصادق، مدارای بین مذاهب اسلامی، قم، بوستان کتاب، چ ۱، ۱۳۸۳.

۳۸. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۵.
۳۹. شهابی، محمود، ادوار فقه، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰.
۴۰. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، کانون وکلای دادگستری، چ ۳، ۱۳۷۳.
۴۱. عاملی (شیخ بهایی)، بهاءالدین، جامع عباسی، تهران، انتشارات فراهانی، بی تا.
۴۲. صابری، حسین، عقل و استنباط فقهی، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی، چ ۱، ۱۳۷۸.
۴۳. صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع، تهران، طرح نو، چ ۱، ۱۳۸۱.
۴۴. صانعی، یوسف، توضیح المسائل، قم، نشر مصطفی، ۱۳۷۴.
۴۵. _____، ارث زن از شوهر، میثم تمار، قم، ۱۳۸۴.
۴۶. صفایی، سید حسین، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴.
۴۷. صفایی، سید حسین، و سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۰.
۴۸. صفایی، سید حسین، و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، زیر نظر: ابوالقاسم گرگی، تهران، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۸۴.
۴۹. صفایی، سید حسین، و اسدالله امامی، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۵۰. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۶.
۵۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، سؤال و جواب، به اهتمام سید مصطفی محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
۵۲. عبادی، شیرین، حقوق پناهندگان، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۳.
۵۳. عدل (منصور السلطنه)، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات بحر العلوم، ۱۳۷۳.
۵۴. علی قلی میرزا (اعتماد السلطنه)، تاریخ و سوانح افغانستان، تصحیح میرهاشم محدث، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۵.
۵۵. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۰.

۵۶. عمید زنجانى، عباس على، حقوق اقليت ها، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامى، ۱۳۷۰.

۵۷. غزالى، محمد، مسائل زنان بين سنت هاى كهن و جديد، ترجمه: مجيد احمدى، تهران، نشر احسان، ۱۳۸۱.

۵۸. فرهنگ، سيد محمد حسين، جامعه شناسى و مردم شناسى افغانستان، قم، مؤسسه آموزشى پژوهشى امام خمينى، چ ۱، ۱۳۸۰.

۵۹. فرهنگ، مير محمد صديق، افغانستان در پنج قرن اخير، قم، اسماعيليان، ۱۳۷۱.

۶۰. غبار، مير غلام محمد، افغانستان در مسير تاريخ، كابل، مؤسسه چاپ كتب، ۱۳۴۶.

۶۱. فضل الله، سيد محمد، اسلام و جستارى تازه، ترجمه: مجيد مرادى، قم، بوستان كتاب، ۱۳۸۳.

۶۲. _____، دنيائى زن، تهران، دفتر پژوهش و نشر سهروردى، ۱۳۸۳.

۶۳. فيض زاد، محمد علم، جرگه هاى بزرگ مى افغانستان، لاهور، بى نا، ۱۳۶۸.

۶۴. قربان نيا، ناصر، عدالت حقوقى، تهران، مؤسسه فرهنگى دانش معاصر، ۱۳۸۰.

۶۵. قربان نيا، ناصر و همكاران، بازپژوهى حقوق زن، تهران، انتشارات روز نو، چ ۱، ۱۳۸۴.

۶۶. كاتب هزاره، فيض محمد، سراج التواريخ، تهران، مؤسسه تحقيقات و انتشارات بلخ، ۱۳۷۳.

۶۷. كاتوزيان، ناصر، ارث، تهران، شركت سهامى انتشار، ۱۳۷۶.

۶۸. _____، اعتبار امر قضاوت شده، تهران، كانون وكلاى دادگسترى، چ ۴، ۱۳۷۳.

۶۹. _____، حقوق انتقالى، تهران، كانون وكلاى دادگسترى، ۱۳۶۹.

۷۰. _____، حقوق مدنى (عقود معين)، تهران، شركت سهامى انتشار، ۱۳۷۵.

۷۱. _____، حقوق مدنى (خانواده)، تهران، شركت سهامى انتشار با همكارى بهمن برنا، ط ۳، ۱۳۷۱.

۷۲. _____، حقوق مدنی، (قواعد عمومی قراردادها)، تهران، شرکت سهامی انتشار و بهمن برنا، ج ۵، ۱۳۸۰.
۷۳. _____، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ۱۳۷۶.
۷۴. _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر دادگستر، ج ۲، ۱۳۷۷.
۷۵. _____، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، انتشار، ۱۳۷۳.
۷۶. کار، مهرانگیز، ساختار حقوقی نظام خانواده در ایران، تهران، روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۷۸.
۷۷. کاظم زاده، علی، تفاوت حقوقی زن و مرد در نظام حقوقی ایران، تهران، میزان، ج ۱، ۱۳۸۳.
۷۸. گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقها، تهران، سمت، ۱۳۷۰.
۷۹. گروهی از نویسندگان، افغانستان، ترجمه: سعید ارباب شیرانی و هوشنگ اعلم، تهران، بنیاد دایرةالمعارف اسلامی، ۱۳۷۶.
۸۰. مجموعه مقالات دومین سمینار افغانستان، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، ۱۳۷۰.
۸۱. گروهی از نویسندگان، حقوق در آینه فقه، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۱.
۸۲. حقوق بشر از دیدگاه اسلامی (آرای دانشمندان ایرانی)، تهران، انتشارات بین المللی هدی، ۱۳۸۰.
۸۳. دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر: کاظم موسوی بجنوردی، تهران، انتشارات حیان، ۱۳۷۵.
۸۴. دایرةالمعارف تشیع، تهران، نشر شهید محبی، ۱۳۸۱.
۸۵. ماگنوس، رالف. اچ. وادن نبی، افغانستان، روحانی، مارکس و مجاهد، ترجمه: قاسم ملکی، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، ۱۳۸۰.
۸۶. متولی، سیدمحمد، احوال شخصیه بیگانگان در ایران، تهران، سازوکار، ۱۳۷۸.

۸۷. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ج ۱۰، ۱۳۸۳.
۸۸. _____، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
۸۹. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۵۸.
۹۰. محمضانی، صبحی، فلسفه قانون گذاری در اسلام، ترجمه: اسماعیل گلستانی، تهران، امیرکبیر، ج ۲، ۱۳۵۶.
۹۱. مدنی، سیدجلال الدین، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵.
۹۲. مزاری، عبدالعلی، احیای هویت (مجموعه سخنرانی ها)، قم، مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، ۱۳۷۴.
۹۳. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام (مجموعه آثار جلد ۱۹)، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۷۸.
۹۴. مظفری، محمدحسین، نابردباری مذهبی، تهران، مؤسسه فرهنگی اندیشه معاصر، ج ۱، ۱۳۷۶.
۹۵. مقصودی، عبدالحسین، هزاره جات؛ سرزمین محرومان، کویته، بی نا، ۱۳۶۸.
۹۶. موثقی، سیداحمد، استراتژی وحدت در اندیشه سیاسی اسلام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰.
۹۷. موسوی خمینی، سیدروح الله، صحیفه نور، تهران، مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۱.
۹۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم و دیگران، توضیح المسائل مراجع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۸.
۹۹. موسوی، سیدعسکر، هزاره های افغانستان، ترجمه: اسدالله شفایی، تهران، نقش سیمرغ، ج ۱، ۱۳۷۹.
۱۰۰. مهرپور، حسین، حقوق بشر در اسناد بین المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴.
۱۰۱. _____، مباحثی از حقوق زن، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۹.

۱۰۲. _____، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۶.
۱۰۳. مهریزی، مهدی و همکاران، رساله‌های فقهی بلوغ دختران، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰.
۱۰۴. میرخانی، عزت‌السادات، زن و خانواده، تهران، انتشارات سفیر صبح، چ ۱، ۱۳۷۹.
۱۰۵. میرشمسی، فاطمه، مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج از دیدگاه فقه امامیه، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۰.
۱۰۶. متسکیو، شارل دو، روح القوانين، ترجمه: علی‌اکبر مهدی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۲.
۱۰۷. ناصری داوودی، عبدالمجید، زمینه و پیشینه اصلاحی در افغانستان، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چ ۱، ۱۳۷۹.
۱۰۸. نایل، حسین، سایه روشن‌هایی از وضع جامعه هزاره، قم، اسماعیلیان، چ ۱، ۱۳۷۲.
۱۰۹. نایینی، محمدحسین، تنبیه‌الامة و تنزیه‌الملة، با توضیح: سید محمود طالقانی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۹، ۱۳۷۸.
۱۱۰. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر آگاه، ۱۳۷۴.
۱۱۱. وکیلی پولزایی درانی، عزیزالدین، دارالقضا در افغانستان از اوایل عهد اسلام تا جمهوریت، کابل، مطبعه دولتی، ۱۳۶۹.
۱۱۲. ویراما نتری، سی. جی، چشم‌اندازهایی بر آزادی و برابری در جهان سوم، ترجمه: محمود ریاضی، تهران چاپخش، بی‌تا.
۱۱۳. ۲۶ سرطان داوود خان، بی‌جا، نشر نهضت آزادی ایران بخش خارج از کشور، ۱۳۵۵.
۱۱۴. خواست‌های شیعیان افغانی، دارالانشای شورای مرکزی حرکت اسلامی افغانستان، ۱۳۷۶.

ب) عربی

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، نجف، مکتبه مرتضویه، ۱۳۶۰ هـ. ق.
۲. ابن براج، عبدالعزيز، المهذب، قم و جامعه مدرسين، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۳. ابن رشد، محمد (قرطبی)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، بیروت، دارالمعرفه ۱۴۰۲ هـ. ق. / ۱۹۸۲ م.
۴. ابن عابدين، محمد امين، رسائل ابن عابدين، بیروت، احياء التراث العربی، بی تا.
۵. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی الشرح الكبير، بیروت، دارالكتاب العربی، بی تا.
۶. ابن نجيم، زين العابدين، الاشباه و النظائر، بیروت، مکتبه العصریه، ۱۴۱۸ هـ. ق. / ۱۹۹۸ م.
۷. ابن منظور، لسان العرب، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۸. ابن هشام، السيرة النبویه، بیروت، دار احياء التراث، بی تا.
۹. ابو زهره، محمد، الاحوال الشخصیه، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۳۶۹ هـ. ق. / ۱۹۵۰ م.
۱۰. احمد، ابن تيمیه، مجموعه الرسائل والمسائل، تعليق: محمد رشيدرضا، بی تا، لجنة التراث العربی، بی جا.
۱۱. اصفهانی، ابوالحسن، وسیلة النجاة، بی جا، ۱۳۸۵ هـ. ق. (چاپ سنگی).
۱۲. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن الحسن، كشف اللثام، قم، مکتبه آية الله مرعشی نجفی، بی تا.
۱۳. امام، محمد کمال الدين، الزواج و الطلاق فی الفقه الاسلامی، بیروت، مؤسسه الجامعيه للدراسات والنشر، ۱۳۱۶/۱۹۹۶ م.
۱۴. انصاری قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ط ۲، ۱۴۰۵ هـ. ق. / ۱۹۸۵ م.
۱۵. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب النکاح، قم، لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۱۶. _____ کتاب المکاسب، قم، دهاقانی، ۱۳۷۴.
۱۷. بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضرة تحقيق: محمدتقی ایروانی، بیروت، دارالاضواء، ط ۲، ۱۴۰۷ هـ. ق. / ۱۹۸۷ م.

١٨. بحر العلوم، عزالدين، بحوث فقهية من محاضرات آية الله حسين الحلبي، بيروت، دارالزهراء، ط ٣، ١٤٠٥ هـ. ق. ١٩٨٥م.
١٩. _____ الزواج في القرآن و السنة، بيروت، دارالزهراء، ط ١، ١٣٩٨ هـ. ق. ١٩٨٥م.
٢٠. بدران، ابوالعنين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية، بيروت، دارالنهضة العربية، بي.تا.
٢١. بلتاجي، محمد، دراسات في الاحوال الشخصية، بيروت، مكتبة الشباب، ١٤٠٠ هـ. ق. ١٩٨٠م.
٢٢. جزائري، احمد، قلاند الدرر، بيروت، مؤسسه الوفاء، ١٤٠٤ هـ. ق. ١٩٨٤م.
٢٣. جزائري، عبدالرحمان، الفقه على المذاهب الاربعه، بيروت، دارالاحياء التراث العربي، ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦م.
٢٤. جصاص، ابي بكر، احكام القرآن، بيروت، دارالفكر، ١٤٢١ هـ. ق. ٢٠٠١م.
٢٥. جمال، مصطفى، الاحوال الشخصية لغير المسلمين، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣م.
٢٦. جنانتي، محمدابراهيم، دروس في الفقه المقارن، قم، منظمة الاعلام الاسلامي، ط ١، ١٤١٥.
٢٧. حسيني عاملي، سيدمحمدجواد، مفتاح الكرامة، قم، مؤسسه آل البيت، بي.تا (چاپ سنگي).
٢٨. حرعاملي، محمد بن حسن، وسائل الشيعه، بيروت، داراحياء التراث العربي، بي.تا.
٢٩. حلي (علامه)، حسن بن مطهر، قواعد الاحكام، قم، منشورات رضى، بي.تا، (چاپ سنگي).
٣٠. _____، مختلف الشيعه، قم، مكتب الاعلام الاسلامي، ١٤١٧ هـ. ق.
٣١. _____، تحرير الاحكام الشرعيه، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ١٤٢٢ هـ. ق.
٣٢. حلي (محقق)، جعفر بن حسن، شرايع الاسلام، بيروت، دارالاضواء، ١٤٠٣ هـ. ١٩٨٣م.

۳۳. حیدر، علی، دور الحکام؛ شرح مجلة الاحکام، ترجمه: فهمی حسینی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ هـ / ۱۹۹۱ م.
۳۴. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
۳۵. الذلمی، مصطفی ابراهیم، مدى سلطان الارادة فی الطلاق، بغداد، مطبعة العانی، ۱۴۰۴ هـ / ۱۹۸۴ م.
۳۶. رازی، فخرالدین، تفسیر الکبیر، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
۳۷. زبیدی، مرتضی، تاج العروس، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ هـ / ق ۱۹۹۴ م.
۳۸. رستم باز، سلیم، شرح المجله، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۰۵ هـ.
۳۹. رشیدرضا، محمد، تفسیر المنار، بیروت، دارالمعرفه، ۱۳۹۳ هـ / ق ۱۹۷۳ م.
۴۰. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۹ هـ / ق ۱۹۸۹ م.
۴۱. سباعی، مصطفی، شرح قانون الاحوال الشخصیه، بیروت، دارالوراق، ۱۴۲۲ هـ / ق.
۴۲. سبزواری، محمدباقر، کفایة الاحکام، اصفهان، نشر مهدوی، {بی تا} (چاپ سنگی).
۴۳. شرف الدین، سیدعبدالحسین، نص و اجتهاد، بی جا، ابومجتبی، ق ۱۴۰۴.
۴۴. _____، الفصول المهمة فی تألیف الامة، تهران، مؤسسه بعثت، بی تا.
۴۵. شعبان، زکی الدین، الاحکام الشرعیة للاحوال الشخصیة، بنغازی، جامعه قاریونس، ۱۳۷۲ / ۱۹۹۳ م.
۴۶. شلبی، محمد مصطفی، احکام الأسرة فی الاسلام، بیروت، دار النهضة العربیة، ط ۲، ۱۳۷۹ هـ / ق ۱۹۷۷ م.
۴۷. صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، قم، ناشر: سیدعلی حسن مطهر، ۱۴۲۱ هـ / ق ۲۰۰۰ م.
۴۸. صنهاجی (قرافی)، احمد بن ادريس، الفروق، قاهره، دارالسلام، ۱۴۲۱ هـ / ق ۲۰۰۱ م.
۴۹. طباطبائی، سید محمد، کتاب المناهل، بی جا، مؤسسه آل البيت، بی تا، (چاپ سنگی).

٥٠. طباطبائي، سيد محمد حسين، الميزان في تفسير القرآن، بيروت، مؤسسه اعلمى للمطبوعات، ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م.

٥١. طباطبائي حكيم، سيد محسن، مستمسك العروة، قم، مكتبه آيت الله مرعشي نجفي، ١٤٠٤.

٥٢. طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم، عروة الوثقى، تهران، مكتبه العلميه الاسلاميه، ١٣٩٩ هـ.ق.

٥٣. طبرسي، فضل بن حسن، مجمع البيان، بيروت دار مكتبه الحياه، بى.تا.

٥٤. طوسي، محمد بن حسن، تهذيب الاحكام، بيروت، دار صعب — دارالتعارف، ١٤٠١ هـ.ق / ١٩٨١م.

٥٥. _____، المبسوط، تهران، مكتبه مرتضويه، ١٣٨٨.

٥٦. طوسي، محمد بن علي (ابن حمزه)، الوسيلة الى نيل الفضيله، قم، مكتبة آية الله مرعشي نجفي، ط ١، ١٤٠٨ هـ.

٥٧. عاملي، (شهيد ثاني) زين الدين، مسالك الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤١٦ هـ.ق.

٥٨. عايد، صالح بن حسين، حقوق غير المسلمين في بلاد الاسلام، رياض، دار اشبيلى، ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣م.

٥٩. عبد التواب، معوض، موسوعة الاحوال الشخصيه، اسكندريه، دارالمعارف، ١٩٩٥م.

٦٠. عبد الحميد، محمد محي الدين، الاحوال الشخصيه في الشريعة الاسلاميه، بيروت، دار الكتاب العربى، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤م.

٦١. عزمى البكرى، محمد، موسوعة الفقه و القضاء في الاحوال الشخصيه، ط ٥، بى.جا، ١٩٩٩م.

٦٢. علم الهدى، شريف مرتضى، الانتصار، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤١٥ هـ.

٦٣. عوض، سيد صالح، اثر العرف في التشريع الاسلامى، قاهره، دار الكتاب الجامعى، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩م.

٦٤. غزالى، ابو حامد، الاقتصاد في الاعتقاد، تعليق: على بوملحم، بيروت، دار و مكتبه الهلال، ط ١، ١٩٩٣.

۶۵. الغندور، احمد، الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي، الكويت، مطبوعات جامعه الكويت، ۱۹۷۲م.

۶۶. فقيه، يوسف، الاحوال الشخصية، بيروت، دارالاضواء، ۱۴۰۹ هـ / ۱۹۸۹م.

۶۷. فيض كاشاني، محمد محسن، مفاتيح الشرايع، تحقيق: سيد مهدي رجايي، قم، مجمع ذخاير الاسلامي، ۱۴۰۱.

۶۸. فياض، محمد اسحاق، منهاج الصالحين، قم، مكتب آيت الله فياض، {بى تا} ۶۹. كاساني حنفى، ابى بكر، بدائع الصنائع، بيروت، دارالفكر، ط ۱، ۱۴۱۷ هـ. ق. ۱۹۹۶م.

۷۰. كاظمي خراساني، محمد علي، فوائد الاصول، قم، مؤسسه نشر اسلامي، بى تا. ۷۱. كركي (محقق ثاني)، علي بن حسين، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ هـ. ق.

۷۲. كليني، محمد بن يعقوب، فروع كافي، بيروت، دار صعب - دارالتعارف، ۱۴۰۱. ۷۳. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم، بوستان كتاب، ۱۳۸۰. ۷۴. مرواريد، علي اصغر (گردآورنده)، سلسله الشنايع الفقهيه، بيروت، دارالتراث، ۱۴۱۰ - ۱۴۳۱ هـ. ق.

۷۵. معروف الحسنی، هاشم، المبادئ العامة للفقه الجعفری، بيروت، دارالقلم، ۱۹۷۸م.

۷۶. مغنيه، محمدجواد، الاحوال الشخصية، بيروت، دارالعلم للملايين، ط ۱، ۱۹۶۴م. ۷۷. _____، الفقه على المذاهب الخمسه، تهران، مؤسسه الصادق عليه السلام، ۱۳۷۷ هـ / ۱۹۹۸م.

۷۸. مكى عاملی (شهيد اول)، محمد، اللمعة الدمشقية، (با شرح شهيد ثانی و حواشی کلاتر)، بيروت، منشورات جامعه النجف الدينيه، بى تا.

۷۹. مقداد بن عبدالله، سيورى (فاضل مقداد)، كنز العرفان، تهران، انتشارات مرتضوى، ۱۳۸۴ هـ. ق.

۸۰. مقدس اردبيلي، احمد بن محمد، زبدة البيان في احكام القرآن، تهران، مكتبه مرتضويه، بى تا.

۸۱ موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیة، قم، دلیل ما، ط ۱، ۱۴۲۴ ه.ق.

۸۲ موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ه.ق.

۸۳ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق.

۸۴ موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، قم، دفتر آیت الله سبزواری، ۱۴۱۷ ه.ق.

۸۵ موسوی عاملی، سید محمد، مدارک الاحکام، مشهد، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۰ ه.ق.

۸۶ منصوری، خلیل رضا، فطریة العرف، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق.

۸۷ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

۸۸ نجفی خوانساری، موسی، منیة الطالب، تقریر درس محمد حسین نایینی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.

۸۹ نراقی، مولی احمد، مستند الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث العربی، ط ۱، ۱۴۱۹ ه.ق.

۹۰. _____، عوائد الايام، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.

۹۱ وافی، علی عبدالواحد، حقوق الانسان فی الاسلام، قاهره، دارالنهضة مصر، ۱۳۹۸ ه.ق / ۱۹۷۹ م.

۹۲ یوسفی (فاضل آبی)، حسن ابن ابی طالب، کشف الرموز، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ م.

۲. نشریه

۱. آصفی، محمد مهدی، «هم زیستی فقهی ادیان و مذاهب»، فصل نامه فقه اهل بیت، شماره ۲، ۱۳۷۴

۲. آیت اللهی، زهرا، «سن ازدواج دختران»، فصل نامه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۱۷ و ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۷۷.

۳. ابوزید، نصر حامد، «شریعت و سکولاریزم در احوال شخصیه تونس»، ترجمه: عبدالله شفايي، فصل نامه نگاه معاصر، شماره ۳، خزان ۱۳۸۲.
۴. احمدی، محمد امین، «الزامات عدالت و انصاف در وضع و تصویب قانون اساسی»، فصل نامه نگاه معاصر، شماره ۱، بهار ۱۳۸۲.
۵. پروین، فرهاد، «نگاه دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران»، مجله حقوقی، شماره ۲۴، ۱۳۷۸.
۶. جوادی آملی، عبدالله، «کارآمدی عقل در استنباط احکام فقهی»، فصل نامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، پاییز ۱۳۸۲.
۷. حائری، سید کاظم، «العیب التي یفسخ بها النکاح»، فصل نامه فقه اهل بیت، شماره ۹، ۱۴۱۹/۵/۱۹۹۸ م.
۸. ذوالعین، نادر، «حمایت بین المللی از حقوق اقلیت ها»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، پاییز ۱۳۷۳ - تابستان ۱۳۷۴.
۹. شفق خواتی، محمد، «اسماعیلیه در افغانستان»، فصل نامه طلوع، شماره ۷، ۱۳۷۲.
۱۰. لسانی، حسام الدین، «جایگاه اقلیت ها در حقوق بین الملل بشر»، فصل نامه اندیشه های حقوقی، مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۳.
۱۱. کمالی، محمد هاشم، «جایگاه اسلام در قوانین اساسی گذشته افغانستان»، ترجمه: محمد علی جویا، فصل نامه نگاه معاصر، شماره ۳، خزان ۱۳۸۲.
۱۲. مبلغی، احمد، «مبانی فقهی وحدت از دیدگاه علامه شرف الدین»، مجله کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۴۲، ۱۳۸۳.
۱۳. مرعشی سید محمد حسن، «تحقیقی درباره سن بلوغ»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۴، تابستان ۱۳۷۱.
۱۴. مقدادی، محمد مهدی، «زنان و حمایت های قانونی»، مجله پیام زن، شماره ۱۱، بهمن ۱۳۸۳.
۱۵. ملکیان، مصطفی، «دولت، دین اخلاق و آزادی»، فصل نامه نگاه معاصر، شماره ۲، سال ۱۳۸۲.
۱۶. نوایی، مریم الف، «تأثیر کنوانسیون زنان بر قانون اساسی»، ترجمه: اسماعیل حکیمی، فصل نامه نگاه معاصر، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۲.

۳. مجموعه قوانین

۱. اسناد بین‌المللی حقوق بشر، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کابل، ۱۳۸۱.
۲. قانون اساسی افغانستان مصوب ۱۴ جدی ۱۳۸۲.
۳. قانون اصول محاکمات مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل جریده رسمی، شماره ۷۲۲، ۱۳۶۹.
۴. قانون شوراهای ولایتی، مصوب ۱۳۸۴.
۵. قوانین اساسی افغانستان، قم، مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان، ۱۳۷۴.
۶. قانون تخلفات اطفال در افغانستان، مصوب ۱۳۸۴، جریده رسمی شماره ۸۴۶.
۷. قوانین ملاعمر، مجموعه قوانین طالبان در افغانستان، محمدرضا حاج بابایی (گردآورنده)، تهران، نگاه امروز، ۱۳۸۲.
۸. قانون مدنی ایران، جهانگیر منصور، تهران، نشر دوران، ۱۳۸۲.
۹. قانون احوال شخصیه، شماره ۲۵ سال ۱۹۲۵ مصر.
۱۰. _____، شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ مصر.
۱۱. _____، شماره ۱۰۰ سال ۱۹۸۵ مصر.
۱۲. _____، شماره ۱۸۸ سال ۱۹۵۹ عراق.
۱۳. مجموعه کامل نظرات قانونی شورای نگهبان، محمدرضا بندرچی (گردآورنده)، قزوین، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۸۳.
۱۴. مجموعه توافق‌های تشریفاتی ایران و سایر کشورها، شاهرخ شاکریان و شکوه قیصری (گردآورندگان)، تهران، اداره کل قوانین و مقررات کشور، ۱۳۷۵.
۱۵. مجموعه قوانین سال‌های ۱۳۱۱ و ۱۳۱۳ ایران.

۴. منابع لاتین و سایت‌ها

1. Rehman Javid, International law of Human Rights, England, person Education, 2003.
2. www.moj.gov.af/dari/Qawanin.bl.html. 27/10/2005.
3. [www.Jemb.org / province.asp / province ID=34](http://www.Jemb.org/province.asp/province_ID=34). 27/10/2005.

4. memorandum: options on religion in the new constitution of Afghanistan:
5. [www.Iran-emrooz.de /archive /mapal /1382 /amirarj820424.html](http://www.Iran-emrooz.de/archive/mapal/1382/amirarj820424.html) 82/4/20
6. [www. bbc. persian.com](http://www.bbc.persian.com) 2005/ 3 /8.

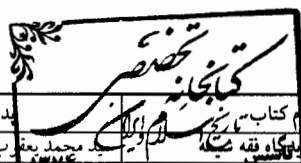
فهرست انتشارات جامعة المصطفیٰ ﷺ العالمية

شماره	نام کتاب	پدید آورنده / مترجم	زبان
۱	اثار و برکات نماز	رجب علی حیدری مظفرنگری	اردو
۲	آزادی اراده انسان در کلام اسلامی	طاهره روحانی، حلیمه حسینی	فارسی
۳	آشنایی با ادیان بزرگ	حسین توفیقی	فارسی
۴	آشنایی با تاریخ تفسیر و مفسران	حسین علوی مهر	فارسی
۵	آشنایی با تاریخ و منابع حدیثی	دکتر علی نصیری	فارسی
۶	آشنایی با جوامع حدیثی شیعه و اهل سنت	دکتر علی نصیری	فارسی
۷	آشنایی با صحیفه سجاده	محمد علی مجد فقیهی	فارسی
۸	آشنایی با متون حدیث و نهج البلاغه	مهدی مهریزی	فارسی
۹	آفتاب فقاقت (زندگی مقام معظم رهبری)	محمد یعقوب بشوی	اردو
۱۰	آموزش احکام (همراه با استفتائات...)	محمد حسین فلاح زاده	فارسی
۱۱	آموزش صرف	سید قاسم حسینی، غلامعلی صفائی و محمود ملکی	فارسی
۱۲	آموزش فارسی به فارسی (کتاب دوم و سوم)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۳	آموزش فارسی به فارسی (کتاب چهارم و پنجم)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۴	آموزش فارسی به فارسی (کتاب ششم)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۵	آموزش فارسی به فارسی (تمرین کتاب ششم)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۶	آموزش کلام اسلامی ۲ (راهنماشناسی، معادشناسی)	محمد سعیدی مهر	فارسی
۱۷	آموزش نماز	محمد زین العابدین ایوبی	بنگلا
۱۸	آموزه‌های بنیادین علم اخلاق ج ۱، ۲	محمد فتحعلی خانی	فارسی
۱۹	آیات الاحکام تطبیقی	محمد فاکر میدی	فارسی
۲۰	احکام و مقررات شکار و صید	علی اکبر صادقی	فارسی
۲۱	اخلاق تبلیغ در سیره رسول الله ﷺ	سید مرتضی حسینی	فارسی
۲۲	ادوار الاجتهاد عند الشیعة الامامیة	عدنان فرحان تنا	عربی
۲۳	اسباب النزول القرآنی؛ تاریخ و حقائق	حسن محسن حیدر	عربی
۲۴	اسرار نماز	رجبعلی حیدری	اردو
۲۵	اسلام و مسیحیت؛ الاهیات تطبیقی	توفیق اسداف و افضل الدین رحیم اف	آذری
۲۶	اصول تدوین ضوابط و مقررات	گروه قوانین و مقررات	فارسی
۲۷	اعتقاد ما	آیت الله مکارم شیرازی، مترجم: افضل الدین رحیم اف	آذری
۲۸	اعتقاد ما	آیت الله مکارم شیرازی، مترجم: سید قمر غازی	هندی
۲۹	اعتقاد ما	آیت الله مکارم شیرازی، مترجم: محمد نظام الدین	تایلندی
۳۰	اعجاز قرآن	سید رضا مؤدب	فارسی
۳۱	اعجاز قرآن از دیدگاه مستشرقان	رئیس اعظم شاهد	فارسی
۳۲	الأحوال الشخصية (الطلاق)	الدكتور السيد محمد كاظم المصطفوي	عربی
۳۳	الأحوال الشخصية (النكاح)	السيد محمد النجفی	فارسی
۳۴	الأخلاق السياسية فی المنهج الاسلامی	السید شهاب الدین الحسینی	عربی

شماره	نام کتاب	پدید آورنده / مترجم	زبان
۳۵	الأخلاق والحضارة	علی حسن الیاسری	عربی
۳۶	امام حسن و امام حسین علیه السلام از نظر اهل سنت	سید محمد علی موسوی	اردو
۳۷	الامام علی و تنمية ثقافة اهل الكوفة	محمد العبادي	عربی
۳۸	التبلیغ مناهجه واساليه	جعفر البخاری	عربی
۳۹	التلقيح الصناعي بين العلم والشریعة	سید کاظم العذاری	عربی
۴۰	الخلود فی جهنم	محمد عبد الخالق کاظم	عربی
۴۱	الدعاء عند اهل البيت علیهم السلام	محمد مهدي العاصفي	عربی
۴۲	الدولة الاسلامية من التوحيد الى المدنية	نزار عیدانی	عربی
۴۳	العدالة الاجتماعية في الاسلام	سید فاضل موسوی جابری	عربی
۴۴	القصص القرآنی	آیه الله السید محمد باقر الحکیم	عربی
۴۵	القواعد الفقهية ۲ (قاعدة لاضرر، حجية اليقينة و...)	الدكتور السيد محمد كاظم المصطفوي	عربی
۴۶	المعاد الجسماني	شاكر عطية الساعدي	عربی
۴۷	الهداية في النحو	تصحیح و تعلیق: حسین شیرافکن	عربی
۴۸	انسان و سرنوشت	شهید مطهری، مترجم: محمد اشرف شجاع	انگلیسی
۴۹	اهل بیت علیهم السلام از دیدگاه اهل سنت	سید ابوالحسن باقری	فارسی
۵۰	اهل بیت علیهم السلام سفینه النجاة	غلام محمد فخرالدین نجفی	اردو
۵۱	اهل بیت علیهم السلام کشتی نجات	محمد باقر مقدسی	اردو
۵۲	این است دین اسلام	سید یونس استروشنی	تاجیکی
۵۳	بازگشت به عصر دین	احمد رضا میر حاجتی، مترجم: قدری چلیک	استانبولی
۵۴	بر درگاه دوست	آیت الله مصباح یزدی، مترجم: محمد اریش والدمن	آلمانی
۵۵	بررسی و تحلیل وجود جن و کارکردهای آن	سید مراد رضا رضوی	اردو
۵۶	بطن قرآن از دیدگاه شیعه و اهل سنت	حیدر طباطبایی	فارسی
۵۷	پله پله تا آسمان علم	محمد عابدی	فارسی
۵۸	تاریخ تشیع در افغانستان	عبدالمجید ناصری داوودی	فارسی
۵۹	تاریخ حدیث	دکتر سید رضا مؤدب	فارسی
۶۰	تاریخ سرگذشت حدیث	علامه عسگری	بنگلا
۶۱	تاریخ فدک	وزیر عباس حیدری مظفرنگری	اردو
۶۲	تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی	محمد رضا کاشفی	فارسی
۶۳	تاریخ فلسفه اسلامی	حسن معلمی و همکاران	فارسی
۶۴	تاریخ قرآن	محمد حسین محمدی	فارسی
۶۵	تحریر الأسفار للمولی صدرالدین شیرازی ج ۱	الدكتور علی الشیروانی	عربی
۶۶	تحلیلی بر انقلاب اسلامی ایران	محمد مهدی باباپور	فارسی
۶۷	تعلیمات علوی	مؤسسه فکر اسلامی	اردو
۶۸	تعلیمات نهج البلاغه	سعی و اهتمام: مؤسسه فکر اسلامی انگلستان	اردو
۶۹	تفسیر آیات ولایت	آیت الله مکارم شیرازی، مترجم: محمد سمیع الحق	بنگلا
۷۰	تفسیر تطبیقی	دکتر فتح الله نجار زادگان	فارسی
۷۱	تفسیر تطبیقی آیه تطهیر از دیدگاه اهل بیت و اهل سنت...	ایلقار اسماعیل زاده	فارسی
۷۲	تفسیر تطبیقی آیه مودت	فدا حسین عابدی	فارسی
۷۳	تفسیر سوره فرقان	آیت الله مکارم شیرازی، مترجم: جمعی از مترجمان	تاجیکی
۷۴	تفسیر سوره نور	آیت الله مکارم شیرازی، مترجم: عبدالحکیم کمالی	تاجیکی

شماره	نام کتاب	پدید آورنده / مترجم	زبان
۷۵	تفسیر مقدمانی قرآن کریم	دکتر محمدعلی رضایی اصفهانی	فارسی
۷۶	جای پای آفتاب	سیدعلی نقی میرحسینی	فارسی
۷۷	الجبر والاختیار	تعریب: حسین الواسطی	عربی
۷۸	جلوه نور	آیت الله علی سعادت پرور، مترجم: محمدامین استانبولی	استانبولی
۷۹	جوابات سخنان سپاه صحابه	آیه الله علی کورانی عاملی، مترجم: سید ابومحمد نقوی	اردو
۸۰	چکیده پایان نامه های کارشناسی ارشد مرکز جهانی	مرتضی رضاخانی	فارسی
۸۱	حفظ موضوعی قرآن کریم	سید علی میرداماد نجف آبادی و دیگران	فارسی
۸۲	حقوق اهل بیت (علیهم السلام) در تفاسیر اهل سنت	محمد یعقوب بشوی	فارسی
۸۳	حقیقت محمدیه و افراد انسان	امداد توران	فارسی
۸۴	حکومت دینی در اندیشه امام خمینی و مودودی	ضامن علی حبیبی	فارسی
۸۵	حوار الحقیقة فی ضوء رؤية التوحید الدینی الثقافی	تحسین البدری	عربی
۸۶	خدا و صفات خدا در مکتب امامیه و ماتریدیه	حیات الله ناطقی	فارسی
۸۷	خدمات متقابل اسلام و ایران	شهید مطهری، مترجم: مینا یوکار و ادیس تیجانی	انگلیسی
۸۸	داستان پیامبران	محمد محمدی اشتیاردی، مترجم: محمد حسین اف	روسی
۸۹	داستانهای بحارالانوار	محمد ناصری، مترجم: محمدعلی مرتضی	بنگالا
۹۰	درآمدی بر ساختار اداری حکومت اسلامی	عبدالعلی محمدی	فارسی
۹۱	درآمدی بر نظام تربیتی اسلام	محمدعلی حاجی ده آبادی	فارسی
۹۲	درآمدی به تاریخ علم اصول	مهدی علی پور	فارسی
۹۳	درآمدی به شیعه شناسی	علی ربانی گلپایگانی	فارسی
۹۴	دراسات موجزة فی الخیارات والشروط	آیه الله جعفر السبحانی	عربی
۹۵	در انتظار خورشید (مقالات همایش در انتظار خورشید)	جمعی از مؤلفان	فارسی
۹۶	در جست و جوی حق (... چهار زامداد پس از رسول خدا)	حیدر مظفری و رسی	فارسی
۹۷	در جست و جوی فرقه ناجیه	ناظم زینال او	روسی
۹۸	در سنانه تاریخ عصر غیبت	پور سید آقایی، جباری، عاشوری و حکیم	فارسی
۹۹	در سنانه درایة الحدیث	دکتر سید رضا مؤدب	فارسی
۱۰۰	در سنانه عقاید	دکتر علی شیروانی	فارسی
۱۰۱	در سنانه مفردات قرآن	شهید غلامعلی همایی	فارسی
۱۰۲	در سنانه وضع حدیث	دکتر ناصر رفیعی محمدی	فارسی
۱۰۳	دروس تمهیدیه فی اصول العقائد	صادق الساعدي	عربی
۱۰۴	دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی ج ۱-۴	الشیخ باقر الإيروانی	عربی
۱۰۵	دروس فی تاریخ عصر الغیبة	تعریب: انور الرضاوی	عربی
۱۰۶	دروس فی البلاغة	الشیخ معین دقیق العاملی	عربی
۱۰۷	دروس فی الشیعة والشیع	علی الربانی گلپایگانی، تعریب: انور الرضاوی	عربی
۱۰۸	دروس فی الفقه الاستدلالی ج ۱، ۲	الشیخ باقر الإيروانی	عربی
۱۰۹	دروس فی الفقه المعاملات (الشیع)	السید محمد کاظم المصطفوی	عربی
۱۱۰	دروس فی المناهج والاتجاهات التفسیریة للقرآن	محمد علی الرضاوی الاصفهانی، تعریب: قاسم البیضانی	عربی
۱۱۱	دروس فی تاریخ الادیان	حسین توفیقی، تعریب: انور الرضاوی	عربی
۱۱۲	دروس فی تاریخ الفقه وادواره	آیه الله جعفر السبحانی	عربی
۱۱۳	دروس فی علم الدراية	دکتر سید رضا مؤدب، تعریب: قاسم البیضانی	عربی
۱۱۴	دروس فی مبادئ الفقه و معرفة ابوابه	حسن الرضاوی	عربی

شماره	نام کتاب	پدید آورنده / مترجم	زبان
۱۱۵	دروس فی نصوص الحديث ونهج البلاغة	مهدی المهریزی، تعریب: انور الرصافی	عربی
۱۱۶	دروس موجزة فی علمی الرجال والدراية	آية الله جعفر السبحانی	عربی
۱۱۷	دوستی در کتاب و سنت	محمد ری شهری، مترجم: حکیم جان کمال اف	تاجیک
۱۱۸	رابطه قرآن و عترت از دیدگاه شیعه و اهل سنت	فداحسین عابدی	فارسی
۱۱۹	راز آفرینش اهل بیت (ع)	سید محمد علی موسوی	فارسی
۱۲۰	رساله‌ای کوتاه در باب ضیافت الاهی	محمد م. خلفان	انگلیسی
۱۲۱	روایات سهوالتبی الأکرم (ع)	قیصر التیمی	عربی
۱۲۲	روایاری می تمدن اسلامی و مدرنیته	سید محمد عارف حسینی	فارسی
۱۲۳	رهپاتی بر علم سیاست و جنبه‌های اسلامی معاصر	عبدالوهاب فراتی	فارسی
۱۲۴	زبان تصویر ۱ (بلمی به سوی ساحل)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۲۵	زبان تصویر ۲ (زنگها)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۲۶	زبان تصویر ۴ (پاسهای وحشی)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۲۷	زبان تصویر ۵ (سفر)	مرکز آموزش زبان و معارف اسلامی	فارسی
۱۲۸	زنان دین گستر در تاریخ اسلام	طاهره روحانی	فارسی
۱۲۹	زهره برترین بانوی جهان	آیت الله مکارم شیرازی، مترجم: عبدالحکیم کمالی	تاجیکی
۱۳۰	سفارشات پیامبر (ص) به زنان	اکرم خان زیاد الله	تاجیکی
۱۳۱	سنت‌های اجتماعی الاهی در قرآن	دکتر احمد مرادخانی تهرانی	فارسی
۱۳۲	سنن النبی (ص)	علامه طباطبایی	اردو
۱۳۳	سید رضی؛ زندگی و کارنامه	زاهد علی هندی	اردو
۱۳۴	سیر تدوین و تطور تفسیر علمی قرآن	دکتر ناصر رفیعی محمدی	فارسی
۱۳۵	سیره پیشوایان	مهدی پیشوایی، مترجم: مانیس حق‌وردی اف	آذری
۱۳۶	سیره تبلیغی پیامبر اعظم (ص)	سارا رضایی	فارسی
۱۳۷	سیری در صحیحین	آیت الله نجمی، مترجم: محمد متیر خان	اردو
۱۳۸	سیمای جهاد و مجاهدان در قرآن (تفسیر سوره انفال)	دکتر علی شیروانی	فارسی
۱۳۹	شخصیت و حقوق زن در اسلام	جمعی از مؤلفان	فارسی
۱۴۰	شیعه‌شناسی در تاریخ اسلام	حیدر علی بنگالی	بنگلا
۱۴۱	صبح انتظار	علیزاده مترجم: اخلاق حسین	اردو
۱۴۲	صف و ستاد در سازمان	گروه امور سازمانی	فارسی
۱۴۳	عدل الاهی	شهید مطهری، مترجم: شجاع علی میرزا و ...	انگلیسی
۱۴۴	علم الدراية المقارن	دکتر سید رضا مؤدب، تعریب: انور الرصافی	عربی
۱۴۵	علم الدراية تطبیقی	دکتر سید رضا مؤدب	فارسی
۱۴۶	علم الکلام المعاصر	حیدر حب الله	عربی
۱۴۷	علم و عقل از دیدگاه مکتب تفکیک	سید عباس مرتضوی	فارسی
۱۴۸	غذیرشناسی و پاسخ به شبهات	علی اصغر رضوانی	اردو
۱۴۹	فروق و مذاهب کلامی	علی ربانی گلپایگانی	فارسی
۱۵۰	فلسفه اخلاق	محمد فتحعلی خانی	فارسی
۱۵۱	فلسفه اخلاق	حسن معلمی	فارسی
۱۵۲	فلسفه التریة فی الاسلام	السید تذر الحسنی	عربی
۱۵۳	فی الأخلاق النظرية	السید عبدالهادی الشریفی	عربی
۱۵۴	فی رحاب المفیده ج ۱-۲	سید محمد سعید حکیم، مترجم: مظاہر شاه صاحب اردو	اردو



شماره	نام کتاب / مترجم / آید آورنده / مترجم	زبان
۱۵۵	فقاوآ زن از دیدگاه فقه شیعه / سید محمد یعقوب موسوی سنگلاخی	فارسی
۱۵۶	کلام تطبیقی (توحید، صفات و عدل الهی) / علی ربیانی گلپایگانی	فارسی
۱۵۷	کلام تطبیقی (نبوت، امامت و معاد) / علی ربیانی گلپایگانی	فارسی
۱۵۸	گزیده تحف العقول / ابن شعبه حزان، مترجم: عبدالحکیم کمالی	تاجیکی
۱۵۹	گزیده شهاب الاخبار / قاضی قضایی، مترجم: عبدالحکیم کمالی	تاجیکی
۱۶۰	گزیده غررالحکم و دررالکلم / عبد الواحد تمیمی آمدی، مترجم: عبدالحکیم کمالی	تاجیکی
۱۶۱	مادران چهارده معصوم (ع) / حیدر مظفری و رسی	فارسی
۱۶۲	مبانی جامعه شناسی / مجید کافی	فارسی
۱۶۳	مبانی نقد متن الحدیث / قاسم البیضانی	عربی
۱۶۴	مبانی و روشهای تفسیری / دکتر محمد کاظم شا کر	فارسی
۱۶۵	مجموعه مقالات سمینار افغانستان ج ۱، / جمعی از پژوهشگران	فارسی
۱۶۶	مصحف امام علی (ع) / سید عبد الرحیم موسوی، مترجم: عبدالله احمد زانگو	انگلیسی
۱۶۷	معجم الاعمال المتداولة و مواطن استعمالها / السید محمد الحیدری	عربی
۱۶۸	معرفت شناسی / حسن معلمی	فارسی
۱۶۹	معرفة ابواب الفقه (تلخیص تحریر الوسیلة) / محسن الفقیهی	عربی
۱۷۰	معصومان امت اسلامی (تفسیر تطبیقی آیه تطهیر) / مؤلف و مترجم: ابتقار اسماعیل زاده	آذری
۱۷۱	مکه در بستر تاریخ / نعمت الله صفری فروشانی	فارسی
۱۷۲	منجی (امام مهدی عج از دیدگاه قرآن و حدیث) / ابتقار اسماعیل زاده	آذری
۱۷۳	منطق ترجمه قرآن / دکتر محمد علی رضایی اصفهانی	فارسی
۱۷۴	منطق تفسیر قرآن ۲ (روشها و گرایشهای تفسیری قرآن) / دکتر محمد علی رضایی اصفهانی	فارسی
۱۷۵	منطق مقدماتی / ابوالفضل روحی	فارسی
۱۷۶	موجز الادب العربی / محمد علی آذربش	عربی
۱۷۷	مودت القری و اهل العبا / میر سیدعلی همدانی، مترجم: الیاس قاسم اف	تاجیکی
۱۷۸	میراث تفسیری اهل بیت (ع) / سید حسین هاشمی	فارسی
۱۷۹	نافذة علی الفلسفة / صادق الساعدی	عربی
۱۸۰	نحو القرآن / حسن الرضائی	عربی
۱۸۱	نظام حقوقی اسلام / جلیل فتوائی	فارسی
۱۸۲	نظریة العرف بین الشریعة و القانون / السید نذیر الحسنی	فارسی
۱۸۳	نقد آراء ذهبی / قاسم البیضانی	عربی
۱۸۴	نقد احادیث مهدویت از دیدگاه اهل سنت / محمد یعقوب بشوی	فارسی
۱۸۵	نقش جنگهای صلیبی در انتقال تمدن اسلامی به غرب / سید عبدالرؤف رضایی	فارسی
۱۸۶	نقش حسابداری در توسعه اقتصادی / احمد صادقی گلکمانی - محسن برزو زاده	فارسی
۱۸۷	نقوش فقیه در عصر غیبت امام (عج) / سید شمشاد حسین رضوی	اردو
۱۸۸	نگره های عمده در پیوند دین و فلسفه / سید محمد مهدی افضل	فارسی
۱۸۹	واژه شناسی قرآن مجید / شهید غلامعلی همایی	فارسی
۱۹۰	وعایة الحکمة فی شرح نهاية الحکمة / حسین عشاقی الاصفهانی	عربی
۱۹۱	وعرفت من هم اهل البیت (ع) / حسینة حسن الدرب	عربی
۱۹۲	ولایت در پرتو آیات / علی جان محمدی (فره باغی)	فارسی
۱۹۳	وها بیت؛ مبانی فکری و کارنامه عملی / آیت الله جعفر سبحانی، مترجم: یونس محمد ثانی	هوسا
۱۹۴	یوسف قرآن (تفسیر سوره یوسف) / محسن قرائتی، مترجم: امان الله بابایی	تاجیکی