

به نام خداوند جان و خرد

خانواده و جایگاه زن

از منظر

شریعت، قانون و عرف در افغانستان

تابستان ۱۳۹۲ خورشیدی

استفاده و اقتباس از نوشته های این کتاب با ذکر منبع مجاز است.
نظرات مطرح شده در این کتاب الزاما خواست و مشی آرمان شهر نیست .
شماره های تماس : ۰۷۰۰۴۲۷۲۴۴/۰۷۸۷۱۹۵۲۱۲
آدر س الکترونیک: armanshahrfoundation.openasia@gmail.com
وبسایت: <http://www.openasia.org>

خانواده و جایگاه زن از منظر شریعت، قانون و عرف در افغانستان

ویراستار و نویسنده مقدمه: عبدالواحد ضیاء مبلغ

تألیف فصول: شریف شرافت، قاضی هما علیزوی، پوهنمل عبدالمجید صمیم، محمد منیر مروت، سیدمحمد عالم امینی، رضا حسینی، علی رضا روحانی، عبدالکریم حقیار، حبیب الله شاکر، پوهنمل سلامت عظیمی، مونسه بهرام، پوهاند دکتور الف شاه خُدر ان

طرح جلد: بر اساس نقاشی نادر جهانگیری

برگ آرای: کبیر احمد نشاط

انتشار: انتشارات آرمان شهر

چاپ دوم: تابستان ۱۳۹۲

شماره گان: ۱۰۰۰

حق چاپ محفوظ و مخصوص ناشر است

این کتاب با حمایت مالی اتحادیه اروپا و بنیاد هاینریش بُل در افغانستان منتشر شده است. مسؤولیت انتشار کتاب به عهده آرمان شهر و مسؤولیت محتوای مطالب به عهده نویسنده یا نویسندگان است و به هیچ وجه نمی تواند بازتاب دیدگاه نهادهای نامبرده محسوب شود.

فهرست

پیشگفتار ۱۳

مقدمه ۱۷

فصل اول:

ثبت ازدواج و طلاق ۲۳

مقدمه ۲۳

گفتار اول: ضرورت ثبت ازدواج و طلاق ۳۴

گفتار دوم: ثبت ازدواج و طلاق از منظر شرع و قانون ۲۵

گفتار سوم: ثبت ازدواج در کشورهای اسلامی ۲۷

گفتار چهارم: چالش‌ها در عرصه ثبت ازدواج و طلاق ۲۸

فصل دوم :

سن ازدواج ۳۳

- گفتار اول: ازدواج ۳۳
- الف) تعریف ازدواج ۳۳
- ب) عقد ۳۳
- پ) تعریف و معنی ایجاب و قبول ۳۴
- ت) اهلیت بر ای ازدواج ۳۴
- گفتار دوم: مستندات شرعی و قانونی در مورد سن ازدواج و بلوغ .. ۳۵
- گفتار سوم: نکاح صغیره ۳۸
- گفتار چهارم: سن ازدواج در قوانین کشورهای اسلامی ۳۹
- گفتار پنجم: عرف و سوءاستفاده از حداقل سن ازدواج ۴۰
- الف) آثار منفی صحی ازدواج‌های تحت سن ۴۱
- ب) تاثیرات حقوقی و اجتماعی نکاح‌های تحت سن ازدواج ۴۱
- پ) ممنوعیت ازدواج‌های اجباری در قوانین ملی ۴۳
- ت) معاهدات بین‌المللی و اجبار در ازدواج ۴۴

فصل سوم:

- رضایت با عقد ازدواج ۴۹
- مقدمه ۴۹
- گفتار اول: معنی و مفهوم رضایت ۵۰
- الف) معنای رضایت ۵۰
- ب) اهمیت رضایت در عقود ۵۰
- پ) رضایت و تشکیل ایده‌آل خانواده ۵۱

- گفتار دوم: نقش زن در عقد ازدواج..... ۵۱
- الف) زن و رضایت به ازدواج..... ۵۱
- ب) دیدگاه‌های علما در مورد رضایت زن در عقد نکاح و رأی و نظر راجح..... ۵۳
- پ) پس اجباری در نکاح نیست..... ۵۵
- گفتار سوم: معنی و مفهوم ولی و ولایت در فقه اسلامی..... ۵۶
- الف) اصطلاحات..... ۵۷
- ب) نقش و جایگاه ولی در نکاح: تعارض نظر ولی و دختران..... ۵۸
- پ) گونه‌های ولایت در نکاح..... ۶۱
- گفتار سوم: دلایل اجتماعی منع ازدواج اجباری و ازدواج اطفال..... ۶۱
- گفتار چهارم: رضایت در قوانین افغانستان، مغرب و مصر..... ۶۲
- الف) افغانستان..... ۶۲
- ب) مغرب..... ۶۳
- پ) مصر..... ۶۳
- ت) اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشر:..... ۶۳

فصل چهارم:

- شروط ضمن عقد ازدواج..... ۶۷
- گفتار اول: معنا و مفهوم شرط..... ۶۷
- الف) تعریف..... ۶۷
- ب) اقسام شرط..... ۶۹

- پ) شروط ضمن عقد..... ۷۱
- گفتار دوم: شروط ضمن عقد ازدواج از نظر شرع و قانون..... ۷۳
- الف) دلیل مشروعیت و رعایت شروط ضمن عقد از نظر شریعت.... ۷۳
- ب) شرط ضمن عقد از نظر مذهب حنفی..... ۷۵
- گفتار سوم: شرط ضمن عقد و قانون..... ۷۶
- الف) شروط ضمن عقد در قانون مدنی افغانستان..... ۷۷
- ب) شرط ضمن عقد و معاهدات بین‌المللی حقوق بشر..... ۷۷

فصل پنجم :

- تعدد زوجات..... ۷۹
- مقدمه..... ۷۹
- گفتار اول: تعدد زوجات و نظر قرآن کریم..... ۸۰
- گفتار دوم: تعدد زوجات در سیره نبی اکرم..... ۸۲
- گفتار سوم: تعدد زوجات از دیدگاه علمای اسلام..... ۸۴
- گفتار چهارم: تعدد زوجات از دیدگاه قوانین..... ۸۵
- الف) قانون اساسی افغانستان، ماده ۲۲ قانون اساسی..... ۸۵
- ب) قانون مدنی افغانستان..... ۸۵
- پ) قوانین کشورهای اسلامی..... ۸۶
- ت) قوانین بین‌المللی و موضوع تعدد زوجات..... ۸۷
- گفتار پنجم: اجتماع و تعدد زوجات در افغانستان..... ۸۸

فصل ششم:

- ۹۱ حقوق و واجبات متقابل زوجین
- ۹۱ مقدمه
- ۹۲ گفتار اول: روابط غیرمالی زوجین از نظر قانون
- ۹۶ گفتار دوم: اجتماع و حقوق متقابل زوجین
- ۹۹ گفتار سوم: دلایل شرعی

فصل هفتم:

- ۱۰۳ حق نفقه و تمکین
- ۱۰۳ مقدمه
- ۱۰۴ گفتار اول: نفقه
- ۱۰۴ الف) مفهوم نفقه
- ۱۰۷ ب) اسباب و موجبات نفقه
- ۱۰۷ پ) فلسفه نفقه
- ۱۰۸ ت) ویژگی‌های نفقه همسر
- ۱۱۱ گفتار دوم: تمکین و رابطه آن با حق نفقه
- ۱۱۱ الف) مفهوم و محدوده تمکین
- ۱۱۲ ب) مشروط نبودن پرداخت نفقه به تمکین

فصل هشتم:

- ۱۱۹ حقوق طفل در خانواده
- ۱۱۹ مقدمه

- گفتار اول: حقوق اطفال و قوانین افغانستان..... ۱۲۰
- گفتار دوم: حقوق اطفال و شریعت..... ۱۲۲
- گفتار سوم: حقوق اطفال و مطالعات اجتماعی..... ۱۲۴
- گفتار چهارم: حقوق اطفال و قوانین..... ۱۲۷

فصل نهم:

- طلاق و خلع..... ۱۳۳
- گفتار اول: طلاق..... ۱۳۳
- الف) طلاق از دیدگاه پیامبر اسلام (ص)..... ۱۳۴
۱. حکم طلاق..... ۱۳۶
۲. رجعت..... ۱۳۶
- ب) تحقیقات معاصر در باره طلاق..... ۱۳۷
- پ) صلح قبل از طلاق..... ۱۳۸
- ت) شرایط صحت طلاق..... ۱۳۸
- ث) ثبوت طلاق..... ۱۳۹
- ج) اقسام طلاق..... ۱۴۰
- گفتار دوم: خلع..... ۱۴۱
- الف) تعریف خلع..... ۱۴۱
- ب) هدف خلع..... ۱۴۱
- پ) مکلفیت های بعد از انحلال ازدواج..... ۱۴۳
- مکلفیت های شوهر..... ۱۴۳

- ۱۴۴ مکلفیت‌های زن
- ۱۴۴ گفتار سوم: معاهدات بین‌المللی و انحلال ازدواج

فصل دهم:

- ۱۴۹ تفریق، طلاق قضایی
- ۱۴۹ مقدمه
- ۱۵۱ گفتار اول: تفریق به سبب ضرر
- ۱۵۱ الف) علل و تشخیص ضرر
- ۱۵۳ ب) رویه قضایی در دعاوی تفریق به سبب ضرر
- ۱۵۴ پ) اهمیت حکمیت از نظر شرع
- ۵۵ گفتار دوم: تفریق در نظام‌های حقوقی اسلامی و معاهدات جهانی
- ۱۵۷ گفتار سوم: مطالعات و استدلال‌های جامعه‌شناختی

فصل یازدهم:

- ۱۶۱ حضانت
- ۱۶۱ مقدمه
- ۱۶۱ گفتار اول: تعریف و مبانی شرعی حضانت
- ۱۶۱ الف) تعریف حضانت
- ۱۶۳ ب) حضانت حق است یا تکلیف؟
- ۱۶۳ پ) سن، اختیار و مصلحت طفل در انتخاب حضانت‌کننده
- ۱۶۷ گفتار دوم: حق حضانت در قانون مدنی افغانستان

- گفتار سوم: شرایط مستحقین حضانت ۱۶۸
- گفتار چهارم: اجرت حضانت از دیدگاه شریعت و قانون مدنی افغانستان ۱۷۰
- گفتار پنجم: مدت و مصارف حضانت در شریعت و قانون مدنی افغانستان ۱۷۱
- الف) مدت حضانت ۱۷۱
- ب) مصارف حضانت ۱۷۲
- گفتار ششم: جامعه و حضانت و تربیت صحیح طفل ۱۷۳
- گفتار هفتم: حضانت و معاهدات بین‌المللی و قوانین دیگر کشورهای اسلامی ۱۷۴
- الف) معاهدات بین‌المللی ۱۷۴
- ب) حضانت در قوانین دیگر کشورهای اسلامی ۱۷۵

فصل دوازدهم:

- رسم و رواج‌های خلاف شرع و قانون در ازدواج‌ها ۱۷۷
- مقدمه ۱۷۷
- گفتار اول: مفاهیم عمده و تعریف‌های عملیاتی آن‌ها ۱۷۸
- الف) مرحله خواستگاری ۱۷۸
- ب) مرحله نامزدی ۱۸۰
- پ) انصراف از نامزدی ۱۸۱
- ت) نظرات فقها ۱۸۲
- گفتار دوم: مرحله عقد ازدواج ۱۸۳

- الف) ارکان و شرایط صحت عقد ازدواج ۷۴
۱. تفاوت جنسی و موجودیت طرفین ۱۸۶
۲. رضایت طرفین ازدواج ۱۸۶
- ب) اظهار رضایت ۱۸۷
- پ) وکالت در ازدواج ۱۸۹
- ت) اهلیت طرفین ۱۹۰
- ث) سن ازدواج ۱۹۰
- منابع و مآخذ ۱۹۵

پیشگفتار ناشر

طرح مسأله برابری زنان در همه جوامع و کشورها - اعم از دموکراتیک و غیردموکراتیک - از ابتدا تا به امروز از عمده موضوعات حساس، پیچیده و پرچالش بوده است. این مسأله یک نزاع تاریخی در برابر گسترش حق و سهم زنان است در حالی که موقعیت فرودست زنان از سوی جامعه طی قرون متمادی امری کاملاً طبیعی شمرده شده و با بهره‌گیری از قوانین علوم طبیعی و اجتماعی سنتی، به عنوان امری اجتناب‌ناپذیر توجیه شده است. اما این دیدگاه‌ها زن و مرد را تنها به عنوان «جسم» در نظر می‌گیرند و موقعیت‌ها و امکانات مختلفی را که می‌تواند توانمندی‌ها و استعداد‌های انسانی را شکوفا سازد، نادیده می‌گیرند.

مسأله زنان و جایگاه آنان در اجتماع و خانواده پرسش‌های زیاد و عمیقی را متوجه ساختارهای کلان اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی جوامع می‌کند؛ که اغلب پاسخ دادن به آن‌ها شبه‌ناک و با مقاومت شدید جوامع در برابر تغییر همراه است. اما آن‌چه مسلم است آن است که وضعیت زنان عمیقاً وابسته به همین ساختارهای کلان و روابط پیچیده طبقاتی است و زنان در جوامع مختلف - به اندازه فضاها و موقعیت‌هایی که در اختیار داشته‌اند

و خود در ایجاد آن‌ها سهیم بوده‌اند - توانسته‌اند شناختی دیگر از حضور و وجود خود را به جامعه بقبولانند و ردی دیگر از خود علاوه بر تعریف طبیعی دانان که زن را موجود ماده‌ای برای تولید مثل تعریف می‌کند، بر جای گذارند.

امروزه در بسیاری از جوامع، با تلاش‌ها و مبارزاتی که آگاهان و مدافعان حقوق زنان انجام داده‌اند، و با پیشرفت جوامع و گسترش نیازهای سرمایه‌داری و حضور هر چه بیشتر زنان در عرصه‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی دایره حقوق زنان نیز گسترش یافته و موقعیت زنان دستخوش تغییر شده است. جوامع مختلف به نسبت در جه‌ای از دموکراسی که در آن‌ها تحقق یافته، سعی کرده‌اند با تدوین قوانین با روحیه برابری خواهانه پشتوانه‌ها و حمایت‌های قانونی از زنان را نیز گسترده‌تر بسازند. زیرا تجربه بشری نشان داده است که برابری فقط زمانی استقرار می‌یابد که دو جنس نه تنها از حقوق قانونی برابر بهره‌مند باشند که عملاً زمینه تحقق این حقوق در تمام عرصه‌های زندگی به طور عملی ممکن باشد.

بنیاد آرمان‌شهر / OPEN ASIA که از سال ۱۳۷۵ (۱۹۹۶) در منطقه متعهدانه در راستای اعتلای آگاهی شهروندان و ایجاد فضاهای دموکراتیک برای گفتگو و تبادل نظر فعالیت می‌کند، در تاجیکستان و کل منطقه اولین ابتکار مطالعه ملی جامع‌شناختی خشونت علیه کودکان و زنان در خانواده و اجتماع را به انجام رسانید، در افغانستان علاوه بر برگزاری بیش از ۱۲۰ گفتگو در شهرهای کابل، هرات، مزار شریف و بدخشان و برگزاری اولین فستیوال منطقه‌ای فیلم زنان با همکاری رویا فیلم، تاکنون بیش از ۱۰۰ هزار جلد کتاب تحت سلسله‌های مختلف از جمله «سکوت را بشکنیم، زنان و سیاست نامه» منتشر کرده است که اکثریت آنان به طور مستقیم و غیرمستقیم به مسائل زنان و حقوق بشر پرداخته است. بنیاد آرمان‌شهر به زودی در ادامه فعالیت‌های خود در سال ۱۳۹۲ (۲۰۱۳) چند عنوان کتاب جدید در زمینه حقوق و مسأله زنان منتشر می‌کند که به مباحث

بنیادین و پایه‌ای در این زمینه می‌پردازد. برخی از آنان برای اولین بار در حوزه زبان فارسی در منطقه منتشر می‌شوند.

کتاب حاضر (در دو جلد) بخشی از کمپاین آگاهی‌دهی در مورد روند اصلاح قانون خانواده در افغانستان است که به جایگاه حقوقی زنان در نهاد خانواده می‌پردازد. این کتاب در گفتارهای مختلف با توجه به واقعیت‌ها و مشکلات زنان و فاصله تجربه‌های عینی و اجتماعی آنان با قوانین جاری، لزوم اصلاح قوانین مدنی را به منظور بهبود موقعیت زنان و حمایت از کودکان و ایجاد پشتوانه‌های قانونی برای ازدواج و تشکیل خانواده بررسی می‌کند. در ادامه (جلد دوم) مسوده قانون خانواده در راستای آگاهی دادن به مردم و علاقمندان منتشر شده است.

انتشارات آرمان‌شهر از تلاش ارزنده نویسندگان و محققین محترم که با کوشش بی‌شایبه آنان این اثر سامان یافت، سپاسگزاری می‌کند.

مقدمه

ضیاء مبلغ

خانواده و اهمیت حمایت از آن در ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان مورد تأکید قرار گرفته و تصریح شده است که خانواده به عنوان «رکن اساسی جامعه ... مورد حمایت دولت قرار دارد.» و «دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند.» واضح است که اصلاح قوانین ذیربط یکی از اقدامات حمایتی است و بر همین اساس تدوین قانون خانواده به عنوان یکی از شاخص‌های کلیدی اجرای «پلان کاری ملی برای زنان افغانستان» در نظر گرفته شده و در سال ۱۳۸۷ به تصویب شورای وزیران رسیده است.

جهت ایجاد زمینه تحقق آن ماده قانون اساسی، آشنایی با مهم‌ترین مسایل خانواده، آرای فقها، رهیافت‌های حقوقی و قوانین کشورهای اسلامی پیرامون خانواده از اهمیت زیادی برخوردار است اما اکثر منابع و قوانین نوین به زبان‌های عربی و انگلیسی، متنوع، متعدد و برای افراد نا آشنا با متون

حقوقی و شرعی مشکل اند و به سهولت در اختیار علاقمندان قرار نمی گیرند. با این حال غفلت از ارجح گذاری و آشنایی با این تجربیات و دیدگاه های جدید، در راستای تدوین قانون خانواده زبان بار است و باعث فقدان غنای علمی و فراگیری مسوده می گردد. پس لازم است تا مجملی از آن ها در کنار قوانین رسمی کشور در سطحی ساده مطرح شوند. این امر مهم، انگیزه دعوت از نویسندگان و استادان و محققان فرهیخته حقوق و شرعیات بوده تا کتاب حاضر را تألیف نمایند. حاصل تحقیق و اهتمام شایسته مؤلفین، اثری است که با توجه به تنوع مباحث و مستندات و زمینه ها، درآمدی تازه و ساده به حقوق زنان و خانواده ارایه می دهد. این کتاب به هر دو زبان رسمی کشور چاپ و نشر شده است و تلاش شده تا علاوه بر بازتاب آرای جدید و معاصر، سادگی سبک نگارش، و اختصار فصل ها رعایت شود.

هدف

حقوق خانواده مباحث و مسایل گسترده و مفصلی را دربر دارد ولی طرح تمام آن جزئیات مورد نظر کتاب حاضر نبوده، بلکه این اثر با هدف بیان مهم ترین مسایل خانواده و بررسی جایگاه زن در آن از منظر شریعت، قانون اساسی و قانون مدنی افغانستان، معاهدات حقوق بشری و بارویکردی تطبیقی به قوانین و تجارب دیگر کشورهای اسلامی نگارش شده است و می کوشد تا به مهمترین پرسش ها در این زمینه پاسخ ارایه نماید و سرانجام تبیینی روشنگرانه و راه گشا جهت آشنایی با چرایی و چگونگی روند و منابع اصلاح قانون خانواده افغانستان باشد. مخاطبان آن علاوه بر حقوقدانان و دانشجویان، دیگر اقشار اجتماع است که تعهد و علاقه به آگاهی از حقوق اعضای خانواده دارند... نگارش کتابی که بتواند طیف وسیعی از اجتماع را مخاطب قرار دهد، سهل نیست و نویسندگان خود را مقید به طرح بحث به گونه ای کرده اند که هم اطلاعاتی ارزشمند را فراهم آورند و در عین حال تا جایی که مقدور باشد، اصول تحقیق علمی نیز رعایت گردد و این دو امر مهم باید در قالب فصول حداکثر ده صفحه ای ارایه گردد تا رنگ و لعاب تحقیقات علمی را نگرفته و خواندن آن برای همگان دلپذیر و آسان باشد.

ساختار کتاب

هر فصل کتاب مختص یک موضوع است و پس از تعریف اصطلاحات، موضوع هر فصل در پرتو مواد قانون اساسی افغانستان و قانون مدنی تبیین شده و سپس مباحث شرعی (قرآن و سنت) و مطالعات اجتماعی (نتایج پژوهش‌های مرتبط اجتماعی، حقوقی، اقتصادی و روان‌شناختی در افغانستان و دیگر کشورها) آمده و مثال‌هایی از قوانین دیگر کشورهای اسلامی و پیمان‌های بین‌المللی که افغانستان به آن‌ها متعهد است - عیناً آورده می‌شود. در نتیجه و جمع بندی فصل نیز، خلاصه آن بازگو و راه حل‌هایی جهت رفع معضلات مطرح شده پیشنهاد می‌شود.

ثبت ازدواج، مشکلات مراکز و مراحل ثبت و نیز فواید ثبت ازدواج و مخاطرات بالقوه عدم ثبت موضوعاتی است که فصل اول به آن اشاره کرده و نقش آن در مدیریت مسایل خانواده و حمایت از آن را مطرح می‌کند. پس از آن در فصل دیگر کتاب، سن ازدواج به عنوان یکی از مهم‌ترین مسایل ازدواج مورد بحث قرار می‌گیرد و با توجه به وفور و گسترش ازدواج‌های در سنین کوچک تر از سن قانونی ازدواج، نویسنده به تأثیرات حقوقی، روانی - اجتماعی از ازدواج زودرس اشاره و می‌کوشد تا راه حل مناسبی را بدست دهد.

در سومین فصل، نویسنده اهمیت رضایت طرفین در ازدواج را طرح و در زمینه‌ی شرعی، اجتماعی، طبی و روانی آثار اجبار را مرور می‌کند. مبانی قانونی و شرعی و نیز اهمیت شروط ضمن عقد، در پیشگیری از اختلافات و فروپاشی خانواده‌ها موضوع فصل بعدی کتاب است و پس از آن فصلی در مورد تعدد زوجات آمده که نتایج پژوهش‌های جدید را مطرح و فتاوی معاصر و دیدگاه‌ها نسبت به تعدد زوجات در دیگر کشورهای اسلامی را به اختصار بیان می‌کند.

چگونگی حفظ حقوق اساسی زنان در خانواده، و تعریف حقوق و مسوولیت‌ها بر مبنای مساوات از جمله بحث‌های عمده فصل ششم است که بر محور حقوق متقابل زوجین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

تأمین نفقه همسر و فرزندان، قانونا جزو وظایف شوهر است که طبق بعضی برداشتها هم بافت با موضوع تمکین و اطاعت همسر شده و نیز در بعضی موارد باعث سوء استفاده و نقض حقوق زنان می‌گردد که این موضوع در فصل هفتم به بررسی گرفته شده است. حقوق، منافع و مصالح کودکان و اغفال قوانین رسمی نسبت به آن بحثی است که هشتمین فصل پیش کشیده و علاوه بر رویکردی تطبیقی، این موضوع از منظر مسایل کودکان نیز بررسی می‌شود.

فصل نهم در دو بخش ابتدا ماهیت طلاق و نظر قرآن و سنت در مورد آن و راهکارهای پیش‌گیری از طلاق‌های خودسرانه و ناموجه که به متلاشی شدن کانون خانواده می‌انجامد و سپس موضوع خلع را مطرح می‌کند. در فصل بعد، انحلال پیمان ازدواج به دلیل تفریق به سبب ضرر و راهکارهای شرعی و قانونی جهت حفظ و استحکام کانون خانواده، بیان می‌شود.

حضانت کودکان از جمله موضوعات حقوق خانواده است که با توجه به مقتضیات عصر حاضر نیاز به بررسی و بازنگری دارد چرا که علاوه بر تربیت نسل آینده، سرپرست‌ها و والدین باید نسبت به منفعت و مصلحت کودکان آگاه باشند و در قضایای خانواده بویژه طلاق، مصلحت و منفعت کودکان را قربانی امیال خود نکنند. این‌که چه راهکارهای شرعی و قانونی در این راستا میسر است، موضوعی است که فصل یازدهم به آن اختصاص یافته است و آخرین فصل کتاب رویکردی توصیفی - پدیداری^۱ به رسم و رواج‌های عرفی پیرامون ازدواج داشته و سپس همگام با مرور قوانین، تعارض بعضی از این رسوم با آموزه‌های شرعی و احکام قانون را برجسته می‌سازد.

با وجود اهتمام به رعایت چارچوب پیش گفته، نویسنده اما، در چگونگی طرح موضوعات، دست باز داشته و نیز شیوه نگارش، ذکر مستندات و ارجاع به منابع به اختیار نویسنده واگذار شده و

در ویرایش کتاب، سعی شده است تا متن اصلی نویسنده و روش نگارش وی حفظ گردد و این تنوع بر گیرایی اثر بیفزاید.

همچنین با در نظر داشت ارتباط و همبسته بودن موضوعات خانواده بعضی از فصل‌ها به خاطر تبیین در ست، به طور فشرده به پاره‌ای از موضوعات دیگر فصل‌ها نیز اشاره داشته‌اند و این بازگویی به دلیل اهمیت آن از نظر نویسنده، حفظ گردیده و در هنگام ویرایش حذف نشده است تا خواننده نگاه عمیق‌تر و بهتری نسبت به حقوق خانواده بیابد.

فصل اول

ثبت ازدواج و طلاق

شریف شرافت^۱

مقدمه

جوامع انسانی پیوسته در پی یافتن و پیمودن روش‌ها، راهبردها و رویکردهایی است که روندرو به تکامل و پیشرفت جامعه را به صورتی پایدار و پویا تسهیل و تحریک بخشد و تنظیم و مدیریت خانواده‌ها در این راستا از اهمیت حیاتی برخوردار بوده و مدیریت توسعه و انکشاف خانواده‌ی بزرگ کشوری، بدون مدیریت و تنظیم امور «رکن اساسی جامعه» یعنی خانواده‌ها، غیر ممکن می‌نماید. از آن جایی که حمایت از خانواده‌ها و مدیریت امور آن - همانند مدیریت و برنامه‌ریزی برای هر امر دیگری - بدون داشتن آمار و احصاییه ناممکن است. تمام کشورهای اسلامی به تاسی از آموزه‌های دینی ثبت احوال مدنی مانند تولد، ازدواج، طلاق، وفات و میراث را الزام آورداشته و آن را در چارچوب قوانین تضمین و لازم الاجرا نموده‌اند. این فصل، اهمیت موضوع ثبت ازدواج در افغانستان را در روشنایی شرع و قانون مطرح می‌کند.

۱ - مسئول بخش دادخواهی مجمع جامعه مدنی افغانستان
۲ - قانون اساسی افغانستان، ماده ۵۴

گفتار اول: ضرورت ثبت ازدواج و طلاق

مزایای ثبت ازدواج و طلاق به‌حیث تدابیر ایمن‌ساز و نظم‌آفرین غیرقابل انکار بوده و مانع استوار در برابر پیامدهای ناخوشایند زندگی مشترک تلقی می‌گردد. برخورداری از آثار و نتایج نکاح مانند مهریه و نفقه، اثبات زوجیت در محاکم، عدم انکار زوج یا زوجه از انعقاد عقد ازدواج، رد ادعای زوجیت از سوی اشخاص متعدد، عدم انکار یکی از زوجین از وجود فرزند و یا فرزندان، اثبات نسب، درج شروط ضمن عقد در نکاح‌نامه، اطمینان از صحت نکاح، پیشگیری از تدلیس (پوشانیدن عیب) و فریب در ازدواج، سهولت اثبات حقوق زوجین، جلوگیری از ازدواج‌های مغایر شرع و قانون و اثبات حق الارث برای زوج و یا زوجه زمانی امکان‌پذیراند که ازدواج، طلاق و رجوع در طلاق رجعی به صورت رسمی و قانونی ثبت شده باشند. باید اذعان نمود که عدم ثبت ازدواج به صورت غیر مستقیم در ازدیاد و ترویج پنهان‌کاری منجر به فساد نقش اساسی دارد.

در خصوص ثبت طلاق می‌توان گفت که علاوه بر نظم بخشیدن به نظام خانواده‌ها و حمایت از کانون پر مهر و محبت خانواده‌ها؛ جلوگیری از تضییع حقوق زنان گرفته می‌شود. نمونه‌های متعددی از عدم ثبت طلاق وجود دارد که با خشونت علیه زنان و تضییع حقوق‌شان پایان یافته‌اند. مواردی همچون بدرفتاری شوهر با زن و طلاق همراه با خشم و نفرت و از بین بردن زمینه‌ی ازدواج مجدد زن با تمسک به بهانه‌ی رجوع؛ زیرا طلاق‌نامه یا سند دیگری در دست نیست که واقعه‌ی طلاق و یا رجوع در آن ثبت شده باشد. یا مواردی بوده که مردی زنش را طلاق می‌دهد و زن بعد از گذشت ماه‌ها همین که مقدمات ازدواج دوم را فراهم می‌کند، مرد از باب رجوع بعد از طلاق رجعی، به‌وی‌مراجعه می‌نماید و زن چون سندی برای اثبات تاریخ طلاق خود ندارد، نمی‌تواند رجوع مرد را رد نماید. یا ممکن است مردی سال‌ها زنش را ترک کرده و نفقه ندهد و وقتی که زن از محکمه مطالبه نفقه می‌نماید، با این ادعای مرد مواجه شود که سال‌ها قبل وی را طلاق داده است.

گفتار دوم: ثبت ازدواج و طلاق از منظر شرع و قانون

ثبت ریشه در فرهنگ قرآنی دارد و قرآن کریم با لحن تحکم آمیز یک قانون‌گذار میفرماید: «ای اهل ایمان آن‌گاه که به قرض و نسیه تا زمانی معین معامله میکنید آن را بنویسید و باید نویسنده‌ی درست‌کاری معامله میان شما را بنویسد و از نوشتن ابا نکند، همان‌گونه که خدا به وی نوشتن آموخته است، پس باید بنویسد و مدیون امضا کند و از خدا بترسد... و دو تن از مردان را گواه آرید و اگر دو مرد نیافتید، یک مرد و دو زن را از میان کسانی که رضایت دارند، گواه گیرید... و هرگاه شهود را به محکمه یا مجلس بخوانند از رفتن امتناع نوزند و در نوشتن سند و تاریخ معین آن مسامحه نکنید، معامله چه کوچک و چه بزرگ باشد، این (نوشتن) نزد خدا عادلانه‌تر و برای شهادت محکم‌تر است» (بقره، ۲۸۲). نکته‌ی واضح و قابل استنباط این است که لحن امری قرآن کریم در رابطه به ثبت دیون و معاملات به منظور تنظیم امور مالی و مدنی بیانگر وجوب و الزام ثبت دیون و معاملات من حیث یک قرارداد رسمی است. البته این طولانی‌ترین آیه قرآن کریم تمام مراحل ثبت یک قرارداد از زمان عقد تا زمانی که سند عقد قرارداد می‌تواند به عنوان ثبوت همراه با شهود در محکمه ارایه شود؛ را به تفصیل بیان می‌کند و واضح است که این تفصیل در راستای راهنمایی و ارشاد مسلمین، هم مبین نحوه‌ی ثبت تمام عقود با وضاحت و ذکر جزئیات لازمه است، و نیز نظام رفع دعاوی و ارزش ثبت عقود در این راستا را به صراحت مطرح می‌کند. بناً اگر این الگوی کامل قرآن کریم جهت نظام‌مند ساختن عقود را مختص به دین نماییم و از آن جهت تنظیم تمام عقود مروج استفاده نکنیم، در واقع این پیام عمیق و ارزش‌مند قرآن را به درستی درک نخواهیم کرد. اکنون با استناد به آیه فوق و تمسک به آموزه‌های دینی و با در نظر داشت اهمیت عقد نکاح، ثبت ازدواج از چند لحاظ قابل اهمیت است:

- عقد نکاح خود یک قرارداد است؛ قراردادی که سرنوشت زوجین و فرزندان به آن بستگی دارد و ثبت قراردادها با استناد به مفاد آیه‌ی

فوق الزامی است.

• عقد نکاح در بردارنده‌ی مسایل مالی همچون مهریه، نفقه، سهم الارث و جهیزیه است که از این نگاه مشابهت به عقود مالی داشته و مصداق آیه‌ی فوق قرار می‌گیرد. پس ثبت آن الزامی است.

• شروط ضمن عقد و تأثیر آن بر انعقاد عقد ازدواج یک امر مسلم دینی و حقوقی است. دامنه‌ی شروط ضمن عقد با در نظر داشت شروط مورد توافق و ماهیت عقد، می‌تواند گسترده باشد. بنابراین، ثبت شروط ضمن عقد به منظور جلوگیری از اختلافات و سقوط خانواده در ورطه‌ی فروپاشی امر لازمی است.

• طبق حکم قانون مدنی و شرع، حضور دو شاهد در عقد ازدواج لازم است. شهادت شهود و امضاشان نیازمند وجود سند مکتوب و مدون است. از این رو در امر ازدواج موجودیت و ثبت چنین سندی الزامی است.

هم‌نشینی کلمه‌ی ثبت با واژه‌های حقوقی همچون ازدواج و طلاق افاده‌کننده‌ی معنای حقوقی و حامل پیام حقوقی است. به همین دلیل است که در ترمینولوژی حقوقی چنین تعریفی برای ثبت ارایه شده: «ثبت عبارت است از نوشتن قرارداد یا یک عمل حقوقی یا احوال شخصیه یا یک حق مانند حق اختراع یا هر چیز دیگر مانند علامات در دفاتر مخصوصی که قانون معین کند» (جعفری لنگرودی ۱۳۸۴: ص ۱۸۵). بنابراین، حاصل ثبت ایجاد یک سند رسمی است. در این نوشتار تنها ثبت نکاح و طلاق که از مصادیق ثبت اسناد و ثبت احوال بوده، مورد بحث قرار می‌گیرد.

قانون ازدواج مصوب سال ۱۳۵۰ ثبت ازدواج و داشتن نکاح‌نامه را الزامی دانسته و مراسم مبتنی بر عرف و رواج قبل از عقد نکاح را فاقد اعتبار اعلام می‌دارد. ماده دوم قانون ازدواج (جریده رسمی شماره ۱۹۰) صراحت دارد که «نکاح خط و ثبته مطبوعی است که در محاکم به غرض استفاده زوجین گذاشته شده است». ماده چهارم همین

قانون تصریح می‌کند که: «نکاح خطی که مطابق احکام این قانون ترتیب نشده باشد مدار اعتبار نمی‌باشد».

در مورد ثبت ازدواج ماده ۶۱ قانون مدنی چنین صراحت دارد: عقد ازدواج در نکاح‌نامه رسمی توسط اداره مربوطه در سه نقل ترتیب و ثبت می‌گردد، اصل آن در اداره مربوطه حفظ و به هر یک از طرفین عقد يك نقل آن داده می‌شود. عقد ازدواج بعد از ثبت به دفاتر مخصوص به اطلاع اداره ثبت سجلات مندرج ماده (۴۶) این قانون رسانیده می‌شود. اگر ثبت عقد ازدواج به این ترتیب ممکن نباشد، به نحو دیگری که برای ثبت اسناد رسمی پیش بینی شده است، صورت می‌گیرد.

ماده سوم «کنوانسیون مربوط به رضایت در ازدواج، حداقل سن برای ازدواج و ثبت ازدواج» که بر اساس قطع‌نامه‌ی (هفدهم) ۱۷۶۳ مجمع عمومی سازمان ملل و با احترام کامل به ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر مورد تأیید و تصویب قرار گرفته است، اعلام می‌دارد که: همه ازدواج‌ها باید به وسیله مقامی صالح در يك دفتر اسناد رسمی مناسب به ثبت برسند.

گفتار سوم: ثبت ازدواج در کشورهای اسلامی

کشورهای اسلامی با در نظر داشت اهمیت ثبت ازدواج، الزام ثبت ازدواج را در قوانین مربوطه انعکاس داده‌اند. در این جا موضوع ثبت ازدواج را در قانون خانواده چند کشور اسلامی از باب نمونه به بررسی می‌گیریم.

الف. مراکش

قانون خانواده ۲۰۰۴، ماده ۱۶: نکاح‌نامه‌ی رسمی سند معتبر و قابل قبول برای اثبات ازدواج است. در صورت فقدان سند ازدواج، قاضی جهت شنیدن دعوی زوجیت سایر وسایل اثبات زوجیت و نظر متخصصین را می‌پذیرد. مطابق ماده ۴۳ مدونه، متن سند ازدواج

باید در کتاب ثبت ازدواج‌ها در محکمه داخل گردد. سند اصلی باید طی ۱۵ روز برای زن و یا نماینده وی داده شود، و یک نسخه به مدیریت ثبت احوال مدنی فرستاده شود.

ب. پاکستان

نکاح‌نامه معیاری تحت قواعد شماره ۸ و ۱۰ قانون خانواده اسلامی ۱۹۶۱، ترتیب می‌گردد. مطابق فصل ۵ قانون خانواده اسلامی ۱۹۶۱، ثبت ازدواج الزامی است. (نزد کارمند ثبت نکاح جایی که زن اقامت دارد)، و اگر برگزارکننده مراسم، ازدواج را به ثبت نرساند، به مجازات خفیف محکوم می‌گردد.

پ. اندونیزیا

مطابق به ماده ۲ (۲) قانون ازدواج شماره ۱/۱۹۷۴، و ماده ۵ (۱) مجموعه قوانین اسلامی ۱۹۹۱، تمام ازدواج‌ها باید به‌حیث یک نظم عمومی به ثبت برسند. بر اساس ماده ۶ مجموعه قوانین اسلامی ۱۹۹۱، ازدواج ثبت نشده دارای اعتبار و قوت قانونی نیست و بر اساس ماده ۷ ازدواج صرف می‌تواند بر اساس نکاح‌نامه به اثبات برسد.

گفتار چهارم: چالش‌ها در عرصه ثبت ازدواج و طلاق

موانع و چالش‌های موجود فرا راه ثبت ازدواج و طلاق در افغانستان گستره نسبتاً وسیعی را در بر می‌گیرد که از چالش‌های فرهنگی تا موانع قانونی را می‌توان قلمداد نمود. برخی از چالش‌ها در این عرصه به‌طور مشخص در تحقیقات اجتماعی برجسته گردیده و برخی هم از معرض دید تحقیقات اجتماعی به دور مانده ولی نابسامانی متعددی را در خانواده سبب گردیده است.

۱. فقدان قانون جامع: هرچند اسناد تقنینی متعددی وجود دارند که بر الزامی بودن ثبت ازدواج تأکید دارند. ولی ثبت طلاق همچنان به‌عنوان یک معضل فردی-اجتماعی پابرجاست. جدیت این چالش (فقدان قانون جامع)

زمانی بیشتر احساس می‌گردد که تدابیر و تمهیدات لازم برای ثبت ازدواج و طلاق در یک وقت محدود و معین پیش‌بینی و در نظر گرفته نشده باشد.

۲. فقدان ادارات ثبت به صورت فراگیر: اداراتی همچون «اداره ثبت احوال نفوس» و «اداره ثبت اسناد و وثایق» به منظور ثبت وقایع چهارگانه (ولادت، وفات، ازدواج و طلاق) فعالیت دارند. ولی موجودیت محدود چنین اداراتی که بتوانند به صورت سیستماتیک و جامع به ثبت وقایع چهارگانه و بویژه ازدواج و طلاق بپردازند جای بسا تردید است.

۳. نگرش فرهنگی: نگرش‌های عنعنوی در مورد ازدواج حکایت از آن دارند که حضور در دادگاه - حتی برای ثبت ازدواج - مغایر با تفکر، آداب، رسوم و روحیه اعتمادی است که در زندگی مشترک باید باشد. وقتی چنین نگرشی با روحیه عدم دسترسی به ادارت مربوطه یک‌جا گردد، نتیجه‌اش چیزی نیست جز ازدواج‌ها و طلاق‌هایی که ثبت نشده باقی می‌مانند.

۴. احساس بی‌نیازی نسبت به اسناد ثبت: بدون تردید، یکی از دلایل عدم ثبت ازدواج و طلاق ریشه در این امر دارد که در اکثریت قریب به اتفاق زندگی مشترک در افغانستان، ضرورتی به اسناد تأییدکننده‌ی ازدواج و طلاق احساس نمی‌شود و نکاح‌نامه و یا هم طلاق‌نامه در زندگی روزمره کاربرد ندارند.

۵. عدم تعیین مؤیده حقوقی: هرچند ماده ۶۱ قانون مدنی افغانستان پیش‌بینی لازم را در مورد ثبت ازدواج نموده است، ولی در مورد تعیین مؤیده جزایی در صورت اهمال، سکوت نموده است که خود زمینه‌سازی برای عدم ثبت تلقی می‌گردد.

نتیجه و پیشنهادات

قانون اساسی افغانستان (ماده ۵۴) خانواده را رکن اساسی جامعه خوانده و متعهد است که تدابیر لازم را به منظور تامین سلامت روحی و جسمی خانواده و از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس

اسلام اتخاذ نماید. هم چنین اسناد تقنینی دیگری همچون قانون مدنی، قانون ازدواج، قانون ثبت احوال نفوس و نکاح‌نامه ملی در مورد ثبت ازدواج و طلاق تدابیر و پیشنهادهاتی را در نظر گرفته‌اند. ولی در عمل مشکلات هم‌چنان پابرجاست و میزان ثبت ازدواج نسبت به ازدواج‌های منعقدہ پنج در صد بیشتر نخواهد بود. عدم ثبت طلاق و عدم ثبت رجوع در طلاق‌های رجعی گره کوری است که تا کنون ناگشوده باقی مانده و میزان ثبت طلاق و رجوع به صفر تقرب می‌کند. برای بیرون رفت از چنین معضلی و قانون‌مندسازی زندگی زناشویی نیاز است که:

۱. ایجاد قانون جامع که ثبت وقایع چهارگانه و به‌ویژه ازدواج و طلاق را اجباری اعلام نماید. هم چنین اصلاح و ابهام‌زدایی قوانین موجوده در عرصه ازدواج و طلاق لازم است.

۲. تدوین یک سند جامع ازدواج استاندارد ملی که علاوه بر مشخصات زوجین، شهود و عاقدین، جایی برای درج مهر و نوع آن از قبیل: موجل و معجل و منقول و غیرمنقول (با تعیین محل و حدود اربعه آن)، وضعیت مدنی شخص در هنگام عقد (متأهل، بیوه، مطلقه)، و در صورت تعدد زوجات، مشخصات همسران قبلی و آدرس‌شان و همچنین شروط ضمن عقد با تفصیل ذکر شده و صفحه‌ای جداگانه برای درج دیگر شروط احتمالی در نظر گرفته شود.

۳. وضع ضمانت اجرایی تطبیق قانون و تعیین مؤیدہ جزایی برای متخلفین (زوج و عاقد) اگر در محدوده‌ی زمان قانونی در ثبت ازدواج و طلاق اهمال نمایند.

۴. ایجاد ادارات و مراکز ثبت ازدواج و طلاق به صورت فراگیر و در تمام نقاط کشور به منظور دسترسی سهل و آسان مردم به مراکز و فورمه‌های ثبت ازدواج.

۵. ایجاد ارگان‌های خاص با وظایف روشن و مشخص به منظور ثبت ازدواج و طلاق.

۶. نظارت قوی و کارآمد مراجع مربوطه بر ثبت ازدواج و طلاق به منظور کاهش آسیب‌های زندگی مشترک.

۷. راه اندازی برنامه‌های آموزشی و آگاهی عامه در باره مزایای ثبت وقایع چهارگانه و به‌ویژه ازدواج و طلاق.

فصل دوم سن ازدواج

قاضی هما علیزوی^۱

گفتار اول: ازدواج

الف. تعریف ازدواج

به موجب ماده (۶۰) قانون مدنی: «ازدواج عقدی است که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع می‌گرداند.»

ب. عقد

عقد در لغت به معنای بستن و گره زدن آمده^۲ و در اصطلاح فقه، عقد به مجموع ایجاب و قبول در مورد امری مشروع تعریف گردیده است و عقد از لحاظ شرعی «عبارت از کلام هر دو متعاملین یا کلام یکی از آنها و عمل دیگری است که شارع اثر مقصود را بر آن مرتب کرده است.»

از آنجا که ازدواج نیز یک عقد است پس مستلزم رعایت تمام ارکان عقود است، از جمله مهم‌ترین رکن عقد توافق و تراضی طرفین

۱ - رییس محکمه ابتدایه اطفال در ولایت کابل

۲ - لغتنامه دهخدا <http://www.loghatnaameh.com/dehkhodaworddetail-97d0b4f84dc646a299a819447512cc01-fa.html>

عقد است که همان ایجاب و قبول طرفین است. پس در اصطلاح حقوقی می‌توان عقد ازدواج را چنین تعریف کرد: «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با هم‌دیگر شریک و متحد شده، خانواده را تشکیل می‌دهند.»

از تعاریف قانونی، شرعی و حقوقی فوق از عقد ازدواج می‌توان در یافت که:

اولاً: ازدواج قرارداد و یا عقدی است میان زن و مرد

ثانیاً: موضوع عقد ازدواج مشروعیت معاشرت بین زن و مرد است و

ثالثاً: مقصد عقد ازدواج معاشرت و تشکیل خانواده بوده و بالاخره اثر این عقد آن است که حقوق و واجبات را برای طرفین به وجود می‌آورد.

پ. تعریف و معنای ایجاب و قبول:

ایجاب به معنای اثبات چیزی است و در اصطلاح عبارت از رضای یک طرف عقد که دیگری را به تراضی فرا می‌خواند و رکن دیگر عقد اراده و رضایت است و این رکن زمانی تحقق‌پذیر است که طرفین عقد واجد اهلیت حقوقی و قانونی باشند و زمانی شخص واجد اهلیت قانونی می‌گردد که مطابق قانون سن اهلیت را تکمیل نموده باشد و این سن در ماده ۳۹ قانون مدنی چنین تعریف شده است: «سن رشد هیجده سال مکمل شمسی می‌باشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می‌شود.»

ت. اهلیت برای ازدواج:

یکی از شرایط برای عقد نکاح اهلیت است به این معنی که طرفین باید واجد توانایی قانونی برای عقد نکاح باشند. اهلیت در نکاح تابع قواعد ویژه است و قواعد عمومی اهلیت در این جا

کاملاً قابل اجرا نیست. اهلیت برای نکاح شامل چند نکته است: اولاً: مرد و زن باید به سن بلوغ مقرر در قانون رسیده باشد یعنی قابلیت صحی را برای نکاح کسب کرده باشند.

ثانیاً: در پاره‌ای از موارد که در عقد نکاح اجازه ولی شرط است اهلیت به اجازه او کامل می‌شود.

ثالثاً: ازدواج سفیه و اشخاص بدون اهلیت نیز تابع احکام خاصی است.

گفتار دوم: مستندات شرعی و قانونی در مورد سن ازدواج و بلوغ

بلوغ در لغت رسیدن به چیزی است و در اصطلاح فقهی عبارت از: «رسیدن به سنی که غریزه و ارگان‌های جنسی به حد کافی رشد کرده و شخص آماده تولید مثل می‌گردد.»

علی‌رغم این‌که طبق ماده ۳۹ قانون مدنی سن اهلیت برای انجام عقود تکمیل ۱۸ سالگی است، و نیز ازدواج از جمله عقود مهم است؛ قانون مدنی در ماده ۷۱ تصریح می‌نماید: «اهلیت ازدواج وقتی کامل می‌گردد، که ذکور سن (۱۸) سال و اناث شانزده سالگی را تکمیل کرده باشند.» طبق منابع و متون شریعت سن معین و مشخصی برای ازدواج تعیین نگردیده است و نیز برای بلوغ نیز قرآن کریم سنی را تثبیت نکرده است، اما در این مورد به بلوغ الحلم در سوره نور و به بلوغ النکاح در سوره النسا و به بلوغ الرشد در آیات ۱۵۲ سوره انعام و ۲۲ یوسف و ۲۴ اسرا و ۸۲ کهف و ۵ حج، ۱۳ قصص، ۶۶ نمل و ۱۵ احقاف اشاره شده است. بدین ترتیب با توجه به مجموع آیات متذکره در رابطه به حد بلوغ چنین برداشت می‌گردد:

• اصل بلوغ برای شخص تا حد تکوین شخصیت انسانی از نظر قرآن شریف پذیرفته شده است. انجام برخی از تکالیف و برخورداری از امتیازات منوط به رسیدن به سن بلوغ شده است.

- در قرآن سن مشخصی برای سن بلوغ تعیین نشده است.
- مسأله بلوغ در قرآن کریم با تعبیرات مختلف از سن رشد و سن ازدواج آمده است در حالی که قرآن در امر بلوغ هم به رشد جسمی و هم به رشد روانی و عقلانی توجه نموده است.

در مورد سن بلوغ از دیدگاه علما باید اذعان کرد که نظریه مشهور بین علما و فقها در این مورد وجود دارد، از جمله فقهای اهل سنت و امامیه در مورد سن بلوغ دختران اتفاق دارند که حیض و حامله شدن در دختران دلالت به رسیدن به سن بلوغ می‌نماید و نیز علمای شافعیه، حنابله، مالکیه و امامیه به این امر متفق‌اند که رویدن موی خشن بر عانه (زیر ناف) و شرمگاه دلیل بلوغ در پسر و دختر است.

شافعیه و حنابله معتقدند بلوغ در پسر و دختر با رسیدن به سن ۱۵ سالگی تحقق می‌یابد و مالکیه سن بلوغ را برای ازدواج ۱۷ سال برای پسر و دختر دانسته است و حنیفه ۱۸ سال را برای ازدواج و تکلیف منحیث سن بلوغ برای پسر و ۱۷ سال را برای دختر قرار داده است و امامیه این سن را برای پسر ۱۸ سال و برای دختر ۱۶ سال تعیین نموده‌اند. همین طور علمای اهل سنت معتقدند که برای دختران سن بلوغ کمتر از ۱۵ سال نیست. به نظر می‌رسد که قانون مدنی کشور در تعیین سن ازدواج نظر فقهای جعفری را پذیرفته است که در فقره اول ماده ۷۱ قانون مدنی مشعر است که اهلیت ازدواج با تکمیل سن ۱۸ سالگی در پسران و با سپری کردن ۱۶ سالگی در دختران کامل می‌گردد. و «هرگاه دختر سن ۱۶ سالگی را تکمیل نکرده باشد ازدواج وی توسط پدر صحیح التصرف و یا محکمه با صلاحیت صورت گرفته می‌تواند.»

قانون مدنی نظر علمای اهل سنت برای تعیین حداقل سن ازدواج، کنوانسیون سال ۱۹۶۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد در مورد منع ازدواج اجباری، تعیین حد ادنای سن برای ازدواج، و تسجیل

عقود ازدواج و قرار توصیه سال ۱۹۶۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که تاکید می‌کند: «دول عضو مکلف‌اند تدابیری را برای تعیین حد ادنای سن ازدواج اتخاذ نمایند که لااقل از ۱۵ سال کمتر نباشد» را پذیرفته است. چنان‌چه فقره دوم ماده ۷۱ در مورد حداقل سن ازدواج چنین صراحت دارد: «عقد نکاح صغیره کمتر از ۱۵ سال به هیچ وجه جواز ندارد.»

به این ترتیب دیده می‌شود که قانون مدنی افغانستان ازدواج دختران زیر شانزده سال را توسط پدر مجاز می‌داند و اما به نظر می‌رسد که پسران در همه حال بعد از اكمال ۱۸ سالگی مجوز قانونی ازدواج را دارند. با این حال قانون مدنی در ماده ۸۰ خود موقوف فقہ حنفی در مورد ازدواج دختران رشیده را چنین انعکاس داده است «هرگاه عاقله رشیده بدون موافقه ولی ازدواج نماید عقد نکاح وی لازم و نافذ می‌باشد» این ماده نشان می‌دهد که در صورت عمل انجام شده به اجازه «ولی» نیز ضرورتی نیست و هم تحلیلی که از فقره اول ماده ۷۱ قانون مدنی صورت می‌گیرد این است که پسران و دختران در مورد ازدواج‌شان خود باید تصمیم بگیرند و در هنگام عقد ازدواج‌شان حضور داشته باشند.

با این تفصیل می‌توان به این نتیجه رسید که شرطی که برای سن رشد در قرآن کریم و احادیث آمده است سنی است که شخص اهلیت تصرفات مالی را حاصل نماید لذا برای ازدواج دختران شرط رشد لازم است، زیرا ازدواج که تصرف در جسم است مهم‌تر از تصرف در مال است و خسارتی که ناشی از تصرفات در جسم و جان همسر صورت می‌گیرد نیز بزرگتر از خسارت در مال است و از جانب دیگر زمانی که یک فرد چه پسر و چه دختر به سن کافی رشد رسیده باشد می‌تواند برای ازدواج، خودش تصمیم بگیرد. بدین قرار واضح است، با توجه به این‌که کودکان قدرت تشخیص مصلحت ندارند، لذا از نظر اسلام در امر مهم ازدواج باید رشد فکری حاصل شده باشد و بهترین سنی که آمادگی ذهنی و فکری در آن برای دختران حاصل

شده می‌تواند همانند پسر همان سن ۱۸ سالگی خواهد بود.

گفتار سوم: نکاح صغیره

یکی از مباحثی که در حقوق خانواده مطرح می‌گردد عقد ازدواج دختران صغیره به دست ولی قهری است که نیازمند در ننگ و تامل است. در فقه اسلامی این امر پذیرفته شده است که پدر و یا جد پدری می‌تواند دختر نابالغ را به ازدواج در آورد و دختر به نظر اغلب فقها پس از سن رشد حق فسخ عقد ازدواج را ندارد.

در این عقیده میان فقهای شیعه به جز ابن ابی عقیل مخالفی وجود ندارد ولی در میان فقیهان اهل سنت در این صلاحیت از سه تن نام برده شده است که آن‌ها عبارت‌اند از: عثمان البتی، ابن شبرمه و ابوبکر الاصرم. و نیز ابن حزم با تزویج پسر خردسال مخالف است.

شکی نیست که خود صغیره نمی‌تواند مجری نکاح خود باشد زیرا اهلیت آن را ندارد از این رو این امر در اختیار اولیای اوست. حال این موضوع قابل تامل است که هرگاه اولیا اراده نمایند مجازند این امر را انجام دهند؟ این قید را هیچ یک از فقها نپذیرفته‌اند. گروهی به این امر اتفاق دارند که در اختیار این اراده رعایت مصلحت طفل شرط صحت نکاح است ولی گروهی دیگر عدم مفسده را کافی دانسته‌اند. لذا در فقه اسلامی دلیلی وجود ندارد که به‌طور مطلق تزویج دختران صغیره را جواز داده باشد ولی دلایلی وجود دارد که در کار اولیای عقد، مصلحت باید وجود داشته باشد و برای این جواز تیسک نموده‌اند به آیه ۱۵۲ از سوره انعام «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ». ترجمه: (به اموال یتیم جز به نحوی هرچه نیکوتر نزدیک نشوید، تا زمانی که به سن رشد خود برسند). به باور این عالمان، وقتی قرآن تصرف در مال یتیم را فقط با وجود رعایت مصلحت مجاز می‌داند، بنابراین اساس تصرف در زندگی آینده طفل نیز باید رعایت مصلحت باشد.

بحث دیگر مسأله حق خیار بلوغ برای دختران است. در این

امر نیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد ولی جمهور فقها به قاعده لاضرر تمسک جستته‌اند. زیرا در صورتی که این ازدواج خوشایند دختر نباشد نباید عمری ضررهای روحی را متقبل شود.

به هر حال قانون مدنی کشور برای جلوگیری از سوءاستفاده از صلاحیت در ازدواج صغیره توسط ولی، قید سنی (کمتر از ۱۶ سال) را وضع کرده و رعایت مصلحت را اساس قرار می‌دهد. اما با آن هم لازم است تا برای نظارت بر اولیا در استفاده از این تجویز قانونی و تضمین مصلحت و مشروعیت آن، نظارت قضایی نیز وجود داشته باشد.

گفتار چهارم: سن ازدواج در قوانین کشورهای اسلامی اخیراً کشورهای اسلامی با توجه به عدم تعیین حداقل سن ازدواج در شریعت و نظریات علمای فقه تلاش کرده‌اند تا این سن را برای دختران و پسران با در نظر داشت ضرورت روحی، روانی، حقوقی و اجتماعی و با رعایت کنوانسیون تعیین حداقل سن ازدواج و کنوانسیون حقوق کودک افزایش دهند که به طور مثال از قوانین خانواده چند کشور اسلامی تذکر داده می‌شود مانند:

قانون جدید مراکش مصوب سال ۲۰۰۴ در ماده ۱۹ برای مردان و زنان زمانی صلاحیت ازدواج می‌دهد که از نظر ذهنی سالم بوده و ۱۸ سالگی را تمام کرده باشند.

ماده ۲۰ این قانون در مورد ازدواج دختر و پسر زیر سن مندرج در ماده ۱۹ قاضی خانواده را مکلف می‌سازد تا پس از استماع اظهارات والدین یا ولی در امر ازدواج صغیر و بعد از انجام یک تحقیق محلی و به کمک یک متخصص طبی و با در نظر داشت منافع و مصلحت آنان تجویز ازدواج را صادر نماید. با وجود این، ماده ۲۱ این قانون، ازدواج صغیر را منوط به رضایت ولی می‌داند به شرطی که در کنار امضای او امضای صغیر بر روی عریضه وجود داشته باشد و نیز در صورت عدم رضایت ولی قاضی خانواده مسأله را بررسی

می‌نماید.

کشور ترکیه سن ازدواج را برای دختران از ۱۵ سال به ۱۸ سال بالا برده است و تحت شرایط استثنایی حداقل سن ازدواج را با اجازه محکمه تا ۱۶ سال پایین آورده است. کشور الجزایر در قانون خانواده اصلاح شده سال ۲۰۰۵، اهلیت ازدواج پسر و دختر را ۱۹ سال تعیین نموده است. قانون احوال شخصیه کشور تونس عقد ازدواج را برای مردی که به بیست سال کامل و برای زنی که به ۱۷ سال کامل نرسیده باشد اجازه نمی‌دهد.

گفتار پنجم: عرف و سوء استفاده از حداقل سن ازدواج طبق قانون مدنی

با این‌که قانون مدنی حداقل سن ازدواج را برای دختران ۱۶ سال تعیین و ازدواج دختران کمتر از ۱۶ سال را منوط به اجازه ولی و در صلاحیت ولی، آن هم به شرط تقاضای مصلحت صغیره دانسته و ازدواج دختران صغیر کمتر از ۱۵ سال را به هیچ وجه جواز نمی‌دهد، ولی دختران خردسال که در جامعه و فامیل نسبت به آنان دیدگاه عرفی موجود است بیشترین قربانیان عنعنات ناپسند هستند که بعضاً پسران صغیر نیز به این مشکل دچارند.

با وصف این‌که از نظر شریعت و قانون برای ازدواج رضایت، بعد از سن بلوغ اساس است ولی قدرت اولیا در اجبار کودکان دختر برای تن دادن به ازدواج تحت سن، این رکن مهم عقد ازدواج را معدوم می‌سازد.

به محض رونما شدن علایم بلوغ در دختران ضربه مهلک عنعنات چون عار دانستن نگهداشتن دختران بعد از آن در خانواده و این که وجود دختر جوان در خانواده خالی از مخاطره اجتماعی نبوده و یا این که یگانه وسیله برای رفع معضلات اقتصادی از طریق گرفتن ولور و یا طویانه است بر سرنوشت دخترکان وارد می‌شود و آنان ناگزیر باید زودتر به شوهر داده شوند. مسلم است که این

رسوم منجر به نوعی از فروش دختران توسط اولیای شان می‌گردد. گاهی نیز ازدواج دختران در سنین خردسالی وسیله مصالحه و جبران خسارت عمل جرمی یکی از اعضای خانواده گشته و به بد داده می‌شوند. بعضا نیز والدین برای در امان ماندن از زور و نفوذ قدرتمندان محلی که خواهان ازدواج با دختران خردسپن شان هستند با ازدواج دختران خردسال شان موافقت می‌کنند.

الف. آثار منفی صحی ازدواج‌های زیر سن

ازدواج در سن پایین کودکان تاثیرات ناگوار، وخیم و منفی بر سلامتی جسمی و روحی کودک و موقعیت اجتماعی او می‌گذارد. به خصوص کودکان دختر در حالی که از لحاظ فیزیکی هنوز ناتوان و ضعیف‌اند قربانی حرص و آز اولیای خود می‌شوند. ازدواج‌های دختران در خردسالی آنان را با مشکلات صحی مواجه ساخته و باعث ایجاد صدمه‌های وخیم جسمی، تشویش و دیگر مشکلات روانی در آنان می‌گردد. تحمیل مسئولیت و نقش ناخواسته همسری و مادر بودن، باعث بیماری‌های روانی، اختلال شخصیت و افسردگی شده و پیامدهای ناگواری را برای نوجوانان به بار می‌آورد.

دختران خردسال در اوان نوجوانی که قدرت پذیرفتن بار گران زندگی زناشوه‌ری را ندارند مجبور به تمکین در برابر خواست شوهران شان می‌شوند. در حالی که جسم نوجوانان توان برداشتن حمل و ولادت‌های پی هم را ندارند، ناگزیر آن را متقبل می‌شوند و در نتیجه در بسیاری موارد، منجر به مرگشان می‌شود. زیرا در ولادت‌های سنین کودکی به سبب افزایش زایمان‌های غیرطبیعی، سقط جنین به دلیل عدم رشد لگن خاصره برای حمل کودک در بطن گردیده و اضرار بی‌شمار بر صحت و جسم مادر می‌گذارد.

ب. تاثیرات حقوقی و اجتماعی نکاح‌های زیر سن ازدواج
با این که دختران هنوز هوای بازی‌های کودکانه را در سر دارند پس از ازدواج مجبور به رعایت نزاکت‌های مختلفی می‌شوند

که در فامیل‌ها وجود دارد. زیرا در غیر رعایت این نزاکت‌ها با خشونت‌های شدید خانوادگی از جمله لت و کوب توسط شوهر و اعضای خانواده‌ی وی، طلاق و تعدد زوجات وجدایی از کودکان مواجه می‌شوند. در نتیجه یک کودک که سن وی اقتضای روحیات، رفتار و مسوولیت‌های خردسالان را می‌نماید، مجبور به ایفای نقش یک بزرگ‌سال شده و مسوولیت‌های وی را به دوش می‌گیرد.

از لحاظ اجتماعی ازدواج‌های خردسالان هدف عمده و مهم ازدواج که همانا ایجاد جامعه سعادت‌مند از طریق پیدایش و تربیت اولاد اهل و خانواده صالح است را برآورده نمی‌سازد و خشونت‌ها و مفسد اخلاقی به اوج می‌رسد. در تحقیقاتی که درباره‌ی عوامل و انگیزه‌های تمایل به انحرافات اخلاقی و جرم در افراد به خصوص زنان به عمل آمده است مشخص گردیده که اکثریت دختران و زنانی که به مفسد اخلاقی، خودکشی و خودسوزی روی آورده‌اند در خردسالی بالاجبار به ازدواج سوق داده شده‌اند. و نسبت به زمان رشد و میزان آن، امیال و خواسته‌های روانی، ذهنی و توانایی‌های جسمی‌شان از طرف اولیا توجه نشده و در نتیجه این کودکان مملو از عقده شده و نسبت به آینده خود و نسبت به اطرافیان و اجتماع خود بی‌باور و خشن می‌شوند.

از جانب دیگر ازدواج کودکان تاثیرات منفی نیز بر تعلیم و تربیت دختر که یگانه راه برای درک از حقوق حقه‌اش است در پی داشته و نوجوان را از ادامه تعلیم و تحصیل باز می‌دارد. علاوه بر آن از دست دادن موقعیت‌های اقتصادی و مهارت‌های شغلی از زیان‌های دیگر ازدواج‌های زودرس است.

قابل تذکر است که با افزایش بی‌سوادی و کم‌سوادی که در نتیجه اجبار دختران به ازدواج‌های تحت سن رونما می‌گردد توسعه اقتصادی که بالاتر ایجاد خانواده سالم امکان‌پذیر است نیز در اجتماع صورت نخواهد گرفت.

پ. ممنوعیت ازدوج‌های اجباری در قوانین ملی در رابطه به منع ازدواج‌های اجباری حکم صریحی در قانون مدنی کشور وجود ندارد ولی با دقت در محتوای ماده ۷۷ قانون مدنی که شرایط و ارکان عقد ازدواج را بر می‌شمارد لازم است تا:

برای انعقاد عقد صحیح ازدواج، ایجاب و قبول توسط عاقدین، اولیا و یا وکلای‌شان صورت گیرد. و نیز تحقق شروط دیگر قانونی که موجودیت شهود با اهلیت و عدم موجودیت حرمت موقت و موبد میان عاقدین (ناکح و منکوحه) است ضروری است. بنابراین هر عقدی که فاقد ارکان فوق‌الذکر باشد ازدواج باطل بوده و به موجب فقره ۱ ماده ۹۷ هیچ‌گونه اثرات حقوقی را به بار نیاورده و سریعاً موجب فسخ است و یا در صورت عدم موجودیت یکی از ارکان مهم عقد که ایجاب و قبول است ازدواج فاسد بوده و بر ازدواج فاسد وقتی اثر حقوقی چون حرمت مصاهره، مهر، نسب، عدت و نفقه مرتب می‌گردد که به موجب فقره ۲ ماده ۹۷ قانون مدنی دخول صورت گرفته باشد.

و نیز در مواد ۴۹۷ الی ۵۳۳ قانون مدنی احکامی مبنی بر توافق دو اراده در عقود وجود دارد. براساس ماده ۴۹۷ عقد عبارت است از: «توافق دو اراده به ایجاد، تعدیل، نقل یا ازاله حق در حدود احکام قانون» به علاوه ماده ۵۰۵ قانون مدنی برای یک عقد رضایت عاقدین را بدون اکراه و اجبار لازم می‌داند^۲ و ماده ۵۵۱ قانون مدنی اکراه را چنین تعریف می‌کند: «مجبور گردانیدن شخص بدون حق به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد».

در این ماده با این‌که اجبار قانوناً تعریف نشده است، اما فاقد اعتبار بودن عقود در نتیجه معدوم شدن رضایت بالاتر اکراه-که به صورت مادی و یا معنوی امکان پذیر است-تصریح شده ولی در مواد مربوط به عقد ازدواج صریحاً چنین مواردی تذکر نرفته است.

۲- شرط صحت عقد عبارت است از رضایت عاقدین بدون اکراه واجبار.

ماده ۵۱۷ قانون جزای کشور، اجبار به ازدواج را جرم می‌پندارد و برای شخصی که زن بیوه و یا دختری را که ۱۸ سال و یا بیشتر از آن عمر دارد را برخلاف اراده و رضایتش مجبور به ازدواج نماید حبس قصیر و اگر ازدواج به منظور بد دادن صورت گرفته باشد حبس متوسط پیش‌بینی نموده است. به علاوه اخیراً «قانون منع خشونت علیه زنان» انواع خشونت علیه زنان را معرفی و برای هر یک از اعمال خشونت احکام جزایی تعیین نموده که یکی از این خشونت‌ها ازدواج‌های زیر سن و ازدواج‌های اجباری، بد و تبادل و فروش زنان به مقصد ازدواج است. این قانون برای عاملین ازدواج‌های متذکره-ولو اولیا هرگاه بدون در نظر داشت مصالح قانونی دختر خردسال اقدام به این خشونت نموده باشند-احکام جزایی مقرر نموده است.

ت. معاهدات بین‌المللی و اجبار در ازدواج

مواد اعلامیه‌ها و میثاق‌های جهانی در ارتباط با استقلال ازدواج و حمایت خانواده اکیدا صراحت دارد که می‌توان از موارد زیر یادآوری نمود:

۱. ماده ۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی که به مکلفیت دولت‌ها در ایجاد تساوی و برابری حقوق میان زنان و مردان در برخورداری از حقوق مدنی و سیاسی تاکید دارد و نیز ماده ۲۳ میثاق مذکور که در آن خانواده را عنصر طبیعی و اساسی جامعه دانسته و حق نکاح و تشکیل خانواده را برای زنان و مردان از زمانی که به سن ازدواج می‌رسند به رسمیت شناخته است.

۲. ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر که در مورد «محافظة شخصیت حقوقی از کودکان و زنان و مردان از طرف قانون» صراحت دارد و ماده ۱۶ اعلامیه که حق ازدواج را بدون هرگونه مانع به رسمیت می‌شناسد.

۳. ماده پنجم اعلامیه اسلامی حقوق بشر، ازدواج و تشکیل خانواده را بدون در نظر داشت رنگ، نژاد و قومیت حق هر انسان می‌شناسد.
۴. ماده شانزدهم کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان در مورد حق ازدواج و انتخاب همسر تاکید می‌نماید.
۵. ماده دهم میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که در ارتباط انعقاد عقد ازدواج به رضایت آزادانه طرفین مشعر است.
۶. و بالاخره با عطف به تعریف طفل در ماده اول کنوانسیون حقوق کودک که هر فرد پایین‌تر از ۱۸ سال را طفل معرفی می‌نماید و با توجه به ماده ۱۸ این کنوانسیون که در باره مسولیت‌های والدین در قبال رشد و تربیت طفل و مکلفیت‌های دولت‌ها در ایجاد شرایط لازم مراقبتی از کودک صراحت دارد.

نتیجه

گفته شد عقد ازدواج قرارداد حقوقی است که حقوق و واجبات را میان ناکح و منکوحه ایجاد می‌نماید و تنها اشخاصی که با اهلیت کامل حقوقی و با اكمال سن معینه قانونی و با اراده آزاد مبتنی بر رضایت خود پای سفره عقد نشسته باشند می‌توانند حقوق و واجبات ناشی از آن را ادا نمایند و در نتیجه به تأسیس یک خانواده سالم بپردازند و اشخاص فاقد اهلیت ازدواج به هیچ وجه از ماهیت این عقد مهم درک در ست نداشته و در نتیجه باعث ایجاد خشونت‌ها و مفسدات بی‌شماری در خانواده و اجتماع خواهد گردید.

در قرآن شریف نیز به داشتن اهلیت ازدواج تأکید شده است. آیه ششم سوره‌ی نساء دستور می‌دهد: «و یتیمان را بی‌امایید تا وقتی به [سن] زناشویی برسند پس اگر در ایشان رشد یافتید اموال‌شان را به آنان رد کنید.» پس قرآن کریم، سن ازدواج را اماره و نشانه تکمیل اهلیت شخص برای اجرای معاملات و سهم‌گیری سازنده در

۴ - وَاتْلُوا لِنِسَائِكُم مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِنَّ أَمْوَالَهُنَّ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِنَّ أَمْوَالَهُنَّ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا - (النساء / ۶)

اجتماع دانسته است. از آن جایی که قرآن کریم میان بلوغ فیزیکی (بلوغ حیوانی) و عقلانی تفاوت می‌گذارد و رشد انسان را مشتمل بر بلوغ عقلی و فیزیکی می‌داند طبق این آیه^۵ سن ازدواج، اعم از سن اهلیت قانونی است. چرا که از نظر قرآن کریم، تصرف در مال نسبت به تصرف در جسم و جان همسران و سرنوشت کودکان از اهمیت کمتری برخوردار است و امکان جبران خسارت در معاملات مالی، آسان‌تر است. بناء خداوند دستور می‌دهد که اگر یتیمان به سن ازدواج رسیدند، اموال‌شان را به آنان بدهید تا خود متولی امور مالی خود گردند. سن رشد و اهلیت حقوقی کامل طبق دیگر قوانین افغانستان مثل قانون جزا، قانون مدنی، قانون انتخابات و غیره، تکمیل ۱۸ سالگی است و از نظر قرآن کریم نیز، ازدواج در سنی تشویق شده است که افراد اهلیت و صلاحیت کافی برای زندگی اجتماعی داشته و خیر و شر خود را فهمیده و دچار غبن و نسیان نشوند. بنابراین بهتر است که همانند بسیاری از کشورهای اسلامی، قانون خانواده افغانستان نیز سن معین شده برای رشد و اهلیت را - که در ماده ۳۹ قانون مدنی ۱۸ سال تصریح شده - اساس سن ازدواج برای دختران نیز قرار دهد. چرا که قانون مدنی ابتدا در ماده ۶۰ ازدواج را یک «عقد» محسوب می‌کند و در همان قانون در ماده ۵۰۲ «اهلیت» عاقدین را شرط صحت عقد می‌شمارد و بناء بهتر است که سن ازدواج همان سن اهلیت قرار گیرد. زیرا حق انتخاب همسر طبق شریعت اسلام و احادیث پیامبر بزرگ اسلام نیز برای دختران شناخته شده است.

۵ - سن رشد مطرح شده در آیه ی شریفه از نظر مفسرین:

- طبق قول امام ابوحنیفه (رح) حد اکثر سن صغیر تحت حجب مالی ۲۵ سالگی است. و قال ابوحنیفه (رح): ینظر الی خمس و عشرین سنه لان البلوغ بالنسبة لثمانی عشرة فاذا زادت علیها بسبع سنین و هی مدة معتبرة فی تغیر احوال الانسان، لما قال (ع) (مروم بالصلاة بسبع) دفع الیه ماله او انسی منه رشدا او ام یونس. تفسیر روح البیان، ص ۱۶۶ ج ۲، تألیف اسماعیل حقی ابروسوی متوفی سنه ۱۱۲۷، چاپ: مطبعه حنفیه کویته پاکستان
- متصرف در امور دینی و مالی از قول ابن جریر طبری در تفسیر جلالین
- حسن تصرف و اداره ی خوب در امور مالی در تفسیر بیان، دارالرشید
- صلاح و بلوغ عقلی و توانایی تشخیص مصلحت در امور اداره ی مالی در تفسیر آیات احکام

امروزه همه این تضمین‌هایی که در قرآن کریم و احادیث رسول گرامی (ص) و مواد اعلامیه‌ها و میثاق‌های جهانی در باره حق انتخاب همسر برای زنان و دختران و ممانعت از ازدواج‌های تحت سن قانونی وجود دارد و اخیراً ماده ۵۴ قانون اساسی که در مورد حمایت از کودک و مادر تصریح و مبارزه با رسوم مغایر دین اسلام را وظیفه دولت می‌داند، می‌تواند ممد قانون‌گذاران و مجریان قوانین باشد تا در رفع این معضل اجتماعی-که قربانی آن آسیب‌پذیرترین اعضای اجتماع یعنی زنان و کودکانند-اقدام نمایند.

فصل سوم

رضایت با عقد ازدواج

پوهنمل عبدالمجید صمیم^۱

مقدمه:

بحث رضایت از جمله مباحث عمده و کلیدی در تمام عقود است چه آن عقود مالی باشد یا مربوط به ازدواج. شکی نیست که فقه پر بار اسلامی مدرن‌ترین قوانین را در این زمینه قرن‌ها پیش به یادگار گذاشته و در منابع مختلفی همواره بر آن توصیه و تأکید کرده است. عبارات فقهای اسلام مشعر بر آن است که عقد نکاح باید با رضایت کامل طرفین عقد (دختر و پسر) صورت گیرد و هیچ‌گونه اجباری در این زمینه نباید باشد جز حالات خاصی که به صورت استثنایی ایجاب نوعی اجبار را بنماید آن هم تحت شرایط خاصی که کتاب‌های فقهی در مورد آن تصریح کرده‌اند.

بحث حاضر تلاش دارد در خلال صفحاتی اندک، موضوع رضایت در ازدواج را با دید کارشناسانه مورد بحث و بررسی قرار دهد.

گفتار اول: معنی و مفهوم رضایت

الف. معنای رضایت

به لحاظ واژه شناسی کلمه عربی رضایت مصدر جعلی است که معانی متعددی را داراست از جمله: برگزیدن، پسندیدن، ضامن شدن، دوست داشتن، پذیرش، خوشی، خوشنودی، قناعت کردن و زیر بار رفتن^۲. و برخی آن را به معنای موافقت با میل و خواسته انسان دانسته‌اند و در اصطلاح معنایی جدا از معنای لغوی ندارد و در میان عامه مردم به معنای موافقت قلبی و آزادانه با عملی از اعمال است، بدون این‌که ناراحت شود و احساس تضادی کند، مثلاً می‌گویند: فلانی به فلان امر راضی شد یعنی موافقت کرد و از آن امتناع نورزید و این رضایت به صرف کراهت نداشتن حاصل می‌شود.

این که از رضایت در ازدواج بحث می‌کنیم منظور این است که باید هنگام انعقاد نکاح رضایت طرفین عقد ازدواج موجود باشد و طرفین با اراده آزاد و مستقل اقدام به عقد ازدواج نمایند. در جریان این فصل این موضوع را با تفصیل بیشتری مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

ب. اهمیت رضایت در عقود

به اتفاق علما و اندیشمندان علوم دینی و قانون‌دانان جهان، رضایت دو طرف عقد در تمام عقود لازم و ضروری است و نمی‌شود عقده را بدون چنین رضایتی در ست، سالم و نافذ دانست. این امر در مورد عقد ازدواج از همه بیشتر برجسته می‌شود چون با عقد نکاح محیط زندگی و رشد انسان که عبارت از خانواده است تشکیل می‌شود و در همین محیط است که تربیت و تکوین شخصیت انسان صورت می‌گیرد و اگر خانواده با عقد سالم شکل بندد این امر منجر به ایجاد انسان سالم می‌شود و اگر در جامعه‌ای انسان آن سالم باشد جامعه‌اش نیز سالم است و بر عکس اگر خانواده با عقد ناسالم ایجاد شود این امر منجر به ایجاد انسان ناهنجار و انسان ناسالم منجر به

ایجاد جامعه بیمار می‌گردد و محیط زندگی انسان تبدیل به کابوسی وحشتناک می‌شود که در تاریکی‌های آن تمام اجزای وجود وی در رنج و مشقت قرار می‌گیرد.

پ. رضایت و تشکیل ایده‌آل خانواده

اگر خانواده‌می‌خواهد به گونه مطلوب تشکیل شود باید بر اساس رضایت، تفاهم، همیاری و همکاری همه اعضای خانواده و وابستگان طرفین تشکیل شود. یعنی فضیلت در این است که یک خانواده مطلوب با تفاهم پدر و مادر، کاکاها، ماماها، خاله‌ها، عمه‌ها و سایر وابستگان تأسیس گردد. البته رضایت این‌ها شرطی از شروط صحت عقد ازدواج نیست^۲. ولی از جمله فضایلی است که رعایت آن می‌تواند نقش برآزنده‌در راستای تشکیل در ست خانواده و موفقیت آن ایفا نماید.

با این حال در عرصه رضایت آنچه از همه مهم‌تر است و جزو شرایط عقد ازدواج نیز می‌باشد این است که طرفین عقد یعنی دختر و پسر و یا ناکح و منکوحه راضی باشند و هیچگونه اجبار و اکراهی هنگام انعقاد نکاح در بین آن دو در میان نباشد.

از آنچه تا کنون تذکر رفت نباید چنین برداشت شود که اولیای دختر و پسری که می‌خواهند ازدواج کنند هیچ نقشی در ازدواج آن دو ندارند؛ در حالی که به صورت قطع منظور ما چنین نیست بلکه مراد این است که نقش اول و اصلی باید به طرفین عقد ازدواج داده شود یعنی کسانی که می‌خواهند در کنار هم زندگی مقدس و مهمی به نام خانواده را سر و سامان دهند سپس به ولی و سایر وابستگان.

گفتار دوم: نقش زن در عقد ازدواج

الف. زن و رضایت به ازدواج

زن بالغه در تمام امور زندگی به خصوص در امر نکاح از اهلیت کامل برخوردار است. فقها جهت تثبیت این امر تصریح کرده‌اند که:

«المرأة البالغة التي أتمت سبع عشرة عاماً تعتبر كاملة الأهلية^۴». برخی از فقها از جمله صاحب کتاب «الفقه الاسلامی و ادلته» در باب شروط النفاذ بیان داشته‌اند که کمال اهلیت به بلوغ و عقل و حریت است.

آن گونه که ملاحظه می‌شود در این شرایط یادی از تفاوت بین زن و مرد نیست که این مطلب، خود دلیل بر حق ولایت زن بر نفس خودش است. بناء بر زن واجب نیست ولی را در جریان نکاح خود قرار دهد ولی این کار در حق او اولی است (بهتر است که ولی در جریان باشد)^۵. با این حال، نظر به این که عرف و شرایط کنونی کشور ما ایجاب مینماید، بهتر است همان گونه که در آغاز مبحث رضایت یادآور شدیم همه نسبت به وصلت راضی باشند، به خصوص اولیای زوجین که از تجارب و اندوخته‌های خوبی در عرصه زندگی زناشویی برخوردارند و می‌توانند به دختر و پسر خود مشوره‌های سودمند و خوبی را ارایه کنند.

در خصوص جایگاه زن در امر ازدواج، به اتفاق تمام علما و مذاهب به غیر از احناف زن از جمله ارکان نکاح است، پس وقتی که زن از جمله ارکان نکاح باشد طبیعی است که بدون حضور و موافقه و رضایت او کار نکاح رونق نمی‌گیرد و شکل نمی‌بندد.

اختیار دیگری که فقه اسلامی به زن قایل شده در مورد ثبوت عقد نکاح او بدون اذن ولی می‌باشد چون فقها تصریح کرده‌اند که عقد نکاح زن بدون ولی نافذ است^۶. البته با این تفاوت دیدگاه که نزد احناف زن می‌تواند خود را به نکاح دهد و در نزد جمهور ولی باید این کار را بکند. لیکن حنابله به این نظرند که در صورت انجام شدن عقد توسط ولی باید اذن زن حتماً گرفته شود خواه بکر باشد یا بیوه و نزد شوافع و مالکیه در بیوه اذن لازم است و در بکر لازم نیست.

۴ - الزرقاء، مصطفی. ص. ۲۸۷

۵ - همان.

۶ - ابن نجیم الحنفی، ج. ۳، ص. ۱۱۸.

بر این اساس نزد احناف چنین عقدی (عقد زن بدون اذن ولی) صحیح است، البته در صورتی که زن خود را به غیر کفو نکاح دهد ولی حق فسخ دارد و در صورتی که مطالبه فسخ نکاح را نمود این کار باید توسط قاضی صورت گیرد.

آن گونه که طی مباحث گذشته واضح شد بدون اجازه‌ی زن اگر ولی عقد او را ببندد عقدش در ست نیست^۷. و موقوف است بر اجازه‌ی خود زن. با این وجود، اختیار دیگری که از سوی اسلام به زن داده شده این است که خودش حق انتخاب همسر را دارد. «و لها اختیار الأزواج/ و او حق انتخاب همسر را دارد»^۸ و نباید در این زمینه زن، توسط والدین یا اولیای امور مجبور ساخته شود.

ب. دیدگاه‌های علما در مورد رضایت زن در عقد نکاح و رأی و نظر راجح
در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: رضایت زن در عقد نکاح شرط نیست و در صورتی که ولی نکاح را منعقد کند زن ولو راضی نباشد نکاح منعقد می‌شود. از جمله علمایی که بر این نظراند می‌توان به عطا بن ابی رباح اشاره کرد. دلیل این‌ها این حدیث است: «الثیب أحق بنفسها من ولیها و البکر یزوجها ابوها/ بیوه به نفس خویش از ولی خود سزاوارتر است و بکر را پدرش به ازدواج می‌دهد»^۹.

دیدگاه دوم: بدون رضایت زن نکاح اصلاً در ست نیست و منعقد نمی‌شود به دلیل:

- آیه‌ی مبارکه‌ی: «حتی تنکح زوجاً غیره/ تا این که زن شوهری دیگر نکاح گیرد». (بقره/ ۲۳۰) در این آیه موضوع عقد نکاح به زن نسبت داده شده که نشانه‌ی صلاحیت او در عقد نکاح است. و آیه

۷ - الزحیلی، وهبه ج ۹، ص ۱۸۳

۸ - ابن نجیم الحنفی، زین الدین ج ۳، ص ۱۱۷

۹ - الدار قطنی، علی بن عمر. سنن دار قطنی

« فلا تعضوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف / و چون زنان را طلاق گفتید و عده خود را به پایان رسانند آنان را از ازدواج با همسران [سابق] خودشان چنانچه بخوبی با یکدیگر تراضی نمایند جلوگیری نکنید. هر کس از شما به خدا و روز بازپسین ایمان دارد به این [دستورها] پند داده می‌شود [مراعات] این امر برای شما پریرکت‌تر و پاکیزه‌تر است و خدا می‌داند و شما نمی‌دانید » (بقره/ ۲۳۲)

- حدیث: «أن جاریة بکراً أتت النبی (ص) فذکرت أن أبها زوجها وهي کارهة فخيرها النبی / جاریه باکره بی نزد پیامبر (ص) آمد و یاد آور شد که پدرش او را به نکاح داده در حالی که او راضی نیست رسول الله (ص) اختیار (قبول و یا رد نکاح) را به آن جاریه دادند.^{۱۰}»

- حدیث عائشه (رض): «أن فتاة دخلت علیها فقالت إن أبی زوجنی بن أخیه لیرفع بی خسیسته و أنا کارهة قالت اجلسی حتی یأتی رسول الله فجاء النبی (ص) فأخبرته فأرسل إلی أبیها فدعاه فجعل الأمر إلیها فقالت قد اجزت ما صنع أبی ولكنی أردت أن أعلم النساء من الأمر شیئاً / دختر جوانی بر حضرت عایشه وارد شد و گفت پدرم من را به عقد فرزند برادر خود در آورده تا حقارت خود را با من مرفوع سازد. ام المؤمنین عایشه خطاب به او گفت بنشین تا رسول الله (ص) بیاید. آن دختر موضوع را به ایشان خبر داد، رسول الله کسی را نزد پدرش فرستاد تا حاضر شود آن‌گاه رسول الله امر تصمیم‌گیری را به زن واگذار فرمود. آن دختر گفت آنچه را پدرم انجام داده به آن اجازه می‌دهم و اینکار را کردم تا بدانم که برای زن‌ها هم در این امور چیزی هست^{۱۱}».

- حدیث ابی هریره: «إن خنساء بن خدام زوجها ابوها وهي کارهة فأتت النبی (ص) فرد نکاحها/خنساء بن خدام را پدرش به

۱۰ - سنن ابن ماجه، سنن ابوداود، سنن دار قطنی
۱۱ - النسائی، ابو عبدالرحمن. ج. ۶. ص. ۳۹۵

نکاح داد در حالی که راضی نبود، او نزد رسول الله (ص) آمد و ایشان نکاحش را رد کرد^{۱۲}».

- کتب فتاوی تصریح کرده‌اند: «ولایجوز نکاح احد علی بالغة صحیحة العقل من أب أو سلطان بغير اذنها بکراً کانت او ثیباً فإن فعل ذلك فالنکاح موقوف علی اجازتها فإن اجازته جاز و إن رده بطل / نکاح هیچ کس بر بالغ دارای صحت عقل بدون اذنش جایز نیست خواه پدر باشد یا حاکم، بآکره باشد یا بیوه اگر چنین کرد در این حالت نکاح موقوف بر اجازه‌اش است اگر اجازه داد جایز است و اگر رد نمود نکاحش باطل است^{۱۳}». و فتاوی: «ولاتجبر البالغة البکر علی النکاح لأنقطاع الولاية بالبلوغ/بالغه بآکره بر نکاح مجبور ساخته نمی‌شود چون ولایت با بلوغ پایان می‌یابد^{۱۴}».

- در صورتی که زن راضی نباشد عدم رضایت او بر تمام جوانب شخصیت جسمی و روحی‌اش تأثیر می‌گذارد و او را متضرر می‌سازد و بنا به قاعده‌ی «لاضرر و لا ضرار» لازم است ضرر حتی‌الإمكان دفع شود.

آنچه تاکنون گفتیم در مورد رضایت زن بود که این امر به معنی مهم نبودن رضایت مرد نیست بلکه رضایت مرد نیز مهم است چون در صورت عدم رضایت او علاوه بر این که مشکلات زیادی دامن‌گیر خانواده می‌شود موضوع دیگری به نام تعدد ازدواج‌ها به وجود می‌آید چرا که مرد در صورت ناراضی بودن از ازدواج خویش دنبال همسر جدیدی خواهد بود.

پ. پس اجباری در نکاح نیست

از آنچه تاکنون توضیح دادیم به این نتیجه می‌رسیم که به هیچ وجه نباید مرد یا زنی مجبور به ازدواج با کسی شود و تصمیم اولی و نهایی در مورد ازدواج بر عهده‌ی زوجین است که باید خود همسر و

۱۲ - الطبرانی، سلیمان. المعجم

۱۳ - الشيخ نظام و دیگران. ج. ۱ ص ۲۸۷ و خدای نظر، مقق. ج. ۲ ص. ۳۷۴

۱۴ - ابن عابدین، محمد امین، ج. ۲ ص. ۳۲۴

شريك آینده زندگی خود را تعیین کنند.

خوشبختانه در این مورد عبارات فقها صراحت دارد و ما به عنوان نمونه به چند مورد اشاره کردیم اینک چند مورد دیگر:

- «ولا تجبر بکر بالغة علی النکاح/دختر باکره‌ی بالغ بر نکاح مجبور ساخته نمی‌شود»^{۱۵}.

- «فعلى هذا لا بد من رضا كل من الزوجين، واشترط رضا الزوجة، وذلك لأنها هي التي تحبس نفسها على هذا الزوج مدة طويلة قد تكون عشرات السنين، فإذا كانت مكرهة مغصوبة لم تظمن في معيشتها، ولم تهتأ في حياتها، ولم يستقر لها قرار، بل عيشتها نكد و نومها كمد و قرارها ضرر؛ حيث إنها تری ما تکره، لأجل ذلك لم يكن بد من رضا الزوجة / بنابراین لازم است رضایت زوجین موجود باشد، این‌که رضایت زن شرط شده به این جهت است که او کسی است که خود را در عقد این شوهر مدت طولانی نگه می‌دارد و ای بسا که ده‌ها سال را در بر می‌گیرد پس هرگاه زن مجبور و غضب شده باشد در زندگی خود به آرامش نمی‌رسد و قرار نمی‌گیرد و خوابش از بین می‌رود و آرامشش برهم می‌خورد چون او همواره چیزی را می‌نگرد که از آن تنفر دارد. از این رو لازم است زن راضی باشد»^{۱۶}.

- در کتاب رد المحتار که از جمله مهم‌ترین کتاب‌های فتوا در مذهب احناف است چنین آمده است: «(وَلَا تُجْبَرُ الْبَالِغَةُ الْبِكْرُ عَلَي النَّكَاحِ) لِانْقِطَاعِ الْوَلَايَةِ بِالْبُلُوغِ/زن باکره بالغه بر نکاح مجبور ساخته نمی‌شود چون ولایت با بلوغ خاتمه می‌یابد»^{۱۷}.

گفتار سوم: معنی و مفهوم ولی و ولایت در فقه اسلامی

این‌که نقش ولی در عملیه عقد ازدواج چیست در ادامه خواهد آمد اما قبل از آن لازم است به گونه مختصر معنی و مفهوم ولی و

۱۵ - النسفی، عبدالله ص. ۱۰۰

۱۶ - ابن جبرین، عبدالله، جزء ۲۰/۶۰

۱۷ - ابن عابدین، محمد امین، باب الولی ج. ۹ ص. ۳۵۶

ولایت را نیز به بحث و بررسی گیریم تا خواننده بهتر بتواند موقعیت و نقش ولی را در یابد چرا که در بیشتر موارد اجبار و اکراه بر ازدواج از سوی اولیای زوجین صورت می‌گیرد.

الف. اصطلاحات

ولی واژه عربی است که به معنی یاری دهنده و ضد دشمن است. و ولایه به کسر واو به معنی قدرت و نصرت نیز می‌آید.

و در اصطلاح، فقهای اسلام واژگان ولی و ولایت را این گونه تعریف کرده‌اند:

«الولی: البالغ العاقل الوارث / ولی انسان بالغ، عاقل و میراث بر است.» و در تعریف ولایت می‌گویند: «تنفیذ القول علی الغير شاء أو أبی / نافذ ساختن سخن بر دیگری خواه بخواهد یا نخواهد.» و همچنان در تعریف آن گفته‌اند: «القدرة علی مباشرة التصرف من غیر التوقف علی إجازة أحد / داشتن توانایی تصرف بدون این که موقوف بر اجازه‌ی کسی باشد»^{۱۸}. فقها اصل در ولایت بر نکاح را ولایت بر مال معرفی می‌کنند و می‌گویند هر کس می‌تواند در مال خود تصرف کند در نفس خویش نیز می‌تواند تصرف کند^{۱۹}.

با توجه به این تعاریف ولی باید عاقل، بالغ و میراث‌بر باشد (مجبور نبوده و عقلاً رشید بوده و توانایی اداره اموال خود را داشته باشد) و مفهوم ولایت هم چنین است که یک انسان بتواند در کاری، بدون نیاز به اجازه‌ی دیگری، تصرف کند و او در این تصرف خود کاملاً ذی حق و خودمختار باشد.

با این حال مفهوم دیگری نیز از این تعاریف به دست می‌آید و آن این که ولی حق دارد بدون مشوره با کسی و یا گرفتن اجازه از کسی در کاری که تحت ولایت اوست آن گونه که می‌خواهد و به محض اراده خود تصرف کند.

۱۸ - ابن نجیم الحنفی، زین الدین، ج. ۳، ص ۱۱۷
۱۹ - همان.

طبیعی است چنین مفهومی در عرصه‌ی ازدواج نمی‌تواند دقیق باشد آن هم اگر منظور ما از ولایت، ولایت والدین بر اولاد باشد نه ولایت زوجین بر خویشستن، زیرا در روایات مختلف و متعددی آمده که اولیای دختر به عنوان مثال از چنین صلاحیتی در مورد ازدواج دختران خود برخوردار نیستند و این امر منوط به اجازه و موافقه‌ی خود دختر است، و ما در جریان این مباحث به برخی از این روایات اشاره خواهیم کرد.

البته ملاحظه دیگری که بر این تعریف وارد می‌گردد و برخی از کتب فتوا از جمله ردالمحتار به آن اشاره کرده‌اند این است که این تعریف جامع و مانع نیست و نمی‌تواند جامع مثلاً حاکم باشد زیرا در فقه اسلامی در شرایط خاصی از جمله این‌که اولیای شخص، فاقد اهلیت و یا ظالم باشند و منافع صغیر یا صغیره‌ی خود را مد نظر نگیرند، حاکم در حالی که وارث نیست حق ولایت دارد و در صورت یافتن کفوی برای شخص می‌تواند عقد نکاح را جاری کند.^{۲۰}

ب. نقش و جایگاه ولی در نکاح: تعارض نظر ولی و دختر در عقد ازدواج

اگرچه در عملیه ازدواج صاحب اختیار اصلی طرفین عقد ازدواج (دختر و پسر) هستند و در اصل رضایت آن‌ها شرط است اما این به معنی نادیده گرفتن نقش ولی در عقد نکاح نیست زیرا بر اساس آموزه‌های دینی و به حکم عقل سلیم، اولیای دختر و پسر هم نقش خود را دارند که ذیلاً به برخی از این نقش‌ها اشاره می‌کنیم:

۱. رغبت بر کفو بودن طرفین نکاح: شکی نیست که یکی از امور مهم در شکل‌گیری امر نکاح تناسب بین زن و شوهر است. بهتر است این تناسب در همه‌زمینه‌ها باشد. مثلاً زن و مرد باید به لحاظ موقعیت اجتماعی، ثروت اقتصادی، حرفه و فن، تحصیل و علم، و حتی سن و سایر امور باید هم سیال و کفو یکدیگر باشند. فقه اسلامی به ولی

دختر و پسر این حق را داده که اگر احساس کردند خانواده مقابل که پسر یا دخترشان می‌خواهند با آن‌ها ازدواج کنند مناسب و سیال با خانواده‌شان نیست می‌توانند اعتراض نموده و تقاضای فسخ نکاح را بکنند.

۲. مشوره دادن به طرفین نکاح: گاهی جوانان تحت تأثیر احساسات و عواطف به امر ازدواج مبادرت می‌کنند که در چنین مواردی ولی می‌تواند با ارائه مشوره‌های سودمند آنان را راهنمایی نماید تا امر ازدواج به خوبی و خوشی سپری شود.

۳. کمک در شکل‌گیری عقد نکاح: اگر چه هیچ گونه حیایی نباید مانع تطبیق احکام اسلامی شود اما متأسفانه در جوامع سنتی به برخی از سنت‌ها و روش‌ها بیش از ارزش‌های دینی اهمیت داده می‌شود. در برخی از اجتماعات حیای دختر و پسر مانع طرح موضوع ازدواج توسط آن‌ها به جانب مقابل می‌شود، از این رو اولیای اشخاص می‌توانند در زمینه تسهیل امور ازدواج فعالیت و کمک و زمینه‌های رسیدن دو زوج جوان را به هم فراهم کنند.

۴. زن حق دارد خود عقد نکاح خود را منعقد کند بدون این‌که کدام فشاری از سوی کسی بر او وارد شود و اگر زنی بدون اذن و اجازه ولی خود را به نکاح کسی در آورد، عقد او مطابق مذهب احناف جایز و نافذ است. عبارت: «نَفَذَ نِكَاحُ حُرَّةٍ مُكَلَّفَةٍ بِوَلِيِّ لَأْتِيهَا تَصَرَّفَتْ فِي خَالِصِ حَقِّهَا وَهِيَ مِنْ أَهْلِهَا لَكُونِهَا عَاقِلَةٌ بَالِغَةٌ وَلِهَذَا كَانَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ وَلِهَا اخْتِيَارُ الْأَزْوَاجِ/نکاح زن آزاد و مکلف بدون ولی نافذ است چون این زن آزاد در حق خاص خود تصرف نموده و اهلیت هم دارد چون عاقل و بالغ است و از همین رو می‌تواند در مال خویش تصرف کند و برایش حق انتخاب همسر نیز هست»^{۲۱}. اشاره به این حق دارد. با این حال نظر به این‌که اولیای اشخاص در راستای تربیه و تکوین شخصیت انسان نقش برآورده‌ی دارند،

اصول اجتماعی اقتضا می نماید تا با آنها نیز در زمینه ازدواج مشوره صورت گیرد و جوانان با راضی ساختن آنها و گرفتن مشوره از اولیای خویش سراغ شریک زندگی آینده خود بروند.

۵. نزد احناف رضایت ولی از جمله ارکان نکاح نیست چون در نظر آنها ارکان نکاح ایجاب است و قبول^{۲۲}.

۶. در مذهب احناف در صورتی که زن خود را به کفو نکاح دهد، ولی حق اعتراض ندارد^{۲۳}. مگر در صورتی که زن خود را به کسی نکاح دهد که کفو او نیست و از این ناحیه عار و ننگی به فامیلش برسد در چنین حالی ولی حق اعتراض و مطالبه فسخ نکاح را دارد.

۷. بدون ولی نکاح منعقد می شود «نفذ نکاح حره مکلفه بلا ولی / نکاح زن آزاد مکلف بدون ولی نافذ است^{۲۴}» چون همان طوری که قبلاً گفته شد او در حق خاص خود تصرف می کند در ست همان گونه که در امور مالی خود تصرف می نماید.

۸. عقد ولی بدون اذن زن منعقد نمی شود «لاینفذ عقد الولی علیها بغیر رضایها عندنا / عقد ولی بر زن بدون رضایتش در نزد ما (احناف) نافذ نیست^{۲۵}». بنابراین اگر زن تشخیص داد که چنین عقدی به نفع او نیست می تواند آن را نپذیرد و رد کند و اگر تشخیص داد که ازدواج به نفع اوست می تواند رضایت خود را با اعلان و یا سکوت که نشانه رضایت است، ابراز دارد.

۹. اذن ولی در نظر مالکی ها و شوافع رکن عقد ازدواج است و جمهور بر این نظراند که نکاح بدون اذن ولی منعقد نمی شود، به دلیل حدیث: «لأنکاح الا بولی / نکاحی جز با اذن ولی نیست» و حدیث: «ایما امرأة نکحت بغیر إذن ولیها فنکاحها باطل فنکاحها باطل فنکاحها باطل / هر زنی خویشتن را بدون اذن ولی اش به نکاح کسی در آورد

۲۲ - الزحیلی، وهبه، ج. ۴، ص. ۱۱

۲۳ - الزرقاء، مصطفی، ص. ۲۸۷

۲۴ - السفی، عبدالله، ص. ۱۰۰

۲۵ - ابن نجیم، زین الدین، ص. ۱۱۸

پس نکاحش باطل است، باطل است، باطل است^{۲۶}». ولی نظر معتبر و نافذ در کشور ما نظر مذهب احناف است، که در سطور قبل مطرح شد.

پ. گونه‌های ولایت در نکاح

ولایت در نکاح بر دو قسم است: ولایت ندب و استحباب که عبارت از ولایت بر عاقله بالغه است خواه بکر باشد یا نباشد. پس بر اساس این توضیح می‌شود گفت که ولایت پدر و پدر کلان بر دختر عاقله بالغه استحبابی است نه وجوبی و لزومی، که البته این دیدگاه احناف است. نوع دوم ولایت قهری است و فقها تصریح کرده‌اند که پدر و پدر کلان می‌توانند صغیر یا صغیره خود را عقد کنند.

گفتار سوم: دلایل اجتماعی منع ازدواج اجباری و پیامدهای ازدواج اطفال

اجبار به ازدواج فرزندان، به‌ویژه دختران در سنین پایین‌تر از ۱۸ سال، باعث ترک تعلیم و تحصیل می‌گردد و علاوه بر آن، مطالعات در دیگر کشورهای اسلامی نشان می‌دهد که بی‌سوادی در میان زنانی که ازدواج زودرس کرده‌اند، بیشتر است و به دلیل عدم آمادگی جسمی و فیزیکی در معرض زایمان زودرس، زایمان مشکل، سقط جنین، مرگ در هنگام ولادت بوده و احتمال از دست رفتن اولادشان در هنگام ولادت، بسیار بیشتر است. علاوه بر آن اطفال نیز پس از ازدواج نمی‌توانند روابط سالمی را در محیط خانواده برقرار نمایند و زندگی زناشویی خود را در پرتو تکامل یکدیگر (سوره بقره ۱۸۱)، و «مودت» و «رحمت» (سوره روم ۲۱) شکل دهند.

علاوه بر مسایل فوق‌الذکر، آمار خودکشی و اعتیاد زنانی که با ازدواج اجباری مواجه بوده‌اند، نیز بسیار بیشتر است و بسیاری از ازدواج‌های زود هنگام به طلاق منجر می‌گردد چرا که آمار طلاق

نیز در میان زوج‌هایی که در سن پایین ازدواج می‌کنند، بیشتر از دیگران است. مثلاً: در مراکش یکی از هر دو ازدواج زودرس به طلاق می‌انجامد، در حالی که این رقم در میان زنان ۱۷ تا ۱۹ سال، ۱۵٪ است.

گفتار چهارم: موضوع رضایت در قوانین کشورهای افغانستان،
مغرب و مصر

خوشبختانه موضوع رضایت و اهلیت زن در انعقاد ازدواج امری است که جایگاه خود را در میان قوانین مدنی کشور ما و تمام کشورهای اسلامی از جمله مصر و مغرب باز نموده است. در اینجا به نمونه‌هایی از این مواد ذیلاً اشاره می‌گردد.

الف. افغانستان

قانون مدنی افغانستان مصوب سال ۱۳۵۵ در مورد اهلیت و شایستگی زن در عقد ازدواج مواداتی را به شرح زیر تصویب کرده است:

۱. ماده ۷۰ قانون مدنی: «اهلیت ازدواج وقتی کامل می‌گردد که ذکور سن هجده و اناث شانزده سالگی را تکمیل کرده باشند».
۲. ماده ۸۰ قانون مدنی: «هرگاه عاقله رشیده بدون موافقه ولی ازدواج نماید عقد نکاح نافذ و لازم می‌باشد».

آن گونه که در این دو ماده ملاحظه می‌شود زن شانزده ساله از اهلیت کامل در امر ازدواج بر خوردار است و حتی اگر عاقله و رشیده باشد بر بنیاد ماده هشتاد قانون مدنی می‌تواند بدون موافقه و اذن ولی با هر کسی که بخواهد ازدواج کند و نکاح او نافذ و لازم می‌باشد.

۳. ماده ۷۷ قانون مدنی: برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است: ۱- انجام ایجاب و قبول صحیح توسط عاقدین یا اولیاء یا وکلای شان. ۲- حضور دو نفر شاهد با اهلیت. ۳- عدم موجودیت

حرمت دائمی و یا موقت بین ناکح و منکوحه.

۴. قانون مدنی ماده ۵۰۲ اهلیت عاقدین را شرط صحت عقد دانسته و ماده ۵۰۵ «شرط صحت عقد» را «عبارت از رضایت عاقدین بدون اکراه و اجبار» می‌داند. ماده ۵۵۱ نیز می‌گوید: «اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق، به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد خواه اکراه مادی یا معنوی باشد.» و قانون ازدواج سال ۱۳۵۰ ماده اول، رضایت را جزو شروط عقد ازدواج برشمرده است.

ب. مغرب

در قانون «المدونة الأسرة» کشور مغرب ماده ۱۹ چنین حکم شده که دختر و پسر عاقل هرگاه به سن ۱۹ سالگی برسند از اهلیت کامل در امر ازدواج برخوردارند که این خود نشان‌دهنده نقشی است که قوانین کشورهای اسلامی برای زنان قایل‌اند.

همین قانون در ماده ۲۴ خود چنین بیان می‌دارد: «ولایت حق زن است که آن را دختر رشیده طبق خواست و مصلحت خود انجام می‌دهد.» و در ماده‌ی ۲۵ آمده است که: «دختر رشیده خود باید عقد نکاح خود را منعقد کند و یا این امر را به دیگری مانند پدر یا یکی از اقارب خود تفویض کند.»

پ. مصر

در ماده ۲ قانون احوال شخصیه کشور مصر که در سال ۲۰۰۰ میلادی توشیح شده در مورد اهلیت ازدواج چنین مشعر است: «اهلیت دعوا در مسایل احوال شخصی در مورد ولایت بر نفس برای کسی است که سن ۱۵ سالگی را بر اساس تقویم میلادی کامل کرده باشد و از تمام قوای عقلی خود برخوردار باشد.»

ت. اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشر
عدم تبعیض و رضایت در امر ازدواج در بسیاری از قراردادهای

بین‌المللی حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته است و حتا با توجه به اهمیت حیاتی عنصر رضایت در عقد ازدواج، در تاریخ ۷ نوامبر ۱۹۶۲ سازمان ملل کنوانسیون ۱۰ ماده‌ای را تحت عنوان «کنوانسیون رضایت به ازدواج، حداقل سن ازدواج و ثبت ازدواج» تدوین و در سال ۱۹۶۴ نافذ ساخته است. در ذیل برخی از مفاد این قراردادها مرور می‌گردد.

۱. اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۶

الف. هر زن و یا مرد بالغ حق دارد بدون هیچگونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت، تابعیت یا مذهب با همدیگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند. در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مربوط به ازدواج دارای حقوق مساوی هستند.

ب. ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد واقع شود.

۲. کنوانسیون حقوق طفل، ماده ۳۴ (حمایت در برابر سوءاستفاده جنسی)

حکومت‌های عضو پیمان، خود را موظف می‌دانند که کودک را در مقابل هرگونه استثمار جنسی و سوءاستفاده جنسی حمایت کنند. حکومت‌ها برای این منظور دست به اقداماتی در سطح داخل و خارج از کشور می‌زنند تا: کودکان به روابط جنسی غیرقانونی و یا اجباری کشانده نشوند.

۳. کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان

ماده پانزدهم:

۱ - دولت‌های عضو تساوی (حقوق) زنان با مردان را در برابر قانون خواهند پذیرفت.

۲ - دولت‌های عضو امور مدنی، اختیارات قانونی که برای مردان وجود دارد و فرصت‌های عملی این اختیارات را به طور یکسان

برای زنان خواهند پذیرفت، به ویژه آن‌ها به زنان حقوق مساوی با مردان را در انعقاد قراردادها و اداره اموال در تمام مراحل دادرسی در دادگاه‌ها و محاکم بطور یکسان اعطاء خواهند نمود.

ماده شانزدهم:

۱ - دولت‌های عضو، اقدامات لازم و مقتضی را در جهت حذف تبعیض علیه زنان در تمام مواردی که مربوط به ازدواج و روابط خانوادگی است، به عمل خواهند آورد و به ویژه امور زیر را بر مبنای برابری حقوق مردان و زنان تضمین خواهند نمود: الف - داشتن حق یکسان برای (انعقاد) ازدواج؛ ب - داشتن حق آزادانه و یکسان برای انتخاب همسر و (انعقاد) ازدواج بر پایه رضایت آزاد و کامل دو طرف؛ ج - داشتن حقوق و مسوولیت‌های یکسان در دوران ازدواج و هنگام انحلال آن (جدایی).

جمع بندی فصل

این مبحث به اختصار به رضایت در عقد ازدواج پرداخته و با جستجو در متون فقهی، حقوقی و قراردادهای بین‌المللی اهمیت موضوع را مطرح ساخته است. با این حال قانون مدنی افغانستان ماده ۷۷، امکان به ازدواج دادن فرزندان بدون کسب رضایت طرفین و توسط اولیای شان را فراهم و به ویژه ازدواج اطفال زیر ۱۶ سال را منوط به رضایت ولی می‌نماید. از آنجایی که با توجه به عرف بسیاری از مناطق افغانستان، امکان سوءاستفاده از این امر مردود نیست لازم است تا جهت تأمین شرط رضایت در عقد ازدواج و پیش‌گیری از هر نوع سوءاستفاده، علاوه بر رضایت ولی در ازدواج اطفال زیر ۱۶ سال، نظارت قضایی نیز الزام‌آور گردد. چرا که در کشور ما مصلحت مرسله ایجاب می‌کند تا جلو نکاح بدون رضایت طرفین به خصوص زنان گرفته شود، چون از این ناحیه نظام خانواده در افغانستان بسیار آسیب دیده و جامعه ما دچار انواع و اقسام مشکلات شده است. بدین ترتیب، همان‌گونه که تجربه دیگر کشورها، نظیر مغرب

نشان می‌دهد، می‌توان از بسیاری از وصلتهای ناخواسته و تحمیل
سرنوشتی تلخ بر اطفال جلوگیری کرد و خانواده‌هایی سالم و بالنده
را ایجاد و سلامت اجتماع را به دنبال آن تأمین کرد.

فصل چهارم

شروط ضمن عقد ازدواج

محمد منیر مروت^۱

گفتار اول: معنا و مفهوم شرط

الف. تعریف

شروط جمع شرط است. شرط در لغت «معلق ساختن چیزی به چیزی یا لازم گردانیدن و ملزم شدن به چیزی و تعلیق کاری به کاری در هنگام معامله^۲» و در اصطلاح امری است که وقوع حکم بر آن متوقف است^۳. یعنی حکم وقتی محقق می‌شود که شرط موجود شود. شرط و حکم در وقت انتفاء (نفی کردن و منتفی شدن) و با توجه به وجود و یا عدم وجود آن می‌تواند منتفی شود یا اصلاً تحقق نیابد. پس این نتیجه به دست می‌آید که یکی شرط وجود است و دیگری شرط انتفاء یا شرط عدم وجود: شرط وجود این است که وجود حکم متوقف به وجود آن شرط باشد، چنانچه در این قول

۱- مسوول ریاست مرکز تفسیر و حدیث آکادمی علوم افغانستان

۲- عمید، حسن: ۱۳۸۳

۳- احمد محمدی، ص. ۲۹

خداوند متعال «ان تنصرا لله ینصرکم»^۴. (اگر خدا را یاری دهید خدا شما را یاری خواهد رساند). یعنی وجود نصرت خداوند (ج) برای شما مربوط و منوط و مشروط است به نصرت شما آیین الهی را. و شرط انتفاء این که انتفاء معامله مربوط به انتفاء شرط است، به گونه‌ای مثال اگر زن در آغاز ازدواج عدم تعدد زوجات را برای مرد شرط کند، به این معنی که برای شوهر بگوید: مادام عمر باید با زن دیگری ازدواج نکند و مرد چنین شرطی را بپذیرد، هنگامی که مرد به تعدد اقدام می‌کند، چون منتفی شرط مستلزم منتفی شدن مشروط است بناءً حق فسخ (و یا طلاق توسط زوجه به وکالت از طرف زوج) برای زوجه ثابت می‌گردد.

در این رابطه دو پرسش مطرح می‌شود یکی این که در شرط وجود، عدم وجود شرط مستلزم عدم وجود مشروط می‌گردد. چنان که عدم نصرت یا طهارت مستلزم عدم وجود نصرت و نماز می‌شود یعنی نصرت خداوند برای بنده متحقق نمی‌شود و حزیمت تحقق پیدا می‌کند و نماز باطل می‌شود. اما در شرط انتفاء نکاح از بین نمی‌رود ولی حق فسخ برای زوجه ثابت می‌گردد این تفاوت از کجا ناشی است؟ در پاسخ می‌توان گفت نظر به اهمیت عقد نکاح چنین امری رواست، زیرا سایر قراردادها ممکن است معلق باشد یعنی وقوع عقد منوط به امر خارجی باشد. اما تعلیق نکاح را فقهاء و حقوق دانان مجاز نمی‌دانند چرا که نکاح و تشکیل خانواده به لحاظ اهمیت اجتماعی آن نمی‌تواند معلق و پا در هوا باشد. اما در سایر قراردادها هرگاه وجود وصفی علت عمده و یا شرط باشد اشتباه در آن وصف موجب بطلان عقد می‌شود. مثلاً: اگر کسی اموال خود را به گمان این که متهب (هدیه گیرنده) فرزند یا همسر اوست، ببخشد و بعد نادرستی این پندار ثابت شود، هبه (هدیه) باطل است. ولی در نکاح اشتباه در هیچ صفتی موجب بطلان عقد نمی‌گردد، بلکه برای کسی که در اشتباه بوده است حق فسخ ایجاد می‌شود.

از طرف دیگر شوهر می‌تواند در آغاز عقد، نکاح را مقید به برخی شرایط و اوصاف گرداند ولی طرفین نمی‌توانند، با استناد به جواز شرط ضمن عقد ازدواج از آثار و لوازم نکاح سرباز زنند و به مکلفیت‌های خویش تن ندهند که به صورت کلی چنین شرطی را خلاف مقتضای عقد می‌نامند که در زیر بیشتر به آن پرداخته می‌شود.

ب. اقسام شرط

شرط ضمن عقد سه گونه است: شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه هر کدام می‌تواند شرط موافق مقتضای عقد باشد همان‌گونه که در برخی موارد می‌تواند خلاف مقتضای عقد نیز قرار گیرد.

شرط صفت آن است که عقد به یک صفت مقید شود. اکثر شرایطی که قبلاً مثال زده شد شرط صفت قرار گرفته می‌تواند، چنان‌که مرد دوشیزه بودن زن و یا زن مجرد بودن مرد و یا هر یکی معیوب نبودن دیگری را شرط نماید شرط صفت نامیده می‌شود.

شرط فعل آن‌که هر یکی از طرفین انجام کاری را به عهده دیگری قرار دهد مانند این که مرد اموال زن را اداره کند یا زن شرط نماید که شوهرش در تمام امور خانواده و یا امور مربوط به خرید و فروش منزل و یا مصالح فرزندان با وی مشورت نماید.

شرط نتیجه آن‌که عقد به کاری که در نتیجه انجام نکاح صورت می‌گیرد مقید شود مانند این که زن از جانب شوهر وکیل طلاق دادن خود باشد.

مقتضای عقد عبارت از همان هدف اساسی است که عقد بر آن قرار گرفته است و بدون آن ماهیت عقد از بین می‌رود. (کاتوزیان، ۱۳۷۵. ج. ۱. ص. ۲۴۴) شروط بنایی و یا شأن را نیز برخی از حقوق‌دانان در حیطه مقتضای عقد ذکر کرده‌اند و آن‌ها شروطی است که مبنای عقد بوده و از شئون طرفین و یا موضوع عقد است. مثلاً در عقد خرید و فروش یک وسیله نقلیه شرطی تحت عنوان فعال

بودن ذکر نمی‌شود، چرا که این وصف جزو شأن آن وسیله محسوب می‌گردد. همچنین است اگر کسی با یک متخصص از قبیل: دکتر و یا معلم ازدواج نماید و از آن جایی که اشتغال به مسلک جزو شأن آن متخصص است، اگرچه تداوم اشتغال را آن شخص به صورت شرط ضمن عقد نیاورده باشد، می‌تواند آن را ادامه دهد و طرف دیگر ازدواج نمی‌تواند از اشتغال وی ممانعت نماید. البته دایره شروطی که جزو مقتضیات و الزامات و حقوق اساسی افراد است توسط قانون نیز معین شده است. مثلاً: قانون اساسی و دیگر قوانین حقوق مشخصی را برای تمام شهروندان افغانستان لحاظ نموده و تا زمانی که آن حقوق توسط شروط محدود نشوند، طرفین حق استیفاء از آن‌ها را دارا هستند. پس کسی نمی‌تواند مانع تعلیم و یا تحصیل و یا اشتغال طرف دیگر گردد.

شرط خلاف مقتضای عقد آن است که شرط با ذات و ماهیت عقد در تضاد باشد، مانند این که در عقد نکاح عدم معاشرت زناشویی به عنوان شرط گنجانده شود. این شرط بدین خاطر خلاف مقتضای عقد نکاح است که یکی از اهداف اساسی عقد نکاح ارضای غریزه جنسی به صورت مشروع و حفظ عفت است و آن بدون معاشرت و نزدیکی امکان‌پذیر نیست.

شرط موافق مقتضای عقد این است که شرط با یکی و یا تمام اهداف اساسی پیمان در تضاد نباشد. تمام شروطی که تذکر داده شد مانند: شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه را می‌توان شرط موافق مقتضای عقد ازدواج نامید. در صورتی که این شروط ضمن عقد نقض گردند و در نتیجه زن متضرر گردد، می‌تواند عقد را نزد دادگاه باصلاحیت فسخ کند و الا می‌تواند عقد را با تحمل زیان ناشی از نقض شرط تداوم دهد. اما اگر نقض شرط در عقد غیر نکاح مانند: بیع باشد، توافق طرفین قرارداد در فسخ آن مقدم است و در صورت نزاع دعوا در دادگاه با صلاحیت طرح می‌شود.

از جمله شروطی که قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۸۸ به آن تصریح نموده، شرط عدم تعدد زوجات است. یعنی زن اختیاراتاً به شرطی با مرد پیمان ازدواج را صورت می‌دهد که مرد در موجودیت وی همسر دیگری اختیار نکند و مرد نیز این شرط را می‌پذیرد. اما گاهی این پرسش مطرح می‌گردد که آیا منع تعدد زوجات به صورت شرط جایز است؟ چرا که این امر (تعدد زوجات) از نظر شریعت حلال بوده و با قید شرط آن را حرام قرار دادن گناه است و شرطی که حلال را حرام بگرداند باطل است؟ پاسخ این است که تعدد زوجات شرعاً از جمله واجبات نیست بلکه امری مباح است. یعنی مرد اختیار دارد که چند همسر اختیار نماید و یا صرفاً با یک همسر زندگی کند. امر مباح با توافق طرفین می‌تواند مورد کاربرد قرار نگیرد. و از آنجایی که شرط ضمن عقد از طرف یک جانب، تعهد طرف دیگر را بار می‌آورد، در این مورد مرد متعهد می‌شود که از انجام فعل مباح تعدد اجتناب نماید و اجتناب از انجام فعل مباح برخلاف شرع نیست. از طرفی مباح بودن تعدد زوجات خود مشروط به رعایت شروطی مانند: رعایت عدالت و توانایی شوهر در تأمین نفقه است که در صورت فقدان این شروط، تعدد خلاف دستور قرآن کریم و حرام است. با توجه به اهمیت این شروط قرآنی، حاکم شرع (دولت کشور اسلامی) وقتی که ببیند تعدد زوجات ضیاع حقوق و مفاسد را به بار آورده و عدالت خانوادگی را پایمال می‌گرداند، می‌تواند مطابق شرایط و احوال آن را محدود گرداند.

پ. شروط ضمن عقد

پس از آشنایی مختصر با مفهوم شرط، اکنون می‌پردازیم به بیان شرط یا شروط ضمن عقد ازدواج که عنوان این فصل است.

شروط ضمن عقد عبارت است از «توافقی که در جریان قراردادی به منظور تغییر آثار آن عقد انجام می‌پذیرد»^۵. به گونه‌ی مثال عقد

نکاح یک قرار داد است و اگر ضمن عقد نکاح دوشیزه بودن دختر یا مجرد بودن مرد شرط شود، چنین شرطی را شرط ضمن عقد گویند. البته واضح است که تمام شروط ضمن عقد اختیاری است و طرفین می‌توانند با اراده و اختیار خود عقد را مشروط به رعایت شروطی خاص مانند شرط پیش گفته نمایند. اما اگر یک طرف شرطی را در ضمن پیمان ازدواج در نظر گیرد، طرف دیگر، پس از قبول، نمی‌تواند آن را نقض کند و الزام آور است.

اگر شوهر هر یک از شروط فوق و یا دیگر شروط قانونی را قبول نماید، و بعد خلاف آن رفتار کند زن می‌تواند الزام شوهر به رعایت شروط را از محکمه مطالبه و در نهایت برای زن حق فسخ ثابت می‌گردد.

اهداف اساسی که عقد نکاح می‌تواند بر آن‌ها استوار باشد قرار ذیل است:

۱ - تشکیل خانواده به عنوان نهادی مناسب برای سکونت و تربیه اولاد.

۲ - حفظ عفت طرفین.

۳ - تقدیم نسل سالم به جامعه^۶

اما آرامش و مودت و رحمت که در قرآن کریم ذکر گردیده است از پیامدهای عقد نکاح است نه از اهداف اساسی عقد، چنانکه خداوند (ج) میفرماید: وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (الروم/ ۲۱) ترجمه: از نشانه‌های قدرت الهی این است که از جنس شما برایتان جفت آفرید تا با یکدیگر سکون و آرامش بیابید و در میان شما دوستی و رحمت قرار داد. به راستی در این امر نشانه‌هایی است برای آنانی که اندیشه کنند.

به هر صورت به نظر می‌رسد که شروط خلاف مقتضای ازدواج، بیشتر به آثار عقد نکاح ارتباط می‌گیرد که آثار عقد نکاح به دو گونه است: یکی آثار معنوی که همانا تشکیل خانواده، حفظ عفت طرفین، تقدیم نسل سالم به جامعه و آثار مادی عقد نکاح که مهر و نفقه است. هر شرطی خلاف آثار اساسی معنوی عقد نکاح باشد شرط خلاف مقتضای عقد محسوب می‌شود همانگونه که خلاف نظم عامه و قواعد امریه نیز است. به گونه مثال یکی از طرفین شرط کند که خانواده مشترک تشکیل نمی‌دهد. این پیشنهاد چنانکه خلاف مقتضای عقد نکاح هست با نظم عامه حاکم در خانواده و قواعد امریه یعنی اوامر قوانین و شریعت اسلام نیز خلاف است. اما شروطی که راجع می‌شود به آثار مالی عقد نکاح یعنی نفقه و مهر تنها خلاف قواعد امریه و نظم عامه است، چنانکه زوج شرط بگذارد که مهر نمی‌پردازد فرق این دو قسم شرط این است که شروط مغایر با آثار و اهداف معنوی ازدواج، عقد را باطل می‌گرداند اما شروطی که راجع می‌شود به آثار مالی چون خلاف قواعد امریه و نظم عامه است عقد صحیح و شرط باطل و شرط کننده مکلف به پرداخت مهر و نفقه است.

گفتار دوم: شروط ضمن عقد ازدواج از نظر شرع و قانون
اگرچه موضوع شرط ضمن عقد از نظر شریعت و قانون مدنی افغانستان امری مسلم پنداشته می‌شود و به همین دلیل موادی از قانون مدنی به این امر تصریح کرده، جهت رفع هرگونه شبهه دیدگاه سنت نبوی و سیره صحابه کرام و نیز دیدگاه مذهب امام اعظم به طور خلاصه ارائه می‌گردد.

الف. دلیل مشروعیت و رعایت شروط ضمن عقد از نظر شریعت

۱. شرط ضمن عقد ازدواج در قرآن کریم نیز مطرح شده است که می‌توان به آیه ۲۸ سوره قصص اشاره کرد. هنگامی که حضرت شعیب (ع) می‌خواست یکی از دختران خود را به عقد موسی (ع) در آورد، شرط نمود که وی به مدت ۸ سال برایش کار نماید. قال اِنِّی

أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ فَإِنِّي
 أَتَمَمْتُ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ
 مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿الْقَصص / ۲۸﴾ ترجمه: [شعیب] گفت من می خواهم
 یکی از این دو دختر خود را [که مشاهده می کنی] به نکاح تو در
 آورم به این [شرط] که هشت سال برای من کار کنی و اگر ده سال را
 تمام گردانی اختیار با تو است و نمی خواهم بر تو سخت گیرم و مرا ان
 شاءالله از درستکاران خواهی یافت. (سوره قصص / ۲۸)

۲. فرمایش پیامبر اکرم (ص) «شروطی که حتما و تأکیداً باید
 رعایت شود، شروطی است که به واسطه آن زن و مرد به یکدیگر
 حلال می شوند.»^۷

۳. حدیث: «مسلمین بر شروط خود پابند و وفادارند.»^۸

۴. اثرم روایت می کند که: «مردی با زنی ازدواج کرد، و به اسکان
 وی در شهر خودش شرط گذاشته شد. سپس تصمیم گرفت که
 آن زن را به شهر دیگری ببرد. در این مورد اختلاف نمودند و نزد
 حضرت عمر (رض) رفتند. حضرت عمر (رض) فرمود: این زن
 مستحق رعایت شرطش است.» سپس حضرت عمر (رض) فرمود:
 حقوق به واسطه شروط محدود می گردد. و به دلیل این که آن شرطی
 بود که فایده ای بر آن مترتب شده، و مانع از اصل هدف ازدواج نیز
 نبوده است، پس لزوماً باید رعایت گردد. مانند این که شرط شود که
 شوهر وی (زوجه) را از شهرش به جای دیگری نبرد.

و اما منظور رسول اکرم (ص) از این که فرموده: «تمامی شروطی
 که در کتاب خدا نیست باطل است»، یعنی شروطی که در مطابقت
 با حکم خدا و شرعش نیست، در حالی که این شروط مشروعند.^۹

این فرمایش نبی اکرم (ص) و حضر عمر (رض) نشان می دهد که
 زوجین می توانند با توافق یکدیگر، حقوق دیگری را محدود سازند.

۷ - رواه الجماعة (احمد و اصحاب الكتب الستة) و سعید بن منصور عن عقیبة بن عامر (نیل الاوطار)

۸ - رواه الترمذی و صححه عن عمرو بن عوف المزنی (سبل السلام)

۹ - الزحیلی، همان، صفحه ۶۵۶۴

مثلاً: حق ازدواج مجدد، حق طلاق و دیگر حقوق را و یا شروط مشروع دیگری را در ضمن عقد وضع نمایند.

ب. شرط ضمن عقد از نظر مذهب حنفی

شرط ضمن عقد نزد تمام مذاهب امری پذیرفته است. به عنوان نمونه مسأله شرط ضمن عقد از دیدگاه فقه حنفی در کتاب «الفقه الإسلامی و ادلته» چنین آمده است: «طبق مذهب حنفی: اگر شرط صحیح و طبق مقتضای عقد باشد و منافی احکام شرع نباشد، رعایت آن واجب است. مانند شرط نمودن زن مبنی بر زندگی در منزلی جداگانه و نه با خانواده شوهر و یا با انبأغها (هوو)، و یا این که زوجه شرط کند که وی را به مسافرتی طولانی بدون اجازه خانواده زوجه نبرد. و شروطی که شریعت امر به رعایت آنها می‌دهد، مثل: خوش رفتاری با وی (زوجه) و یا نبردن وی در کلوب‌های رقص نیز از آن قبیل است. گفته‌اند: از شروط صحیح نزد آنان (حنفیان) این است که: اگر با زوجه ازدواج کند به شرطی که اختیار زوجه (طلاق) به دست زوجه باشد، شرط صحیح است. با این حال مواردی از شروط که نهی شده است، مانند شرط طلاق انبأغ/ هوو، رعایت این شروط کراهت دارد. چرا که در حدیث آمده است: «برای زن حلال نیست که طلاق انبأغ/ هوو خود را مطالبه نماید.»^۱

شرط ضمن عقد در بسیاری از کتاب‌های فقهی دیگر مثل: الهدایه بحث شده است. الهدایه در مورد تفویض صلاحیت طلاق به زوجه چنین صراحت دارد: اگر مردی به زنش بگوید که «طلقى نفسک متى شئت (هر وقت خواستی خودت را طلاق بده)» زن می‌تواند همان وقت و یا در وقتی دیگر خود را مطلقه سازد. زیرا لفظ «هر وقت» به زمان خاصی اشاره ندارد.

به تأسسی از دستورات پیامبراکرم و اصحاب و نیز آرای فقهی پیشینیان، فقهای عصر حاضر نیز به جواز شروط ضمن عقد فتوا

داده‌اند که از جمله می‌توان به شیخ محمد عبده^{۱۱}، وهبه الزحیلی، قرضاوی و دیگران اشاره کرد.

گفتار سوم: شرط ضمن عقد و قانون

اکثر کشورهای اسلامی، به ویژه کشورهای که قانون خانواده یا قانون مدنی آنان مبتنی بر شریعت است، به شرط ضمن عقد ازدواج تصریح نموده و موارد آن را گاه با جزییات بر شمرده‌اند. از آن جمله علاوه بر قانون مدنی افغانستان، قانون خانواده مغرب (المدونه الاسرة المغربية)، قانون احوال شخصیه مصر، قانون خانواده الجزایز، قانون ازدواج پاکستان، قانون مدنی ایران و دیگر کشورها این موضوع را به عنوان راهکاری برای پیش‌گیری از مشکلات احتمالی، تضمین حقوق زوجین، استحکام کانون خانواده، بازگویی حقوق و صلاحیت‌های طرفین، تشویق کرده و برخی مانند پاکستان و ایران، مواردی از آن را در سند ملی ازدواج درج نموده‌اند. از جمله قانون خانواده مراکش (سال ۲۰۰۴) در ماده ۴۸ تصریح می‌کند: «شروطی که منفعتی مشروع را برای شرط گذارنده در برداشته باشد، صحیح است و هریک از زوجین که آن را تعهد کرده‌اند، مکلف به اجرا می‌باشند.» و طبق ماده ۹۹ همان قانون: «کوتاهی کردن در رعایت هریک از شرایط عقدنامه که موجب وارد آمدن آسیب شود، تقاضای طلاق را موجه می‌دارد.»

طبق قوانین بعضی از کشورهای اسلامی، خلاف مقتضا و خلاف ذات عقد و یا خلاف شرع و قانون بودن، حدود شروط ضمن عقد است که فقه و قانون مدنی افغانستان نیز به آن اشاره کرده است. بنابراین هر شرط مشروع در محدوده قانون، می‌تواند در ضمن عقد در نظر گرفته شود. برخی از شروط معمول در کشورهای اسلامی، قرار ذیل است: رعایت حقوق و واجبات متقابل (معاشرت و رویه

۱۱ - به عنوان مثال شیخ محمد عبده تفویض طلاق در ضمن عقد را در فتوای خود تأیید نموده است: «إذا كان التفویض في أثناء عقد النكاح ولم يقيد بلفظ متي شئت أو كلما شئت فإنها تملك الطلاق متي شاءت مرة واحدة» رجوع کنید به: <http://www.kl28.com/fat1r.php?search=232>

نیک، احترام متقابل، اجتناب از خشونت؛ همکاری در امور خانواده و کارهای منزل؛ مشاوره در تصمیم‌گیری‌های مربوط به خانواده؛ عدم تعدد زوجات؛ رعایت حق استیفا از حقوق قانونی طرفین؛ حق سلامت جسمی و روانی (عدم تعرض و برخورد نیک)؛ تفویض طلاق به صورت مطلق و یا در موارد خاص، تنظیم روابط مالی طرفین.

الف. شروط ضمن عقد در قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان، جواز گنجاندن شروط در ضمن عقد ازدواج با توافق جانبین را امری مسلم (مفروغ عنه) فرض نموده است. مواد ۶۷ و ۶۸ قانون مدنی با توصیف شرایط غیرقانونی و تعیین وضعیت عقد در صورت فساد شرط را مطرح ساخته و ماده ۸۸ امکان تفویض طلاق به صورت شرط ضمن عقد را به عنوان نمونه‌ای از شروط بر شمرده است. بناء از نظر قانون مدنی دو امر در رابطه با شرط ضمن عقد مسلم است: اولاً جواز مشروط نمودن عقد ازدواج مثلاً به استیفای حقوق اساسی توسط جانبین و ثانیاً حدود آن که عدم «تعلیق عقد به شرط غیر محقق و یا مضاف ساختن آن به زمان آینده» طبق ماده ۶۷ و صحت اصل عقد در صورتی که «شرط مخالف قانون و اهداف ازدواج باشد» طبق ماده ۶۸ است. همچنین در ماده ۱۴۲ قانون مدنی به امکان تفویض صلاحیت طلاق به زوجه تصریح شده و ماده ۱۴۳، امکان انصراف پس از تفویض را مردود شمرده است.

ب. شرط ضمن عقد و معاهدات بین‌المللی حقوق بشر

بسیاری از معاهدات بین‌المللی که افغانستان عضویت و یا الحاق به آن‌ها را کسب نموده بر تأمین برابری تأکید می‌نماید. از جمله ماده ۱۶ کنوانسیون بین‌المللی منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان بر برابری در امور ازدواج و طلاق صراحت دارد. علاوه بر آن، قانون اساسی افغانستان نیز، در ماده ۲۲ برابری میان تمام اتباع «اعم از زن و مرد» را مورد تأکید قرار داده و طبق ماده ۵۴ همان قانون دولت مکلف به

«اتخاذ تدابیر لازم» در حمایت از زنان شده است. شروط ضمن عقد، علاوه بر فایده‌های پیش گفته، در این راستا نیز موثر بوده و می‌تواند به عنوان راهکاری شرعی مورد توجه قرار گیرد.

جمع بندی مباحث فصل

در آخر با یک جمع بندی کلی می‌توان نتیجه گرفت: اولاً شرط ضمن عقد امری شرعی است و ثانیاً در تأمین و تضمین حقوق طرفین ازدواج نقش مهمی ایفا می‌نماید و قانون‌گذار نباید نسبت به آن غفلت ورزد. بلکه با وضاحت دادن به موارد مطلوب این شروط در قانون راه‌حل‌های مفیدی را در حمایت از کانون خانواده، حقوق اعضای آن و پیش‌گیری از فروپاشی خانواده فراهم سازد. همچنین تذکر این شروط در نکاح‌نامه ملی، فرصت برخورداری از این امور مشروع و مفید را هموارتر می‌سازد.

فصل پنجم

تعدد زوجات

سید محمد عالم امینی^۱

مقدمه

تعدد زوجات امروزه، یکی از موضوعات بحث‌برانگیز خانواده در دنیای اسلام است. این موضوع از یک طرف با معیارها و اصول حقوق بشری ناسازگار است و از طرف دیگر در متون اسلامی به گونه توجیه‌ناپذیری مسجل شده است. اما نگاه عمیق‌تر به اصل رسالت اسلام که پیامبرش «رحمت للعالمین» است و خدایش «تمام انسان‌ها را از یک زن و مرد آفریده و تفاوتی در خلقت هر دو جنس زن و مرد وجود ندارد»^۲ و «برتری آن‌هم در نزد پروردگار را فقط به تقوا می‌داند و نه چیز دیگر» و پیامبرش به انسان‌ها توصیه می‌کند که «که فخری بر عربی بودن، عجم بودن، سفید و سیاه بودن وجود ندارد همه انسان‌ها مثل دندان‌های شانه باهم برابrand»^۳ می‌توان گفت تعدد زوجات به گونه‌ای که معمول است و منافی حقوق انسانی زنان

۱ - رییس موسسه خیر و صلح، عضو کمیته تسوید قانون خانواده

۲ - يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ . سوره حجرات آیه ۱۳

۳ - حدیث شریف بعد از حج الوداع

است نیاز به بحث و فحص بیشتر داشته تحقیق بیشتر می طلبد.

با تأمل در متون اسلامی به این مطلب می رسیم که تعدد زوجات در اسلام نه یک اصل که یک استثنا است. جواز آن مبتنی بر نقض حقوق یتیمان است و برای عدالت با یتیمان می توان یک الی چهار زن گرفت. سیره پیامبر اسلام نیز حاکی از آن است که ازدواج متعدد با زنان بیوه برای تأمین عدالت در مورد یتیمان و بر اساس نیازمندی های اجتماعی و جلوگیری از فساد و ندر تا با دختران در صورتی که مصلحت اجتماعی در آن نهفته باشد، جواز دارد. ولی اگر قاضی تشخیص داد که مراعات حقوق اطفال باعث نقض حقوق زنان می گردد تعدد زوجات ممنوع بوده و به یک زن باید اکتفاء شود.

گفتار اول: تعدد زوجات و نظر قرآن کریم

ابتدا به کتاب عظیم خداوند مراجعه می کنیم تا ببینیم که نظر قرآن در این مورد چیست؟ قرآن کریم می فرماید: **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿۱﴾** نساء: ۱

در این آیه شریفه به اصل تساوی در خلقت، ذات و سرشت انسان ها و پیدایش آن توسط خداوند واحد اشاره شده که می گوید خداوند شما را از نفس واحد خلق کرد سپس از همان نفس واحد جفتش را پدید آورد. اولاً کلمه زوج در عربی مؤنث و مذکر ندارد می توان آن را بر مرد یا زن اطلاق کرد. بنابراین می توان گفت در این آیه صریح نیست که نفس واحد زن است یا مرد. ثانیاً کلمه زوج که بر هر دو لنگه یک جفت اطلاق می شود تساوی کامل را می رساند. ثالثاً اخطار در مورد ترس از خداوند و ذوی الارحام که خداوند می گوید «ما در این مورد از شما خواهیم پرسید و من مراقب رفتار شما هستم.» همه بیان گر این امر است که تساوی اصل است و نقض آن جرم است و خداوند مراقب اعمال همه است.

وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ
إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا (نساء: ۲) حق ایتام را به خود شان
بدهید. روی صحبت با کسانی است که سرپرستی یتیمان را به عهده
دارند، به آن‌ها توصیه شده که در برخورد با اموال یتیمان مال کم
ارزش خود را با مال با ارزش یتیمان مبادله نکنند و مال یتیم را
مثل مال خود با امانت نگهدارند یا بکشود که توسط آن سودی به
ایتام برساند. «مبادا با مخلوط کردن مال یتیمان با مال خود به ایتام
ضرر مادی برسانند که این یک ترس بزرگ و یک گناه بزرگ است.»

وَأِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسَطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ
مَنْ يٰ وَثِلَاتٍ وَرِبَاعٍ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ
ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿نساء: ۳﴾

«اگر می‌ترسید که نمی‌توانید در مورد یتیمان رفتار عادلانه داشته
باشید پس از زنانی که می‌پسندید یکی یا دو تا یا سه تا یا چهار تا به
عقد نکاح در آورید، با این حال، اگر هراس دارید (احتمال می‌دهید)
که عدالت تأمین نخواهد شد پس به همان یک زن یا کنیزی که دارید
اکتفا کنید، این نزدیک‌تر است به این‌که ستم نکنید.»

وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا
فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا (نساء: ۴)

«مهر زنان را پردازید اگر مقداری از آن را به شما بخشید پس
می‌توانید آن را مصرف کنید که برایتان گوارا است.»

مفاد آیات کلام الله را می‌توان به پنج بخش تقسیم کرد:

۱. تساوی در خلقت
۲. مسؤولیت اعضای خانواده در مورد ذوی‌الارحام
۳. عدالت در مورد اموال یتیمان و پرداخت حق‌شان به خودشان
و نهی از تجاوز به مال یتیمان
۴. رعایت حق یتیمانی که از نظر عاطفی و از داشتن خانواده

محرّمند که هر کس، مشروط به رعایت عدالت، یک تا چهار زن بگیرد و به امور یتیمان رسیدگی کنند و آن‌هایی را که از پدر و مادر محروم شده‌اند را سرپرستی کنند.

۵. اگر هراس و احتمال وجود دارد که عدالت با زنان قربانی حمایت و عدالت با یتیمان خواهد شد، یا اصلاً عدالت رعایت نمی‌شود و ایتمام به جای کمک مورد اهانت و آزار و بی‌عدالتی قرار می‌گیرند پس به همان یک زن اکتفا کنید.

وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا اِنْ تَعَدَلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا
(نساء: ۱۲۹)

«شما هرگز نمی‌توانید عدالت را در مورد زنان تان مراعات کنید ولو این که بسیار حریص باشید و علاقه مفرط به عدالت داشته باشید. مبدا به یکی از زنانی که در حباله نکاح دارید کاملاً متمایل شوید و دیگری را معلق رها کنید؛ پس اگر اصلاح کنید (یعنی برخورد کاملاً مساوی داشته باشید یا یکی را به هر قیمت ممکن راضی کنید) و از خداوند بترسید، پس به تحقیق که خداوند آمرزنده و رحیم است.»

در آیات اول شرط تعدد زوجات برقراری عدالت بود در این آیه امکان برقراری عدالت نفی ابد شده (هرگز نمی‌توانید عدالت را رعایت کنید) پس واقعیت این است که تعدد زوجات در حالت‌های خاص برای مصالح خاص جواز دارد. بنابراین اصل و شرط اصلی، تأمین عدالت است که با یک همسر تأمین خواهد شد و تعدد زوجات در صورتی که مصلحت ایجاب کند، مباح است.^۴

گفتار دوم: تعدد زوجات در سیره نبی اکرم (ص)

نبی اکرم (ص) در ۲۵ سالگی با یک خانم بیوه که فرزندان بزرگ داشت و نیز ۱۵ سال از پیامبر (ص) بزرگ تر بود ازدواج کرد و تا

۴- وضع محدودیت بر تعدد زوجات توسط قرآن کریم و جواز آن در موارد استثنایی، علاوه بر تأمین عدالت بین زوجات، مبتنی بر عدالت جهت تشکیل خانواده توسط تمام افراد اجتماع نیز می‌باشد. زیرا اگر تمام مردان چهار همسر اختیار کنند، ۷۵٪ مردان بدون همسر خواهند ماند که این امر خلاف مقتضای خلقت و عدالت الهی است. - ویراستار

۵۰ سالگی با او بسر برد و تا وقتی که خدیجه (رض) زنده بود همسر دیگری نگرفت. پیامبر اسلام (ص) بعد از وفات خدیجه (رض) همسران دیگری هم اختیار کرد که هریک از ازدواج‌های پیامبر (ص) دلیل خاص خود را دارد.

اولین همسر پیامبر (ص) بعد از خدیجه عایشه بنت ابوبکر (رض) است که بعد از اسلام آوردن پدرش حضرت ابوبکر (رض) دنیا آمد و پدرش پیشنهاد کرد که این اولین دختری است که در اسلام دنیا آمده و باید زن پیامبر اسلام (ص) باشد و پیامبر (ص) این امر را موکول به بزرگ شدن دختر کرد که با این روایت صغیر بودن عایشه (رض) در حین ازدواج نیز نفی می‌شود.^۵

سومین همسر نبی (ص) سوده بنت زمعه (رض) است. زنی که اسلام آورده و با شوهرش به حبشه مهاجرت کرد و شوهرش در آنجا مسیحی شد، او از ترس اینکه مبدا دینش را از دست دهد به مکه مراجعت کرد و بی‌سرنوشت مانده بود و پیامبر او را عقد کرد.

همسر دیگر پیامبر (ص) جویریة دختر بیوه حرث بن عمر و بزرگ قوم بنی مطلق است که همه اسیر پیامبر (ص) و یارانش شده بودند و این زن به صفت کنیز گرفتار شده بود و پیامبر (ص) به او که اسیر بود پیشنهاد ازدواج کرد. آن زن هم پذیرفت و با این ازدواج پیامبر (ص) به اصحابش فهماند که همه آن‌ها را رها کنند و کنیز و غلام نگیرند. و با این کار همه آن طایفه اول از اسارت رهایی یافتند و بعد با اختیار خویش تحت تأثیر رفتار کریمانه رسول اکرم (ص) اسلام آوردند.

پس هویدا است که تعدد زوجات رسول اکرم (ص) همه بر اساس مصلحتی معین بوده نه به دلایلی که امروزه مبنای تعدد زوجات است و با آنچه امروز از تعدد زوجات ساخته اند، بسیار فاصله دارد.

۵- رجوع کنید به: محمد پیامبری که از نو باید شناخت

گفتار سوم: تعدد زوجات از دیدگاه علمای اسلام

با توجه به ضرورت رعایت شرط عدالت -طبق دستور قرآن کریم- و با رعایت قاعده نفی ضرر، بعضی از علما ازدواج مجدد را محدود به موارد بسیار استثنایی نموده‌اند. از جمله محمد عبده، شیخ و امام جامع الأزهر مصر، در این باره فتوا می‌دهد که لازم است تا بر یک زوجه اکتفا گردد، چرا که به رعایت فرمان الهی در مورد خوف از عدم رعایت عدل، نزدیک‌تر است. وی در مقاله‌ای که در (الوقائع المصرية) به تاریخ ۱۸۸۱/۳/۸م منتشر نموده، پس از برشمردن این شرط، فتوا به منع تعدد می‌دهد و دلایل زیر را برمی‌شمارد: ۱- با توجه به این که شرط تعدد، رعایت عدل است و رعایت عدل نیز غیرممکن است، بناء با رفع شرط، مشروط نیز رفع می‌گردد. ۲- سوءرفتار مردان با زنانشان در اکثر موارد ازدواج متعدد وجود دارد و باعث حرمان زنان از نفقه و آسایش می‌گردد. بنابراین حاکم و مأمور اجرای شریعت جواز دارند تا تعدد را جهت دفع فساد غالب (که در اکثر ازدواج‌های متعدد این فساد و عدم رعایت عدالت وجود دارد) ممنوع سازد. و ۳- البته معلوم است که بسیاری از عداوت‌ها و دشمنی میان فرزندان، به دلیل اختلاف و تمایز میان مادرانشان است.^۶

هم‌چنین علمای کشور مغرب نیز، پس از مقایسه آیه سوم سوره نساء و آیه ۱۲۹- که قبلاً مطرح شد- چنین فتوا داده‌اند که با توجه به تأکید قرآن بر شرط رعایت عدالت در ازدواج‌های تعدد (آیه سوم

۶- متن فتوای امام محمد عبده بدین صورت است: ففي مقال له نشرته (الوقائع المصرية) بتاريخ ۱۸۸۱/۳/۸م يقول عبده في مسألة تعدد الزوجات ما نصه: (قد أبحاث الشريعة المحمدية للرجل الاقتران بأربع من النسوة، إن علم من نفسه القدرة علي العدل بينهن، وإلا فلا يجوز الاقتران بغير واحدة)). وبعد استعراض شواهد من الآيات والأحاديث النبوية المؤدية إلي استحالة العدل بين الزوجات، فضلا عن مساوي تعدد الزوجات الاجتماعية المختلفة، معتمداً علي الاجتهاد في تأويل الآية المتعلقة بتعدد الزوجات وشرط العدل في ذلك، قال عبده: ((للازم عليهم حينئذ إما الاقتصار علي واحدة إذا لم يقدر وا علي العدل كما هو مشاهد، عملاً بالواجب عليهم بنص قوله تعالي: ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة﴾، وأما آية ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ فهي مقيدة بآية فإن خفتم، وإما أن يتصروا قبل طلب التعدد في الزوجات فيما يجب عليهم شرعاً من العدل)).

إن الفهم المنتزق للآيات القرآنية والأحكام الإسلام بخصوص حقوق المرأة، يصل ذروته هنا. فهو يري أن ما جاء في القرآن في آية فإن خفتم هو مجرد إباحة لعادة موجودة سابقاً علي شرط العدل. وليس في ذلك ترغيب في التعدد، بل تبغيض فيه. ثم يفتي محمد عبده بجواز إبطال هذه العادة للمسوغات الآتية: لأن شرط التعدد هو التحقق من العدل، وهذا الشرط مفقود حتماً؛ قد غلب سوء معاملة الرجال لزوجاتهم عند التعدد، حرمانهن من حقوقهن في النفقة والراحة. ولهذا يجوز للحاكم وللشريعة علي الشرع أن يمنع التعدد دعفاً للفساد الغالب. قد ظهر أن منشأ الفساد والعداوة بين الأولاد هو اختلاف أمهاتهم.

سوره نساء) و با توجه به اینکه قرآن رعایت عدالت را شبیه غیرممکن می‌داند (آیه ۱۲۹ سوره نساء)، باید موارد تعدد بسیار محدود شده و صرفاً در مواردی خاص قاضی آن را اجازه دهد.^۷

گفتار چهارم: تعدد زوجات از دیدگاه قوانین

الف. قانون اساسی افغانستان، ماده ۲۲ قانون اساسی هرنوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.

اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق مساوی می‌باشند. این ماده می‌تواند برای زنانی که مورد تبعیض قرار گرفته و برای ارضای شهوات شوهر قربانی تعدد زوجات شده‌اند مبنای مناسبی باشد که ادعای ضرر حیثیتی یا مالی نمایند.

ب. قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان که در سال ۱۳۵۵ نافذ شده، با این که اصل تعدد زوجات را به رسمیت شناخته ولی سعی می‌نماید تا با مشروط ساختن، از ازدواج‌های متعدد هوس‌بازان جلوگیری گردد:

ماده ۸۶ قانون مدنی:

ازدواج با بیش از یک زن بعد از تحقق حالات آتی صورت گرفته می‌تواند:

- ۱ - در حالتی که خوف عدم عدالت موجود نباشد.
 - ۲ - در حالتی که شخص کفایت مالی برای تأمین نفقه زوجات از قبیل غذا، لباس، مسکن و تداوی را داشته باشد.
 - ۳ - در حالتی که مصلحت مشروع مانند عقیم بودن زوجه اولی و یا مصاب بودن وی به امراض صعب‌العلاج، موجود باشد.
- هرچند قانون در این مورد که کی باید این شرایط را تشخیص بدهد و رعایت آن‌ها را تضمین کند، ساکت است ولی یقیناً با توجه

به ماهیت آن‌ها، تشخیص چنین مواردی از صلاحیت قاضی خانواده است.

پ. قوانین کشورهای اسلامی
۱. مغرب (مراکش)

مغرب (مراکش) کشوری است که قانون گذارانش در زمینه تعدیل قوانین مملکتی مطابق معیارها و شرایط امروزی فراوان کار نموده و از جمله در مورد تعدد زوجات نظر مناسبی را در قانون خانواده شامل نموده که خلاصه آن قرار ذیل است:

ماده ۴۰: تعدد زوجات در صورت خوف عدم عدالت بین زوجات منع می‌گردد و همچنان است در صورتی که زوجه اول عدم ازدواج شوهر با دیگری را شرط (ضمن عقد) قرار داده باشد.

ماده ۴۱: محکمه در حالات ذیل اجازه تعدد زوجات را نمی‌دهد:
- در صورتی که دلیل موجه مبتنی بر موضوع خاص واستثنائی وجود نداشته باشد.

- در صورتی که متقاضی ازدواج متعدد درآمد کافی برای تأمین مخارج هر دو خانواده را نداشته و نتواند تمام حقوق آنان شامل نفقه و مسکن و مساوات در تمام جنبه‌های زندگی را تضمین نماید.

ماده ۴۴: حکم به اطلاق مشوره خانواده ارجاع می‌گردد.

در صورتی که توجیه موضوعی جهت تعدد موجود باشد و شرایط قانونی آن مهیا باشد محکمه حکم غیرقابل تجدیدنظر را مبنی بر تعدد ازدواج صادر می‌کند.

ماده ۴۵: در صورتی که زوجه اول با ازدواج دوم مخالفت نماید و تقاضای طلاق کند، محکمه مبلغی را که تمام حقوق زن و اولاد او را کفایت نماید، تعیین می‌کند. شوهر در ظرف هفت روز باید آن مبلغ را به زن اول بپردازد.

سپس قاضی تفریق را جاری می‌سازد و این حکم قاضی، غیرقابل استیناف است. و در صورتی که شوهر، مبلغ مذکور را در ظرف مدت معین فراهم نکند، انصراف از درخواست اجازه تعدد پنداشته می‌شود.

۱. جمهوری عربی مصر

در مصر مثل مغرب تعدد زوجات منوط به اذن قاضی است.

۲. تونس

طبق ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه تونس ازدواج متعدد ممنوع است.

۳. ایران

قانون‌گذاران ایران با تصویب ماده ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ اختیار زوج را در انتخاب همسر محدود کرده است و به موجب ماده ۱۶ مرد با داشتن زن نمی‌تواند همسر دوم انتخاب کند مگر در موارد ذیل:

- ۱ - رضایت همسر اول.
- ۲ - عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی.
- ۳ - عدم تمکین زن از شوهر.
- ۴ - ابتلای زن به امراض صعب‌العلاج.
- ۵ - محکومیت زن طبق بند ۸ ماده ۸.
- ۶ - اعتیاد زن به هرگونه مواد مضر برابر ماده ۸ بند ۹.
- ۷ - ترک زندگی خانوادگی از طرف زن.
- ۸ - عقیم بودن زن.
- ۹ - غیب و مفقودالاثر شدن زن مطابق بند ۱۴ ماده ۸.^۸

ت. قوانین بین‌المللی و موضوع تعدد زوجات

تعدد زوجات، همان‌گونه که در مقدمه ذکر شد، سنخیتی با مفاد و روحیه قراردادهای بین‌المللی حقوق بشر ندارد. چرا که نه تنها این اسناد مروج برابری است، بلکه در بعضی موارد بر حق یکسان و برابر زن و مرد در امور ازدواج و طلاق تأکید می‌نماید. از جمله ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر و نیز ماده ۱۶ کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان بر حقوق مساوی زن و مرد در امور ازدواج

۸- قانون حمایت خانواده ایران

و طلاق تصریح می‌نماید.^۹

گفتار پنجم: اجتماع و تعدد زوجات در افغانستان

پژوهش‌های اخیر توسط موسسه تحقیقات حقوقی اطفال و زنان، واحد تحقیق و ارزیابی افغانستان و پژوهش‌های مرتبط کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در این باره نشان می‌دهد که در حال حاضر اکثریت مردم افغانستان، تعدد را خلاف اصل می‌دانند و با آن مخالفند. «اکثریت مردم (۸۶.۵٪) تک همسری را ترجیح می‌دهند و صرفاً ۱۳.۵٪ موافق چند همسری هستند و ۷۹٪ مردم داشتن چند همسر را با توجه به شرایط اجتماعی افغانستان و رعایت عدالت، غیرممکن می‌دانند.»^{۱۰}

هم‌چنین تحقیقات نشان می‌دهد که اکثر ازدواج‌های مجدد، نه بر اساس مصلحت و نیاز بلکه بر اساس موضوعات شخصی صورت می‌گیرد. «۷۲٪ ازدواج‌های مجدد بدون رضایت همسر اول صورت گرفته و نوع ازدواج مجدد نیز بیشتر به شکل، بد دادن، بدل، ازدواج با اطفال، ازدواج با بیوه برادر متوفی و یا ازدواج اجباری است.»^{۱۱}

میزان ازدواج‌های متعدد در اکثر کشورهای اسلامی بسیار ناچیز است و این حاکی از رویکرد جوامع اسلامی به تعدد زوجات می‌باشد. مثلاً در سوریه یک فیصد و در مصر چهار فیصد می‌باشد. (الزحیلی: ۱۴۰۵ و ص ۶۶۷۵) اکثریت اطفال زن دوم و سوم و حتی زن اول از ازدواج مجدد پدرشان ناراضی‌اند و آن را مغایر با عدالت می‌دانند. این اطفال با مشکلات روانی مانند: عقده‌های دوران کودکی، و مشکلات اجتماعی مثل: کار اجباری، محرومیت از تحصیل و درس و مشکلات رفاهی روبرو هستند.

هم‌چنین نباید از نظر دور داشت که جواز تعدد و طلاق بدون قید و شرط و بدون الزام نظارت قضایی بر آن، می‌تواند خود باعث

۹- متن این دو ماده در فصول قبل ذکر شده است.

۱۰- نهاد تحقیقاتی حقوق زنان و اطفال، گزارش تحقیقی، تعدد زوجات در افغانستان، ۱۳۸۵

۱۱- همان

تشویق و حمایت از خشونت علیه زنان نیز گردد، چرا که زنان از بیم و هراس تعدد و یا طلاق و جدایی از فرزندان، تن به هر نوع خشونت داده و آن را تحمل می‌نمایند. بنابراین قانون‌گذار باید این اثر جانبی قانون را مغفول نگذارد.

نتیجه

از نگاه قرآن و هدف عالی اسلام که انسان‌ها را در کرامت برابر می‌داند و هیچ‌گونه توهین و تحقیر و تبعیض را علیه انسان‌ها نمی‌پذیرد و هم از سعی و تلاشی که کشورهای اسلامی از جمله کشور مسلمان افغانستان برای جلوگیری از تعدد زوجات می‌نمایند به این نتیجه می‌رسیم که تعدد زوجات بدون اذن محکمه و دلایلی که بتواند توجیه شرعی تقاضا را به اثبات برساند یک امر هوس‌بازانه است که باید از آن جلوگیری شود.

جلوگیری از تعدد زوجات بدون اطلاع همسر قبلی و بعدی که زنان آن را منافی شخصیت خویش می‌دانند به ارتقای سطح دانش اجتماعی نیازمند است. پس بهتر است که ازدواج‌های متعدد منوط به اذن قاضی محکمه فامیلی باشد. ازدواج بعدی به اطلاع زوجه قبلی و بعدی هر دو برسد و اگر یکی از آنها بی‌خبر بمانند، خدعه (نیرنگ و فریب) واقع شده که متضرر می‌تواند تقاضای طلاق و غرامت نماید. اما منوط کردن ازدواج متعدد به اذن قاضی به تنهایی کارساز نیست بلکه باید به اصلاح اجتماع همت گماشت چرا که ازدواج‌های سرسری و هوسبازانه محصول ناآگاهی مردان از زندگی باهم است. مردم باید بدانند که ازدواج یک امر هوس‌بازانه نیست تا هرگونه دخل و تصرف یک جانبه در آن مجاز باشد، ازدواج آغاز یک زندگی مشترک است که بر اساس اصول عدالت، محبت و مودت بنا نهاده شده، این اصول باید حفظ گردد و بدون ضرورت کسی نتواند آن را خدشه‌دار نماید. چنانچه در تجارت مشترک امکان ندارد که یک شریک فاعل مختار باشد و شریک دیگر منقاد و مطیع مطلق، در

زندگی مشترک که اهمیتش به مراتب بیشتر از شراکت تجارت است تصمیم یک جانبه به نفع یک جانب و به ضرر جانب دیگر نابجا است. آنهایی که از آیات بینات قرآن کریم سوءاستفاده می‌کنند حتماً متوجه این امر نیستند که اصل اجازه تعدد زوجات مبتنی بر عدالت و رعایت حق یتیمان است و اگر به خاطر برخورداری یتیمان از عدالت حق دیگری پایمال گردد، در آن صورت فقط یک زن مجاز است نه بیشتر از آن. ثانیاً خداوند می‌گوید ازدواج باید مبتنی بر محبت و مودت باشد. (سوره روم: ۲۱) و محبت با تصمیم یک طرفه به نفع یک جانب و ضرر جانب دیگر تحقق نمی‌یابد.

فصل ششم

حقوق و وجایب متقابل زوجین

رضا حسینی^۱

مقدمه

تَبیین حقوق و وجایب متقابل زوجین مقوله‌ای است که ابوابی از آثار فقهی و حقوقی و بخش‌هایی از قوانین موضوعه را احتوا می‌نماید. از یک دیدگاه حقوق و وجایب زن و شوهر را می‌توان به دو دسته، حقوق و وجایب مالی زوجین و حقوق و وجایب غیرمالی زوجین تقسیم‌بندی نمود. دسته اول شامل مباحثی همانند نفقه، مهریه، استقلال مالی زنان در خانه، ارث و غیره میشوند که عموماً جنبه مالی دارند. و دسته دوم که جنبه غیرمالی دارد شامل مباحثی مانند حسن معاشرت بین زوجین و تلاش آنان در تحکیم بنیان‌های خانواده بر پایه هم‌اندیشی و همکاری متقابل و مساوی و تکلیف آنان در قبال تربیت فرزندان است. آنچه که در این بخش به آن پرداخته خواهد شد بررسی جایگاه روابط غیرمالی زوجین در نظام حقوقی افغانستان است.

گفتار اول: روابط غیرمالی زوجین از نظر قانون

روابط غیرمالی زوجین را از جهتی می‌توان به دو دسته متفاوت تقسیم‌بندی نمود. ۱- حقوق و تکالیفی که زن و شوهر در برابر یکدیگر دارند. ۲- حقوق و تکالیفی که زن و شوهر هر دو در قبال تحکیم مبانی خانواده و فرزندان به عهده دارند.

حقوق و تکالیف زوجین در قبال یکدیگر را می‌توان در قالب حسن معاشرت و وفاداری، شامل مواردی مثل ارتباط زناشویی نیک، احترام، مودت، شفقت و مهربانی متقابل، روابط نیک با والدین و اقارب نزدیک هر دو جانب و احترام به آن‌ها، دیدار با آن‌ها طبق عرف، دانست. اصولاً برای دوام خانواده صرفاً سکونت زن و شوهر زیر یک سقف کافی نیست بلکه آنان در واقع ازدواج کرده‌اند تا با یکدیگر زندگی به معنای حقیقی کرده و در غم و شادی شریک و در پیش‌برد امور زندگی همیار و پشتیبان هم باشند. بنابراین رویه و رفتار این دو بایستی مبتنی بر خوش‌رویی و مهربانی نسبت به یکدیگر باشد و از اعمالی مانند ناسزاگویی، لت و کوب، مشاجره، تحقیر و توهین که سبب ایجاد نفرت و غم و اندوه می‌شود و یا اعمالی مانند ترک خانواده، بی‌اعتنایی به همسر و خواسته‌های او که از مصداق‌های سوءمعاشرت محسوب می‌گردد، بایستی پرهیزند. چرا که این‌گونه رفتارها تاثیر مستقیمی در تزلزل و سست شدن بنیادهای خانواده دارد.

هم‌چنین زوجین هر دو حقوق و تکالیفی در قبال تحکیم مبانی خانواده و فرزندان به عهده دارند. مشاوره در تصمیم‌های مرتبط با خانواده و اطفال، تامین هزینه زندگی توسط کار و دارایی، مسولیت اداره و نظم خانواده و غیره اموری هستند که امروزه به امری طبیعی در میان خانواده‌ها تبدیل شده است. مراد از تحکیم مبانی خانواده تلاش زن و مرد در نزدیک ساختن منش و روش و خلق و خوی زن و مرد به یکدیگر است، به گونه‌ای که از ارتباط صمیمی و تفاهم آن دو در ابعاد مختلف، یکی شدن و وحدت و در نتیجه استحکام پیوند

زناشویی حاصل شود. این وحدت تکامل و آسایش زن و مرد را در پی داشته و مصداق آیه ۱۸۷ سوره بقره است که خداوند، زن و شوهر را «پیراهن تن یکدیگر»، یعنی حافظ و مکمل یکدیگر خوانده است.

هم‌چنین میتوان گفت مبانی خانواده که زن و شوهر مکلف هستند در تحکیم و تشدید آن بکوشند، اموری است که خانواده برپایه آن قرار گرفته و آن عبارت از عشق و علاقه زن و شوهر به یکدیگر است که نگهدارنده بقاء خانواده و موجب عفت و عصمت و پرهیزگاری هر یک از زن و مرد می‌شود.

اصولاً در رابطه با جایگاه بحث روابط غیرمالی در قالب نظام حقوقی دو رویکرد متفاوت در قانون‌گذاری‌های مختلف وجود دارد. عده‌ای با نگاه اخلاقی صرف به این موضوع معتقدند که اصولاً «در تنظیم روابط عاطفی زن و شوهر اخلاق بیش از قواعد حقوق حکومت دارد. در این رابطه، سخن از عواطف انسانی، عشق و صمیمیت و وفاداری است و حقوق برای حکومت کردن بر آنها ناتوان است»^۲ بنابراین این عده مخالف قانونمندی‌سازی روابط غیرمالی زوجین بوده و عموماً در قانون‌گذاری‌ها نیز نشان و آثاری از این رابطه در قالب مواد قانونی مشاهده نمی‌شود.

رویکرد دیگر برعکس معتقد به قانونمندی‌سازی روابط غیرمالی زوجین در قالب قانون هستند. این گروه ضمن احترام به حقوق و نفی نمودن نقش اخلاق در روابط زوجین در عین حال با توجه به آثار حقوقی این روابط بین زن و شوهر قایل به یک نظریه ترکیبی بر اساس اخلاق و قانون در روابط غیرمالی زوجین می‌باشند.^۳

رویکردی را که نظام حقوقی افغانستان پذیرفته، عموماً همان رویکرد صرف اخلاقی است چرا که در قانون مدنی افغانستان هیچ بحثی در رابطه با روابط و مکلفیت‌های غیرمالی زوجین نشده است

۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، انتشارات میزان، چاپ ششم ۱۳۸۷، ص ۱۵۵
۳- همان، ص ۱۵۵

غیر از ماده ۱۱۵ قانون مدنی که بر اساس آن زوج مکلف به تهیه مسکن مناسب برای زوجه خویش بر اساس توان مالی خود است. قانون اساسی نیز به طور کلی دولت را مکلف به تامین سلامت جسمی و روحی خانواده از طریق اتخاذ تدابیر لازم نموده است.^۴ با این وجود تنها قانونی که اشاراتی کلی در رابطه با حقوق غیرمالی زوجین دارد قانون منع خشونت علیه زنان مصوب ۱۳۸۸ است که البته ضمانت اجرایی قانونی در نظر گرفته شده در این قانون شامل موارد خشونت علیه زنان می‌گردد. به عبارت دیگر هیچ گونه توصیه‌ای مبنی بر مکلفیت‌های زوجین در خانواده ندارد؛ این در حالی است که در همین قانون، بلند بردن سطح آگاهی مرد و زن از حقوق و وجایب شرعی و قانونی آن‌ها به عنوان یکی از مکلفیت‌های وزارتخانه‌های عدلیه و زنان فرض شده است. بنابراین این قانون نیز اشاره‌ای به وجایب زن و شوهر در قبال یکدیگر ندارد؛ جز اینکه در ماده دوم این قانون، تامین حقوق شرعی و قانونی و حفظ کرامت انسانی زن و حفظ سلامت خانواده به عنوان مواردی از اهداف این قانون ذکر شده است. همچنین در ماده چهارم نیز به مکان‌هایی که احتمال خشونت علیه زن وجود دارد، اشاره نموده و خشونت در محل سکونت را نیز بر اساس این قانون قابل مجازات دانسته است.

یکی از دلایلی که در قانون مدنی فعلی افغانستان اشاره‌ای به رویکرد قانونمندی‌سازی روابط غیرمالی زوجین نشده است عدم بازبینی این قانون از زمان تصویب یعنی ۱۳۵۵ تا زمان حاضر است.

در شرایط فعلی بازبینی در متون قانونی افغانستان و توجه به نیازهای ضروری عصر حاضر امری است ضروری و غیر قابل اجتناب، خصوصاً در رابطه با قواعد و مقررات خانواده، بنابراین قانونمندی‌سازی روابط غیرمالی زوجین نه تنها از اهمیت و ارزش اخلاق در خانواده نمی‌کاهد بلکه نوعی پشتوانه حقوقی در روابط زوجین ایجاد می‌گردد. به عبارت دیگر ذکر روابط غیرمالی زوجین

۴- ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان.

در قانون صرفاً یک توصیه اخلاقی نیست بلکه در مواردی مانند نشوز و یا ایجاد ضرر و یا اتخاذ تضامیم سرنوشت‌ساز در مورد اموال و فرزندان، طرفین با رجوع به محکمه می‌توانند تقاضای رسیدگی کنند. بنابراین تضمین قانونی نیز پشتوانه این‌گونه روابط همانند حسن معاشرت در خانواده است.

گرایش کشورهای دیگر، خصوصاً کشورهای اسلامی نیز به سمت رویکرد ترکیبی اخلاق و قانون در روابط زوجین در خانواده بوده است. به عنوان نمونه در قانون خانواده الجزایر در رابطه با وظایف زوجین بیان شده است که:

ماده ۳۶: «وظایف زنان و شوهران از این قرار است:

- حفظ روابط زناشویی و انجام وظایف مشترک زندگی.
 - همکاری دوجانبه برای حفظ مصالح خانواده و پرورش اولاد و حسن تربیت آن‌ها.
 - حفظ روابط خویشاوندی و حسن رابطه با والدین و دیگر اقربا».
- هم‌چنین طبق قانون خانواده مغرب ۲۰۰۴، ماده ۵۱، حقوق و واجبات متقابل زوجین عبارتند از:

- (۱) زندگی زناشویی قانونی بر اساس نیاز به روابط همسری، عدل و تساوی - در صورت تعدد زوجات - وفاداری و اخلاص جانبین نسبت به عفاف و حفظ شرافت خانوادگی و اطفال.
- (۲) ارتباط زناشویی نیک، احترام، مودت، شفقت و مهربانی متقابل و حفظ منافع خانواده
- (۳) زن همراه با شوهر مسؤلیت اداره و نظم خانواده و تحصیل اطفال را به عهده دارد.
- (۴) مشاوره در تصمیم‌های مرتبط با خانواده، اطفال و تنظیم ولادت‌ها
- (۵) روابط نیک با والدین و اقوام نزدیک هر دو جانب و احترام به

آن‌ها، دید و بازدید با آن‌ها طبق عرف.

(۶) حق ارث میان آن‌ها

در اسناد بین‌المللی نیز با توجه به رویکرد ترکیبی همواره توصیه بر حسن معاشرت و توجه به برابری حقوق و مکلفیت‌های زن و مرد در کنار یکدیگر در روابط و امور خانواده شده است.

طبق اعلامیه جهانی حقوق بشر، اصل برابری مساوات بین مردان و زنان-که جامعه بین‌المللی در راه تحقق آن گام بر می‌دارد-مستلزم آن است که: «منزلت هراسان هرکجا هست باید از سوی قانون به رسمیت شناخته شود. (ماده ۶) و نیز این که: «همهٔ افراد در برابر قانون مساوی‌اند و بدون هیچ تبعیضی حق دارند از حمایت‌ها و ضمانت‌های قانون بهره‌مند شوند. همه حق دارند در برابر هرگونه تبعیض و هر اقدامی به تحمیل تبعیض که در تخلف از این اعلامیه صورت گیرد مورد حمایت قرار گیرند.» (ماده ۷)

این اصول در کنوانسیون «رفع هرگونه تبعیض علیه زنان» نیز (ماده ۱۶، بند ۱، ج) مورد تأکید قرار گرفته است: «دولت‌های عضو گام‌های مقتضی برای رفع تبعیض علیه زنان در همهٔ زمینه‌های مربوط به ازدواج و روابط خانوادگی برخواهند داشت و به ویژه خواهند کوشید تا بر اساس برابری زن و مرد حقوق و مسئولیت‌های یکسان دو طرف در دوران ازدواج و در انحلال آن تضمین شود.»

گفتار دوم: اجتماع و حقوق متقابل زوجین

دنیایی که ما در آن زندگی می‌کنیم سرشار از تغییر و دگرگونی است و بیشتر جوانب حیات انسان تحت تأثیر این تغییرات قرار گرفته است. خانواده نیز به عنوان مهم‌ترین نهاد جامعه از این تغییرات مصون نمانده است.

یکی از این تغییرات مربوط به تغییر در ساختار خانواده است که

روند تغییر، از خانواده گسترده^۵ به سمت خانواده هسته ای بوده است. البته فقط ترکیب و ساختار خانواده نیست که دچار تغییر شده است، چیزی که به همان اندازه تغییر یافته است، تغییر توقعات و انتظارات مردم از روابط و مناسبات خویش در درون خانواده است. روابط زوجین از روابط یک سویه به نحو چشمگیری به همکاری و ارتباط دوجانبه تغییر یافته است.

در جامعه‌شناسی خانواده هم این چرخش را می‌توان در مورد خانواده و وظایف و مسوولیت‌های زوجین مشاهده نمود. به طور مثال تفکر نظری کارکردگرایی "پارسونز" معتقد است که در خانواده هسته‌ای در نتیجه تخصصی شدن نقش‌ها، شوهر به عنوان نان‌آور نقش ابزاری به عهده می‌گیرد و زن نقش احساسی و عاطفی را داخل خانه قبول می‌کند.^۶ این نظریه به خاطر توجیه تقسیم کار خانگی بین زنان و مردان به باد انتقاد گرفته شده است زیرا امروزه آمار زنان شاغل در دنیای کنونی رو به رشد است.^۷

رویکرد تازه‌تری که در این زمینه وجود دارد توسط اولریش بک و الیزابت بک-گرنشایم مطرح شده است. آن‌ها در کتاب «آشوب‌گاه طبیعی عشق» به بررسی ماهیت پرتلاطم روابط شخصی، ازدواج و الگوهای خانوادگی در پس‌زمینه دنیای به سرعت دگرگون شونده فعلی می‌پردازند. و معتقدند که در دنیای جدید این واقعیت که ازدواج‌ها به صورت داوطلبانه و نه برای مقاصد اقتصادی و فشار خانواده‌ها انجام می‌گیرد؛ بنابراین هم آزادی و هم قید و بندهای تازه‌ای با خود به همراه می‌آورد.

وی ادعا می‌کند که که «کشاکش میان دو جنس ماجرای اصلی زمان ما» است و شواهدی را هم ذکر می‌کند و پاسخ وی به این

۵- (nuclear family) خانواده هسته ای یعنی گروه خانوادگی متشکل از پدر، مادر و فرزندان وابسته. (extended family) خانواده گسترده خانوادگی است که اعضای آن فراتر از زن و شوهر و فرزندان آن‌ها است و اقوام نزدیک را در برمی‌گیرد که همه این افراد در یک خانوار زندگی می‌کنند.

۶- گیدنز، آنتونی، جامعه‌شناسی، حسن جاوشیان، تهران، نشر فی، ۱۳۸۶ ص ۲۵۵

۷- همان، ص ۵۶۲

کشاکش و مشکل «عشق» است «عشق جست و جویی است در پی خویشتن... و شریک شدن در جسم و اندیشه»^۸

چنین رویکردهای نظری نشان‌دهنده تغییر و تفاوت ماهوی در روابط و مکلفیت‌های زوجین است بدین گونه که مناسبات از روابط یکسویه به مناسبات دوسویه تغییر یافته است و سمت و سوی تغییرات بدین گونه است که دیگر مرد یگانه کانون قدرت نیست بلکه با قدرتی مواجهد که حاصل توافق و هم‌رایی و هم‌اندیشگی است و در دنیای کنونی چنین قدرتی پایدارتر می‌نماید. اگر خانواده بر پایه چنین قدرتی شکل بگیرد دوام بیشتری خواهد یافت و اگر قوانین هم از چنین رویکردی پشتیبانی کند باعث تحکیم خانواده خواهد شد.

واقعیت این است که در زندگی روزانه امروزی تقسیم مسئولیت براساس برابری زن و شوهر در زمینه‌های تربیت کودکان، آموزش، ترتیب امورخانه و تنظیم مسائل مالی به امری طبیعی تبدیل شده است. فشارهای زندگی امروزی طرفین زندگی زناشویی را به همکاری و مشارکت برابر در اداره امور خانواده سوق داده است، هرچند در عمل زنان بیشتر با مسایل روزانه سروکار دارند.

از طرفی خانواده اولین و مهم‌ترین گروه اجتماعی است که بقای آن معطوف به نوع تعاملی است که در آن وجود دارد. در یک تقسیم‌بندی ساده تعامل میان گروه‌ها، یا تعامل «سرد» است و یا تعامل «گرم» که هر کدام به «برابر» و «نابرابر» تقسیم می‌شود.^۹

آنچه که مطلوب و ایده آل است روابط گرم و صمیمانه‌ای است که همراه با برابری باشد چنین تعاملی است که می‌تواند ضامن بقای یک خانواده خوشبخت باشد؛ حتی روابط گرم و صمیمانه‌ای که نابرابر باشد نیز آسیب‌پذیر است زیرا یک طرف تمام قدرت را در دست دارد و طرف دیگر احساس تعامل و شراکت نمی‌کند بلکه خود را به گونه‌ای حس می‌کند که مورد ترحم و شفقت قرار گرفته است؛ اما

۸ - همان، ص ۲۵۹

۹ - صدیق اورعی، غلامرضا، در سنانه مبانی جامعه‌شناسی ۲، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۸۳، ص ۱۴

در تعامل گرم و صمیمانه با قید برابر، طرفین خود را فعال و مسوول می‌پندارند و دوام و استحکام چنین رابطه‌ای پایدارتر می‌نماید.

در نهایت می‌توان گفت که هنجارها با توافق طرفین تعامل شکل می‌گیرد و باعث استمرار تعامل می‌شود اما نکته این جاست که می‌توان آن را قبل از تعامل افراد مکتوب کرد و افراد متعامل را بدان سو سوق داد؛ با قانونی شدن صورت عادلانه تعامل به سوی خانوادگی امن، سالم، امیدوار و پرنشاط خواهیم رفت.

بنابراین ضروری به نظر می‌رسد که قانون‌گذاران در افغانستان باید در قانون‌گذاری خویش مصالح اجتماعی این چنینی را در نظر بگیرند.

گفتار سوم: دلایل شرعی

یکی از مبانی و منابع قوانین مدنی در کشورهای اسلامی متون شرعی است که در باب تنظیم مکلفیت‌های ازدواج می‌توان به موارد ذیل استناد جست:

۱- نصّ آیه قرآن کریم، وظیفه مردان را در تأمین معاش خانواده چنین بیان می‌کند:

(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) ۱۰

«مردان سرپرستان / خدمتگزار زنان هستند از آنجا که خداوند برخی را بر برخی دیگر برتری داده، و از آنجا که آنان از اموالشان نفقه می‌دهند.»

گرچه فقها در تفسیر واژه «قوامة» (سرپرستی / خدمتگزار) که در این آیه به کار برده شده اختلاف دارند، بطور کلی برخی بر این نظراند که این واژه به معنای سروری و سیادت مرد بر زن آمده است. طبق این تفسیر، فقها نقش رییس خانواده و نظارت بر کارهای زن را

به مرد داده‌اند، زیرا وی عهده‌دار مخارج خانواده است و اطاعت از او بر زنان واجب. با این همه، برخی دیگر از فقها بر آن‌اند که صفت «قوامون» و مصدر «قوامه» دلالت بر «توجه و اعتناء» دارد. بنابراین آیه را چنین معنا می‌کنند که مردان مکلف به تأمین مصالح مادی زنان هستند نه سرور و رییس آنان. دیگر آیات قرآن کریم - مانند آیاتی که در زیر آمده‌اند - نیز مؤید این نظرند که منظور از «قوامه» در این آیه نه ریاست و تنظیم روابط بر مبنای فرادستی و فرودست بودن، بلکه «توجه و رعایت حقوق و اعتناء» است. چرا که همان‌گونه که خواهیم خواند، قرآن کریم بر رفتار توأم با مودت (دوستی) و رحمت (مهربانی) تأکید می‌کند تا برخورد مادون و مافوق.

۱ - در قرآن کریم به صراحت آمده است که زنان همانند تکالیفی که بر عهده دارند، حقوقی نیز دارند (بقره/ ۲۲۸)

۲ - در قرآن کریم بر مودت و رحمت و مساوات و آرامش و مهربانی و خوش رفتاری و عدالت و میثاق الهی در مورد ازدواج مکرراً تأکید شده است:

الف: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»^{۱۱} و از نشانه‌هایی خدا این است از [نوع] خودتان همسرانی برای شما آفرید تا بدان‌ها آرام گیرید و میان‌تان دوستی و رحمت نهاد. آری در این [نعمت] برای مردمی که می‌اندیشند قطعاً نشانه‌هایی است.

ب: «وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^{۱۲} و با همسرانتان به شایستگی رفتار نمایید.

پ: «يجب على الزوج معاشره الزوجة بالمعروف، لقوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف)^{۱۳} یعنی: (به دلیل کلام خداوند که فرمود «و با همسرانتان به شایستگی رفتار نمایید» رفتار معروف و نیک با همسر

۱۱- سوره روم آیه ۲۱

۱۲- سوره نساء آیه ۱۹

۱۳- الفقه الإسلامي وأدلته، ذیل آیه (۱۹/۴) در ص. ۶۸۴۸

بر مرد واجب است.)

در این زمینه حدیث نبوی نیز صراحت دارد که دلالت بر رفتار نیکو با همسر است:

نبی اکرم (ص): «لا یکرهمن إلا کریم ولا یهینن إلا لئیم» و نیز فرمودند: «النساء شقائق للرجال فی الأحکام»^{۱۴}

یعنی: «زنان را گرامی نمی‌دارند، مگر مردان با کرامت و گرامی، و آنان را توهین نمی‌کنند، مگر مردان پست و فرومایه.» هم‌چنین نبی کریم (ص) زنان را از نظر توجه به روحیات و لطایف زندگی، به شقایق تشبیه کرده‌اند.

نتیجه

از مطالب فوق واضح می‌گردد که حسن رفتار و رویه نیکو، همان‌گونه که یک الزام اخلاقی برای زوجین است، باید الزام قانونی نیز گردد. چرا که واقعیت‌های اجتماعی افغانستان با تصویر شایسته‌ای از خانواده، آن‌گونه که قرآن کریم آن را مایه آرامش و کانون رحمت و مودت و دوستی زوجین دانسته، همخوانی ندارد. پس لازم است تا قانون‌گذاران افغانستان آموزه‌ها و احکام قرآنی ناظر به حسن رفتار میان زوجین را در قانون گنجانده و رفتار و معاشرت نیکو، وفاداری، ارتباط زناشویی نیک، احترام متقابل، مودت، شفقت و مهربانی متقابل و حفظ منافع و تنظیم خانواده، مشاوره در تصمیم‌های مرتبط با خانواده و اطفال، روابط نیک با والدین و اقارب نزدیک هر دو جانب و احترام به آن‌ها، دیدار با آن‌ها- طبق عرف که از موارد حسن معاشرت محسوب می‌گردد- را قانونی ساخته و زوجین را مکلف نمایند تا در استحکام کانون خانواده و تربیت و تعلیم فرزندان یکدیگر را یاری و کمک کنند.

فصل هفتم

حق نفقه و تمکین

علی رضا روحانی^۱

مقدمه

از جمله حقوقی که زنان در پیمان زناشویی مستحق آن می‌گردند حق نفقه است و براین اساس شوهر مکلف است تا مخارج و نیازمندی‌های همسرش را تأمین نماید. و ازسوی دیگر تمکین زنان به مثابه یک حق برای مردان در مقابل مکلفیت آنان به تأمین نفقه زنان در نظر گرفته شده است. در افغانستان اما بنا به دلایل پیدا و پنهان حقوق متقابل زن و شوهر به ویژه حق نفقه زنان به خوبی شناسانده نشده است. به رغم صراحت آموزه‌های دینی، و مبنای محکم قانونی یعنی ارزش‌های مندرج در قانون اساسی و تعهدات حقوق بشری دولت افغانستان و با وجود تجربیات مثبت و پیشرفت‌های سازنده دیگر کشورهای اسلامی در زمینه اصلاح قوانین بویژه قوانین مربوط به خانواده، در افغانستان اما متأسفانه وضعیت به گونه‌ای است که بسیاری از زنان کشور یا از اصل داشتن چنین حقی آگاهی ندارند

۱- استاد حقوق و مشاور ارشد کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان

و یا نمی‌توانند آن را استیفاء نمایند و یا قوانین در این زمینه به قدر کافی دقیق، جامع و شفاف نیست و در نبود و یا نقص قوانین لازم، برداشت‌ها و نگرش‌های مردسالارانه از شریعت قانون و فرهنگ حاکم بر جامعه بسته، سنتی و مردسالار است که منس‌ها و روش‌های تعیین و تبیین حقوق زنان را رقم می‌زند. امری که نتیجه آن را می‌توان در تداوم و گسترش ناتوانی زنان نسبت به احقاق حقوق مسلم‌شان به روشنی در یافت. این امر ضرورت و اهمیت بازپژوهی و بازشناسی این موضوع را بیش از پیش ضروری می‌سازد.

سوال‌های اساسی در این موضوع عبارتند از:

- نفقه چیست و از چه ویژگی‌هایی برخوردار است؟
- تمکین چیست و چه رابطه‌ای با حق نفقه دارد؟ آیا وجوب و لزوم نفقه مشروط به تمکین زن است و یا اینکه عدم تمکین زن از موانع و مسقطات حق نفقه است؟
- این تفکیک چه آثار حقوقی دارند؟ و چگونه می‌تواند زمینه بهتری را برای استیفاء حقوق زنان فراهم سازد؟

این نوشتار با هدف تبیین حق نفقه و تعیین رابطه آن با حق تمکین و راهکارهای شرعی و قانونی استیفاء آن ارایه می‌گردد. و در آن مفهوم، فلسفه، مصادیق و اسباب نفقه و ویژگی‌های نفقه زن و رابطه آن با موضوع تمکین بررسی می‌گردد.

گفتار اول: نفقه

الف. مفهوم نفقه

نخستین گام در مبحث نفقه، بازشناسی معنای لغوی و اصطلاحی واژه نفقه است.

۱-۱ - معنای لغوی نفقه: کلمه نفقه به فتح نون و قاف، به معنای

صرف و خرج است و به معنای خرج هر روزه نیز است.^۲

۲-۱ - معنای اصطلاحی نفقه و مصادیق آن: در اصطلاح فقهی و حقوقی، نفقه عبارت از مخارج است که انسان برای معیشت به آن‌ها نیاز دارد از قبیل: خوراک، پوشاک، مسکن و دیگر احتیاجات متعارف.^۳

بنابراین می‌توان گفت منظور از نفقه زن، مخارج و احتیاجات ضروری اوست. عناصر و موارد نفقه منحصر در مصارف ذکر شده نبوده و موارد پیش گفته تنها مثال‌هایی از مصادیق نفقه می‌باشند؛ زیرا در تعیین دقیق مصادیق نفقه عوامل و زمینه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی و حتی زمانی دخالت دارند که با توجه به این عوامل، مصادیق نفقه از یک جامعه نسبت به جامعه دیگر و از زمانی به زمان دیگر می‌تواند متفاوت باشد.

علاوه بر عرف جامعه، وضعیت شأن و منزلت زوجین نیز می‌تواند در تعیین مصادیق و یا مقدار نفقه دخالت داشته باشد به گونه‌ی مثال از دیدگاه شریعت هر گاه شان و یا وضعیت زن اقتضا داشته باشد که برای او خدمتگار گرفته شود استخدام خدمتگار برای زن نیز از جمله مصادیق نفقه به شمار می‌رود.^۴ از دیدگاه فقهی در تعیین معیار و مقدار نفقه بنا بر نظر مذهب مالکی و حنبلی و همین‌طور مذهب حنفی - در یکی از دو نظریه خود- و هم‌چنان بنا بر مذهب جعفری، حال، وضعیت و شان زوج و زوجه هر دو در نظر گرفته می‌شوند.^۵ همچنین مصالح اجتماعی می‌تواند در تعیین مصادیق نفقه مهم تلقی گردد و مثلاً: تأمین هزینه تعلیم را شامل گردد. به ویژه در مواردی که

۲ - دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، ذیل واژه نفقه.

۳ - در این زمینه ن.ک: وهبه الزهیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، الجزء العاشر ص ۷۳۷۱ نشر احسان، تهران ۲۰۰۶ و عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۴۸۲، دارالفکر، بیروت و محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۱. و زین الدین العاملی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۵۸. و ماده ۱۱۸ قانون مدنی افغانستان.

۴ - برای اطلاع بیشتر در این زمینه ن.ک: وهبه الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، الجزء العاشر ص ۷۳۹۳ نشر احسان، تهران. و الفقه علی المذاهب الاربعه، ص ۴۹۰ و همین‌طور ضرورت استخدام خدمتکار برای همسر (در صورت اقتضاء) در قانون مدنی برخی از کشورهای اسلامی در ج گردیده است از جمله ن.ک: قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۰۷.

۵ - عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۴۹۲، نشر دارالفکر بیروت، و روح الله الخمنی، تحریر الوسيله ج ۲ ص ۳۱۵.

زوجه منبع در آمد مستقل نداشته باشد و از جانی طبق قانون اساسی تعلیم تا تکمیل دوره متوسطه اجباری است، باید شوهر زمینه تعلیم زوجه را در صورت امکان مهیا سازد. سواد و تعلیم در عصر حاضر، کم اهمیت تر از خدمتگار برای زن نبوده بلکه هم طراز احتیاجات اولیه مانند خوراک و پوشاک شمرده می شود.

نکته بسیار مهم موضوع مسکن است که در صورت درخواست زوجه سکونت در مسکن مناسب و مستقل از جمله مصادیق نفقه به شمار می رود.

باتوجه به صراحت آیه قران کریم که در آن به حق سکونت برای زنان پرداخته است^۶ هم براساس فقه حنفی وهم براساس فقه جعفری سکونت در مسکن مناسب یکی از مصادیق نفقه زنان شمرده شده است. این موضوع هم در متون شرعی و هم در اسناد قانونی افغانستان و دیگر کشورهای اسلامی به صراحت ذکر شده است. به گونه مثال: در فقه حنفی آمده است: بر مرد لازم است تا همسرش را در منزل مستقل که لایق به حال زن است سکنی دهد.^۷

در ماده ۱۱۸ قانون مدنی افغانستان نیز مسکن از مصادیق نفقه شمرده شده است. و در قوانین دیگر کشورهای اسلامی از جمله قانون احوال شخصیه کویت نیز به این حق تصریح شده است.^۸

۶ - اسکنون من حیث سکنتم من وجدکم. قران کریم، سوره طلاق، آیه ۶.

۷ - واما السکنی فانه یجب علیه اسکانها فی منزل لایق وجوده خال من اهله وولده. عبدالرحمن الجزیری پیشین، ص ۴۸۵. (ذیل نظریه مذهب حنفی)

۸ - قانون احوال شخصیه کویت مواد ۸۴-۸۷

و المدونه: المادة (۸۴): (أ) علی الزوج إسکان زوجته فی مسکن أمثاله.

المادة (۸۵): لیس للزوج أن یسکن مع زوجته ضرة لها فی مسکن واحد بغیر رضاها.

المادة (۸۶): لیس للزوج أن یسکن أحدًا مع زوجته سوی اولاده غیر المیزین، ومن تدعو

الضرورة إلی إسکانه معه من اولاده الآخرین، ووالدیه، بشرط ألا یلحق الزوجة من هؤلاء ضرر.

المادة (۸۷): (أ) إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلی منزل الزوجیه بغیر مسوغ، أو منعت

الزوج أن یسکنها فی منزلها، ولم یکن أبی نقلها، سقط حقها فی النفقة مدة الامتناع التابست قضاء.

(ج) ویكون امتناعها بمسوغ إذا کان الزوج غیر أمين علیها، أو لم یدفع معجل المهر، أو لم یعد المسکن الشرعی، أو امتنع

عن الإنفاق علیها، ولم تستطع تنفیذ حکم نفقتها، لعدم وجود مال ظاهر.

ب. اسباب و موجبات نفقه

براساس آموزه‌های شرعی و حقوقی «زوجیت»، «قربانیت» و «ملکیت» از اسباب و وجوب نفقه می‌باشند.^۹ با توجه به موضوع بحث در این نوشتار تنها نفقه زن (زوجه) مورد بحث قرار می‌گیرد.

زن و مرد با بستن پیوند مقدس ازدواج تعهداتی را نسبت به همدیگر پذیرا می‌شوند. این پیوند و تعهد طبعاً حقوق و مکلفیت‌های متقابل را بوجود می‌آورد؛ حقوق و مکلفیت‌هایی که رعایت آن‌ها شرط اصلی دوام و استحکام زندگی زناشویی است. از نظر شرع و قانون عقد ازدواج همانند دیگر عقود و قراردادها طبعاً آثار و پیامدهایی را به دنبال دارد. این آثار به دو بخش مالی و غیرمالی تقسیم می‌گردد. از جمله آثار مالی عقد ازدواج لزوم پرداخت نفقه زن توسط مرد است.

اسلام در مقابل حقوق و امتیازاتی که برای مردان قایل شده است یک سری حقوق و امتیازاتی را نیز برای زنان قرار داده است. یکی از این مزایا نفقه زن است.^{۱۰} اسلام ضمن به رسمیت شناختن حق مالکیت مستقل زنان نسبت به اموال‌شان، حق ادای مخارج زندگی آن‌ها را نیز به عهده شوهران‌شان گذاشته است و مردان موظف و مکلف‌اند حقوق و امتیازات شرعی و قانونی زنان را به رسمیت شناخته و به مکلفیت‌های خود صادقانه عمل نمایند.

پ. فلسفه نفقه

با توجه به زحمات طاقت‌فرسای زنان در محیط خانه و خانواده به خصوص تحمل سختی‌های فرزندآوری و فرزندداری و همین‌طور نیازمندی شدید زنان به آرامش و آسایش و علاقمندی طبیعی آنان به حفظ طراوت و شادابی، اسلام برای حفظ ارزش، کرامت، آرامش و شادابی زنان، سختی‌تأمین معیشت خانواده را از وظایف مردان قرار داده است و شرعاً حمایت از زن و خانواده اقتضاء دارد که مرد خانواده هزینه ضروری زندگی را تأمین نماید.

۹- وهبه الزهلی، پیشین، ص ۷۳۴۹.

۱۰- الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفق من اموالهم . قران کریم سوره نسا، آیه ۳۴.

ت. ویژگی‌های نفقه همسر

با آن که اسباب نفقه منحصر به زوجیت نیست و علاوه بر نفقه همسر نفقه دیگر اقارب نیز بر انسان واجب است و شخص مکلف به ادای آن‌ها نیز است؛ لکن نفقه همسر دارای ویژگی‌هایی است که آن را از نفقه دیگر اقارب متمایز و متفاوت ساخته و اهمیت و برجستگی خاص آنرا نشان می‌دهد. این ویژگی‌ها عبارتند از:

۱ - نیازمندی شرط نفقه نیست

شرط لزوم پرداخت نفقه اقارب (مثلاً نفقه پدر، مادر و یا اولاد) توانمندی نفقه دهنده و نیازمندی اقارب است در حالی که چنین شرطی در پرداخت نفقه همسر وجود ندارد.^{۱۱} حتی در صورتی که زن دارای اموال و دارایی‌هایی نیز باشد و نیازمند به نفقه شوهر نباشد باز هم می‌تواند نفقه خود را از شوهر مطالبه نماید. و شوهر مکلف به پرداخت آن است. قانون مدنی افغانستان نیز تنها جاری شدن عقد نکاح صحیح و نافذ را برای لزوم نفقه کافی دانسته و آن را مشروط به نیازمندی همسر و یا توانایی شوهر قرار نداده است.^{۱۲}

۲ نفقه زن بر نفقه دیگر اقارب مقدم است

در صورتی که شخصی توانایی پرداخت نفقه همه افراد واجب النفقه را ندارد در قدم نخست و قبل از دیگر اقارب باید نفقه همسرش را پرداخت نماید.^{۱۳} در حدیثی که جابر از پیامبر اکرم نقل می‌کند نفقه زوجه بر نفقه دیگر اقارب مقدم دانسته شده است.^{۱۴} بنابراین در صورت فقر و اعسار زوج، محکمه باید این حق تقدم را رعایت کند. این موضوع در قوانین مربوط به خانواده اغلب کشورهای اسلامی به صراحت ذکر شده است.^{۱۵}

۱۱- عبدالرحمن الجزیری، پیشین ص ۵۱۰ و ۵۱۲، و هبه الزحیلی، پیشین، ص ۷۳۵۹.

۱۲- قانون مدنی افغانستان، ماده ۱۱۷.

۱۳- منهاج الصالحین ج ۲، ص ۳۱۶، به نقل از مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده ص ۲۹۳.

۱۴- نیل الاوطار ج ۶ ص ۳۲۱، به نقل از و هبه الزحیلی، پیشین ص ۷۳۵۴.

۱۵- المدونه الاسرت المغربیه، ماده ۱۹۳:

إذا كان المأزوم بالنفقة غير قادر علي أداها لكل من يلزمه القانون بالإففاق عليه، تقدم الزوجة، ثم الأولاد الصغار ذكورا أو إناثا، ثم البنات، ثم الذكور من أولاده، ثم الأم، ثم الأب.

و در ماده ۷۷ قانون اجراءات احوال شخصیه مصر نیز آمده است که نفقه زوجه بر نفقه اولاد و دیگر اقارب مقدم است.

۳ - نفقه زن دین محسوب می شود

ضرورت پرداخت نفقه دیگران تنها ناظر به زمان آینده است و اگر در گذشته به هر دلیلی پرداخت نشده باشد دین حساب نشده و نفقه دهنده از این بابت مدیون نیست اما نفقه ایام گذشته و آینده همسر بر شوهر لازم است. به عبارتی دیگر وجوب پرداخت نفقه زن هم ناظر به آینده است و هم گذشته؛ چون نفقه ایام گذشته زن از جمله دیون است بنابراین اگر نفقه زمان گذشته همسر به دلایلی پرداخت نشده باشد شوهر او مدیون است و همسر می تواند نفقه ایام گذشته خود را نیز مطالبه نماید. مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی از اهل سنت و مذهب جعفری از اهل تشیع بردین بودن نفقه تصریح نموده است^{۱۶} اما بنا بر مذهب حنفی بعد از حکم قضا به پرداخت نفقه و عدم پرداخت آن توسط زوج، نفقه این ایام از جمله دیون قرار می گیرد.^{۱۷} قانون مدنی افغانستان نیز از نفقه زن، به «دین» تعبیر نموده است.^{۱۸} در قانون مدنی سوریه نیز نفقه که به واسطه رضا و یا حکم به پرداخت آن فرض شده باشد جز با اداء و یا ابراء آن ساقط نمی گردد.^{۱۹}

۴ - نفقه زن تهاترناپذیر است.

تهاترناپذیری و یا مقاصه ناپذیری نفقه همسر از دیگر ویژگی های آن است این امر استیفاء آنرا آسان می سازد. تهاترناپذیری نفقه به این معنا است که اگر زوج از همسرش مطالباتی داشته باشد نمی تواند با استناد به آن مطالبات، و تهاتر آن با طلب ناشی از نفقه، از پرداخت نفقه همسر خود امتناع و استتکاف ورزد و آنرا بهانه نپرداختن نفقه زن خویش قرار دهد. لااقل در صورتی که زن نیازمند نفقه باشد این موضوع تهاترپذیر نیست.^{۲۰} از فقهای اهل سنت مذهب حنفی و مالکی می گوید اگر زوجه فقیر باشد و زوج بر زن خود

۱۶- الفقه علی المذاهب الاربعه، ص ۴۹۸. و شهید ثانی، مسالک الافهام فی شرع شرایع السلام، ص ۵۹۳، به نقل از نسید محمد موسوی مجنوردی، حقوق خانواده، ص ۳۰۰، جمع علمی و فرهنگی مجد، تهران ۱۳۸۶.

۱۷- وهبه الزحلی، پیشین، ص ۷۳۶۷.

۱۸- قانون مدنی افغانستان ماده ۱۳۰

۱۹- ماده ۷۹ قانون مدنی سوریه

۲۰- ناصر قربان نیا و همکاران، باز پژوهی حقوق زن، ج ۲، ص ۸۵.

قرضی داشته باشد و به این بهانه بخواهد از دادن نفقه امتناع ورزد تا زمانی که زن به آن راضی نباشد نمی تواند از پرداخت نفقه زن سر باز زند.^{۲۱}

۵ - نفقه زن تقاص پذیر است.

نفقه زن تقاص پذیر است. به این معنا که اگر مردی از پرداخت نفقه زن امتناع ورزد، زن می تواند به اندازه نفقه خود از مال و دارایی شوهر بدون اجازه او برداشت نماید. البته این برداشت باید به قدر لزوم و کفایت و متعارف باشد. چنانچه پیامبر اسلام به هند همسر ابوسفیان (که نزد پیامبر از دست ابوسفیان شکایت کرده بود) اجازه داد از اموال شوهرش به قدر کفایت خود و اولادش بردارد.^{۲۲}

۶ - با انحلال زوجیت نفقه ساقط نمی شود

بر اساس آموزه های شرعی و قوانین نافذه کشور در برخی موارد حتی با انحلال زوجیت یعنی وقوع طلاق باز هم حق نفقه زن از عهده شوهر ساقط نگردیده و شوهر مکلف به پرداخت نفقه است. بنابراین نفقه زن که طلاق گرفته و طلاق آن رجعی باشد تا اتمام دوران عدت، به عهده شوهر است. علاوه بر آن با تحقق طلاق باین و یا فسخ نکاح، در صورتی که زن حامله باشد، نفقه زن تا پایان یافتن مدت عدت به عهده شوهر سابق وی است.

الحنفیة قالوا... فاذا كانت بالطلاق الرجعی فقد عرفت ان لها النفقه بجميع انواعها،... وكذا اذا كان الطلاق باینا و لو بالثلاث، فان عدتها بجميع انواعها سوا كان حاملا و لو حایلا بشرط ان لاتخرج من البیت التي اعدت لها لتقضی عدتها.^{۲۳}

ماده ۱۲۶ قانون مدنی افغانستان نیز به این امر تصریح دارد. وهمین

۲۱- وهبه الزهلی، پیشین، ص ۷۴۰۹.

۲۲- خدی ما بکفیک وولدک بالمعروف. وهبه الزهلی، پیشین، ص ۷۳۵۳. و در این زمینه رک: جواهرالکلام ج ۳۱ ص ۳۰۲ و شهید ثانی، پیشین، ص ۵۴۸. به نقل از ناقریان نیا و همکاران، پیشین ص ۸۶. شهید ثانی از این روایت ده مورد دیگر را نیز استفاده کرده است از جمله: ۱- جواز خروج زن از منزل شوهر بدون اذن شوهر. ۲- جواز شنیدن صدای زن بیگانه برای مردان. ۳- جواز دادخواهی زنان برای احقاق حق خود. ۴- جواز قیمومیت مادر بر اولاد و...

۲۳- الفقه علی المذاهب الاربعه، ص ۵۰۰.

طور قوانین دیگر کشورهای اسلامی نیز به این موضوع صراحت دارد به گونه مثال در المدونه مغرب به حق سکونت زن در منزل شوهرش تا اتمام مدت عدت آن تصریح شده است.^{۲۴}

۷ - زن مالک نفقه است.

زن نسبت به بسیاری از مصادیق نفقه حق مالکیت دارد و مالک نفقه می‌گردد. اسلام هم استقلال مالی زنان را به رسمیت شناخته و هم نفقه را ملک زن می‌داند و چگونگی استفاده از آن نیز از اختیارات زن است. بنابر این اگر زنی نفقه‌اش را از شوهرش دریافت نماید و آن را مصرف نکند زوج نمی‌تواند آن را بازپس گیرد و یا برای زمان آینده حساب کند.

گفتار دوم: تمکین و رابطه آن با حق نفقه

الف. مفهوم و محدوده تمکین

تمکین در اصطلاح شرعی و حقوقی به معنای اطاعت در انجام وظایف زناشویی است. و در مقابل آن نشوز قرار دارد. نشوز لغت به معنای سرکشی و مخالفت است (نشزت المرئ: استعصت علی زوجها) منظور از نشوز زن، ناسازگاری و بدرفتاری او در برابر شوهر است.

تمکین در عرف حقوقی ما دو معنای عام و خاص دارد؛ تمکین به معنای خاص آن است که زن روابط جنسی با شوهر را به طور متعارف بپذیرد و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد از برقراری رابطه جنسی امتناع نرزد. اما تمکین به معنای عام آن است که وظایف خود را نسبت به شوهر انجام دهد و توقعات قانونی و متعارف شوهر را برآورده سازد.

نکته اساسی در این زمینه آن است که این توقعات باید در

۲۴- المدونه المادة ۱۹۶: المطلقة رجعا يسقط حقها في السكني دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول. المطلقة طلاقا بانئا إذا كانت حاملا، تستمر نفقتها إلي أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملا، يستمر حقها في السكني فقط إلي أن تنتهي عدتها.

چارچوب حقوق و مکلفیت‌هایی باشد که قانوناً و شرعاً با عقد ازدواج به وجود می‌آید و زن مکلف نیست نسبت به هر توقع ناچجا و غیرمتعارف شوهر از او اطاعت کند بلکه میزان و معیار در این امر را عرف و اخلاق تعیین می‌کند. همان‌گونه در محدوده تمکین خاص نیز عرف و اخلاق دآوری می‌کند و لزوم تمکین به معنای خاص به این معنا نیست که در این گونه روابط احساس و آمادگی زن نادیده گرفته شود. زن نه ملک مرد است و نه ماشین بهره‌برداری است. بنابراین در هر نوع رفتار و رابطه باید احساسات و شخصیت انسانی زنان در نظر گرفته شوند.^{۲۵}

ب. مشروط نبودن پرداخت نفقه به تمکین
 نکته اساسی که این مقاله سعی دارد آن را روشن سازد آن است که آیا وجوب نفقه مشروط به تمکین است یا خیر؟

به عبارتی دیگر آیا وجوب نفقه در اصل خود مشروط به تمکین است و یا اینکه عدم تمکین از موانع نفقه و از مسقطات آن است؟ در فرض اول اصل وجوب و لزوم نفقه مشروط به تمکین است که فقها از این گونه واجب به واجب مشروط تعبیر می‌کند و معنای آن این است که تا زمانی که شرط (تمکین) تحقق پذیرفته اصلاً چیزی به عنوان نفقه بر مرد واجب و لازم نمی‌گردد و حقی را نمی‌توان برای زن اثبات شده فرض کرد. اما در فرض دوم اصل وجوب و لزوم نفقه با عقد نکاح ثابت می‌گردد و زوجه مستحق این حق می‌شود ولی اگر به دلایل غیرموجه تمکین نکرد ناشزه می‌گردد و چون نشوز از موانع و مسقطات نفقه است مرد می‌تواند با اثبات ناشزه بودن زن از پرداخت نفقه زن معاف گردد.

درست است که رابطه تنگاتنگی بین تمکین زن در برابر مرد و استحقاق حق نفقه وجود دارد و در صورتی که زن بدون عذر موجه در مقابل مرد تمکین نداشته باشد حق مطالبه نفقه را ندارد. اما نکته

۲۵- در این زمینه ن. ک. حسین صفایی، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۷۳ و ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۲۷-۲۲۸.

بی که باید مورد دقت قرار گیرد آن است که اصل وجوب پرداخت نفقه زن مشروط به تمکین نیست؛ آنچه که موجب سقوط حق نفقه می شود نشوز زن است نه اینکه تمکین از شروط استحقاق حق نفقه باشد.^{۲۶} دلیل و مبنای شرعی که می تواند این نظر را تایید نماید مطلق بودن آیات است که از آن ها وجوب نفقه فهمیده می شود. این آیات نفقه زنان را مشروط به تمکین ندانسته اند و اما در سنت روایات متعدد وجود دارد که در آن ها گفته شده که ادای نفقه زنان در صورتی بر مردان لازم است که آنان در برابر مردان ناشزه نباشند فقها غالباً از این تعبیر سنت این گونه برداشت کرده اند که از شروط وجوب نفقه زن تمکین او در برابر مرد است، در حالی که این روایات ظاهراً می گوید اگر زنی در مقابل شوهر نشوز اختیار کند دیگر حق نفقه ندارد یعنی حق نفقه اش ساقط می شود. به همین دلیل برخی فقها به صراحت وجوب نفقه را مشروط به عدم نشوز زن دانسته نه این که تمکین زن را از شروط وجوب نفقه بدانند.^{۲۷} تفکیک بین این دو وضعیت آثار حقوقی متفاوتی را به بار می آورد. به گونه‌ی مثال:

در یک دعوی حقوقی و مدنی از نخستین وظایف محکمه تشخیص مدعی از مدعی علیه است زیرا بار اثبات یک دعوی به عهده مدعی است بنابراین هرگاه زن و شوهر در مساله نفقه اختلاف داشته باشند و اختلاف ناشی از موضوع تمکین باشد، بنابر فرض اول که تمکین شرط وجوب نفقه باشد، زن مدعی محسوب می شود و برای استحقاق حق نفقه واستیفا آن باید تمکین را اثبات کند و بار اثبات آن به دوش زن است. در حالی که بنا بر فرض دوم که نشوز از موانع و مسقطات نفقه است با وجود عقد صحیح بین زن و شوهر زن مستحق حق نفقه گردیده و مرد مکلف به ادا آن است و اگر زن به دلیل ناشزه بودن حق نفقه ندارد این ادعا باید ثابت گردد. برای اسقاط حق نفقه زن، مرد باید نشوز زن و عدم تمکین او را اثبات نماید و بار اثبات این امر

۲۶- صاحب حدایق می گوید اخبار ظهور قوی دارد که نفقه به مجرد عقد بر زوج واجب می شود و مشروط دانستن نفقه بر تمکین وجهی ندارد. یوسف بن احمد البحرانی، الحدایق الناظره ج ۲۵ ص ۱۰۲ قم، نشر اسلامی، بی تا، به نقل از ناصر قربان نیا و همکاران، باز پژوهی حقوق زن ج ۲ ص ۷۴، انتشارات روز نو، تهران، ۱۳۸۴.
 ۲۷- السيد ابوالقاسم الخویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۹۳، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰.

به دوش مرد است و تا زمانی که مرد آن را اثبات نکند و یا نتواند آن را اثبات کند نفقه زن ساقط نمی شود و مرد ملزم به تادیه آن است.

اثر دیگر این تفکیک آن است که بعد از تحقق عقد نکاح در صورتی که شوهر از زن تقاضای تمکین نکند و زوجه نیز اظهار آمادگی نکند بنا بر فرض اول، چون تمکین که از شروط استحقاق نفقه است هنوز تحقق نپذیرفته زن مستحق نفقه نیست. در حالی که بنا بر فرض دوم چون با عقد نکاح صحیح، زن مستحق نفقه گردیده است و نشوز که از مسقطات حق نفقه زن است اتفاق نیفتاده بنابراین زن می تواند نفقه این دوران را هم از مرد طلب نماید.

اثر حقوقی دیگری که این تفکیک دارد آن است که: بنا بر نظریه اول، در صورتی که تمکین زن از شروط وجوب نفقه باشد، زنی که از حق الحبس یا حق الاحتباس خود برای گرفتن مهر معجل خود استفاده می کند و یا شرایط و زمینه تمکین را مرد فراهم نسازد و یا موانع موجهی برای تمکین وجود داشته باشد مستحق نفقه نمی گردد اما بنا بر نظریه دوم که ناشزه بودن زن از موانع و مسقطات حق نفقه شمرده می شود؛ در چنین شرایط و حالاتی زن ناشزه محسوب نگردیده و حق دارد نفقه خود را از شوهر مطالبه نماید.

از ماده ۱۱۷ قانون مدنی افغانستان نیز می توان استنباط کرد که قانون گذار لزوم نفقه را مشروط به تمکین زن ندانسته، بلکه تنها نشوز زوجه را مسقط نفقه می داند در این ماده آمده است:

(۱) با عقد نکاح صحیح و نافذ نفقه بر زوج لازم می گردد گرچه زوجه در مسکن اقاربش رهایش داشته باشد اگر زوجه از رفتن به مسکن زوج بدون حق امتناع ورزد نفقه وی بر زوج لازم نمی گردد.

(۲) زوجه وقتی حق دارد از رفتن به مسکن زوج امتناع ورزد که مسکن مناسب مطابق ماده ۱۱۵ و ۱۱۶ این قانون (قانون مدنی) از طرف زوج تهیه نشده و یا مهر معجل وی تادیه نگردیده باشد.

از بند یکم و دوم این ماده به خوبی فهمیده می‌شود که تمکین زن در مقابل مرد از جمله شروط و وجوب و لزوم نفقه نیست. بنابراین در صورتی که زمینه تمکین وجود ندارد و یا موانع موجه برای این کار وجود داشته باشد بازهم زوجه مستحق نفقه بوده و حق نفقه او محفوظ است و زوج مکلف به ادای نفقه زوجه خویش است و حتی زوجه می‌تواند تا زمانی که مسکن مناسب برایش آماده نیست از رفتن به منزل شوهر و تمکین امتناع ورزد در حالی که خود مسکن مناسب جزئی از نفقه او محسوب می‌گردد.

با وجود چنین زمینه فقهی و چنین ظرفیت قانونی متأسفانه در عمل بسیاری از زنان افغان از حقوق مسلم خود از جمله حق نفقه محروم می‌گردند در نتیجه می‌توان گفت آگاهی طرفین ازدواج از این حق، و تفسیر دقیق و درست آن توسط مجریان قانون می‌تواند راه‌گشای مناسبی برای احقاق حقوق زنان در زمینه استیفاء حق نفقه باشد.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

با توجه به آنچه گفته شد به این نتیجه می‌رسیم که حق نفقه از حقوق مسلم و ممتاز زنان است؛ کمیت و کیفیت آن با توجه به وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، آداب و رسوم منطقه‌ای و شأن منزلت زوجه و امکانات زوج متفاوت و متغیر است. نفقه همسر ویژگی‌هایی دارد که آن را از نفقه دیگر اقارب متفاوت می‌سازد. راه‌ها و راهکارهای شرعی و قانونی متعدد و متناسبی برای احقاق حقوق زنان از جمله حق نفقه وجود دارد که در صورت لزوم می‌توان از آن‌ها استفاده کرد. در ست است که عدم تمکین و یا نشوز باعث از بین رفتن حق نفقه زنان می‌گردد اما نباید از این موضوع به گونه‌ی استفاده شود که در مقام عمل با این بهانه حق نفقه زنان از آنان سلب گردد. اگر به این موضوع با دقت و ظرافت نگریسته نشود ممکن است که هیچ وقت زنان نتوانند از حق نفقه‌شان استفاده کنند و مردان

می‌توانند از یک طرف با ایجاد شرایط سخت و طاقت فرسا و غیرقابل تحمل هم محیط خانه را ناامن سازند و هم با ادعای عدم تمکین از دادن نفقه همسر خود شانه خالی کنند و یا با همین بهانه سال‌ها زنان را بی‌سرنوشت نگه دارند.

این در حالی است که براساس مواد مختلف قانون اساسی افغانستان به ویژه مواد ۲۲ و ۲۴ و ۳۵ و ۳۹ و ۴۳ و ۴۸ و ۵۴ این قانون و اسناد و میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان عضو آن‌ها و متعهد به اجرای آن‌ها است، به ویژه ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر و مواد ۲ و ۳ کنوانسیون بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و مواد ۲ و ۵ و ۱۰ کنوانسیون بین‌المللی رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان دولت افغانستان متعهد به اتخاذ اقدامات مقتضی و لازم برای احقاق حقوق زنان از جمله اقدامات تقنینی و اصلاحات قانونی است.

بنابراین ضروری است که قوانین مربوطه طوری اصلاح گردد تا از قدرت، شفافیت و صراحت لازم برای جلوگیری از سوءاستفاده مردان از قوانین برخوردار گشته و زمینه را برای احقاق حقوق زنان و متعادل ساختن حقوق و مکلفیت‌های زن و مرد در زندگی مشترک فراهم سازد.

با توجه به این که قوانین افغانستان در موضوع نفقه زنان از شفافیت و دقت لازم برخوردار نیست و نیازمند بازبینی و بازنگری است؛^{۲۸}

۲۸- یکی از مشکلات قانون مدنی در رابطه با نفقه زوجه، تعارض ظاهری بخش اول بند یکم ماده ۱۲۲ آن با ماده ۳۵ قانون منع خشونت علیه زن است، زیرا ماده ۱۲۲ قانون مدنی تصریح می‌کند که «در حالات ذیل زوجه مستحق نفقه نمی‌گردد: ۱- زوجه بدون اجازه زوج یا به غیر مقاصد جایز از مسکن خارج گردد. ۲- زوجه به امور زوجیت اطاعت نداشته باشد.» از این ماده برمی‌آید که قانون مدنی استیفای حقوق قانونی توسط زنان را منوط به تجویز شوهر نموده، زیرا هرگاه زن بدون اجازه شوهر از منزل خارج شود، طبق بند اول این ماده مستحق نفقه نمی‌باشد و خروج از منزل مقدمه استیفای بسیاری از حقوق قانونی مانند: تحصیل و اشتغال و دیگر حقوق اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و مدنی است. با این حال این ماده در تعارض با ماده ۳۵ قانون منع خشونت علیه زن است که صراحتاً نمانع از برخورداری از حقوق قانونی را جرم شناخته است: «شخصی که زن را از حق تعلیم، تحصیل، کار، دسترسی به خدمات صحتی یا استفاده از سایر حقوق مندرج قوانین مانع گردد، حسب احوال به حبس قصیر که از شش ماه بیشتر نباشد، محکوم می‌گردد.» و علاوه بر آن، طبق ماده ۴۰ این قانون، مرتکب مکلف به جبران خسارت وارده است: «مرتکبین جرایم مندرج این قانون بر علاوه ی جزایهای پیش‌بینی شده، حسب احوال به جبران خسارتی وارده نیز محکوم می‌گردند.» پس از آن جایی که طبق ماده ۴۳ قانون منع خشونت علیه زن، مواد آن قانون در موارد تعارض مرجع دانسته می‌شود، بنابراین بند یکم ماده ۱۲۲ قانون مدنی باید اصلاح گردد. همچنین طبق قوانین بعضی از کشورهای اسلامی، حضور زن در منزل مشترک نشانه‌ی رعایت روابط خاص زناشویی است و شوهر نمی‌تواند در این حالت با ادعای نشوز، نفقه زن را به حالت تعلیق در آورد. - ویراستار

پیشنهاد می‌گردد: قوانین مربوطه در کشور باید به گونه‌ای تدوین گردد که هم شهروندان و هم محاکم ما برای‌شان روشن باشد که:

۱- با اجرای عقد نکاح صحیح زن مستحق نفقه می‌گردد.

بنابراین اگر شوهر نتواند و یا نخواهد زوجه‌اش را به خانه خود ببرد و یا اگر شوهر زن را بدون سرنوشت رها سازد و یا اگر زوجه مریض باشد یا به دلایل موجه حاضر به انجام وظایف زناشویی نباشد و یا برای آن قادر نباشد و یا به دلایل آزار واذیت، اعمال خشونت و در خواست‌های نامتعارف زوج، زوجه حاضر به تمکین نباشد؛ و یا اگر زوجه به گونه متعارف و برای مقاصد جایز و برای استفاده و استیفاء حقوق قانونی و شرعی خود بدون اذن شوهر از منزل خارج گردد؛ حق نفقه زوجه ساقط نمی‌گردد و زوج مکلف به پرداخت نفقه زوجه است مگر اینکه زوج بتواند ناشزه بودن زن را اثبات کند.

۲- با توجه به اینکه نشوز زوجه مانع و یا مسقط حق نفقه او است بنابراین در قوانین مربوطه این نکته روشن گردد که: بار اثبات این ادعا به عهده‌ی زوج است؛ بنابراین برای استحقاق حق نفقه لازم نیست زوجه تمکین خود را اثبات سازد بلکه برای سقوط آن مرد باید بتواند ناشزه بودن زن را اثبات سازد و تا زمانی که ناشزه بودن زن ثابت نگردد او مستحق نفقه است.

۳- با توجه به دیدگاه غالب در شریعت و همین‌طور تجربیات حقوقی دگر کشورهای اسلامی موضوع نفقه‌های پرداخته نشده زنان جدی گرفته شود و در قوانین کشور به تبدیل شدن آن به دین و قرض برعهده زوج تصریح گردد.

۴- با توجه به آن که حق نفقه زنان و دیون ناشی از آن از جمله حقوق و دیون ممتاز است تقدم و اولویت ادای آن بر سایر دیون و طلبکاران در قوانین کشور تصریح گردد و محاکم آن را مدنظر قرار دهند.

۵- با توجه به متغیر و متفاوت بودن مصادیق حق نفقه، ضروری است در قوانین مربوطه به جای احصاء مصادیق نفقه معیارهای تعیین مصادیق نفقه ذکر شود.

سخن پایانی آن که تبیین و تعیین راهها و راهکارهای شرعی و قانونی احقاق حقوق زنان از طرفی به بازپژوهی و بازخوانی منابع فقهی و قانونی و از طرفی دیگر به دقت و دلسوزی و عدالت‌مداری قانون‌نگاران و قانون‌گذاران و مجریان قانون نیاز دارد.

فصل هشتم

حقوق طفل در خانواده

عبدالکریم حقیار^۱

مقدمه

برخی فرهنگ‌ها واژه «طفل» را مترادف با معانی لغوی کوچک، ظریف، نازک و حساس آورده‌اند و اما در تعاریف اصطلاحی شامل موارد ذیل می‌شود: قانون مدنی افغانستان در ماده سی و نهم سن رشد و اهلیت برای معاملات تجارتي را هجده سال تمام هجری شمسی خوانده است. و قانون رسیدگی به تخلفات اطفال نیز تصریح می‌نماید که اشخاص زیر ۱۸ سال طفل محسوب می‌شوند. این تعریف با تعریف کنوانسیون حقوق طفل مطابقت تمام دارد، چنانچه در ماده اول کنوانسیون، «طفل» چنین تعریف شده است: کسی که سنش کمتر از ۱۸ سال باشد، مگر این که بر اساس قانون نافذ کشورهای مربوطه، سن قانونی کمتر تعیین شده باشد. در تعاریف فقهی نیز برای «طفل» زمان در نظر گرفته نشده است آنچه زمان طفولیت را از بزرگ‌سالی جدا می‌کند رسیدن به بلوغ است.

۱- استاد حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه هرات

گفتار اول: حقوق اطفال و قوانین افغانستان

جایگاه طفل در قوانین افغانستان به صورت واضح تبارز نیافته است. در قانون اساسی افغانستان هفده حق برای هر تابع کشور مشاهده می‌گردد، ولی در قسمت اطفال صرفاً می‌توان از حق تعلیم و تربیه، صحت، تابعیت، حیات و ملکیت بصورت عام یادآوری نمود. نکته قابل تذکر این هست که نکاتی که منحیث حق در قوانین برای اطفال ذکر گردیده است محدود و یا مشروط می‌باشند.

در قوانین دیگری چون: قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، قانون مراکز اصلاح و تربیت اطفال، قانون معارف، قانون کار، قانون مبارزه علیه ربودن و قاچاق انسان، قانون صحت و سایر قوانینی که جایگاه طفل را در بخش‌های حقوق عامه و حقوق خصوصی متبارز نموده، حقوقی برای اطفال صراحت یافته است. ولی این حقوق نیازمندی‌های موجود اطفال را برآورده نمی‌توانند و دلیل آن عدم توجه به نیازهای اساسی اطفال است. حق شیردهی تا زمان نیاز، حق تأمین هزینه تعلیم، حق برخورداری از محیط زندگی آرام و به دور از تعذیب و ... از جمله نیازهای اساسی اطفال است که در قوانین کشور کم‌رنگ و یا بی‌رنگ است. رعایت حقوق اختصاصی اطفال صرف در ماده ۵۴ قانون اساسی تذکر یافته است که جنبه تشریفاتی آن به تناسب جنبه تطبیقی‌اش بیشتر است در حالی که طبق آمار ارائه شده توسط صندوق سازمان ملل برای زنان (یونفم) ۵۲٪ از باشندگان افغانستان کسانی هستند که هنوز سن هفده سالگی را تکمیل ننموده‌اند و باید توجه بیشتری برای اکثریت اتباع کشور در نظر گرفته شود. قوانین فرعی نیز علی‌رغم آسیب‌پذیری اطفال نسبت به سایر اقشار کمتر به آنان توجه نموده‌اند.

جلد اول قانون مدنی افغانستان تنها در بخش نفقه از طفل یاد نموده و انفاق طفل را از مسئولیت‌های پدر دانسته است. ولی چون این مسوولیت در چوکات حقوق خصوصی درج شده ولی چنان که رویه قضایی است - در صورت عدم احقاق حقوق خصوصی متضرر

باید مدعی و محرک دعوا باشد و این امر برای اطفال ناممکن است. با این وجود محدودیت‌هایی نیز بر حق نفقه وضع شده مثلاً در صورتی که طفل کار کند و یا دارایی داشته باشد پدر مکلف به تأمین نفقه وی نیست. نکته جالب دیگری که در قانون مدنی وجود دارد این است که کار اطفال زیر سن بلوغ را به رسمیت شناخته است چنان که در بند دوم ماده ۲۵۸ چنین مشعر است «هرگاه عواید کسب و کار اولاد بیشتر از مصارف نفقه‌شان باشد، مقدار اضافی از طرف پدر ذخیره و بعد از بلوغ به آن‌ها مسترد می‌گردد».

مصادیق نفقه نیز طبق قانون مدنی، خوراک، پوشاک، مسکن و هزینه تداوی است و ناشی از برداشت‌هایی است که در گذشته احتیاجات حیاتی یک فرد پنداشته می‌شده است، اما امروزه تعلیم و تحصیل همسان غذا و پوشاک برای نسل فردای کشور حیاتی است. این موضوع نیز در جمع موارد نفقه تعریف نشده و قانوناً پدر مکلف به تأمین هزینه تعلیم نیست. این تقیصه قانونی باعث می‌گردد، که حتا پیش‌بینی‌های قانونی نظیر ماده ۴۳ قانون اساسی که تعلیم تا پایان دوره متوسطه را برای تمام اتباع اجباری می‌شمارد، نیز زمینه اجرایی نیابد و در عمل پیاده نگردد.

قانون مدنی در تعیین سن حضانت نیز - همانند نفقه - مصلحت طفل را در نظر نگرفته و صرفاً تعیین مدت زندگی با پدر و یا مادر قید شده است در حالی که مصلحت طفل باید در ارجحیت قرار داشته باشد. سن اطفال برای حضانت نیز بسیار کم است و حداقل هزینه معیشت و حق الزحمه حاضن و نفقه طفل تحت حضانت مادر، نیز در هیچ قاعده‌ای تذکر نرفته است. البته قانون مدنی پدر را مکلف به تأمین این هزینه‌ها می‌داند، اما مانند بسیاری از تکالیف دیگر، زمینه اجرای آن به دلیل عدم پیش‌بینی ارگان نظارتی، بسیار تضعیف می‌گردد. در نتیجه عمل بر مبنای قانون، در بخش حضانت وجود ندارد و در بسیاری از موارد، عرف قوی‌تر از قانون تطبیق می‌شود. تحقیقی که توسط دانشجویان دانشگاه هرات در سال ۱۳۸۷ در مورد

تطبیق قانون مدنی جهت تحصیل حقوق زنان صورت گرفته بود نشان داد که تاکنون هیچ قاضی به یاد ندارد که مبلغی برای معاش حاضن تعیین کرده باشد. اما این عملکردها خلاف آموزه‌های فقهی است که ذیلاً بیان می‌شود.

نفی نسب یکی دیگر از مسایلی است که سرنوشت تلخی را برای بسیاری از اطفال رقم می‌زند. قانون مدنی افغانستان، نفی نسب اطفال از سوی والدین را آسان ساخته که به ضرر طفل و مادر است چرا که طبق ماده ۲۲۵ «نسب توسط اقرار زوجه یا معتده، وقتی ثابت می‌گردد که زوج اقرار زوجه را تصدیق و یا از طرف زوجه ادله مثبته ارائه گردیده باشد.» در حالی که طبق قوانین مربوطه اکثر کشورهای اسلامی نفی نسب آسان نیست و تا زمانی که خلاف آن با استفاده از آزمایش‌های پیشرفته مانند: آزمایش دی ان ای (DNA) ثابت نشده، کسی نمی‌تواند منکر نسب طفل خود گردد.

گفتار دوم: حقوق اطفال و شریعت

در سوره بقره خداوند متعال با صراحت مدت زمان و حقوق طفل را مبنی بر تغذیه با شیر مادر ذکر نموده است، علمای فقه نیز مشترکاً تغذیه با شیر مادر را از حقوق حقه طفل دانسته‌اند. حق انفاق توسط پدر، حق نام‌گذاری مناسب، تعلیم و تربیت و زندگی مناسب نیز از دیدگاه فقه شامل حقوق اطفال است.

بحث اساسی دیگر در قسمت حقوق اطفال حضانت و سن ازدواج است. حضانت در روایات مختلف حق و تکلیف تعریف شده است و هدف آن حمایت از طفل به وجه احسن است و اگرچه بحث حضانت در قرآن واضح است ولی زمان برای آن قید نشده است و به نظر می‌رسد که مدت حضانت امری عرفی است و بستگی به مدت زمانی دارد که طفل نمی‌تواند مستقل زندگی کند و نیاز به نگهدارنده و حاضن دارد ولی روشن است که در ابتدا سرپرستی (حضانت) طفل با مادر است. پایان زمان برای سرپرستی مادر حکم صریح ندارد و

علما با در نظر داشت محیط، اجتماع و نیازهای طفل آن را به پیروان مکاتب خود اعلام داشته‌اند.

علمای مذهب حنفی عقیده دارند حضانت پسر الی سن هفت سال یا نه سال در اختیار مادر است و حضانت دختر تا زمان قاعدگی یا تا سن ازدواج، پس از آن پسر در اختیار پدر قرار می‌گیرد تا به سن بلوغ برسد و دختر نیز پس از حضانت همراه پدر خواهد بود. اگر بر فتوای فوق عمل نمائیم: چون میانگین سن بلوغ برای دختران شانزده سال تعیین شده است (ماده ۷۰ قانون مدنی) پس دختر باید تا آن زمان نزد مادر باشد و پسر نیز تا بالغ شدن نزد مادر بوده و یا انتخاب با خود وی باشد.

بسیاری از علمای معاصر از مذاهب خمس (حنفی، مالکی، حنبلی، شافعی و جعفری) نیازمندی و مصلحت طفل را مطرح می‌نمایند. از جمله این قیم که نظریاتش در قوانین بسیاری از کشورهای اسلامی از منابع معتبر است معتقد است که کودک را باید در مکان اصلح گذاشت. یعنی حضانتش باید با شخصی باشد که مصلحت طفل اقتضاء می‌کند.

مبحث دیگری که باید به آن اشاره نمود ازدواج اطفال در سنین کودکی است. تمام مذاهب به گونه‌ای ازدواج قبل از سن بلوغ را رد نموده‌اند به این معنی که مقاربت با طفل را قبل از رسیدن به احتلام و حیض حرام دانسته‌اند. مسلم است که دو هدف اساسی تشکیل خانواده مشروع و بقا نسل در ازدواج نهفته است. اجماع علما معتقدند که اگر این دو اصل برآورده نشود، ازدواج حرام است. از نصوص قرآن و احادیث نیز مشخص است که ازدواج برای اطفال نیست، بلکه برای کسانی است که سن رشد و بلوغ را تکمیل نموده باشند چنانچه خداوند متعال در کتاب وحی می‌فرماید:

«کسانی که نمیتوانند ازدواج کنند، تازمانی که خداوند از فضل و رحمت و بخشش خود، آنان را بی نیاز می‌کند باید طریق عفت و

پاکدانی پیش گیرند.» از متن آیه فوق بر می آید که ازدواج برای کسانی است که بالغ باشند، چون عفت و پاکدانی برای آنهایی که نمی توانند ازدواج نمایند تاکید شده است. هم‌چنان در تمام هدايات آسمانی ازدواج یک عقد تعریف شده و در عقد اهلیت عاقدین از جمله شرایط اصلی محسوب می شود. بحث ولایت در ازدواج از دیدگاه دین مبین اسلام یک استثنا است مانند استثناهایی که در سایر اعمال ممنوعه مانند خوردن حرام، قتل، دروغ و سایر موارد آمده است. در کتاب فقه مختصر اثر نویسنده بزرگ و معاصر اسلام سه ارجحیت برای انتخاب همسر قید شده است که دینداری، بکر بودن و بچه‌زا بودن است، و می توان گفت که اطفال نمی توانند این امتیازات را داشته باشند و در نتیجه اسلام بر ازدواج در بزرگسالی تاکید می نماید. از طرفی نیز تحقیقات علمی نشان می دهد که ازدواج طفل مضراتی را در پی دارد و باعث اختلالات روحی و روانی شده مشکلات جسمی را برای اطفال به وجود می آورد.

گفتار سوم: حقوق اطفال و مطالعات اجتماعی

مادی شدن ازدواج‌ها نیز در افزایش ازدواج‌های زود هنگام نقش اساسی دارد. در مناطقی که مردان برای ازدواج با دختران پول بیشتری می پردازند دختران در سنین خردتر به سوی ازدواج سوق داده می شوند و به همان تناسب اطفال ذکور بیشتری تحت فشار کار شاقه و مهاجرت برای کار قرار می گیرند. این معضل علاوه بر بالغ پنداری زودرس اطفال - که طفل اجباراً مسوولیت‌های خاص بزرگسالان مانند: تأمین معیشت، کار، تربیت و انفاق اطفال و خانواده را به عهده می گیرند - باعث عدم تکمیل تعلیم و تحصیل اطفال نیز می گردد و در مجموع فرایند توسعه اجتماعی کشور را با کندی مواجه می سازد.

علوم اجتماعی عوامل منفی بارزی را ارائه می نمایند که در نتیجه ازدواج‌ها در خرد سنی، عدم رعایت و دقت در حضانت، تعلیم و

تربیه غیر معیاری، کار شاقه اطفال و سایر مواردی که اطفال با آن مواجه هستند به بار می‌آورد، به چند مورد آن به صورت کوتاه اشاره می‌شود:

اجتماع زاده خانواده است و هر گاه بنیاد خانواده بر مبنای ارزش‌ها گذاشته نشده باشد بیشترین مشکلات اجتماعی را به بار می‌آورد و بیشتر معضلات کنونی خانواده‌ها ریشه در ازدواج‌های خلاف قانون دارد. تحقیق کمیسیون مستقل حقوق بشر در رابطه به عوامل خودکشی و خودسوزی زنان در حوزه غرب نشان می‌دهد که ازدواج در خردسنی و طویانه از عوامل اساسی بروز واقعات خودسوزی و خودکشی است. تحقیق دیگری که سازمان ملی جوانان در ایران انجام داده است مهم‌ترین زمان برای ازدواج را هجده الی بیست و هشت سال برای دختران و بیست الی سی سال را برای مردان ذکر نموده است. در این تحقیق اشاره به آمارهای طلاق در ایران شده و یادآوری گردیده است که از هر ده ازدواج زود هنگام هفت مورد آن به طلاق و یک مورد آن به جرم منتهی می‌شود. در افغانستان نیز آمار و گزارشات ارگان‌های عدلی و قضایی نشان دهنده بروز مشکلات در ازدواج‌های خرد سنی است. به علاوه تحقیقی که در سرپناه‌های افغانستان نیز صورت گرفته است نشان می‌دهد که بیشتر مستفدین سرپناه-زنانی که مجبور به ترک منزل شده‌اند کسانی هستند که در سنین زیر شانزده سال ازدواج کرده‌اند. باید افزود که ازدواج اطفال یکی از عوامل جرم‌زا بوده و جامعه را به سوی انحطاط سوق می‌دهد چنانچه تحقیقات نشان می‌دهد که بیشترین کسانی که در محابس اناثیه زندگی می‌نمایند کسانی هستند که در سنین پائین ازدواج کرده‌اند.

کاهش‌های صحتی نیز ثابت نموده‌اند که ازدواج اطفال، جدایی اطفال از والدین به خصوص مادران، بارداری و تولد طفل توسط طفل، رسیدگی به امور اقتصادی، کاری و زندگی تأثیرات منفی بر روح و جسم اطفال وارد می‌نماید. صندوق انکشافی ملل متحد برای زنان (یونفم) اعلام نموده است که ۷۰٪ از دختران زیر سن شانزده

سال به ازدواج داده می‌شوند و در هر بیست و نه دقیقه یک زن در زمان ولادت جان خود را از دست می‌دهد. صندوق جمعیت ملل متحد (UNFPA) در تحقیقی اعلام نموده است که میزان مرگ و میر مادران ۱۵ الی ۱۹ سال در دوران حاملگی و زمان وضع حمل دو برابر مادران ۲۰ الی ۲۴ ساله است. افغانستان از نظر بیشترین تعداد موارد مرگ و میر مادران در زمان وضع حمل، دومین کشور دنیا است و این امر رابطه مستقیم با ازدواج‌های خرد سنی دارد. همچنین دانشمندان معتقدند که اساسی‌ترین عامل سرطان دهانه رحم (cervical cancer) مقاربت‌های جنسی قبل از سن شانزده سال است.

ازدواج خرد سن‌ها، از دیدگاه اجتماع در کل منفی است و عاملین این عمل در دیدگاه اجتماع حقیر می‌باشند. فعالان حقوق بشر در گزارشی تحریر داشته‌اند که هیچ شخص تحصیل کرده دخترش را زیر سن شانزده سال به عقد ازدواج نخواهد داد.

با توجه به بحث حضانت باید خاطر نشان نمود که زندگی در تغییر و تحول است، به همین منظور خداوند متعال در قرآن مجید احکام صریح و غیر صریح را نازل فرموده است و بعضی مانند: سن حضانت را به عرف و آگزار نموده تا در مواقع ضرورت بتواند طبق شرایط زمانی تفسیر گردد. اکنون علوم بیان‌گر این امر است که زنان بهتر و بیشتر از مردان می‌توانند در تربیه و انکشاف اطفال نقش داشته باشند، بدین لحاظ سن حضانت باید با در نظر داشت نیازمندی‌های طفل در نظر گرفته شود. نقش طفل در اجتماع نهایت ارزشمند است. افغانستان کشوری است که بیشتر نفوس آن کسانی‌اند که هنوز سن هجده سالگی را تکمیل ننموده‌اند و به لحاظ این که قانون بر اساس نیازمندی‌های اجتماعی وضع می‌شود باید توجه بیشتر به نیازمندی‌های اکثریت صورت گیرد.

با آن‌که تحقیقی در کشور ما در رابطه به تاثیرات فروپاشی کانون خانواده (طلاق) بر روح و روان اطفال وجود ندارد، اما تحقیقاتی

که در کشور همسایه (ایران) صورت گرفته، نشان می‌دهد بیشترین مجرمین جنایی کسانی‌اند که خانواده ازهم متلاشی شده داشته و در زمان نیاز آن‌ها، از محبت محروم بوده‌اند. این پژوهش‌ها ثابت می‌سازند که اطفال بیشترین الگوهای شخصیتی خود را از پدر و مادر کسب می‌نمایند و این امر بر مبنای توانمندی‌های خاص والدین (ذکور و اناث) است، یعنی اطفال محبت و عاطفه را از مادر کسب می‌نمایند و آن عده از اطفال که جدا از مادر بزرگ می‌شوند، افراد خشن بار آمده و در نهایت در زندگی خود مرتکب جرم می‌گردند. عملکرد اجتماعی نیز بر اساس مراقبت زن‌ها از اطفال است چنان‌چه در تمام کودکان‌ها و شیرخوارگاه‌ها هیچ مردی معلم و یا مربی نیست و در بیشتر مکاتب ابتدائیه و متوسطه زنان آموزگار هستند. هم‌چنان پرستاران به خاطر احساس عاطفی‌شان از زن‌ها انتخاب می‌شوند و این امر تأثیرات روحی مثبتی را بر روحیه اطفال داشته و ثابت می‌سازد که زن‌ها برای پرورش اطفال توانمندتر از مردان هستند.

گفتار چهارم: حقوق اطفال و قوانین

الف. حقوق اطفال و پیمان‌های بین‌المللی

افغانستان از جمله کشورهایی است که علاقمندی به امضای میثاق‌ها، اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی دارد و بیشتر این اسناد را امضا نموده است ولی در ساحه تطبیق آن کمتر توجه نموده و از این مواد من حیث منبع اول در نظام قانون‌گذاری استفاده نمی‌نماید. در تمام میثاق‌ها و کنوانسیون‌های پذیرفته شده توسط افغانستان، حقوق اطفال به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم مطرح شده که از جمله افغانستان، کنوانسیون حقوق طفل را با دو پروتوکول اختیاری آن امضا نموده است.

کنوانسیون حقوق طفل در کل ازدواج طفل را شامل این مبحث ننموده و در پیش‌نویس این کنوانسیون ذکر گردیده است: «ازدواج اطفال به هیچ وجه قابل توجیه نیست به همین منظور مبحثی به

نام ازدواج طفل نباید در کشورهای امضاکننده کنوانسیون مطرح باشد، و کشورها می‌توانند هم‌پیمانان خوبی باشند که ازدواج اطفال را در کشورهای خود به صورت کامل محو نمایند.» هدف اصلی در کنوانسیون حقوق طفل مصلحت طفل است چنان که در ماده سوم این کنوانسیون آمده: «۱) در انجام هر اقدامی که به نوعی به کودک مربوط می‌شود، چه در بخش عمومی، خصوصی، اداری، غیر اداری و یا هر بخش دیگری، رعایت نفع و تامین سلامت کودک بر سایر مسائل تقدم دارد. ۲) حکومت‌های عضو پیمان موظف‌اند با رعایت حقوق والدین و یا سرپرست، از کودکان حمایت نموده و اقدامات لازم حقوقی و قانونی را به عمل آورند. ۳) حکومت‌های عضو پیمان، اطمینان می‌دهند که ارگان‌ها و نهادهای مسئول حمایت کودک، دارای استانداردهای تعیین شده مربوط به تعداد و تخصص نیروی شاغل و تکنیک موجود در موسسات هستند و به ویژه در زمینه ایمنی و بهداشت کنترل کافی وجود دارد.» بنابراین طبق این ماده، مصلحت طفل در هر اقدامی که به طفل ارتباط داشته باشد، باید در اولویت قرار گیرد و در تمام مواد کنوانسیون تاکید بر مصلحت طفل گردیده و حقوق والدین در ردیف دوم واقع شده است. اما متأسفانه در قانون مدنی، توجه چندانی به مصلحت و منفعت طفل نشده حتا در احکامی نظیر: حضانت، موضوع حکم که طفل است، کاملاً فراموش شده و بیشتر به حقوق والدین توجه شده است. همچنین، حق تعلیم، حق تربیت و حق بر خورداری از سلامت جسمی و روحی و حق پرورش جسمی اطفال در این قانون مطرح نشده است.

علی‌الرغم کاستی‌های قانون مدنی، افغانستان، علاوه بر کنوانسیون حقوق طفل، به دیگر کنوانسیون‌ها نیز متعهد است که بعضی از مواد آن‌ها بر رعایت حقوق اطفال تاکید می‌نمایند و مطابق ماده هفت قانون اساسی مفاد این پیمان‌ها باید رعایت شوند. از آن جمله کنوانسیون منع تبعیض نژادی و کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان نیز به گونه غیرمستقیم منافع فردی را در نظر گرفته و تمایز گذاری بین

انسان را منع قرار داده است که در تفسیر آن می‌توان حقوق طفل را مرجع شمرد. در کنوانسیون منع شکنجه، تعذیب انسان ممنوع قرار داده شده است، در حالی که در ازدواج اطفال، جدا نمودن طفل از مادر، جلوگیری از تعلیم و تربیه طفل، کار شاقه و غیر آن، اطفال عذاب می‌شوند و باعث ایجاد مشکلات روحی و روانی و یا جسمی بر آن‌ها می‌شود. علاوه بر آن قانون جزای افغانستان تعذیب ساختاری طفل را وجه قانونی داده و ترویج می‌نماید چرا که در ماده پنجاه و چهارم، تعذیب اطفال را حق والدین و معلمین می‌داند: «ارتکاب عمل جرمی در حالات آتی استعمال حق شمرده می‌شود: ۱- در حالت تادیب پدر و معلم به اولاد و شاگرد مشروط بر این که تادیب در حدود احکام شریعت و قانون صورت گرفته باشد.»

در گزارشی که وزارت امور خارجه افغانستان برای کمیته طفل سازمان ملل متحد در رابطه به انکشافات برای بهبود وضعیت اطفال ارائه نموده است، نکات جالب و مثبتی در رابطه به بهبود وضعیت تعلیم و تربیه و صحت وجود دارد، ولی به موضوعاتی مانند: سرپرستی و حمایت طفل در زمان نیازمندی وی، ازدواج‌های زیر سن، کار شاقه و اجباری، قاچاق اطفال، تجاوز بر اطفال و سایر نکاتی که ارتباط با خانه و خانواده دارد کمتر توجه شده و به صورت سطحی از آن یاد گردیده است. در حالی که عدم توجه به کنوانسیون حقوق طفل عدم توجه بر مصلحت طفل در قوانین و خلاهای وسیعی که در قوانین موجوده وجود دارد عامل بسیاری از تخطی‌ها در برابر اطفال است.

با آن‌که کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، خاص برای منع تبعیض علیه زنان است اما تساوی حقوق در امر انحلال و تساوی در نگهداری اطفال در بند دوم ماده یازدهم، حقوق زن را در نگهداری اطفال محترم شمرده است. هم‌چنین ماده شانزدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر در رابطه به تساوی حقوق زن و مرد در امر ازدواج، انحلال آن و تساوی موارد یا حقوق بعد از ازدواج را یاد آور شده است.

ب. حقوق اطفال و قوانین خانواده دیگر کشورهای اسلامی
قوانین کشورهای اسلامی تعدیلات و تغییرات قابل ملاحظه‌ای
به منظور بهبود وضعیت اجتماعی آن کشورها و رسیدگی به مسایل
اطفال آورده‌اند و توانسته‌اند با برداشت از نظریات علمای نامور اسلام
مصلحت طفل را در ارجحیت قرار داده و نکات مثبتی در قوانین خود
جای دهند که به چند نکته بصورت مختصر اشاره می‌شود:

نکته اساسی که در بیشتر کشورهای اسلامی دور و نزدیک
افغانستان رعایت می‌شود، قانون‌مند شدن خانواده و ازدواج است
بدین معنی که اساس و بنیاد خانواده با رعایت قوانین شروع و
برداشت‌های خوب یا بددینی و عرف در ردیف‌های دوم و سوم قرار
دارد. در کشورهای مختلف اسلامی آزادی برای عقد ازدواج وجود
دارد و بیشتر این کشورها براساس نظریات فقه حنفی ازدواج دختر
و پسر دارای اهلیت را به رسمیت شناخته‌اند، که از آن جمله می‌توان
از کشورهای، مصر، مغرب، تونس، جمهوری کامرون، فیجی، گامبیا،
ازبکستان، قرقیزستان، عراق و ترکیه نام برد.

در رابطه به حضانت نیز کشورهای اسلامی مصلحت طفل را
در نظر گرفته و در قوانین خود این اصل را پذیرفته‌اند. در بیشتر
کشورهای اسلامی مانند کشور ما حضانت یک تکلیف برای والدین
و یک حق برای طفل تعریف شده است. طبق قوانین تمام کشورهای
اسلامی، به استثنای ایران، دوره غیر تمیزی الی سن هفت سال در نظر
گرفته شده و در این زمان طفل باید نزد مادر باشد، ولی بعد از این
سن کشورها رویه‌های مختلفی مطابق به نیاز مندی‌های منطقه‌ای،
برداشت‌ها و دیدگاه‌ها در نظر گرفته‌اند که چند نمونه ذکر می‌گردد.

در قانون شماره ۴ سال ۲۰۰۵ مصر راجع به حضانت چنین آمده
است: «حق حضانت برای زنان تا رسیدن طفل به سن پانزده سالگی
است و بعد از آن قاضی طفل را مخیر می‌سازد تا با مادر خود باشد تا
آن‌که به سن رشد برسند و یا دختران ازدواج نمایند.» در قانون عراق

نیز بر اساس لزوم دید، قاضی می‌تواند حضانت را تا زمان ازدواج بنا به مصلحت طفل تمدید نماید.

در قوانین بعضی از کشورهای اسلامی سن ازدواج معادل با سن ازدواج در کشور ما است، و ازدواج در سن پائین‌تر از آن باید به حکم محکمه صورت گیرد. در بین کشورهای اسلامی قوانین خانواده در مغرب، الجزایر و تونس برای سن ازدواج هجده سالگی را در نظر گرفته‌اند. همچنین اکثر قوانین خانواده کشورهای اسلامی موادی را به صراحت بخشیدن به حقوق اطفال تخصیص داده‌اند (قانون خانواده مغرب، الجزایر) و بعضی با برشمردن حق تعلیم در زمره موارد نفقه طفل، تأمین هزینه تعلیم و تحصیل اطفال را جزو وظایف پدر تصریح کرده‌اند.

نتیجه

تشکیل اجتماع با جامعه‌پذیری انسان و نهادهای آن مانند: خانواده رابطه مستقیم دارد و هرچه انسان‌ها-از نظر بینش، دانش و پرورش جسمی-سالم‌تر باشند، جامعه‌ای مرفه و انکشاف یافته خواهیم داشت. افغانستان از جمله کشورهای اسلامی است و هیچ تمایزی بین اسلام افغانی و برداشت‌های سایر کشورهای اسلامی وجود ندارد و بسیاری از تفاوت‌ها بر اثر عقب‌ماندگی، بحران و جنگ دامن‌گیر این کشور گردیده است که اینک تجارب گران‌سنگ دیگر کشورهای اسلامی، می‌تواند پاسخ بسیاری از معضلات افغانستان نیز باشد. چرا که آن کشورها با تفحص و استنباط فقهی توانسته‌اند پاسخی مناسب به نیاز زمان-جهت پرورش و آماده نمودن اطفال برای زندگی در عصر حاضر-دهند و قوانین وضعی را با مقتضیات عصر هماهنگ سازند. از آنجایی که اهداف انکشاف انسانی و توسعه اقتصادی و نیز حمایت از حقوق مردم، به ویژه اطفال در تمام کشورها یکسان است، عنایت به تجارب موفق جهت تحقق این آمال می‌تواند مفید واقع شود. در نظریات فقهی معاصر و کلاسیک مصلحت طفل در ارجحیت

قرار دارد^۲ و قوانین باید بر این مبنا وضع شوند، تا اکثریت نفوس کشور (اطفال) بتوانند حقوق حقه خود را به سادگی به دست آورند. مقتضیات کشور ما ایجاب می‌نماید تا اصلاح اجتماعی با بنیاد نهادن خانواده سالم و تربیه اطفال سالم آغاز گردد و این امر امکان‌پذیر نخواهد بود، مگر آن‌که ما قانون جامع و بر مبنای اصول پذیرفته شده انسانی اسلامی داشته باشیم. در این میان رسیدگی به مصالح، منافع و مسایل اطفال از مهم‌ترین و حساس‌ترین مباحث است و باید در اولویت قرار گیرد. بحث حضانت، تعلیم و تربیه، صحت، مواد مخدر، تجاوزهای جنسی و سایر معضلات می‌تواند در ساحه خانواده سالم، کاهش یافته و محو شود. صراحت بخشیدن به حقوق اطفال در قانون خانواده و الزام والدین به رعایت آن‌ها می‌تواند حقوق اطفال را مرجح ساخته و تضمین نماید. بناء باید حقوقی مانند: حمایت و حفاظت بدو پیدایش تا تکمیل سن اهلیت قانونی؛ تثبیت هویت از طریق ثبت ولادت و گرفتن تذکره؛ نفقه، نسب و حضانت؛ شیردادن به شیرخواران؛ تمامی اقداماتی که برای رشد طبیعی اولاد مانند سلامت جسمی و روانی لازم است و توجه به صحت آنان از طریق وقایه و تداوی لازم است؛ تربیت اسلامی و اصول صداقت در گفتار و رفتار و نیز احتراز از خشونت‌هایی که موجب آسیب روانی و جسمی می‌گردد و اجتناب از هر عملی که برخلاف مصالح و منافع طفل باشد؛ تعلیم و تحصیل در قانون خانواده تسجیل یافته و محکمه ذی صلاح اجرای مفاد مواد مرتبط با طفل را برای اطفال متضرر تأمین نماید^۳.

^۲ جهت آشنایی با مواردی از «ارجحیت حقوق اطفال» از نظر منابع فقهی متقدم، به بحث حضانت در همین اثر مراجعه نمایید.

^۳ - همچنین جهت حمایت از اطفال در برابر عدم اتفاق، خشونت، شکنجه و یا نقض شرایط حضانت و اتفاق، این جرایم باید قانوناً جزو جرایم عمومی محسوب گردد تا هر کسی بتواند آن را گزارش دهد. در غیر این صورت اطفال که قانوناً نمی‌توانند شکایت کنند، به طور مضاعف قربانی خشونت کسانی می‌گردند که از تعقیب قضایی مصونیت دارند. - ویراستار

فصل نهم

طلاق و خلع

حبيب الله شاکر^۱

برگردان به دري: دکتر الف شاه خدران

این فصل به دو گفتار تقسیم شده است. در گفتار اول مطالب مربوط به طلاق آمده و گفتار دوم در باره موضوعات مهم پیرامون خلع پرداخته است.

گفتار اول: طلاق

طلاق کلمه عربی است و معنای آن رها کردن و تخلیه نمودن است. طلاق در اصطلاح، تجسس در باره عقد نکاح یا یک بخش عقد را گویند (الحنفی، ابن نجیم، ج ۳ ص ۲۵۲). معناهای لغوی و اصطلاحی طلاق با یکدیگر رابطه دارد. زیرا که در معنای لغوی، رها کردن نکته اساسی است و به معنای اصطلاحی طلاق همه بخش‌های تعهد عقد ازدواج (در طلاق باین) و یا خلاص کردن یک بخش (در طلاق

رجعی) معنی دارد که با انجام دادن این کار زن و شوهر، هر دو، از قید نکاح یکدیگر رها می‌شوند.

در مورد روا بودن طلاق خداوند (ج) چنین فرموده است: «ای نبی وقتی که شما زنان خود را طلاق می‌دهید، آن‌ها را با عدت‌شان طلاق دهید.^۲»

در شریعت اسلامی و در قوانین افغانستان، طلاق از جانب شوهر پیشنهاد می‌شود. علت آن این است که در وقت عروسی مسؤولیت‌های زیاد را شوهر به دوش می‌گیرد و روی همین ملحوظ به طلاق کردن رغبت ندارد چرا که در وقت ازدواج مجدد باید مصارف و مخارج زیادی را متحمل شود. ولی در جامعه بر اثر ناآگاهی، مردها مکرراً از این صلاحیت به طور ظالمانه سود جسته، زن‌ها را طلاق می‌دهند، و یا این‌که زن‌ها مشکلات داشته، ولی شوهر راضی به طلاق نیست، و از این رهگذر زن‌ها مشکلات زیادی را متحمل می‌شوند (الزحیلی: ۱۴۰۹، ج ۹ ص ۳۳۸).

از دیدگاه اسلام، طلاق یک کار حلال اما ناشایست است و تنها به موجب حل مشکلات خانواده‌ها روا دانسته شده است و اسلام هیچ‌گاه به این امر جواز نمی‌دهد، که طلاق موجب بروز مشکلات گردد و نظام خانوادگی از هم بپاشد.

الف. طلاق از دیدگاه پیامبر اسلام (ص)

پیامبر اسلام (صلی الله علیه وسلم) نیز طلاق را ناپسندترین حلال خوانده است. چنانچه می‌فرماید: ناپسندترین حلال در نزد خداوند، طلاق است.^۳ سیره عملی پیامبر (ص) نیز حاکی از قضایایی است که آن حضرت (ص) طلاق بعضی از زنان صحابیه را گناه شمرده‌اند. از جمله زمانی که یکی از اصحاب به نام ابویوب می‌خواست همسرش را طلاق دهد، نبی اکرم (ص) را در جریان گذاشت. پیامبر (ص)

۲- يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ (طلاق: ۱)

۳- عَنْ ابْنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ «أَبْغَضُ الْحَالِلِ إِلَيَّ اللهُ تَعَالَى الطَّلَاقُ». سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي بيروت ج ۲ ص ۲۲۰.

فرمود: «ای پدر ایوب! به درستی که طلاق ام ایوب گناه است.^۴» در مجموع این روایات نشان می‌دهد که اولاً پیمان ازدواج و کانون خانواده از نظر اسلام بسیار مقدس است و ثانیاً طلاق‌های خودسرانه و غیرموجه از نظر اسلام مردود است.

به تاسی از ناپسند شمردن طلاق توسط پیامبر (ص) و با توجه به اضرار طلاق‌های غیرموجه بسیاری از علما نیز در فتوای خود به این موضوع تصریح کرده‌اند. امام محمد عبده (۱۸۴۹-۱۹۰۵م)^۵ می‌گوید: «طلاق صرفاً در حضور قاضی و یا مأذون (مأمور ثبت ازدواج و طلاق) و در حضور حداقل دو شاهد و بعد از این‌که طرفین حداقل به مدت یک هفته فرصت تفکر داشته‌اند و بعد از این‌که هر دو طرف دو حکم (داور) -یکی از اقوام نزدیک زوج و دیگری از اقوام نزدیک زوجه را جهت میانجی‌گری و داوری معرفی کردند و حکمین عدم توفیق خود در به سازش کشاندن آن دو را به قاضی اطلاع دادند، صورت می‌گیرد.» امام عبده فتوای خود را مبتنی بر چندین دلیل از آثار اسلامی می‌نماید.^۶

«وهبه زحیلی» در کتاب الفقه الاسلامی و ادلته از «ابن عابدین» نقل می‌کند که گفته است اصل در طلاق، ممنوعیت است مگر این‌که جهت خاصی آن را مباح نماید، خود «وهبه زحیلی» نیز این نظر را می‌پسندد. دکتر یوسف القرضاوی نیز در کتاب: «الحلال و المحرام فی الاسلام» از همین نظر پیروی کرده و می‌گوید: طلاق بدون وجود ضرورتی که آن را توجیه نماید، حرام است و از نظر اسلام ممنوع می‌باشد، زیرا هم ضرر به خود و ضرر به زوجه است و هم باعث از بین بردن منافع حاصله از ازدواج برای زوجین می‌باشد و بنابراین همانند اتلاف مال، حرام است.^۷

۴- یا أبا ایوب! إن طلاق أم ایوب کان حویا، حدیث به روایت از ابن عباس (رض) اخرجہ الطبرانی، همچنین عین همین جریان در مورد یکی دیگر از صحابی به نام ابوطلحه نیز ذکر شده است.

۵- در فتوایی که در «الوقائع المصرية» بتاريخ ۸/۴/۱۸۸۱م منتشر شده است

۶- امام عبده به طور مثال به حواشی ابن عابدین اشاره می‌کند که گفته است: «اصل در طلاق حذر نمودن و اجتناب از آن است، یعنی این‌که باید از طلاق اجتناب شود مگر این‌که دلیلی آن را موجه نماید. پس طلاق بدون سبب و دلیل، حماقت و سفاقت و نادانی نظر و کفران نعمت و ضرر رساندن و اذیت و آزار همسر و خانواده و فرزندان است.»

۷- دکتر یوسف القرضاوی، الحلال و المحرام فی الاسلام، ص ۳۲۰.

بنابراین پسندیده آن است، که طلاق در وقت ضرورت به احتیاط تمام از جانب مرد، در زمانی که همسر او در وضع طهر قرار داشته و در این طهر آنان رابطه جنسی نداشته‌اند، به صورت تدریجی در مراحل مختلف صورت گیرد تا در وقت پشیمانی برای اعضای خانواده (زن، خود او، و اولادهای او) مشکلات ایجاد نشود و اگر زن هم صلاحیت طلاق را کسب کرده، این تدابیر را باید در نظر بگیرد.

۱. حکم طلاق

طلاق بنا بر حکم قرآن کریم و استناد بر احادیث نبوی روا دانسته شده است. در قرآن کریم در این رابطه چنین تذکر به عمل آمده است: «طلاق دوبار است. یا محافظت به شیوه خوب و یا رها کردن به طریقه مناسب است»^۸. در حدیث مبارک این چنین آمده است: «که رسول الله (ص) زن خود حفصه را طلاق داد و بعد مجدداً به او مراجعه کرد.» (الدارمی، عبدالله: ۱۴۰۷).

البته طلاق به موجب ضرورت روا دانسته شده است و گاهی طلاق مستحب است و آن وقتی است، که زن به طور دوام دار از تداوم ازدواج متضرر شده و حقوق وی ضایع می‌شود، بناً در این صورت برای مرد طلاق دادن آن زن، مستحب است.

طلاق زمانی حرام است، که زن در وقت حیض ماهانه طلاق داده شود. این طلاق را طلاق بدعی نامیده‌اند، زیرا در این وقت رغبت مرد در برابر زن کم است و در باره مصالح آینده خود به درستی توجه مبذول نمی‌دارد.

۲. رجعت

رجعت به فعلی گفته می‌شود، که همسر طلاق شده بدون عقد نو به حالت اصلی (ازدواج) برگردانیده شود و رجعت به جز در طلاق باین، شرعاً و قانوناً ممکن است. رجعت از جانب شوهر با اجرای

۸- الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِيسَاءُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ. يك بخش از آیت ۲۲۹ سوره بقره

کارهای ذیل انجام می‌شود:

۱. با افاده هر کلمه‌یی از جانب شوهر که بر رجعت دلالت کند و به معنای صرف نظر کردن از طلاق تمام شود؛
۲. شوهر کاری را انجام دهد، که معنای رجوع را دارا باشد.

ب. تحقیقات معاصر در باره طلاق

به منظور جلوگیری از برخی مشکلات در وقت طلاق دادن، بعضی کشورهای اسلامی اصلاحاتی در قوانین مربوطه به عمل آورده‌اند که تأکید بر اجرای طلاق در محکمه یکی از آنهاست. این کشورها در این راستا توانمندی آن را حاصل کرده‌اند، که عقد ازدواج‌ها را در محاکم و یا دفاتر رسمی ثبت کنند و این امر راه را هموار می‌سازد تا اجرای طلاق در محکمه صورت گیرد.

هرگاه تطبیق اجرای طلاق در محاکم رسمی ممکن نباشد، حضور شاهدها در هنگام طلاق یک طریقه مفید است و در زمینه حل مشکلات کمک می‌کند. حضور شاهدان برای حمایت از نظام خانواده تا اندازه‌ای مفید تمام می‌شود و صلاحیت داران قضایی هم یک اندازه مشکلات را حل و فصل می‌نمایند و اگر از جانب شوهر در هنگام طلاق دادن، کدام تخطی شرعی و قانونی صورت گیرد و قضات هم نتوانند در زمینه حکم قضایی تصمیم اتخاذ نمایند، موجودیت شاهدها می‌تواند این مشکل را حل کند.

قانون خانواده مغرب (۲۰۰۴) در ماده ۷۰، انحلال ازدواج بواسطه طلاق و یا مطالبه طلاق از سوی زوجه را جز در حالات استثنایی و با توجه به قاعده کمترین ضررها جایز نمی‌داند، چرا که باعث فروپاشی خانواده و ضرر به اطفال می‌گردند.

در نصوص اسلامی تصریح شده است که طلاق از جانب شوهر صورت می‌گیرد، ولی دلایلی وجود دارد، که در وقت عقد ازدواج این صلاحیت شوهر ممکن است بنا بر مصلحت‌هایی خاص مانند:

تنظیم بهتر امور نظام خانوادگی مشروط شوند. تعیین این شرط، که طلاق به رضایت هر دو طرف در محکمه و یا در حضور شاهد‌ها به صورت کتبی به منصفه اجراً قرار گیرد، ممنوع نیست، زیرا رسول الله (ص) فرموده است: «مسلمان بر شروط خود پایبند است».^۹ پس اگر حکومت‌های ممالک اسلامی در قوانین خانواده و یا احوال شخصیه این نوع شروط را درج و قانونی نمایند و یا اگر عاقدین خود به خاطر جلوگیری از مشکلات احتمالی و به منظور تقویت نظام خانوادگی چنین شروطی را وضع کنند، غیرشرعی حساب نمی‌شود.

پ. صلح قبل از طلاق

همان طور که اشاره شد، شریعت اسلامی به منظور استحکام نظام خانوادگی قبل از طلاق یک مرحله حکمیت (میانجی‌گری) را تعیین کرده است. این مرحله، مرحله صلح است. به این معنی که اگر بین زن و شوهر مشکلی - که باعث جدایی و شقاق آن دو می‌گردد - پیش آید و آن‌ها توان حل معضل را نداشته باشند، در این صورت یک نفر داور (حکم) از جمله اقارب زن و داور دیگری از اقارب شوهر به منظور حل معضل تشکیل جلسه می‌دهند و در این نشست خود راه حل معضل را جستجو می‌کنند.^{۱۰} شریعت اسلامی حکم می‌نماید که اگر این مرحله صلح به ناکامی رو به رو شود بعداً راه طلاق در پیش گرفته می‌شود. بدین ترتیب همان گونه که علمای پیشین و متأخر نیز تصریح کرده‌اند، قبل از جد و جهد کافی برای صلح، طلاق دادن یا طلاق گرفتن امر درستی به حساب نمی‌آید.

ت. شرایط صحت طلاق

۱. موجودیت ازدواج برای وقوع طلاق شرط اساسی است. اگر عقد ازدواج انعقاد نشده باشد، طلاق دادن و طلاق گرفتن معنی ندارد.
۲. طلاق دادن از جانب شوهر بالغ و عاقل می‌تواند واقع شود.

۹ - «الْمُسْلِمُونَ عَلَىٰ شُرُوطِهِمْ» سنن ابوداود، ج. ۳، ص ۳۳۲
 ۱۰ - «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ بَرَدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» سورت نساء آیه ۳۵.

ماده ۱۳۷ قانون مدنی افغانستان طلاق از جانب مریضی را که عقل او مختل نشده باشد، در ست می‌داند و واضح است که طلاق از جانب اقارب شوهر نمی‌تواند صورت گیرد. طلاق دادن یا طلاق گرفتن در حالت نشه (سکر) بنا بر ماده ۱۳۸ قانونی مدنی افغانستان واقع نمی‌شود. همچنین اگر شخص در وقت، قهر و غضب زنش را طلاق بدهد، به باور یک عده فقها طلاق به طور صحیح صورت نمی‌گیرد (عبدالله بن عبدالرحمن. ج. ۶۶. ص ۹).

پس با استنباط از مواد قانون مدنی افغانستان و نظریات فقهی این موضوع روشن می‌شود که طلاق دادن دیوانه، معتوه، مکره، خوابیده و مدهوش که نظر به عوامل ویژه قوه تمیز خود را از دست داده، صحیح نیست. در امر طلاق برای شوهر قصد، رضایت، اراده و اهلیت شرایط ضروری‌اند.

۳. طبق ماده ۱۳۶ قانون مدنی افغانستان طلاق تنها در صورتی واقع می‌شود که زن در عقد نکاح و یا در عده طلاق رجعی باشد. پس اگر عقد ازدواج صحیح نباشد، طلاق هم صورت نمی‌گیرد.

زنی که اهلیت نداشته و یا اهلیت وی ناقص باشد، می‌تواند از جانب شوهرش طلاق داده شود. ولی اگر شوهر صلاحیت طلاق را به زن تفویض کرده و یا او را از جانب خود بدین منظور وکالت داده باشد، برای استیفای این صلاحیت، زن باید دارای اهلیت کامل باشد.

ث. ثبوت طلاق

با توجه به امکان انکار طلاق شفاهی از جانب شوهر و نیز احتمال اختلاف در رابطه به تعداد و نوع طلاق (باین و یا رجعی)، مطلوب آن است، که طلاق یا در نظارت محکمه و یا در حضور شاهدها و یا به شکل تحریری داده شود تا از این نوع دعاوی جلوگیری به عمل آید.

حل این نوع مشکلات در نظام خانوادگی مقتضی آن است که

ازدواج، طلاق، خلع، فسخ، تفریق و رجوع (در طلاق رجعی) باید ثبت شود و به مثابه اسناد رسمی در دوسیه های محاکم حفظ گردند، زیرا این معاهدات با خود دعاوی مالی و حقوقی بار می آورند و حل این دعاوی موجودیت اسناد را مطالبه می کند. در نصوص شریعت اسلامی در باره این موضوع تصریحات وجود ندارد و دلایل ممانعت آن هم ملاحظه نمی شود (افندی المغربي، ج ۵ ص ۲۶). در این رابطه مدنظر گرفتن مصلحت انسان ها و اجتماع امر مطلوب تصور می شود.

ثبت رجعت هم در دفع و رفع مشکلات شوهر و زن در آینده می تواند مفید واقع شود زیرا در قضایای طلاق، زیاد ملاحظه می شود، که بعد از طلاق و یا در وقت رجوع طرفین اختلاف دارند و بنابراین، در صورت بروز نزاع برای اثبات طلاق لازم است که طلاق بنا بر دلایل محقق به اثبات برسد. (ابن الرشد القرطبی، ج ۱ ص ۴۶۳)

ج. اقسام طلاق

طلاق به طور عام به سه نوع است:

۱. طلاق رجعی: طلاقی است که زن از طرف مرد به طریقه مسنونه در طهر غیرمواقعه طلاق داده شود و در مدت عدت، شوهر وقت دارد که به زن مراجعه کند و از طلاق داده شده خود منصرف شود. در صورت رجوع، در این نوع طلاق به نکاح مجدد ضرورت نیست (الشیخ نظام و دیگران: ۱۴۱۱. ج ۱ ص ۳۴۸).

۲. طلاق باین صغری: طلاقی است، که زن از جانب شوهر به طریقه مسنونه طلاق داده شود و پس از سپری شدن مدت عدت، زن و شوهر تصمیم به تجدید ازدواج گیرند، در این صورت ضرورت دیده می شود که عقد جدید نکاح صورت گیرد و مهر جدید تعیین شود تا نظام خانوادگی مجدداً ساخته شود.

۳. طلاق باین کبری: وقتی که زن سه بار و به صورت مکرر طلاق داده شود، این نوع طلاق را طلاق باین کبری گویند. در این طلاق

اگر شوهر و زن برای زندگی مشترک مجدداً تصمیم گیرند، فقط در صورتی می‌توانند عقد جدید ازدواج ببندند که آن زن با مرد دیگر به طور صحیح و دائمی عقد نکاح بسته و واقعه جنسی داشته و بعداً زن مذکور از جانب مرد طلاق شود و عدت او هم سپری گردد. (ابن الرشد القرطبی. ج ۱ ص ۴۴۴)

تفریق به سبب ضرر، طبق قانون مدنی افغانستان، در حکم طلاق باین و طلاق به سبب غیبت و عنن مرد، رجعی است. اما ماده ۱۲۲ قانون خانواده مغرب در این رابطه صراحت دارد: «هر طلاقی که محکمه حکم فیصله آن را صادر می‌کند، باین است.»

گفتار دوم: خلع

الف. تعریف خلع

خلع در لغت از «خلع الثوب» مأخوذ گردیده است و کشیدن لباس معنی دارد. خلع در اصطلاح به انحلال عقد نکاحی گفته می‌شود، که در بدل اعطای مال از جانب زوجه به شوهر، به میان می‌آید.

ب. هدف خلع

در اسلام دلایل مشروعیت خلع وجود دارد. الله تعالی در قرآن کریم چنین فرموده است: «برای شما روا نیست، که از زنان هر آنچه را به آن‌ها داده‌اید، پس بگیرید، پس اگر بیم داشتید که آن دو حدود خدا (ج) را برپا نمی‌دارند، در آنچه که (زن برای انحلال عقد ازدواج) فدیة دهد گناهی برایشان نیست. (بقره: ۲۲۹)» در این آیه مبارکه هدف خلع این نشان داده شده است، که اگر زن و شوهر بدانند که با زندگی مشترک آن‌ها نا فرمائی خداوند می‌شود، در این صورت آن‌ها می‌توانند که خلع کنند.

ضعف دیانتی شوهر، نارضایتی زن از بابت قد و قامت شوهر، رویه نامناسب از جانب شوهر، این‌که شوهر بنا بر سن زیاد و مریضی و عوامل دیگر حقوق زن را نمی‌تواند به جا کند و یا زن به ذات

خود از این ترس دارد، که حقوق مرد را نمی‌تواند به جا کند، همه عواملی‌اند، که برای خلع راه را هموار می‌کند.

در مورد شرایط خلع باید گفت، که از طرف زوجینی صحیح است، که عقل و تمیز داشته باشند، در عوض مالی باشد که زن به مرد، آن را به طور قطعی و نه به صورت معلق می‌دهد. خلع در برابر ضرری که مرد مرتکب شده جایز نیست و منظور این است که مرد نمی‌تواند با آزار و اذیت زن را مجبور به خلع نماید و اگر طلاق خلع نیز صورت گیرد و ضرر ثابت شود، مرد موظف به استرداد فدیة بوده و باید جبران ضرر نیز نماید و مهر زن را بیردازد.

از خلع برای طلاق به مثابه حیلۀ استفاده نمی‌شود. طبق نظریات فقهی، خلع در هر وقت صحیح است و خلع بدون عوض عمل مکروه است. به همین ترتیب، اگر بدل خلع بیش از اندازه مالی مطالبه شود که شوهر به زن داده، مکروه است.

خلع به کلمات طلاق انجام نمی‌شود، و نه نیت طلاق به آن توأم است. ماده ۱۵۶ قانون مدنی افغانستان و اقوال فقهی در این مورد اتفاق نظر دارند که این نوع انحلال به کلمه خلع و یا به کلمات دیگری که همان مفهوم را ادا و آرایه کند، صحیح دانسته می‌شود.

در خلع زن و شوهر، هر دو، به نوبه خود نقش اساسی را بازی می‌کنند. به همین مناسبت شرط است، که هر دو طرف دارای اهلیت باشند و همه آن شروطی، که در رابطه به طلاق تذکار یافت در بین آن‌ها باید موجود باشد. خلع قبل و بعد از دخول جواز دارد.

طبق ماده ۱۶۳ قانون مدنی افغانستان مهر مکمل و یا یک بخش آن می‌تواند بدل خلع واقع شود. پس در این صورت اگر مهر مؤجل باشد، زن در مقابل خلع از آن صرف نظر می‌کند و اگر مهر معجل باشد، زن در مقابل خلع مکلف است که آن را به شوهر بسپارد.

اقوال فقها و ماده ۱۶۹ قانون مدنی افغانستان تصریح می‌کنند، که

تعیین شیر دادن به طفل مشترک به مثابه بدل خلع در ست است. در این صورت اگر کدام مانع در برابر شیر دادن ایجاد گردد، زن مکلف است که قیمت باقیمانده رضاعت را به شوهر خلع کننده بپردازد. نفقه طفل مشترک، حفاظت او و یا نفقه خود زن به مثابه بدل خلع در قانون مدنی افغانستان و فتاوی فقها روا است. مگر آنکه زوجه نادر (معسر) باشد و در این صورت زوج مکلف به پرداخت نفقه طفل است. (قانون مدنی ماده ۱۷۴)

رجوع از خلع حق مشترک هر دو طرف است، آن هم در آن صورت که ایجاب و قبول صورت گرفته باشد. ولی اگر ایجاب از بابت خلع صادر شود، قبل از قبولی آن، طرف ایجاب تنها حق رجوع دارد و طرف دوم قبل از قبولی خود به رجوع ضرورت ندارد. طبق ماده ۱۶۰ قانون مدنی افغانستان با خلع، طلاق باین واقع می شود. و نتایج طلاق باین بر خلع تطبیق می گردد.

ب. مکلفیت های بعد از انحلال ازدواج
اگر ازدواج توسط طلاق یا خلع منحل گردد، در این صورت هر دو طرف مکلفیت های ازدواج منحل شده را به عهده دارد، که در سطور آینده آن ها را تصریح می کنیم:

مکلفیت های شوهر

۱. شوهر مکلف است، که در مدت عدت به زن محل بود و باش، خوراک، آشامیدنی و ضرورت های دیگر زندگی او را مطابق وضع اقتصادی و مصارف مروج منطقه خود تهیه نماید. موضوع و نکته مطلوب آن است که زن در مدت عدت در منزل شوهرش زندگی اختیار کند. چنان که در قرآن کریم نیز به این موضوع اشاره شده است و خداوند آیه اول سوره طلاق امر می فرماید: «آنان را از خانه هایشان بیرون مکنید و بیرون نروند مگر آن که مرتکب کار

زشت آشکاری شده باشند این است احکام الهی^{۱۱}».

۲. شوهر مکلف است، که در صورت موجودیت اطفال نفقه آنها را به طریقه در ست تادیه کند. نفقه همه آن مصارفی است، که زندگی آن را مطالبه می‌کند.

۳. شوهر مکلف است، که مهر مؤجل و حقوق مالی دیگری که زن آن را در محکمه ثابت کرده است، به او بدهد.

مکلفیت‌های زن

۱. زن مکلفیت دارد، که از تاریخ طلاق و خلع، دوره عدت را سپری کند. عدت عبارت از مدتی است، که زن آن را بعد از طلاق، خلع، فسخ و یا پس از وفات شوهرش در خانه او سپری می‌کند. اگر در بین شوهر و زن ارتباط خلوت صحیح و یا جنسی انجام نیافته باشد به سپری نمودن عدت ضرورت دیده نمی‌شود. اگر زن حمل داشته باشد، عدت وی وضع حمل است. زن غیر حامله سه حیض را باید سپری کند و اگر حیض نداشته باشد، او سه ماه عدت را سپری می‌کند^{۱۲}.

۲. زن مکلفیت دارد، که حضانت اطفال را به خوبی تأمین کند. او می‌تواند که اگر اطفال شیر خوار را با خود به حضانت بگیرد، اجرت شیردادن را از شوهر بگیرد. زنی که کارهای خانه را در برابر اجرت انجام می‌دهد، می‌تواند بعد از فسخ ازدواج در محکمه از نزد شوهرش اجرت مطالبه کند.

۳. زن نمی‌تواند در مدت عدت با کس دیگر ازدواج کند.

گفتار سوم: معاهدات بین‌المللی و انحلال ازدواج

نظام خانوادگی از جمله ارکان عمده تمام جامعه انسانی شمرده

۱۱ - يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿١٠﴾
۱۲ - در رابطه به عدت قانون مدنی افغانستان را از ماده ۲۰۱ تا ماده ۲۱۱ ملاحظه کنید.

می‌شود، در این رابطه هر کشور برای دین و مذهب مردم خود قوانین احوال شخصییه مناسب دارد. کشورهایی که مردم آن پیروان چند دین هستند، کوشیده‌اند که برای پیروان هر دین و مذهب قانون احوال شخصییه داشته باشند. در کشور ما هم برای پیروان مذهب جعفری قانون احوال شخصییه خاص وجود دارد.

جامعه بین‌المللی نیز در میثاق‌ها و قوانین خود در رابطه به انحلال ازدواج برای کشورهای عضو خود توصیه‌ها دارد و دولتی‌هایی که عضویت این سازمان را دارند آن‌ها را به این امر مکلف می‌سازد، که قوانین خود را با همین تعهدات هم‌نوا و سازگار سازند.

اعلامیه جهانی حقوق بشر در این راستا مشعر است که: «هر زن و مردی که در مرحله بلوغ قرار داشته باشد، بدون در نظر داشت هر نوع نژاد، ملیت، تابعیت، دین و مذهب می‌توانند با یکدیگر به عقد ازدواج و ساختن نظام خانوادگی اقدام نمایند. زن و شوهر در تمام مدت ازدواج و در وقت انحلال ازدواج در مورد همه اموری که به ازدواج رابطه داشته باشد، دارای حقوق مساوی‌اند.» ماده ۱۶ کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان توصیه می‌کند که طلاق صرفاً از جانب محکمه با صلاحیت اعلان شود.

کشورهای اسلامی به پیمانانه زیاد با آن تعهدات بین‌المللی هم‌نوایی دارند که با اسلام در تضاد نباشد. به گونه مثال ماده ۱۶ حقوق بشر اسلامی تصریح می‌نماید که «زن از لحاظ کرامت انسانی با مرد برابر است و از کلیه حقوق و وجایب برخوردار است.» قانون احوال شخصییه اندونیزیا تصریح می‌کند، که تمام طلاق‌ها از طریق محکمه اجرا می‌شود. مردانی که مطابق به قوانین مسلمانان اندونیزیا ازدواج کرده‌اند، باید برای اجرای طلاق تقاضانامه خود را به طور کتبی به محکمه بدهند و دلایل خود را در رابطه به اجرای طلاق آشکار نماید. ماده‌های دارای مفاد مشابه به این قانون را حکومت‌های کشورهای تونس، ایران و مراکش نیز در قوانین خود ذکر کرده‌اند.

همچنین جهت نظارت و تنظیم قضایای طلاق، قوانین کشورهای اسلامی با توجه به عدم امکان دسترسی به محاکم، مکانیسم ثبت الزامی طلاقها در مدتی معین مانند ۱۵ روز -طبق قانون احوال شخصیه اردن ۱۹۷۶- را پیش‌بینی کرده‌اند. و مطابق قوانین آن کشورها، ثبت نکردن طلاقها مستوجب جزا است.

پس قوانین مرتبط با خانواده در ممالک مختلف اسلامی توانسته‌اند، در باره انحلال ازدواج موادی را جابه‌جا کنند، که با شریعت اسلامی در تضاد واقع نشود و نه در رابطه به انحلال ازدواج مشکلات دیگر حقوقی تبارز نماید.

نتیجه

در فرجام، باید گفت که تقویت نظام خانوادگی تقاضای دستورات دینی ماست، ولی بعضی اوقات نظام خانوادگی به مشکلاتی مواجه می‌گردد، که دوام آن ناممکن است. این مشکلات که در نظام خانوادگی قابل حل نباشد، زندگی اطفال را به خطر مواجه می‌سازد. روی همین دلیل است که تمام نظام‌ها برای انحلال ازدواج در چنین اوقات، قوانین وضع کرده‌اند. نخستین طریقه انحلال ازدواج طلاق است، راه دوم خلع و سومین روش نیز تفریق است. طریقه اول از جانب شوهر صورت می‌گیرد. مورد دوم به تقاضای زن است، ولی در این طریقه رضایت شوهر لازم است^{۱۳}. و بالاخره تفریق به تقاضای زن از جانب محکمه به منصفه اجرا قرار می‌گیرد.

حکم طلاق با مدنظر گرفتن ظروف و شرایط می‌تواند مکروه، حرام، و واجب باشد. توأم با طلاق می‌تواند یک سلسله مسایل تبارز کند. بنابر آن، بسیاری از کشورهای اسلامی برای ثبوت آن در حضور محکمه یا در حضور شاهد‌ها شرایطی وضع کرده‌اند.

شریعت اسلامی -قبل از طلاق برای حل مشکلات خانوادگی بر

۱۳ - رضایت شوهر در طلاق خلع طبق قانون شماره ۱ سال ۲۰۰۰ مصر لازم نیست و اگر شوهر در مقدار بدل خلع موافقت ننماید، قاضی آن را برابر با مهر تعیین نموده و خلع جاری می‌شود.

موضوع صلح تأکید کرده است. و در این راستا پیشنهاد می‌شود که در قانون مدنی افغانستان بعضی تغییرات واقع شود. به طور مثال: شوهر مکلف گردانیده شود که طلاق را در حضور شاهدها یا در محکمه انجام دهد، زیرا که تعداد زیادی از مردان طلاق می‌دهند و بعد از آن انکار می‌کنند. در این چنین موارد زن برای ثبوت ادعای خود دلایل نداشته و حتا روابط خانوادگی آلوده به اعمال حرام می‌گردد.

فصل دهم

تفریق: طلاق قضایی

پوهنمل سلامت عظیمی^۱

مقدمه

تفریق در لغت به معنی پراکنده کردن و جدا جدا کردن چیزی را گویند و در نظام حقوق خانواده افغانستان جدایی زن و شوهر و انحلال عقد ازدواج از طریق محکمه (طلاق قضایی) به عنوان تفریق یاد شده است. قانون مدنی افغانستان به اتکای فقه مالکی از چهار دلیل برای تفریق قضایی نام می‌برد. تفریق در صورتی جواز دارد که زن ثابت کند: به دلیل عیب یا مریضی علاج ناپذیر شوهر؛ ضرری که از جانب شوهر به وی عاید گردیده است؛ و یا عدم پرداخت نفقه از طرف شوهر؛ یا غایب شدن شوهر، زندگی مشترک زناشوه‌ری را بیش از این تحمل نمی‌تواند. بناء تفریق در صورتی واقع می‌گردد که زن و شوهر نسبت به دوام ازدواج مشکلی داشته باشند و از طرق اختیاری مانند: طلاق و خلع ازدواج را منحل نکنند، در نتیجه قاضی میان آن‌ها به جدایی حکم می‌کند.

طبق قانون مدنی، قاضی محکمه احوال شخصیه در صورتی می‌تواند به تفریق میان زن و شوهر حکم نماید که یکی از مسایل چون: عیب، نقص و مرض صعب‌العلاج شوهر، و یا هم اختلاف شدید و غیر قابل حل میان زن و مرد، غایب بودن شوهر به مدت سه سال یا بیش از آن، مفقودالاثربودن شوهر، متضرر شدن زن و یا زندانی بودن شوهر و یا عدم پرداخت نفقه توسط شوهر، از طرف زوجه ادعا شود و یا شوهر در ازدواج متعدد وجود همسر قبلی خود را کتمان نماید. در مورد اخیر ماده ۸۹ قانون مدنی چنین تصریح می‌کند: «شخصی که در ازدواج به بیش از یک زن مطابق حکم مندرج ماده (۸۶) این قانون متاهل بودن خود را کتمان نماید و رضایت و موافقه صریح زنی را که جدیداً به نکاح گرفته است در مورد به دست نیاورده باشد، در این صورت زوجه جدید می‌تواند در صورت عدم رضایت به دوام معاشرت با زوج، مطابق به احکام مندرج ماده (۱۸۳) بر اساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه طلاق نماید.» هم‌چنین «اگر مردی بدون در نظر داشت شرایط ماده ۸۶ قانون مدنی اقدام به ازدواج متعدد نماید، همسر اول طبق ماده ۸۷ قانون مدنی می‌تواند مطابق به احکام مندرج ماده (۱۸۳) این قانون، بر اساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه طلاق نماید.»

از نظر قانون مدنی، تفریق قضایی گاه در حکم طلاق رجعی است و شوهر می‌تواند در دوران عدت دوباره به همسرش رجوع و در این صورت عقد ازدواج تداوم می‌یابد؛ و گاه باین (یعنی شوهر نمی‌تواند در دوران عدت به زن رجوع نماید، بلکه باید دوباره خطبه نکاح خوانده شده و عقد ازدواج صورت گیرد). تفریق به سبب عیب و تفریق به سبب ضرر طبق قانون مدنی طلاق باین محسوب می‌شوند و آثار طلاق باین را به بار می‌آورد. اما تفریق به سبب عدم انفاق و تفریق به سبب غیابت در حکم طلاق رجعی پنداشته می‌شود و با از بین رفتن دلیل تفریق و رجوع شوهر قبل از تکمیل عدت به

زوجه‌اش رابطه زوجیت دوباره برقرار می‌گردد.

گفتار اول: تفریق به سبب ضرر

با در نظر داشت اصل حفظ کرامت انسانی و احترام به حقوق طبیعی هر انسان و منع ضرر و اضرار از نظر شرع، زوجه حق مطالبه تفریق را از محاکم داراست. چنانچه ماده (۱۸۳) قانون مدنی افغانستان تصریح می‌کند: «هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق (جدایی) نماید.»

الف. علل و تشخیص ضرر

گاهی اختلاف و نزاع شدید بین زن و شوهر در اثر طعن و توهین به شخصیت و کرامت انسانی زن، اذیت و آزار او توسط الفاظ فحش و زشت و رکیک، لت و کوب زن، اعتیاد به مواد مخدر و یا هم مجبور گردانیدن او به انجام اعمال خلاف شرع و قانون، مزوی ساختن وی بدون دلیل و سایر مسایل سبب می‌شود، تا ادامه زندگی زناشویی دشوار گردد. طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی، زن می‌تواند در این حالات تقاضای تفریق نماید، اگرچه اثبات ضرر و عدم تحمل ضرر توسط امثال زوجه شرایطی است که زن باید در نظر داشته باشد.

هم‌چنین در قانون مدنی اشاره به ضرر و زیان در گذشته نشده است بلکه از مفهوم ماده ۱۸۳ قانون مدنی که تصریح می‌نماید: «دوام معاشرت در چنین حالت را بین زوجین غیر ممکن گرداند.» استنباط می‌شود، ضرر در حال جریان در محکمه قابل شنیدن است و دعوای ضرری که در گذشته به زن وارد شده قابل شنیدن نیست، مگر ضرری که اثر آن در زمان دعوا موجود باشد.

در اثبات ضرر، زن موظف به ارائه شاهد و دیگر دلایل ثبوت است و چون در دعوای خانوادگی، معمولاً شهودی غیر از فرزندان و یا والدین حضور ندارند- و شهادت آنان نیز پذیرفته نیست- در نتیجه

اثبات ادعا، بویژه در مورد توهین و تحقیر و تحویف، آسان نیست.

علاوه بر آن، شرط دیگر اثبات ضرر وضعیتی توصیف شده که «دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند.» به عبارت دیگر، ادعای زوجه وقتی ضرر پنداشته می‌شود که عرف جامعه آن را ضرر پندارد، چرا که عرفاً بسیاری از زنان انواع گوناگونی از ضرر و خشونت را تحمل می‌کنند و لب به شکایت نمی‌کشایند. به این ترتیب، قضات در فهم این شرط دست باز داشته و می‌توانند بسیاری از دعاوی زنان را نادیده بگیرند. در حالی که تحمل خشونت و یا ضرر، بستگی به میزان آگاهی افراد و عوامل روانی و اجتماعی دارد و تحمل و مدارای خشونت، نمی‌تواند میزان درستی برای تأمین عدالت و قضاوت باشد. چنین برداشتی در تعریف ضرر، علاوه بر آن که خلاف قاعده لاضرر و لاضرار است، برخلاف سیاق آیات قرآن کریم نیز می‌باشد. چرا که آیه ۲۲۹ سوره بقره: «الطلاق مرتان، فامساک بمعروف او تسریح باحسان» یک دستور کلی به دست می‌دهد که شوهر در زندگی زناشویی باید دو راه را در پیش گیرد: یا وظایف خود در قبال زن را به خوبی و شایستگی انجام دهد (فامساک بمعروف) و یا زن را رها سازد (او تسریح باحسان). بنابراین اسلام به مرد اجازه نمی‌دهد که زن را در مشقت و خشونت قرار دهد (گرجی و دیگران: ۱۳۸۴. ص ۳۵۹).

هم‌چنین قانون مدنی، ذکری از انواع ضرر نمی‌نماید که در نتیجه بسیاری از اضرار مانند اعتیاد مفرط زوج که مخل زندگی خانوادگی باشد؛ سوء رفتار متداوم شوهر؛ ضرب و شتم زوجه و غیره تابع تصمیم قاضی می‌گردد. و نیز در صورتی که ضرر نزد قاضی ثابت گردد، پیش‌بینی خاصی مبنی بر جبران ضرر توسط شوهر در قانون ذکر نشده است و بدین ترتیب در اکثر دعاوی تفریق به سبب ضرر، جبران ضرر وارده بر زن مغفول و مسکوت می‌ماند.

ب. رویه قضایی در دعاوی تفریق به سبب ضرر پس از آنکه محکمه تمام جوانب قضیه را بررسی کرد، طبق ماده ۱۸۴ «هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت گردیده و اصلاح بین زوجین صورت گرفته نتواند، محکمه به تفریق حکم می‌نماید» در این صورت «تفریق، حکم يك طلاق بائن را دارد.» در صورتی که زن نتواند ادعای ضرر را به اثبات برساند و به ادعای خود اصرار داشته باشد، محکمه در قدم اول دعوا را به حکمیت ارجاع می‌دهد و توسط یک استعلام که به نام استعلام اصلاحی یاد می‌شود، خواهان تعیین حکمین از طرف مدعی و مدعی علیه می‌شود. به اساس ماده (۱۱۱) قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان محکمه می‌تواند یک قضیه را دو مرتبه به حکمیت ارجاع دهد.

مواد ۱۸۵ الی ۱۸۸ قانون مدنی افغانستان در مورد حکمیت تصریح می‌کند: «هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده و زوجه به ادعای خود اصرار داشته باشد، محکمه دوشخص را به حیث حکم جهت اصلاح بین زوجین تعیین می‌کند. حکم باید شخص عادل بوده یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجه باشد. اگر اقارب زوجین موجود نباشد، حکم از اشخاصی تعیین می‌گردد که از احوال زوجین معلومات کافی داشته به اصلاح بین زوجین قادر باشد حکم باید در محکمه سوگند یاد نماید که وظیفه خود را به عدل و امانت‌داری ایفا می‌کند.»

«اشخاصی که به حیث حکم تعیین می‌شوند باید علل اختلاف و طرق اصلاح بین زوجین را تشخیص کرده و در تأمین اصلاح زوجین کوشش نمایند. اگر حکمین به اصلاح بین زوجین موفق نشوند و منشا اختلاف زوج یا زوجین بوده و یا اصلاح معلوم نباشد، محکمه به تفریق بین آنها حکم می‌کند. در صورتی که زوجه منشاء اختلاف باشد، محکمه می‌تواند در بدل کل مهر و یا قسمتی از آن به تفریق حکم نماید.» هرگاه حکم تفریق به سبب ضرر از طرف محکمه صادر گردد، طبق حکم بند دوم ماده (۱۸۴) قانون مدنی افغانستان، تفریق به سبب

ضرر آثار طلاق باین را بار می آورد.

پ. اهمیت حکمیت از نظر شرع

تعیین حکم (داور) طبق دستور آیه ۳۵ سوره نساء صورت می گیرد، چرا که از نظر شریعت اسلام، عقد ازدواج و کانون خانواده مقدس بوده و انحلال آن (چه به صورت طلاق از سوی مرد و چه طلاق قضایی / تفریق) مذموم است. بر همین اساس با رعایت آیهی ۳۵ سوره نساء «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» یعنی: اگر بیم آن داشته باشید که میان زن و شوهر شکاف و جدائی بیفتند، یک نفر داور (حکم) از خاندان مرد و یک نفر داور از خاندان زن برانگیزید، اگر داوران نیت اصلاح داشته باشند خداوند میان آن‌ها توافق ایجاد می کند، خداوند دانا و مطلع است - بسیاری از فقها فتوا به وجوب حکمیت در تمامی موارد انحلال ازدواج اعم از طلاق و تفریق داده اند.^۳ در عرف جامعه افغانی نیز، این رویه جاریست، یعنی اقارب طرفین می کوشند مانع از فروپاشی کانون خانواده (طلاق) شده و سعی می کنند طرفین را به سازش بکشانند. بنا بر این محدود ساختن حکمیت به قضیه تفریق - و عدم الزام آن در موارد طلاق - خلاف دستور قرآن کریم و بسیاری از فتاوی علمای و پیش بینی ماده ۵۴ قانون اساسی ناظر بر حمایت از کانون خانواده و عرف پسندیده

۳- امام محمد عبده (۱۹۰۵-۱۸۴۹م) در فتوایی که در ^۴ (الوقائع المصرية) به تاریخ ۸/۳/۱۸۸۱م منتشر شده است می گوید: «لا طلاق إلا أمام القاضي أو المأذون، وبحضور شاهدين علي الأقل، وذلك بعد الاستمهال أسبوعاً للتفكير، وبعد أن يقدم الحكمان - واحدة من أهل الزوج وآخر من أهل الزوجة - تقريراً للقاضي باستحالة العشرة وفشلهما في التوفيق بين الزوجين. ويستند عبده في موقفه المتشدد من الطلاق لمصادر من التراث الإسلامي عده منها علي سبيل المثال حواشي ابن عابدين الذي قال: ((إن الأصل في الطلاق الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعراض يبيحه، فإذا كان بلا سبب، يكون حقاً وسفاهة رأی، ومجرد كفر بالنعمة، وإيذاء للمرأة وأهلها وأولادها)).» ترجمه: امام محمد عبده در کتاب الوقایع المصریه منتشره ۸/۳/۱۸۸۱ میلادی، فتوا می دهد: «طلاق صرفاً در حضور قاضی و یا مأذون (مأمور نیت ازدواج و طلاق در مصر) و در حضور حداقل دو شاهد و بعد از این که طرفین حداقل به مدت یک هفته فرصت تفکر داشته‌اند و بعد از این که هر دو طرف دو حکم (داور) - یکی از اقوام نزدیک زوج و دیگری از اقوام نزدیک زوجه - را جهت میانجی‌گری و داوری معرفی کردند و حکمین عدم توفیق خود در به سازش کشاندن آن دو را به قاضی اطلاع دادند، صورت می‌گیرد.» همچنین سید محمد رشید رضا صاحب تفسیر المنار پس از آنکه رأی می‌دهد که تشکیل حکمیت واجب است، می‌گوید: آنچه عملاً در میان مسلمین وجود ندارد حکمیت و استفاده از مزایای بی پایان آن است، طلاق‌ها مرتب صورت می‌گیرد و شقاق‌ها و خلاف‌ها در خانه‌ها راه می‌یابد بدون آنکه از اصل حکمیت که نص قرآن کریم است کوچک‌ترین استفاده‌ای بشود.

افغانی جهت پیش‌گیری از فروپاشی خانواده هاست.

گفتار دوم: تفریق در سایر نظام‌های حقوقی اسلامی و پیمان‌های جهانی

تفریق به سبب ضرر در قوانین اکثر کشورهای اسلامی تحت عناوین مختلف تصریح شده است و قانون در بعضی از کشورهای اسلامی تحت عنوان «سوء معاشرت» به زن اجازه می‌دهد از محکمه تقاضای طلاق نماید. تفریق در بعضی از نظام‌های حقوقی اسلامی به نام تطلیق ذکر شده و هرگاه زن بدون تفویض صلاحیت طلاق از طرف شوهرش خواستار طلاق قضایی باشد، باید مطابق اکثر نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی دلیل تفریق به اثبات برسد.

۱. تونس

در اینجا می‌توان از تونس به حیث یک استثناء متذکر شد. طبق قانون احوال شخصیه این کشور به هر یک از زوجین حق مساوی تقاضای طلاق از محکمه اعطاء گردیده است (مواد ۲۹-۳۱ قانون احوال شخصیه تونس). مطابق حکم ماده ۳۱ قانون احوال شخصیه تونس طلاق در سه حالت تقاضا شده می‌تواند: ۱- توافق دوجانبه زوجین؛ ۲- به اثر تقاضای یکی از زوجین به سبب ضرر؛ ۳- به اساس درخواست زوج یا زوجه. بر حسب حکم بند سوم ماده ۳۱ قانون احوال شخصیه تونس مرد و زن ضرورت ندارند تا برای طلاق دلیل ارایه نمایند. البته همین ماده امکان جبران ضرری را که همسر (زوج یا زوجه) بوسیله طلاق متحمل می‌شود، پیش‌بینی نموده است. طلاق در تونس به درخواست هریک از طرفین «طلاق» نامیده می‌شود.

۲. مصر:

طبق قانون احوال شخصیه^۴ ۱۹۲۹/۲۵ «زنی که همسرش با کس دیگری ازدواج می‌کند می‌تواند از محکمه تقاضای طلاق به خاطر

۴- این قانون در سال ۱۹۸۵ تحت قانون شماره ۱۰۰ و در سال ۲۰۰۰ تحت قانون شماره ۱ تعدیل شده است.

ضرر مالی و یا شهرت و آبروی خود نماید. این تقاضا حتی اگر در وثیقه ی نکاح نیامده باشد، معتبر است. اگر قاضی نتواند آن دو را به سازش بکشاند، قاضی طلاق باین زن را جاری می‌کند. زوجه و یا زوجات در هر باری که زوج اقدام به تعدد ازدواج نماید، از این حق برخوردار هستند.»

۳. قانون خانواده کشور مغرب

ماده ۹۹: زوجه به سبب هر نوع ضرری که محل تداوم ازدواج گردد، می‌تواند مطالبه تطلیق / تفریق نماید و نیز بر اثر هر عمل و یا رفتار ننگ‌آور و ناقض اخلاق پسندیده از سوی شوهر که در نتیجه آن به زوجه ضرری مادی و یا معنوی برساند و نتواند که عقد ازدواج را دوام دهد.

ماده ۱۰۱: در صورتی که محکمه حکم به تفریق به سبب ضرر (صدمه و آسیب) می‌کند، در همان حکم باید مقدار پول جبران خسارت ناشی از ضرر را نیز معین نماید.

۴. پیمان‌های جهانی

اسناد بین‌المللی حقوق بشر بر برابری بین دو همسر در برخورداری از حق انحلال پیوند زناشویی تصریح و طلاق یک جانبه را تبعیضی خشونت‌بار و منافی شأن و شخصیت زن می‌داند. از همین رو، میثاق «رضایت در ازدواج» و «حداقل سن ازدواج و ثبت نکاح» یادآور این واقعیت‌اند که عرف و قوانین دیرینه در باره خانواده و ازدواج ناسازگار با اصول مندرج در منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشراند.

این اصول که بر پایه شناخت کرامت و منزلت یکسان و برابر انسان‌ها قرار دارند، حقوق و وظایف مرد و زن را هم در ازدواج و هم هنگام طلاق تضمین می‌کنند. الحاق به «اعلامیه حذف هر نوع خشونت علیه زنان» مستلزم آن است که دولت‌ها «هر معامله و هر

نوع سند خصوصی را که منافی و محدود کننده اهلیت قانونی زنان باشد فاقد اعتبار قانونی شناسند. (ماده ۱۵).»

علاوه بر آن کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان در ماده شانزدهم تصریح می نماید که داشتن حق یکسان برای (انعقاد) ازدواج؛ داشتن حق آزادانه و یکسان برای انتخاب همسر و (انعقاد) ازدواج بر پایه رضایت آزاد و کامل دو طرف؛ داشتن حقوق و مسئولیت های یکسان در دوران ازدواج و هنگام انحلال آن (جدایی) باید برای زنان نیز لحاظ گردد.

قانون اساسی افغانستان ماده ۷ صراحت دارد که: «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند.» بنا بر این افغانستان نمی تواند از مکلفیت های خود در قبال معاهدات بین المللی پیش گفته چشم پوشی نماید.

گفتار سوم: مطالعات و استدلال های جامعه شناختی
متأسفانه در افغانستان تحقیقی جامع در مورد آثار طلاق و تفریق صورت نگرفته است، اما تحقیقات در دیگر کشورهای اسلامی نشان می دهد که برخلاف پنداشت رایج، الزام زن و مرد جهت تقاضای طلاق در محاکم، لزوماً موجب افزایش طلاق نمی شود. در تونس که طلاق یک جنبه منسوخ شده است و مرد و زن حقوقی برابر در جدائی از یکدیگر یافته اند و طلاق باید در دادگاه انجام شود؛ بررسی ها و آمار به دست آمده نشان می دهد که تعداد طلاق از سال ۱۹۵۸ تا ۲۰۰۰ در میانگین ۱۴٪ در تونس ثابت مانده است.^۵ با این وجود در کشورهایی که مرد می تواند یک جنبه از طریق طلاق ازدواج را منحل کند، میزان انحلال ازدواج توسط مردان بیش از قضایای تفریق است. به عنوان نمونه، در سال های ۱۹۸۷-۱۹۸۸ در الجزائر ۱۰۷۶۲ طلاق با رضایت دوطرف انجام گرفت در حالی که این رقم در مورد طلاق به اراده شوهر به ۱۸۶۵۲ مورد می رسید.

مطالعات و پژوهش‌های کارشناسان مصری نشان می‌دهد که هزینه مستقیم و غیر مستقیم طلاق در این کشور از نظر مالی بالغ بر هفت میلیارد جنیه (معادل ۱.۲ میلیارد دلار) می‌گردد که معادل ۱.۲٪ تولید ناخالص ملی است. در صورتی که این مبلغ جهت توسعه اقتصادی کشور مصر سرمایه گذاری شود، رشد توسعه اقتصادی را ۰.۶٪ افزایش می‌دهد. بنابراین دولت‌ها باید علاوه بر حمایت از کانون خانواده، هزینه‌های طلاق‌های خودسرانه را نیز در هنگام سیاست‌گذاری‌های ملی در نظر گیرند.^۶ هم‌چنین تحقیقات حاکی از تحمیل آثار ناگوار روانی بر اعضای خانواده و تمام وابستگان نزدیک زوجین مخصوصاً اطفال است. فرزندان طلاق از امراض روانی بسیاری به ویژه: فشار روانی، ناهنجاری، خشونت، عقده‌های ناشی از کمبود پدر و یا مادر، ترک تعلیم، احساس ناامنی، بحران شخصیت، عصبانیت و بی‌مهری در رنجند.^۷ معهدنا بخش اعظم این هزینه به دوش مردم تحمیل می‌شود و بیجا نیست که در الجزائر و مراکش طلاق یک جانبه نوعی خشونت شمرده می‌شود زیرا به فروپاشی خانواده می‌انجامد، بحرانی با پیامدهای ناگوار به بار می‌آورد و اغلب منجر به خروج ناخواسته زن و کودکانش از خانه و خانواده، پس از سال‌ها زندگی در آن می‌شود.

مهم‌تر از همه، تفریق زنانی را که سرپرستی کودکان خود را به عهده گرفته‌اند به وضعی متزلزل دچار می‌کند. این تزلزل هنگامی بیشتر می‌شود که دگرگونی نظام اقتصادی به ضعف خانواده‌های گسترده انجامیده است و زن مطلقه را از حمایت این نهاد محروم کرده است.

در مراکش آمار نشان می‌دهد که زنان مطلقه در فشار تنگدستی قرار دارند و ناچارند بیشتر از دیگران کار کنند و ۵۴٪ آنان در برابر ۲۳٪/۵ بیوه‌ها و ۲۸/۴ زنان شوهردار مشغول به کاراند. طبق همین

۶- د. حمدی الحناوی، د. سلوی عبدالباقی، "التكاليف الاقتصادية و النفسية للطلاق في مصر"، ۲۰۱۰، مرکز قضايا المرأة المصرية، القاهرة، مصر
۷- همان

آمار، زنان جوان تر در مخاطره بیشتری قرار دارند. شمار زنانی که در سنین بین ۱۵ تا ۱۹ به نیروی کار پیوسته‌اند، ۳۳٪ است.^۸

نتیجه گیری تطبیقی

ملاحظه می‌شود که قوانین دیگر کشورهای اسلامی یا موارد ضرر را به گونه‌ای دقیق ذکر کرده و یا طرق طرح دعوای تفریق را عملی تر و سهل تر نموده‌اند. هم‌چنین جبران خسارت در قضایای تفریق به سبب ضرر، اجرای حکمیت در تمام موارد انحلال ازدواج و نظام‌مند ساختن طلاق از طریق الزام بر اجرای آن در محاکم، ثبت آن و سعی در رعایت تعهدات بین‌المللی، دیگر پیش‌بینی‌های مفید آن قوانین است. به نظر می‌رسد که - با توجه به اینکه مفاد قوانین مذکور بر شریعت استوار است - استفاده از تجارب آن کشورها با اصول و قواعد حقوقی افغانستان هیچ مابینتی ندارد و می‌توان از آن تجارب در راستای حمایت از خانواده‌ها و حقوق اعضای آن‌ها استفاده کرد. قانون خانواده می‌تواند محیطی امن - به دور از هراس و توطئه برای طلاق زنان - عاری از خشونت و حامی را تجسم بخشد و هزینه‌های روانی و مالی طلاق‌ها را به حداقل کاهش دهد.

فصل یازدهم حضانت

مونسه بهرام^۱

مقدمه

حضانت به عنوان یکی از آثار ازدواج و طلاق مبحث مهمی از حقوق خانواده را به خود اختصاص می‌دهد. این فصل به طرح این موضوع از منظری تطبیقی پرداخته و به اختصار آن را در قوانین کشورهای اسلامی، فقه و پیمان‌های بین‌المللی بررسی می‌نماید.^۲

گفتار اول: تعریف و مبانی شرعی حضانت

الف. تعریف حضانت

حضانت به معنای پروردن و پروراندن و در کنار گرفتن طفل است. ریشه این واژه، حَضَن است که زیر بغل تا تهی‌گاه و سینه و دو بازو و آغوش را می‌گویند. در بغل گرفتن، در کنار نهادن، زیر

۱- معاون بخش قانون خانواده در موسسه حقوق و دیوکراسی

۲- این فصل ترجمه و تألیفی از منابع مختلف به ویژه مقاله ذیل است:

بال گرفتن نیز از معانی این واژه است.^۳ و علامه جرجانی، حضانت را چنین تعریف می‌نماید: حضانت عبارت از نگهداری و پرورش طفل است.^۴

اما قاموس مشهور «لسان العرب» حضانت را عامتر تعریف می‌کند و می‌گوید که: «حضانت عبارت از نگهداری و مراقبت از کسی است که خود به امور خویش رسیدگی کرده نمی‌تواند مانند: طفل و یا مجنون. این نگهداری و مراقبت مشتمل بر تهیه خوردنی‌ها، نوشیدنی‌ها و مهیا ساختن هرآن چیزی است که به رشد وی لازم و مفید است.» پس می‌توان گفت که در اصطلاح، حضانت به مفهوم حفاظت کسانی است که نمی‌توانند مستقلاً از خود مواظبت و وظایف لازم را انجام دهند، مانند طفل و یا شخص مجنون. اما در قوانین بیشتر منظور از حاضن و حاضنه، پدر و مادر -در اغلب موارد- و دیگر اقارب نزدیک طفل را گویند که نگهداری و پرورش کودک را بر عهده دارند.

در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که به مسئله حضانت طفل اشاره نموده است مانند این قول خداوند (ج) «وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَفْلَأَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ»، «در آن هنگام که آن‌ها قلم‌های خود را برای (قرعه کشی) و تعیین سرپرستی مریم در آب می‌افکندند، تو حاضر نبودی و نیز به هنگامی که (علمای بنی اسرائیل برای کسب افتخار سرپرستی او) با هم کشمکش داشتند حضور نداشتی.» (سوره آل عمران، آیه ۴۴)

بر اساس بند ۱ ماده ۲۳۶ قانون مدنی افغانستان حضانت عبارت است از «حفاظت و پرورش طفل در مدتی که طفل به حفاظت و پرورش زن محتاج باشد.»

۳- جَز، خلیل، فرهنگ لاروس، (سوم: امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۰)، ص ۸۴۱-۸۴۲.

۴- کتاب التعريفات، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۹۹۵، صفحه ۸۸

ب. حضانت حق است یا تکلیف؟

حضانت حق محض نیست بلکه جنبه تکلیفی هم دارد، زیرا در آن طفل نیز ذی نفع است، و هر نوع توافق والدین که منجر به ضرر وی شود فاقد اعتبار قانونی است. علمای حنفی در این زمینه اختلاف نظر دارند و گروهی از آنان بدین باورند که حضانت حقی برای طفل است که مادر نمی تواند آن را عوض طلاق خلع قرار دهد یا حق خود را اسقاط و یا مصالحه کند. اما در فقه امامیه (بنابر قولی) و در فقه شافعی و حنبلی، مادر حق دارد از حقوق خود در این زمینه صرف نظر کند و اگر از انجام حضانت امتناع کند، نمی توان او را مجبور و ملزم به آن کرد.^۵»

پ. سن، اختیار و مصلحت طفل در انتخاب حضانت کننده از نظر شریعت

طبق مذهب امام شافعی (رح) برای طفل خواه پسر باشد و یا دختر حق انتخاب داده شده تا یکی از والدین را برای سرپرستی و حفاظت برگزیند. النووی برای حق انتخاب کدام سن مشخص را ذکر نکرده و در عوض عبارت ذیل را به کار برده است، «وقتی که طفل به سن تمیز می رسد»، در مذهب حنبلی، حق انتخاب فقط برای طفل مذکر داده شده است. حنبلی ها استدلال می کنند که برای دختران این حق داده نشده به علت این که شریعت به شکل صریح از آن ذکر نکرده و در تمام حدیث های مرتبط به نقل قول از حضرت محمد (ص) و عمل صحابه کرام در مورد حق انتخاب از پسران ذکر شده نه از دختران. در این مورد آن ها از نظریات شان مبنی بر حدیث نبوی حمایت می کنند. «از ابو هریره (رض) روایت شده است که حضرت محمد (ص) فرمود: بر یک پسر حق داده شده است تا از میان پدر و مادر یکی را انتخاب کند.»

همچنین ابو هریره (رض) روایت می کند: «که یک زن نزد پیامبر

۵- بررسی تطبیقی حقوق خانواده، صفحه ۴۴۷

۶- النووی، منهاج الطالبین، صفحه ۳۹۲

(ص) آمد و پرسید: ای فرستاده خدا، شوهر من می‌خواهد که پسر من را با خود ببرد در حالی که او از چشمه ابی عتبه برایم آب می‌آورد و این آب برایم مفید است. بعد پیامبر (ص) برای پسر گفت: این پدر تو است و این هم مادر تو است، دست هر کسی را که می‌خواهی بگیر، سپس پسر دست مادر خود را گرفت و مادرش با او رفت.^۷»

حق انتخاب در عمل صحابه کرام نیز مشاهده شده است. از حضرت عمر (رض) روایت است که او یک پسر را مخیر ساخته بود تا از پدر و مادر یکی را انتخاب کند. از یکی دیگر از صحابی نیز منقول است که: «حضرت علی (ع) از من خواست تا از میان کاکا و مادر خود یکی را انتخاب کنم، و در آن زمان من یک طفل هفت و یا هشت ساله بودم.^۸»

ابن قدامه می‌افزاید، طفلی که تا هنوز کوچک است، ضرورت او به خدمات مادر یا حضانت کننده زن بیشتر است، زیرا آنان بهتر می‌توانند که در این مدت ضروریات طفل را برآورده سازند. اما با بزرگ شدن طفل وضعیت تغییر می‌کند، بناء، در چنین حالت مناسب است که حق انتخاب به طفل داده شود.^۹ در این موارد، دلیل قایلان به حق انتخاب توسط طفل، روی این اصل استوار است که طبیعتاً طفل به طرف یکی از والدین خود (پدر و یا مادر) بیشتر متمایل می‌شود که با او بیشتر مهربان و رفتارش محبت‌آمیز باشد.^{۱۰}

معهداً، حق انتخاب باید در راستای مصلحت و سعادت طفل باشد. در یک قضیه، که ابن تیمیه قاضی بود، به یک طفل حق انتخاب داده شد تا از میان پدر و مادر خود یکی را انتخاب کند، او پدر خود را انتخاب کرد به دلیل این که مادرش هر روز وی را به مکتب روان می‌کرد و معلم نظم و سخت‌گیری بیشتری را بالای او تطبیق می‌کرد، حال آن که پدرش هر روز او را اجازه می‌داد که با

۷- ابو داود، سنن ابو داود، صفحه ۶۱۷

۸- ابن قدامه، صفحه ۱۴۲، الشافعی، صفحه ۹۲

۹- ابن قدامه، صفحه ۱۴۳

۱۰- همان، صفحات ۱۴۲-۱۴۳

دوستانش بازی کند. اما پسر خلاف میل او به مادرش سپرده شد. پس در صورت تنازع میان مصلحت واقعی طفل و انتخاب طفل، مصلحت طفل مقدم دانسته می‌شود.^{۱۱}

از نظر بسیاری از علما، بعد از آن‌که طفل مدتی را نزد یکی از والدین سپری کرد، هرگاه بخواهد نزد دیگری برود، به وی اجازه داده خواهد شد^{۱۲} و اگر طفل دوباره تصمیم بگیرد که نزد پدر و یا مادرش که قبلاً حضانت طفل با او بوده باز گردد، اختیار طفل مسموع است و طفل دوباره به همان شخص قبلی سپرده می‌شود. در اختیار طفل به جز مصلحت وی - هیچ مانعی وجود ندارد و به هر اندازه که طفل خواسته باشد می‌تواند مدتی را با پدر و یا مادر خود سپری کند.^{۱۳}

هرگاه چنین به نظر برسد که طفل نمی‌خواهد با هیچ یک از پدر و مادر خود زندگی کند، و یا او می‌خواهد با هر دوی آنها باشد، مسئله توسط قرعه حل خواهد شد. به نظر می‌رسد که این تصمیم ناشی از قضیه حضرت مریم (ع) مادر حضرت عیسی (ع) باشد، هنگامی که خداوند (ج) از حضرت ذکریا (ع) خواست به خاطر تعیین حاضن حضرت مریم، قرعه اندازد. (آیه ۴۴ سوره آل عمران)

بر اساس نظریات مذهب شافعی، هرگاه طفل از انتخاب انکار کند، مانند قضیه طفل غیر ممیز، بر مادر اولویت داده می‌شود^{۱۴}. اما، اگر طفل بعد از یک مدت بخواهد انتخاب کند، این حق هنوز معتبر خواهد بود.^{۱۵}

بر اساس مذاهب حنبلی و شافعی، حق انتخاب نه تنها میان والدین، بلکه میان یک تن از والدین و دیگر اشخاص نیز قابل تطبیق

۱۱- السید سابق، فقه السنه، صفحه ۳۱۳

۱۲- ابن قدامه، همان، صفحه ۱۴۳؛ الشافعی، همان، صفحه ۹۲؛ النووی، همان، صفحه ۳۹۲

۱۳- ابن قدامه، همان، صفحه ۱۴۳

۱۴- النووی، همان، صفحه ۳۹۳

۱۵- ابن قدامه، همان، صفحه ۱۴۴

است و یا حتی میان کسانی که مستحقین حضانت‌اند^{۱۶}. در نتیجه، يك طفل می‌تواند از میان مادر و کاکای خود یکی را انتخاب کند و یا از میان مادر کلان مادری یا پدر خود یکی را به عنوان حاضن اختیار کند^{۱۷}. این قاعده هم مهم است و هم عملی، چون حق انتخاب همیشه از میان پدر و مادر میسر نمی‌باشد.

برای این‌که حق انتخاب تحقق یابد، لازم است اشخاصی که مورد انتخاب قرار می‌گیرند واجد شرایط حضانت بوده،^{۱۸} و فاقد صلاحیت نباشد^{۱۹}. از جانب دیگر، طفل باید نقص عقلی مانند جنون نداشته باشد تا توانائی او را در حق انتخاب بی‌اعتبار نسازد^{۲۰}. هرگاه طفل چنین نقص عقلی داشته باشد، مادر در حضانت آن طفل مقدم بر دیگران است همان‌گونه که مادر در حضانت طفل غیرمميز حق تقدم دارد.

هر چند آرای دیگری نیز در باب حضانت اطفال از جانب فقها مطرح شده و مذهب حنفی و امام مالک، با چنین حق انتخاب میان مادر و دیگر اقارب، موافق نیست. بر اساس نظر امام مالک (رح)، مادر از حق تقدم در حضانت پسر خود تا او به سن بلوغ برسد، برخوردار است^{۲۱}. و از جانب دیگر، بعضی از علمای حنفی بدین باورند که هرگاه پسر به اندازه‌ای بتواند مستقل زندگی کند و به خوراك، پوشاك، و نظافت قادر شود، پس پدر در حضانت وی محق‌تر است، زیرا بعداً زمینه فرا گرفتن علم و آداب معاشرت، از طریق بودن با پدر و یا اقارب پدری بیشتر مساعد است.

طبق ماده ۲۵۱ قانون مدنی افغانستان هرگاه ثابت گردد شخصی که حضانت طفل را به عهده دارد گرچه پدر وی نیز باشد، به مصلحت

۱۶- الشافعی، همان، صفحه ۹۲؛ النووی، همان، صفحه ۳۹۲

۱۷- ابن قدامه، صفحه ۱۴۴؛ النووی، صفحه ۳۹۲ محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، ص ۳۸۰؛ وهبة الزحلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ص ۷۳۲۳ و ۷۳۲۴.

۱۸- ابن قدامه، همان، صفحه ۱۴۴

۱۹- النووی، همان، صفحه ۳۹۲؛ الشافعی، همان، صفحه ۹۲

۲۰- ابن قدامه، همان، صفحه ۱۴۴؛ الشافعی، همان، صفحه ۹۲

۲۱- الاصبیحی، المدونه، صفحه ۲۴۴

طفل تمام نمی‌شود، محکمه می‌تواند طفل را جهت حفاظت و پرورش به شخصی که به درجه دوم مستحق حضانت است، تسلیم نماید.

گفتار دوم: حق حضانت در قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان در بند دوم ماده ۲۳۶ تصریح می‌کند که: «حضانت حق اشخاصی است که به اساس این قانون تنظیم گردیده است.» و طبق حکم ماده ۲۴۳ «هر گاه حق حضانت به سببی از اسباب قانونی ساقط گردد، با از بین رفتن سبب مذکور، این حق دوباره اعاده می‌گردد.» با این حال طبق ماده ۲۳۷ «مادر نسبی در خلال زوجیت و بعد از تفریق به حفاظت و پرورش طفل حق الویت دارد. مشروط بر این که واجد شرایط اهلیت حضانت باشد.» همچنین عقل و رعایت امانت و عدم احتمال ضایع شدن طفل نیز جزو شروط حضانت‌کننده است: ماده ۲۳۸ «زنی که حضانت طفل را به عهده می‌گیرد باید عاقله، بالغه و امینه بوده که خوف ضیاع طفل نسبت عدم واریسی وی متصور نباشد و توان حفاظت و پرورش طفل را داشته باشد.»

پس از مادر حق حضانت طفل با جد مادری طفل است و این سلسله (زنانی که حق حضانت طفل را دارند به ترتیب درجه استحقاق) مطابق ماده ۲۳۹- عبارت‌اند از: ۱- مادر، مادر مادر و یا بالاتر از آن. ۲- مادر پدر. ۳- خواهر اعیانی. ۴- خواهر اخیافی. ۵- خواهر علاقی. ۶- دختر خواهر اعیانی. ۷- دختر خواهر اخیافی. ۸- دختر خواهر علاقی. ۹- خاله اعیانی. ۱۰- خاله اخیافی. ۱۱- خاله علاقی. ۱۲- خاله اعیانی پدر. ۱۳- خاله اخیافی پدر. ۱۴- خاله علاقی پدر. ۱۵- عمه مادر. ۱۶- عمه پدر.

با آن‌که ارجحیت منفعت و مصلحت طفل در موضوع حضانت، آن طور که در فقه مبسوطاً بحث شده، در قانون مدنی نیامده، اما منفعت و مصلحت طفل در رابطه با این امر حداقل دو بار در این قانون صراحتاً ذکر شده است. یک بار در تمدید زمان حضانت توسط قاضی به مدت دو سال است و در نتیجه دختر تا یازده سالگی و

پسر تا ۹ سالگی می‌تواند نزد مادر خود بماند و همچنین در صورت تعدد مستحقین حضانت ماده ۲۴۲ حکم می‌کند: «هرگاه بیش از يك نفر حق حضانت طفل را داشته باشند، محکمه می‌تواند هر کدام را که بیشتر به مصلحت طفل باشد، انتخاب نماید.»

گفتار سوم: شرایط مستحقین حضانت

بر اساس نظر بعضی از فقها، شخص حضانت‌کننده باید اهلیت قانونی داشته و به سن بلوغ رسیده باشد، و به اساس نظریات دیگران به سن بلوغ و رشد رسیده باشد^{۲۲}. کسی که مرتکب گناه کبیره شود و یا کسی که به ارتکاب گناهان کوچک ادامه دهد (مثلاً کسی که شراب می‌نوشد و یا مرتکب زنا می‌شود و یا نماز نمی‌خواند)، مستحق حضانت نمی‌شود^{۲۳}. هرگاه مستحقین حضانت دارای صفات خوب باشند اغلب طفل از او پیروی می‌کند. بناءً شرعاً به مصلحت طفل است تا با کسی که دارای اخلاق و منش خوب است، زندگی کند.

همچنین از نظر برخی از فقها توانایی و امکان رسیدگی به امور طفل جزو شرایط حضانت‌کننده است. پس کسی که ناتوان است و مستقلاً نمی‌تواند به امور خوراک و پوشاک و نظافت خود رسیدگی کند و خود نیاز به حضانت‌کننده دارد، نمی‌تواند حضانت دیگری را تعهد نماید. ناتوانی در نگهداری و مراقبت طفل می‌تواند عوامل مختلف داشته باشد: مثلاً موجودیت نقص یا عیب فیزیکی که حاضن یا حاضنه را از وظایف و مسوولیت‌های حضانت باز دارد، و نیز مرضی خطرناک، پیری یا سالخوردگی، فراموش‌کاری یا غفلت. بناً با در نظر داشت مصلحت طفل، یک شخص نابینا، و یا یک شخص سالخورده که خود به مراقبت نیاز دارند، و یا شخصی که در کار و بار خود بسیار مصروف است که شاید در نگهداشت طفل غفلت کند، و یا کسی که به مرض ساری جدی و خطرناک دچار باشد مانند برص،

۲۲- الزحلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۷، صفحه ۷۲۶

۲۳- ابن قدامه، همان، صفحه ۱۳۷؛ التوی، همان، صفحه ۳۹۲

نمی‌تواند که مستحق حضانت باشد.

همچنین آن‌گونه که «بررسی تطبیقی حقوق خانواده» در صفحات ۲۶۱-۲۶۵ اشاره می‌نماید، از نظر شرع، جنون ابوبین، انحطاط اخلاقی و عدم مواظبت صحیح از طفل، کفر و شوهر کردن مادر - در بعضی موارد - نیز موجب سقوط حق حضانت شمرده شده است. در مورد اخیر از نظر مذاهب اهل سنت اگر مادر طفل مطلقه گردد و با مرد بیگانه و غیر از محارم کودک ازدواج کند، حق حضانت او ساقط می‌شود، ولی اگر زوج جدید از محارم طفل باشد، حضانت مادر باقی خواهد ماند. البته در تعارض با این رأی، بخاری از ابن مالک نقل می‌کند که گفت: «وقتی پیامبر خدا وارد مدینه شد خادم نداشت. ابوطلحه شوهر مادر مالک او را به نزد پیامبر برد و گفت «ای پیامبر خدا، انس پسر خوب و زیرکی است. در سفر و حضر به شما خدمت خواهد کرد.» ابن حزم در تفسیر این حدیث چنین می‌نویسد: ابن انس را مادرش سرپرستی می‌کرد گرچه شوهر داشت و آن شوهر ابوطلحه بود و پیامبر خدا نیز این را می‌دانست^{۲۴}. به هر صورت علمای حنفی، شافعی و امامیه عقیده دارند که حضانت طفل بعد از طلاق و جدایی مادر از شوهر جدید، به مادر باز می‌گردد.

در قانون مدنی شرایط مستحقین حضانت به طور کامل بر شمرده نشده است در نتیجه در عمل، گاهی اطفال مجبوراً وضعیت رقت‌باری را تحمل می‌کنند که به منفعت و مصلحت طفل نیست و حتا موجب هتک کرامت انسانی وی می‌گردد. بنابراین جهت جلب منفعت علیای کشور، قانون باید این خلاء را به گونه‌ای رفع کند که منفعت و مصلحت طفل و جامعه رعایت شود. در این راستا با توجه به آموزه‌های شرعی و تجارب دیگر کشورهای اسلامی قانون می‌تواند شرایط شخص حضانت‌کننده را به گونه‌ای بر شمارد که حداقل مشتمل بر این موارد باشد: داشتن اهلیت کامل حقوقی اشخاص غیر از والدین؛ درستکاری، امین و قابل اطمینان بودن؛ عدم محکومیت به

جرایم قاچاق انسان، مواد مخدر، گدایی، تروریسم و جرایم علیه اطفال و جنایت؛ عدم محکومیت به ممنوعیت از سرپرستی و یا فقدان شرایط حضانت طبق حکم محکمه؛ عدم مجبورتیت به حکم محکمه؛ عدم ابتلا به امراض ساری و صعب العلاج؛ عدم اعتیاد به مواد مخدر و الکل؛ عدم اشتها به فساد اخلاقی؛ عدم کهولت و یا معیوبیتی که به تشخیص محکمه باعث خلل در اجرای وظایف حضانت گردد.

علاوه بر شرایط فوق‌الذکر رفتار نیکو و توأم با احترام به کرامت انسانی طفل اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد و لازم است تا قانون به آن صراحت بخشد و حضانت‌کننده طفل را از لت و کوب و یا تعذیب جسمی و روانی طفل بر حذر داشته، و وی را ملزم سازد تا زمینه‌ی تعلیم و تحصیل، فن و کارآموزی طفل را فراهم آورد و وی را عاطل و بیکار که باعث از بین رفتن استعدادش گردد، نگذارد.

گفتار چهارم: اجرت حضانت از دیدگاه شریعت و قانون مدنی افغانستان

حنفیه را عقیده بر این است که مادر اگر در علقه زوجیت پدر طفل باشد یا در عده طلاق رجعی، اجرت حضانت فرزند به وی تعلق نمی‌گیرد؛ ولی اگر در عده طلاق باین یا فسخ نکاح باشد، نفقه بر عهده پدر است و اجرت حضانت از مال طفل اگر مال‌دار باشد پرداخت می‌شود و الا بر عهده کسی است که تکلیف پرداخت نفقه طفل را به عهده دارد^{۲۵}. در فقه شافعی و حنبلی اعتقاد بر این است که مادر می‌تواند اجرت حضانت را مطالبه کند و شافعیه تصریح می‌کنند که اگر صغیر مالی داشته باشد، اجرت از مال او پرداخت می‌شود و الا پرداخت اجرت بر عهده پدر یا کسی است که مکلف به پرداخت نفقه طفل است. اما در فقه امامیه و مالکیه اجرتی برای انجام امر حضانت پیش‌بینی نشده است. در فقه امامیه فقط اجرت شیردادن مادر به طفل، پذیرفته شده که اگر کودک مالی داشته باشد

از آن مال اجرت رضاع پرداخت می‌گردد و الا پدر اگر مال‌دار باشد باید اجرت رضاع را به مادر بپردازد.

از دیدگاه قانون مدنی افغانستان، ماده ۲۴۴: «اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع و نفقه بوده و پدر طفل به پرداخت آن مکلف است. در صورتی که طفل مالک داری شخصی باشد، این اجرت از داری وی پرداخته می‌شود. مگر اینکه پدر تبرعا آن را بپردازد.» و در مطابقت با دستورالعمل فقه حنفی، طبق ماده ۲۴۵ «مادر تا وقتی که در قید نکاح یا عدت طلاق رجعی زوج باشد، مستحق اجرت حضانت نمی‌گردد.» و لی «در صورتی که در عدت طلاق بائن بوده یا با شخصی که محرم طفل است ازدواج کرده و یا معتده او باشد، مستحق اجرت حضانت می‌گردد.»

در صورت تنگدستی و اعسار شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت، بر اساس ماده ۲۴۶ شخص حاضنه مخیر است که حضانت را بدون اجرت به عهده گیرد و یا طفل به متبرع (داوطلب حضانت بدون توقع اجرت) واگذار شود البته در صورتی که یکی از محارم حضانت طفل را دواطلبانه به عهده گیرد. اما در صورتی که شخص مکلف به پرداخت اجرت دارا باشد و یا صغیر خود دارایی کافی داشته باشد، کسی نمی‌تواند حق حضانت شخص حاضنه را ساقط کند. بلکه اجرت وی نیز باید پرداخت گردد.

گفتار پنجم: مدت و مصارف حضانت در شریعت و قانون مدنی افغانستان

الف. مدت حضانت

طبق ماده ۲۴۹ قانون مدنی افغانستان «مدت حضانت پسر با سن هفت و از دختر با سن (۹) سالگی تمام خاتمه پیدا می‌کند.» اما همانگونه که ذکر شد. «محکمه می‌تواند مدت حضانت را تمدید نماید. مشروط بر اینکه مدت تمدید شده از دو سال تجاوز نکند.»

در مورد تعیین سن حضانت، در فتاوی‌های فقهای اهل سنت اختلاف

نظر وجود دارد، در مذهب حنفی، مدت حضانت پسر را تا سن هفت سالگی و دختر را تا ۹ سالگی می‌دانند و در مکتب شافعی عقیده بر این است که مدتی برای حضانت نیست و طفل نزد مادر خود می‌ماند تا به سن تمیز و تشخیص برسد که کدام یک از ابویین را برای ادامه زندگی در کنار وی انتخاب کند و اگر فرزند تصمیم گرفت با مادر زندگی کند، چنان چه پسر باشد باید شب‌ها در منزل مادر و روزها در منزل پدر زندگی کند، تا پدر به تعلیم و تربیت وی بپردازد و اگر فرزند دختر باشد می‌تواند شب و روز نزد مادر خود زندگی کند.

در مکتب مالکی پایان مدت حضانت پسر رسیدن به سن بلوغ است و مدت حضانت دختر تا زمانی ادامه می‌یابد که شوهر کند. حنابله می‌گویند پایان مدت حضانت برای پسر و دختر رسیدن آن‌ها به سن هفت سالگی است و بعد از آن طفل اختیار دارد یکی از والدین خود را برای ادامه زندگی با وی انتخاب کند.^{۲۶} از نظر بعضی علمای امامیه نیز تعیین مدت حضانت امر تعبدی نیست، بلکه بستگی به شرایط و مقتضیات حضانت‌کننده و مصلحت طفل دارد.^{۲۷}

ب. مصارف حضانت

شروعاً تمام مصارف تربیت و پرورش اطفال از قبیل نگهداری، منزل، تحصیل و دیگر مصارف از مسولیت‌های پدر است.^{۲۸} پدر تأمین هزینه خدمات دیگر مانند فرستادن طفل به مکتب و دیگر ضروریات را نیز به عهده دارد.^{۲۹}

قانون مدنی افغانستان موضوع تأمین هزینه تعلیم طفل را تذکر داده است اما لازم است جهت تحقق حکم ماده ۴۳ قانون اساسی مبنی بر اجباری بودن تعلیم تا پایان دوره متوسطه، این مهم در قالب وظایف پدر و حق نفقه و هزینه حضانت طفل، بازتاب یابد. چرا که

۴۶۰-۴۵۹ همان . ص

27- <http://www.encyclopaediaislamica.com/madkhal2.php?sid=6294>

۲۸- الاصبیحی، مدونه، صفحه ۲۴۷

۲۹- همان، صفحه ۲۴۶

در قرن حاضر، تعلیم و تربیت صحیح را هم‌پایه خوراک و پوشاک، مهم می‌دانند.

گفتار ششم: جامعه و حضانت و تربیت صحیح طفل
نظام خلقت انسان طوری است که نوزاد از روز ولادت نیاز به مراقبت دارد و شایسته‌ترین افراد، در انجام این وظیفه حساس و مهم، والدین کودک هستند. قانون‌گذار نیز از طبیعت متابعت کرده و حضانت را حق و تکلیف پدر و مادر دانسته، حفاظت جسمی و روحی فرزند را به والدین محول کرده و اقدامات لازم برای بقاء و رشد و بهداشت جسمی و روحی کودک، نظیر غذا دادن، لباس پوشاندن، محافظت از سرما و گرما، استحمام و تهیه دارو و در مان و داشتن رفتار مناسب با کودک به منظور رشد بدنی و اخلاقی و روحی وی را از جمله تکالیف والدین قرار داده است. و از آنجایی که شیوه صیانت و پرورش جسم کودک در رشد استعدادهای وی نقش اساسی داشته و زمینه‌ساز تربیت و مقدمه آموزش است، می‌توان گفت نگهداری و تربیت طفل دو عنصر غیر قابل تفکیک از یکدیگرند و حضانت علاوه بر نگهداری و تربیت جسمی و مادی کودک، در تربیت اخلاقی و روحی وی نیز اثر دارد.

از آن جایی که خانواده اولین و طبیعی‌ترین کانون پرورش اطفال است، اطفال می‌بایست تا حد امکان از این محیط و ارتباط با والدین خود محروم نشوند. در صورتی که بر اثر انحلال عقد ازدواج، والدین جدا از یکدیگر به سر می‌برند، باید ضمن ملاقات منظم با اطفال خود، مانع از فروپاشی صحت روانی طفل گردند. پرورش، آموزش و تربیت صحیح اطفال با روحیه‌ای سازنده و متعالی، صرفاً به نفع طفل نیست، بلکه منفعت علیا و مقتضیات جامعه نیز محسوب می‌شود و بناء جامعه‌ای بالنده نمی‌تواند با اغفال از نحوه حضانت و تربیت نسل آینده از این امر مهم چشم‌پوشی کند. اتخاذ تمام تدابیر لازم، آن چنان که در قانون اساسی تذکر رفته، از جمله اصلاح قانون به گونه‌ای که

منفعت و مصلحت طفل و جامعه در موضوع حضانت لحاظ گردد، از جمله تدابیری است که اجتماع می‌تواند از طریق آن به این مهم نایل آید.

گفتار هفتم: حضانت و معاهدات بین‌المللی و قوانین دیگر کشورهای اسلامی

الف. معاهدات بین‌المللی

افغانستان یکی از اعضای کنوانسیون حقوق طفل است که در سومین ماده خود تصریح می‌نماید: «در انجام هر اقدامی که به نوعی به کودک مربوط می‌شود، چه در بخش عمومی، خصوصی، اداری، غیراداری و یا هر بخش دیگری، رعایت نفع و تامین سلامت کودک بر سایر مسائل تقدم دارد.» همچنین این پیمان حکومت‌های عضو را موظف می‌سازد که «با رعایت حقوق والدین و یا سرپرست، از کودکان حمایت نموده و اقدامات لازم حقوقی و قانونی را به عمل آورند.» همچنین طبق چهارمین ماده: «حکومت‌های عضو پیمان، اقدام‌های ضروری و مناسب قانونی، اداری و غیره را به عمل می‌آورند تا حقوق پذیرفته شده در این عهدنامه را اجرا نمایند. حکومت‌ها برای تحقق مفاد این عهدنامه با توجه به حقوق و اوضاع اجتماعی، سیاسی و فرهنگی، تا آخرین حد ممکن از تمامی منابع موجود ملی خود و در صورت نیاز بین‌المللی استفاده می‌کنند.»

مضاف بر آن کنوانسیون حقوق طفل تصریح می‌کند که: «حکومت‌های امضاکننده این پیمان‌نامه اطمینان می‌دهند که یک کودک برخلاف میل والدینش از آن‌ها جدا نمی‌شود مگر این‌که بر طبق قوانین موجود ثابت شود که آن جدایی به نفع کودک و لازم است. مثلاً وقتی کودک مورد سوءاستفاده قرار گرفته و جدای از هم زندگی کنند و تکلیف اقامت کودک باید روشن شود.» ماده ۱۸ نیز صراحت دارد که تربیت و رشد کودک مسئولیت پدر و مادر است و «حکومت‌های عضو این پیمان، جهت اجرای حقوق مندرج در

اینجا، از والدین در انجام وظایف خود در رابطه با تربیت و رشد کودک، پشتیبانی می‌کنند.»

ب. حضانت در قوانین دیگر کشورهای اسلامی:
قوانین بسیاری از کشورهای اسلامی در حال حاضر، پیش‌بینی‌هایی جهت رسیدگی به مقضیات طفل و عصر حاضر را در قانون خود گنجانده‌اند. از آن جمله تصریح بر: تقدم منفعت و مصلحت طفل؛ حق تعلیم و تربیت صحیح طفل، حق اختیار طفل و تعیین زمان ملاقات طفل توسط والدی که حضانت با وی نیست؛ را می‌توان نام برد. در ذیل مفاد مرتبطه قوانین کشورهای مغرب و مصر مرور می‌گردد.

۱. قانون خانواده مراکش سال ۲۰۰۴

ماده ۱۶۴: حضانت از تکالیف هر دو والدین است تا زمانی که پیوند ازدواج آنان باقی است.

ماده ۱۶۵: در صورتی که هیچ یک از دو والدینی که مستحق حضانت هستند حضانت را تقبل نکنند، و یا یکی از آن دو حضانت را می‌پذیرد ولی شرایط لازم را دارا نیست، محکمه یکی از اقارب طفل را که صالح تشخیص دهد برای حضانت معین می‌کند و یا به یکی از نهادهایی که مسؤولیت نگهداری از اطفال را دارند، می‌سپارد.

ماده ۱۶۶: حضانت الی رسیدن به سن رشد قانونی به طور یکسان برای دختر و پسر استمرار می‌یابد. در صورت متارکه، طفلی که سن ۱۵ سالگی را تکمیل کرده باشد، در انتخاب پدر و یا مادر برای حضانت، مختار است. در صورتی که طفل خردتر از ۱۵ سال باشد و والدین برای حضانت وی به توافق نرسند، قاضی بر اساس مصلحت طفل، حضانت را به یکی از والدین تفویض می‌کند.

ماده ۱۷۱: حضانت فرزند، نخست به مادر داده می‌شود، سپس به پدر و سپس به جده مادری طفل. در صورت بروز مشکلات، محکمه، با توجه به مدارک موجود و در نظر گرفتن مصالح فرزند، تصمیم

می‌گیرد که حضانت فرزند را به شایسته‌ترین اقوام وی اعطا نماید، در این صورت، تضمین جا و مکان مناسب برای فرزند، یکی از تکالیف فرد عهده دار حضانت، محسوب می‌شود.

۲. مصر، قانون شماره ۴ سال ۲۰۰۵

این قانون در مورد تعدیل قانون احوال شخصیه می‌گوید: «حق حضانت زنان با بالغ شدن صغیر یا صغیره که ۱۵ سال است، منتهی می‌شود. پس از بلوغ قاضی اختیار را به فرزند بالغ می‌دهد که با مادر خود بدون پرداخت اجرت حضانت باقی بماند، و این اختیار طفل برای ماندن با مادر خود، تا سن رشد و حتا تا زمان ازدواج است.»

نتیجه:

در نتیجه مطالب مطروحه می‌توان گفت که حضانت طفل به معنی «نگهداری و تربیت» حق مسلم فطری پدر و مادر است تا زمانی که انحطاط اخلاقی، خیانت، بی‌کفایتی و عدم صلاحیت در نگهداری و تربیت طفل از آنان مشاهده نشود. با این حال قانون مدنی افغانستان، موضوع حضانت یعنی طفل را مغفول گذاشته و حق و منفعت وی - آن چنان که لازم است - را مطرح نساخته است. بنابراین با استفاده از مباحث فقهی و بررسی مختصر تطبیقی می‌توان در یافت که امکان تعدیل مفاد قانون مدنی در پرتو شریعت اسلامی - وری که حق و منفعت اطفال در موضوع حضانت، کیفیت نگهداری و نگهدارنده طفل، حق تعلیم و حق رشد و تعالی شخصیت طفل رعایت شود - وجود دارد.

فصل دوازدهم

رسم و رواج‌های خلاف شرع و قانون در ازدواج‌ها

دکتور الف شاه خدر ان^۱

مقدمه

کاملاً واضح است که رسوم و عنعنات به جا و بی‌جا، شرعی و غیرشرعی، قانونی و غیرقانونی در روند نامزدی، شیرینی‌خوری و عروسی در روند ازدواج‌های مردمان و قبایل کشور عزیز ما ملاحظه می‌شود. بعضی از این رسوم و عنعنات ابعاد در ست و پسندیده دارند، که خیر و صلاح جامعه ما در آن نهفته است. بعضی دیگر آن نه دلیل شرعی و قانونی داشته و نه به خیر و صلاح جامعه ماست و نه منافع خانوادگی، زن، شوهر و اطفال در آن دیده می‌شود. ما در این فصل سؤال «رسوم و رواج‌های خلاف شرع و قانون ازدواج‌های مردم از چه قرار است؟» را در مراحل مختلف روند ازدواج مورد بحث قرار می‌دهیم.

این فصل با این هدف تحریر شده است که ابعاد خلاف شرعی و قانونی رسم و رواج‌های افغان‌ها در مراحل مختلف ازدواج را برملا

۱- استاد دانشکده علوم اجتماعی و آمر دیپارتمنت علوم اجتماعی مرکز ملی تحقیقاتی پالیسی دانشگاه کابل

نموده و به مردم-زن و مرد-و خانواده‌ها آگاهی داده شود تا در این راستا از حقوق و وجایب یکدیگر مطلع باشند و اگر عرف و رسمی موجب بروز مشکلات در رابطه به ازدواج گردد، راحل‌های درست و مناسب شرعی و قانونی به منظور خیر و رفاه خانواده پیشنهاد و سفارش گردد.

گفتار اول: مفاهیم عمده و تعریف‌های عملیاتی آن‌ها

۱. رسم یا رواج (Custom): عبارت است از کردار گروهی نمونه‌ای، که ممکن است بر مبنای عنعنه از طریق عادات اجتماعی معاصر یا دستورات دینی / مذهبی از احکام موضوعه نهادینه شده قانونی متفاوت باشد. رسم و رواج‌ها از طریق مذمت اجتماعی تخطی از آن‌ها، تحمیل می‌شود. رسم و رواج فاقد پشتیبانی اجباری دولت است (وینیک، ۱۹۷۲: ۱۴۹).

۲. عنعنه (Tradition): یک عقیده، رسم یا روش اجرای بعضی کارهاست، که برای مدت طولانی در میان یک گروه مردم ویژه موجود بوده است (دکشتری پیشرفته آکسفورد، ۲۰۰۶: ۱۳۷۹). عنعنه امری بد نیست، ولی عنعنه پسندی کار نادرست است. ما می‌توانیم عنعنه را بهبود بخشیم.

الف. مرحله خواستگاری

به طورعموم در کشور ما عرف از قراری است، که وقتی پسر جوان شد، مادر و پدر در فکر ازدواج او می‌شوند و در اولین مرحله ازدواج او اقارب بسیار نزدیک-مادر، عمه، خاله و خواهرهای-وی برای انتخاب همسر برای او و خواستگاری به خانه پدر دختر می‌روند و با شیوه و اخلاق خاص پس از مشاهده دختر و مصلحت با خانواده خویش آرزومندی خود را به مادر دختر ابراز می‌دارند. مادر دختر با اخلاق حسنه به روش خاص افغانی از مهمان‌ها استقبال نیک کرده و اگر خودش از این کار راضی بود، به مهمان می‌گوید که «این مساله ارتباط به زندگی دختر و پسر ما و شما می‌گیرد و برای

هر دو خانواده مساله خیلی مهم شمرده می‌شود. اجازه دهید موضوع را با شوهر و پسران و دیگر اقارب نزدیک خویش در میان بگذاریم و ببینیم که آن‌ها در باره این مساله چه فکر می‌کنند. ما و شما در آینده بار دیگر خواهیم دید.»

مادر دختر شب هنگام موضوع را با شوهر، پسران و اقربای نزدیک خود در میان می‌گذارد. چون مساله مهم است، پدر دختر خود وظیفه می‌گیرد و به زنان نیز وظیفه می‌دهد تا در باره وضع اجتماعی، اقتصادی و اخلاقی پسر مورد نظر و خانواده وی حتی المقدور معلومات کافی به دست آورند و این مسایل لااقل یکی دو هفته را در برمی‌گیرد و خانواده دختر مورد نظر بعد از حصول معلومات در باره شخصیت پسر و خانواده وی تصمیم خود را می‌گیرند و اگر رضایت داشتند به مادر دختر وظیفه می‌دهند، که وقتی مادر پسر مجدداً به منزل شان آمد، به وی رضایت مقدماتی را ابراز داشته و مساله را به مردها راجع سازد. بعد از چند روز که مادر پسر به دیدن مادر دختر می‌رود، مادر دختر برای وی می‌گوید که مردهای تان را برای صحبت با مردهای ما بفرستید.

سپس دو یا سه نفر از خانواده پسر به شمول پدر، کاکا یا برادران وی به خانه دختر مورد نظر می‌روند و علاقه‌مندی خویش را به عقد نکاح دختر وی به پسر و برادر خویش به شیوه محترمانه ابراز می‌دارند. در مقابل پدر دختر چون قبلاً تصمیم خود را با خانواده خود در باره این دوستی اخذ نموده است نظر مساعد خویش را پیرامون موضوع ابراز می‌دارد. بعداً پدر پسر از طرف مقابل احترامانه تقاضا می‌کند تا شرایط و تقاضاهای خویش را یا شفاهی و یا تحریری برایشان بیان نماید. به طور عموم فعلاً در شهر کابل، ولایات افغانستان رسم طوری است، که پدر دختر به شمول اقارب خویش لستی را تهیه می‌نماید، که در آن اندازه طویانه یا ولور (شیربها) را تعیین می‌کنند که در کابل از ۳۰۰۰۰۰ تا ۶۰۰۰۰۰ افغانی است. علاوه بر آن، شرایط برگزاری مراسم شیرینی‌خوری (پای‌وازی) و عروسی را نیز تعیین

می‌کنند که در کجا-خانه یا هوتل- تدویر یابد و تعداد مدعوین چند نفر باشد. افزون بر این، تعداد کالای زنانه و مردانه برای تحفه دادن و نوع آن از لحاظ کیفیت نیز تعیین می‌شود.

اگر مراسم شیرینی خوری (نامزدی) و عروسی در خانه تدویر گردد، مقدار برنج، روغن، گوشت و دیگر مصارف آن برای عروسی نیز تعیین می‌شود. اگر شرایط به طور تحریری ارایه شود در آن حتی مقدار زیورآلاتی که باید برای عروس خریداری شود را نیز خانواده‌دختر تعیین می‌کند. وقتی کار به این نقطه برسد، مرحله‌خواستگاری ختم می‌شود و روز یا شبی برای نامزدی تعیین، مادر پسر موضوع را به اطلاع شوهرش می‌رساند. روز یا شب نامزدی، عرفاً خیلی دور تعیین نمی‌شود. زیرا شاید بعضی کسان وصلت را تخریب کنند یا حرفی در باره انصراف موضوع به میان آید. هر دو طرف سعی می‌کنند این کار را در ظرف دو یا سه روز انجام دهند و این روز را به نام یوم نامزدی یاد می‌کنند. ولی باید گفت که حال دختر از موضوع کاملاً آگاهی دارد و با او مصحلت صورت گرفته و اگر راضی نباشد، اعتراض می‌کند و یا صراحتاً به مادر خود رضایتش را ابراز می‌کند.

ب. مرحله نامزدی

هرگاه پیشنهاد خواستگاران (اقارب نزدیک پسر اعم از پدر، کاکا یا برادران) یا وکیل قانونی پسر مورد پذیرش خطاب شونده یا نماینده قانونی وی قرار گیرد و یا این که تبارز خطاب شونده مبنی بر قبولی این پیشنهاد صورت گیرد، موضوع نامزدی مجلسی مطرح می‌شود و به اساس آن هر کدام از اقارب حاضرین طرفین بعد از یک دعای خیر و صلاح برای دختر و پسر و خانواده‌های‌شان، نامزد یکدیگر شناخته می‌شوند. «به عبارت دیگر فاصله زمانی که بعد از انجام امور خواستگاری و قبولی جانب مقابل تا هنگام برگزاری مراسم عقد نکاح مطرح است، تحت عنوان دوره نامزدی یاد می‌گردد.

البته قانون مدنی کشور ما مدت معین را برای نامزدی پیشنهاد نکرده است.» (برمکی، ۲۰۰۷: ۱۹).

قانون مدنی افغانستان دوره نامزدی را چنین تعریف کرده است: «نامزدی عبارت از وعده به ازدواج است. هر یک از طرفین می‌تواند از آن منصرف شود.» (قانون مدنی افغانستان ۱۳۸۳: ۱۸).

پ. انصراف از نامزدی

یکی از اثرات نامزدی آشنایی نامزدها و خانواده‌های آنها با خصوصیات روانی، اجتماعی، اخلاقی و شخصیت‌های طرفین است. طبعاً تحقق این چنین حالت باعث ثبات و دوام بیشتر دوستی خانواده‌های طرفین گردیده و احتمال اخلال رابطه زوجیت اگر غالباً از نبود آشنایی طرفین نامزدها و خانواده‌های‌شان بروز نماید، کاهش می‌پذیرد. (برمکی، ۲۰۰۷).

چون که در بین افغان‌ها بعد از آن‌که دختر و پسر نامزد شدند، عرفاً انصراف وجود ندارد لذا مسترد کردن تحایفی که در دوره نامزدی بین طرفین تبادل شده است، نیز وجود نداشته و برای افغان مطالبه هدیه‌ای که پسر نامزد یا اقارب وی به دختر نامزد داده است، امر شرم‌آور و ننگین به حساب می‌آید.

ماده ۶۲ قانونی مدنی افغانستان چنین حکم می‌کند: «نامزدی با زنی (دختری) جواز دارد که در قید نکاح و عدت غیر نباشد.» (قانون مدنی افغانستان ۱۳۸۳: ۱۸).

قانون مدنی افغانستان در مورد احتمال ایجاد ضرر به یکی از طرفین در اثر انصراف و انحلال نامزدی در اثر فوت، حکم صریح ندارد. طبق تحریر برمکی (۲۰۰۷: ۲۰) این موضوع به رای قاضی تفویض گردیده تا محکمه بعد از بررسی شرایط مشخص قضیه، فیصله نهایی را صادر کند. موقف محاکم نیز به این امر استقرار یافته است، که اگر انصراف منجر به ضرر یکی از طرفین گردد، در این صورت

قاضی می‌تواند به اساس مسؤولیت تقصیری حکم به جبران خساره صادر نماید. اما در رابطه به مرور زمان دعاوی ناشی از به هم خوردن نامزدی، قانون مدنی افغانستان صراحت ندارد. این قانون به عین منوال در مورد خسارات معنوی ناشی از انصراف نامزدی نیز ساکت است.

این حکم قانون بوده و صبغه شرعی نیز دارد. ولی رسم و عرف ما افغان‌ها طوری است که وقتی نامزدی صورت گرفت، انصراف از نامزدی ندرتاً واقع می‌شود.

ت. نظرات فقها

طبق نظر فقها اگر هر دو طرف و یا یکی از طرفین از نامزدی منصرف شود، این گونه انصراف صحیح است، ولی احکام خاص در مورد اشیایی که به عنوان هدیه داده می‌شود و ضررهایی را که از رهگذر انصراف از نامزدی به یکی از طرفین عاید شده بر آن مترتب است.

از دیدگاه حنفیان هدیه‌ای که به نامزد داده شده، حکم هبه (بخشش) را داشته و تا زمانی که موانع رجوع (برگشت) در بخشش وجود نداشته باشد، بخشش‌کننده می‌تواند هدیه داده شده را پس بگیرد. موانع رجوع در این نظریه عبارت از فوت یکی از نامزدها، زیادت در هدیه داده شده، گرفتن عوض در مقابل هدیه و از بین رفتن هدیه داده شده است.

اگر نامزد به جانب مقابل خود تکه‌ای را اهدا کرده باشد و نامزد از آن تکه برای خود لباس ساخته باشد و یا تکه سفید را رنگ سرخ داده باشد و یا این‌که هدیه مورد استفاده قرار گرفته، کهنه و هلاک شده باشد، نامزد نمی‌تواند آن را از جانب مقابل مطالبه نماید (عدالتخواه، ۱۳۸۳، ۱۱).

از دیدگاه مالکیان اگر انصراف از نامزدی از جانب مرد-که

معمولاً هدیه از جانب وی داده می‌شود - صورت گرفته باشد، حق رجوع به هدیه‌ای را که قبلاً داده شده است، ندارد، اما اگر انصراف از نامزدی از جانب زن صورت گرفته باشد، مرد می‌تواند هدیه خود را از جانب مقابل استرداد نماید. طبق این نظریه حتی اگر هدیه هلاک و استهلاک هم شده باشد، باز هم باید جبران خساره شود. یعنی اگر هدیه از جنس مثلی باشد، مثل آن و اگر از اشیای قیمتی باشد، قیمت آن دو باره به هدیه دهنده مسترد می‌شود. (ایضاً، ۱۲۰).

هرگاه در بین مردم پشتون یکی از طرفین در دوره نامزدی فوت کند، هدیه‌ای که به طور عموم از جانب پسر یا خانواده او به دختر داده می‌شود یا حتی اگر برخی از طویانه یا شیربها در وقت دعا و نامزدی به خانواده دختر پرداخته شده باشد، در صورتی که خانواده پسر مسترد می‌شود، که پسر با دختر دید و بازدید نکرده باشد. اگر دیدار دختر و پسر صورت گرفته باشد، تحفه داده شده مسترد نمی‌شود، ولی بخشی از طویانه یا شیربهای که پرداخته شده است، به خانواده پسر مسترد می‌شود.

گفتار دوم: مرحله عقد ازدواج

ازدواج مصدر ثلاثی مزید از باب افتعال و زواج مصدری است از باب مفاعله. این دو کلمه در اصطلاح فقهی و قانونی به معنای رابطه‌ای است حقوقی که آن جواز کام‌جویی بین زن و مرد است، چنان‌که کلمه نکاح نیز به همین معناست (برمکی ۲۰۰۷: ۲۲).

هر چند از نظر لغت ازدواج به معنای با هم جفت شدن، زن گرفتن، شوهر کردن و متحد شدن دو انسان و نکاح به معنای عقد زناشویی بستن، عقد ازدواج و هم‌خوابگی آن دو است (ایضاً، ۲۰۰۷: ۲۲ و عمید، ۱۳۸۱: ۱۹۱۶) نتیجه‌گیری باید کرد که نخست نکاح عقد است، ثانیاً، هدف آن شرکت در زندگی بوده و ثالثاً حاصل وحدت و اتحاد قانونی است.

ازدواج یک رابطه مقدس بوده، که بنا بر ضرورت شرعی، عقلی و

طبیعی به میان می‌آید. ضرورت شرعی آن در قرآن کریم به روشنی دیده می‌شود. در مورد اهمیت و ضرورت ازدواج شاید همین بس باشد که قرآن مجید آن را به حیث موضوع مهمی بعد از آفرینش انسان مطرح کرده است. خداوند (ج) می‌فرماید: «یکی از نشانه‌های خدا این است که از جنس خودتان همسرانی برای شما آفرید تا در کنار آن‌ها آرامش بیابید.» (سوره روم، آیه ۲۱). بعداً خدای بزرگ (ج) علاوه می‌کند که: «و در میان شما مودت و رحمت آفرید.» این نکته را از آن بابت اضافه می‌کند که ادامه پیوند همسری در میان همسران، خصوصاً نیاز به یک جاذبه و کشش قلبی و روحانی دارد. از نظر قرآن کریم وجود همسران با ویژگیهای فوق‌العاده برای انسان‌ها که مایه آرامش زندگی آن‌هاست یکی از مواهب بزرگ الهی محسوب شده است. خداوند (ج) می‌فرماید «در این امور نشانه‌هایی است برای افرادی، که تفکر می‌کنند.» (ایضاً، آیه ۳۴).

در مورد ضرورت عقلی ازدواج باید متذکر شد که انسان همواره در زندگی در تلاش کسب عزت، منفعت و کامیابی است و می‌کوشد نام نیکو در جامعه حاصل نماید و ثبت تاریخ کند، که بدون شک بدون بقای نسل و استمرار خلفی، که خود محصول ازدواج مشروع است، نمی‌تواند عرض اندام کند.

شهوت یکی از غرایز طبیعی انسان بوده و برای اشباع آن حد وسط، معتدل و انسانی که بشریت را از هرگونه تجاوز و خطرات نگه می‌دارد، همانا نظام ازدواج است (برمکی، ۲۰۰۷: ۲۳). قانون مدنی افغانستان هم از تعریف فقهای گران‌قدر فاصله نگرفته و در ماده ۶۰ خود اهمیت ازدواج را از نگاه بقای نسل بشری، جلوگیری از انحرافات جنسی و اخلاقی و ایجاد دوستی و تعاون میان زن و مرد بر شمرده است.

ازدواج از نظر فقهای اسلامی دارای یک سلسله اوصافی است، که به نام حکم تکلیفی یا وصف شرعی ازدواج نامیده شده‌اند. این

اوصاف بنا بر احوال و اشخاص در موارد مختلف از هم تفاوت داشته که به طور عموم به طور فشرده ذیلاً ارایه می‌گردد:

۱. ازدواج بر اشخاصی که توان و امکان آن را داشته، ولی در شرایطی قرار داشته باشند که اگر ازدواج نکنند، به اعمال غیر مشروع دست خواهند زد، فرض است؛

۲. ازدواج بر اشخاصی که توان مالی و جنسی داشته و در صورت ازدواج نکردن غالباً به اعمال غیر مشروع دست خواهند زد، واجب است؛

۳. ازدواج بر کسانی که دارای حالت معتدل باشند، یعنی توانایی کنترل خود را از نقطه نظر مباشرت جنسی با دیگران داشته باشند - که اکثریت مردم را در همین ردیف خواهیم یافت سنت است.

۴. ازدواج بر اشخاصی که به توان مالی یا جنسی خود اطمینان کامل نداشته و می‌فهمند که ازدواج‌شان بعضاً موجب ظلم در آینده علیه زوجه آن‌ها می‌گردد، مکروه است؛.

۵. ازواج برای اشخاصی که نه توان مالی دارند و نه توان جنسی، و اگر ازدواج کنند، همسرشان به صورت حتمی متضرر می‌شود، حرام است.

این حالاتی است که مسلمانان باید همه نکات آن را مد نظر داشته، و مطابق حکم شریعت عمل نمایند. ولی با کمال تأسف بیاید، رسوم، و عادات روزانه مسلمانان را مورد توجه قرار دهیم، که پنج حکم فوق الذکر، که احکام خیلی دقیق و انسانی‌اند، به کدام اندازه آن عملی و تطبیق شده است. آیا ندیده‌ایم که اطفال شان را حتی قبل از تولد و بعد از تولد در شیرخوارگی و در حالت طفولیت مزدوج کرده‌اند؟ آیا ندیده و نشنیده‌ایم که افراد ۷۰ - ۸۰ ساله دختران ۱۸ ساله یا کمتر از آن‌ها را جبراً به ازدواج خود در آورده‌اند؟ آیا ملیشه‌ها و قوماندانان جابر بدون هیچ‌گونه مصلحت با دخترها، پدر

، مادر و اقارب آنها به جبر با دختران مردم ازدواج نکرده‌اند؟ آیا ندیده‌ایم دختران خود را در برابر قتل بدون موجب و رفع دشمنی‌ها به بد داده‌اند؟

الف. ارکان و شرایط صحت عقد ازدواج

ارکان عقد ازدواج عبارت است از عناصری، که بدون آنها وجود ازدواج متحقق نمی‌شود؛ به این معنی که اگر تمام و یا بعضی از آنها از بین برود، عقد هم از بین می‌رود. علاوه بر آن، چون ازدواج عقد است، باید مانند سایر عقود دارای عناصر اساسی صحت باشد. این شرایط را زیر عنوان دو جنس بودن طرفین ازدواج، موجودیت طرفین، قصد و رضایت طرفین و اهلیت مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱. تفاوت جنسی و موجودیت طرفین ازدواج

در فقه اسلامی موضوع دو جنس بودن طرفین به نام موضوع عقد ازدواج یاد می‌شود. چون که قانون مدنی افغانستان شروط اختلاف جنس را بدیهی دانسته، از آن نامی نبرده است. در قانون مدنی افغانستان تمام موارد مربوط به ازدواج به گونه‌ای آمده است، که زن و شوهر تنها به پیمان مرد و زن گفته می‌شود و اختلاف جنس در آن حتمی است. مثلاً در بسیاری از موارد برای ذکر دو طرف عقد نکاح زن و مرد گفته شده است. بنابراین، ممنوعیت ازدواج دو مرد یا دو زن از نظر قانون مدنی افغانستان امر مسلم است.

نکاح رابطه‌ای است غیر مالی و شخصیت زن و مرد رکن اصلی عقد است نه دارایی آنها. نکاح پیوند بین انسان‌هاست و به همین دلیل باید شخص زن و مرد در عقد نکاح معین بوده و دارای حیات باشند. هر یک از زوجین باید به درستی بدانند که با کی پیمان می‌بندد تا نکاح را با توجه به شخصیت او اراده کند.

۲. رضایت طرفین ازدواج

فقه‌های اسلامی موضوع رضایت طرفین در ازدواج را یکی از

ارکان اساسی عقد ازدواج دانسته است. از نظر قانون نیز چون نکاح عقد است، رضایت در آن مانند سایر قراردادها مهم‌ترین شرط به شمار می‌آید. ازدواجی که بدون رضایت (اراده) واقع شده باشد، باطل و از اعتبار ساقط است. بنابراین، نکاح در حال مستی، نکاح با شوخی و نکاح با مجنون که به وسیله خود او عقد شده باشد، به علت فقدان قصد بی‌اثر است. همین‌طور، اگر کسی را به خواب مصنوعی برده، در حالی که وی فاقد اراده است، او را به ایجاب یا قبول وادارند و کلماتی در باره رضایت به نکاح به او تلقین کنند، این چنین عقد باطل است.

هر گاه زن و مرد واقعاً اراده زناشویی نداشته باشند و به منظور فرار از برخی مقررات یا به دست آوردن بعضی از امتیازات به طور صوری ازدواج کنند، نکاح‌شان بی‌اثر است، گرچه اثبات صوری بودن نکاح دشوار به نظر می‌رسد، ولی هرگاه ثابت شود، که گفته‌ها و نوشته‌های طرفین ازدواج تصنعی بوده، باید پذیرفت که عقد به وجود نیامده است، زیرا مبنای اصلی عقد، اراده باطنی دو طرفه آنهاست و کلمات و نوشته‌های آنها تنها وسیله احراز این اراده است و به خودی خود اثر ندارد (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۹۲).

اگر اشتباه در عقد ازدواج واقع گردد و این اشتباه در هویت جسمی طرف باشد، مثلاً اگر مردی را به زنی نشان دهند که مورد پسند او واقع شود، ولی ازدواج به نام برادر وی منعقد گردد، چون در این نکاح اراده حقیقی زن دخیل نیست، باطل شمرده می‌شود، زیرا نکاح، قرارداد شخصی است و شخصیت هر یک از زوجین برای دیگری اهمیت اساسی دارد و هر شخص با دیگری به لحاظ شخصیت ویژه او ازدواج می‌کند. اشتباه در وصف طرف و بعداً کشف اشتباه نکاح را باطل نمی‌سازد، بلکه این نکاح قابل فسخ است.

ب. اظهار رضایت

قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد که عقد ازدواج به ایجاب

و قبول صریح که فوریت و استمرار را افاده کند، بدون قید وقت در مجلس واحد صورت می‌گیرد (قانون مدنی افغانستان، ماده ۶۶). ایجاب کلامی است که از طرف اول صادر می‌گردد و مقصد آن انصراف اراده‌ی وی برای ایجاب و عقد است و قبول کلامی است که از طرف دومی صادر می‌گردد و مقصد آن انصراف اراده‌ی وی برای قبول آنچه است که اولی صادر کرده است. بنابراین، زن و مرد باید به قصد انجام نکاح و به وسیله‌ای که در عرف برای بیان اراده به کار می‌رود، قصد و رضای خود را اعلام و اظهار نمایند. علاوه بر این، در اثر نفوذ سنت‌های ملی و مذهبی، عقد نکاح همراه با حضور خویشاوندان و دوستان و اعلان آن‌ها و حضور ملا امام و یا مرد روحانی، انجام می‌پذیرد و ثبت نکاح در فورمه رسمی نیز به موجب قانون حتمی است. از نظر فقه اسلامی ابراز اراده شخص اول را ایجاب و موافقه شخص دوم را قبول می‌گویند. طرف ایجاب موجب و طرف قبول را قابل گویند. در قصد نکاح هیچ‌گونه شک و شبهه و ابهام جواز ندارد. در صورت لزوم مثلاً گنگ بودن اظهار به اشاره و نوشته نیز می‌تواند صورت گیرد، اما اظهار اراده به طور ضمنی در عقد ازدواج مجاز نیست.

قول مشهور فقها این است که سکوت دختر باکره اذن (اجازه) محسوب می‌شود، ولی در مورد ثبیه یا بیوه سکوت کافی نیست. دلیل این حکم در فرهنگ افغان‌ها این است که دختر باکره افغان از سخن گفتن در این رابطه شرم می‌کند و از این رو اگر قرینه‌ای بر عدم رضایت وجود نداشته باشد، باید سکوتش را علامت رضایت تلقی کرد یا به قول فقها «سکوت در حال ضرورت بیان پنداشته می‌شود.» علاوه بر آن اکنون *لله الحمد* حتی در مناطق روستایی، دور افتاده و کوهستانی افغانستان هم عرف از قراری است، که در وقت خواستگاری وقتی توافق بین والدین دختر و پسر به عمل آمد، پدر و مادر دختر و پسر از هر دو جانب با دختر و پسر خود موضوع را مطرح می‌کنند و اگر هر دو طرف راضی نگردند، به امر ازدواج آن‌ها

اقدام نمی‌کنند. قانون مدنی افغانستان تصریح می‌کند که «هیچ قوی به سکوت کننده نسبت داده نمی‌شود. سکوت در موردی که محتاج به بیان است، قبول پنداشته می‌شود.» (قانون مدنی افغانستان، مواد ۵۲۵). سکوت وقتی قبول پنداشته می‌شود که بین عاقدین تعامل سابقه وجود داشته و ایجاب نیز بر اساس این تعامل صورت گرفته باشد و ایجاب به نفع طرف مقابل باشد (ایضاً، ماده ۵۲۶).

برای این‌که اثبات نکاح در صورت بروز اختلاف به آسانی امکان‌پذیر باشد، قانون مدنی افغانستان ثبت ازدواج را در دفتر رسمی لازم شمرده است و در ماده ۶۱ این قانون در این رابطه تصریح شده است که «عقد ازدواج در نکاح‌نامه رسمی توسط اداره مربوط در سه نقل ترتیب و ثبت گردد» (قانون مدنی افغانستان، ماده ۶۱). ولی در عرف این حکم عملی نمی‌شود. رسم طوری است که یک نسخه نکاح‌نامه سفید از دفتر مربوط اخذ می‌شود و وقتی که نکاح در هوتل یا در منزل در حضور خویشاوندان، ملا امام، شهود و عاقدین بسته می‌شود، یک نسخه از نکاح‌نامه مذکور توسط ملا امام خانه پوری می‌شود و در آن مهر مؤجل و معجل درج می‌گردد و بعد از امضای ملا امام، شهود و یک عده از مشران حاضر در مجلس به پدر عروس یا وکیل او داده می‌شود. در کشور ما بر خلاف قوانین بعضی از کشورهای دیگر معاینات صحتی قبل از ازدواج مروج نیست. معاینات صحتی قبل از ازدواج کار مفید است تا از امراض خطرناک ساری و تولد اطفال ضعیف و ناسالم جلوگیری شود. قانون مدنی افغانستان نیز در این رابطه نیاز به احکام مشخص دارد.

پ. وکالت در ازدواج

بعضاً در انعقاد ازدواج اظهار اراده بر علاوه خود طرفین عقد، توسط وکیل نیز می‌تواند صورت گیرد. ماده ۷۲ قانون مدنی افغانستان تصریح می‌کند که «گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جواز دارد.» همین ماده تأکید می‌کند «وکیل نمی‌تواند موکله خود را به عقد نکاح خود

در آورد، مگر اینکه در عقد وکالت به آن تصریح شده باشد.» با این حال، ممکن است وکیل از اختیاراتی که مؤکله به او داده، تجاوز کند. در این صورت مؤکله می‌تواند ازدواج را رد یا قبول کند. قانون مدنی افغانستان در این رابطه صریحاً می‌گوید که «وکیل نمی‌تواند عملی را که خارج از حدود وکالت او باشد، انجام دهد. تصرف خارج از حدود وکالت به مثابه عمل فضولی بوده و موقوف به اجازه مؤکل یا مؤکله او است (ایضاً، ماده ۷۴). باید علاوه نمود که وکیل باید برای عقد ازدواج اهلیت داشته باشد. بنابراین نکاح توسط طفل، دیوانه، مست که در حکم دیوانه است، و نمی‌تواند به درستی اراده کند، باطل است.

ت. اهلیت طرفین

یکی از شرایط اساسی انعقاد ازدواج اهلیت و توانایی قانونی طرفین در عقد ازدواج است. اهلیت عبارت از صلاحیت شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف مطابق قانون است. مبنای اهلیت حق انسان بودن است. همین که شخصیت انسان رشد یافت، اهلیت داشتن حقوق انسانی را کسب می‌کند... اهلیت تمتع با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ وی خاتمه می‌پذیرد (دانش، ۱۳۶۵: ۶۲).

ث. سن ازدواج

در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان ازدواج را مشروط به بلوغ دانسته‌اند و تصریح کرده‌اند، که اهلیت ازدواج زمانی کامل می‌شود، که دختر و پسر بالغ بوده و دارای سن معین قانونی باشند. بلوغ در لغت رسیدن به چیزی را گویند و در اصطلاح فقهی عبارت است از رسیدن به سنی که عزیزه جنسی در آن به حد کافی رشد کرده و شخص آماده تولید مثل باشد. در واقع بلوغ در حقوق اسلام یک پدیده طبیعی و فیزیولوژیک است، که زمان آن در همه جا و همه کس یکسان نیست.

موضوع سن ازدواج در آیات قرآنی مطرح نشده و در فقه اسلامی

هم پیرامون سن بلوغ اتفاق نظر وجود ندارد. به طور مثال حنفیان سن ۱۸ را برای پسر و ۱۷ را برای دختر، مالیکان ۱۸ سالگی را برای پسر و دختر، شافعیان و حنبلیان ۱۵ سالگی را برای هر دو انتخاب کرده‌اند. در فقه امامیه ۹ سالگی سن بلوغ دختر و اتمام ۱۵ سالگی سن بلوغ پسران شناخته شده است. قانون مدنی افغانستان بیان می‌کند که: «اهلیت ازدواج وقتی کامل می‌گردد، که ذکور سن ۱۸ و اناث سن ۱۶ سالگی را تکمیل کرده باشد. عقد نکاح صغیره کمتر از ۱۵ سال به هیچ وجه جواز ندارد.» قانون‌گذار با توجه به زیان ازدواج خردسالان برای سلامت روحی و جسمی زوجین و فرزندان آن‌ها، ازدواج در سنین پایین را مصلحت ندانسته است. از نظر علوم طبّی نیز ازدواج در سن پایین عواقب خطرناک بیماری‌های روانی، جسمانی و خطر عقیم شدن را در قبال دارد (امیری، ۱۳۶۳: ۲۸۰).

ولی با وجود صراحت مواد ۷۱ و ۸۰ قانون مدنی افغانستان و منع ازدواج دختران کمتر از سن ۱۵ سال متأسفانه احصاییه ازدواج اطفال خردسال در کشور ما به طور سرسام‌آور بلند است. این رسم و عرف خاصه در مناطق روستایی و قصباتی که اطفال کمتر از سن ۱۵ سال توسط والدین به ازدواج کشانیده می‌شوند، شکل حاد به خود دارد. این قانون از آن سبب جنبه تطبیقی خود را در کشور از دست داده است، که عملی ساختن آن توسط تصریح ماده مؤید مجازات برای متخلفین، تضمین نگردیده است و این امر ضرورت اصلاح و تعدیل قانون مدنی افغانستان را در مورد سن ازدواج تأیید می‌کند.

خلاصه و نتیجه‌گیری

۱. خواستگاری اولین گام در تشکیل خانواده و ازدواج است و در آن معمولاً مطابق آداب و رسوم خاص جامعه ما اقارب پسر نزد اقارب دختر می‌روند و تقاضای خویشاوندی را ابراز می‌دارند. این عرف نیک بوده و خویشاوندی اگر به مصلحت والدین طرفین صورت گیرد، برای پسر و دختر آینده خوب دارد.

۲. دوره نامزدی دوره شناخت دختر و پسر و اقارب طرفین است. در این دوره هر کدام از طرفین در هر وقت می‌توانند از نامزدی منصرف شوند. این موضوع توسط فقهای کرام و قانون مدنی افغانستان تأیید شده است. ولی عرفاً مردم افغانستان ندر تأ به این چنین عمل دست می‌زنند.

۳. اخذ شیرها، طویانه یا ولور از جانب اقارب دختر و دادن جهیزیه به دختر عرف ناروا و نادر است، که بین مردم ما موجود بوده و روز به روز شکل حاد و صعودی خود را می‌پیماید. این عرف و رواج شکل دختر فروشی را به خود گرفته و از ازدواج دختران و پسران رشید و بالغ جلوگیری می‌کند. حتی در عرف به اخذ شیرها و ولور نام نادر است داده‌اند و آن را به نام مهر یاد می‌کنند. در حالی که مهر حق شرعی و قانونی زن بوده و زن یا وکیل وی حق دارد از مرد مهر مؤجل و معجل مطالبه نماید. مگر اخذ شیرها، طویانه و ولور امر ناروا و دختر فروشی معنی دارد، که اقارب دختر به آن متشبث می‌شوند. با کمال تأسف حتی خانواده‌های تعلیم یافته در کابل هم در این اواخر به این اعمال اقدام می‌کنند. قانون مدنی افغانستان در این رابطه به اصلاح و تعدیل ضرورت دارد.

۴. دادن یا خواستن جهیزیه یک تخلف قابل شناخت و غیر قابل ضمانت است. از دادن و مطالبه جهیزیه باید در قانون مدنی افغانستان مثل مقررات بنگلادش، تذکر به عمل آید و به آن حکم غیر مجاز بدهد.

۵. اجرای معاینات صحی پسر و دختر قبل از عقد ازدواج امر ضروری و حقوقی است. حکم این موضوع باید در قانون مدنی افغانستان منعکس گردد.

طبق ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان، دولت مکلف است تا عنعنات و رسوم مغایر با قانون اساسی و شریعت اسلامی را از بین ببرد. با توجه به مخارج و تعهدات مالی و غیر مالی غیر شرعی

که در ازدواج در میان مردم افغانستان مروج است و منجر به عدم امکان ازدواج-به دلیل نداشتن امکانات مالی-می‌گردد، لازم است تا قانون‌گذار هر نوع معاملات و پرداختهای غیرشرعی دیگر-علاوه بر منع رسم ازدواج بدل طبق ماده ۶۹ قانون مدنی-را نیز ممنوع قرار دهد. بنابراین، در برابر مطالبه‌های غیرقانونی باید مانند بنگلادش جزای متناسب در قانون جزا پیش‌بینی شود.

فهرست منابع و مآخذ

منابع در ی

- ۱) احمد محمدی، عبدالکریم (۱۳۹۵). مبانی فقه. تهران: نشر احسان
- ۲) اسمیت، دیبرا (۱۳۸۷). مترجم (نامعلوم)، تصامیم، علایق و تنوع: رسوم ازدواج در افغانستان، کابل: واحد تحقیق و ارزیابی افغانستان
- ۳) اشرفی، فاطمه (۱۳۸۳). زن در آیات قرآن. تهران: انجمن حمایت از زنان و کودکان پناهنده
- ۴) افضلی، ملالی و دیگران (۱۳۸۸). بررسی وضعیت زنان شاغل در ادارات دولتی افغانستان. کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان
- ۵) امیری، محمد حسن. (۱۳۶۳). حقوق فامیل. کابل: مطبعه پوهنتون کابل
- ۶) اورعی صدیق، غلامرضا (۱۳۸۳). درس نامه مبانی جامعه‌شناسی ۲، مشهد: دانشگاه فردوسی
- ۷) بختیاری، محمد عزیز (۱۳۸۳). بررسی عوامل جرایم زنان. کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان
- ۸) برمکی، حمیده (۲۰۰۷). حقوق زن در اسلام و قوانین افغانستان. کابل: دانشکده حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل، نوت گستتری.
- ۹) پاینده نیک، عباس (۱۳۸۹). بررسی تأثیر قانون خانواده بر صحت روانی. کابل: موسسه تحقیقات روانشناسی فکر
- ۱۰) ترجمه فارسی نرم افزار المنجد
- ۱۱) ترکمنی، نسرین و نظری، عبدالشکور (۱۳۸۹). وضعیت زنان بیوه در افغانستان. کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان

- ۱۲) قطب، سید. خرمدل، مصطفی (مترجم) (۱۳۶۶). تفسیر فی ظلال القرآن. تهران: نشر احسان
- ۱۳) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات ابن سینا
- ۱۴) دانش، حفیظ الله (۱۳۶۹). حقوق و وجایب. کابل: مطبعه پوهنتون کابل
- ۱۵) دهخدا، علی اکبر. لغتنامه دهخدا. تهران: دانشگاه تهران
- ۱۶) راستین تهرانی، کعبه و یساری، نجما (۱۳۸۷). کتاب در سی انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل افغانستان. هایدلبرگ: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک
- ۱۷) رجبیان، زهره. آیت الهی، زهرا (۱۳۸۰). سن ازدواج دختران. ایران: سفیر صبح
- ۱۸) رحمانی، سید عبدالوهاب (۱۳۸۳). راهنمای قانون خانواده در افغانستان از دیدگاه قانون مدنی و عرف. کابل: روزنه (کمیته دفاع از حقوق زنان افغانستان)
- ۱۹) رزاق، عبدالحمید (۱۳۸۵) بررسی علل و عوامل خشونت علیه زنان در خانواده، کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.
- ۲۰) رزاق، عبدالحمید (سال چاپ: نامعلوم) عدالت برای اطفال. کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان
- ۲۱) الزحیلی، وهبه. عبدالعزیز سلیمی (مترجم) (۱۳۸۸). فقه خانواده در جهان معاصر، پشاور: نشر مکتبه علم و فرهنگ
- ۲۲) صبوری، حامد. کاملی، محمد هاشم و دیگران (۲۰۰۶). حقوق خانواده در افغانستان، مقاله عدالت جنسیتی و حقوق زنان، نگاهی انتقادی به قانون مدنی افغانستان. آلمان: موسسه ماکس پلانک برای حقوق خصوصی خارجی و حقوق بین الملل خصوصی.
- ۲۳) صفایی، سید حسین. امامی، اسدالله (۱۳۷۶). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر دادگستر
- ۲۴) عدالتخواه، عبدالقادر (۱۳۸۳). حقوق فامیل. کابل: مطبعه پوهنتون کابل

- ۲۵) عمری، داود. مبلغ، ضیاء. هوتک، حبیب الله (۱۳۸۹). راهنمای آموزشی: قانون خانواده افغانستان و دورنمای اصلاحات. کابل: حقوق و دیوکراسی
- ۲۶) عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ عمید. تهران: فرهنگ معاصر
- ۲۷) فرید، شهلا (۱۳۸۸). پژوهشی در حقوق زن از منظر: دین اسلام، قوانین افغانستان، عرف و عنعنات مردم افغان و اسناد بین المللی. کابل: انتشارات میوند
- ۲۸) قربان نیا، ناصر و همکاران (۱۳۷۱). باز پژوهی حقوق زن. تهران: انتشارات روز
- ۲۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). مقدمه علم حقوق. تهران: انتشارات مدرس
- ۳۰) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). حقوق خانواده. تهران: نشر بهمن
- ۳۱) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). حقوق مدنی (خانواده). تهران: انتشارات میزان
- ۳۲) کاتوزیان، ناصر و دیگران. (۱۳۷۵). حقوق مدنی: نکاح و طلاق (جلد اول). تهران: شرکت انتشارات به نشر
- ۳۳) کاملی، محمد هاشم (۲۰۰۵). اسلام و شریعت در قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان با اشاره ویژه به احوال شخصیه، فصلی از کتاب، شریعت در قانون اساسی افغانستان، ایران و مصر و تأثیر آن در حقوق خصوصی، آلمان: Mohr Siebeck
- ۳۴) کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان (۱۳۸۲). چرا خودسوزی؟ کابل، افغانستان: کمیسیون حقوق بشر افغانستان
- ۳۵) گئورگیو، کنستان ویرژیل. ذبیح الله منصور (مترجم) (۱۳۸۸). محمد پیامبری که از نو باید شناخت. تهران: انتشارات زرین
- ۳۶) گرجی، ابوالقاسم و دیگران (۱۳۸۴). بررسی تطبیقی حقوق خانواده، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- ۳۷) گیدنز، آنتونی. چاوشیان، حسن (مترجم) (۱۳۸۶). جامعه شناسی، تهران: نشر نی
- ۳۸) محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۹). بررسی فقهی حقوق خانواده.

- تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
۳۹) مدنی کرمانی، عارفه (۱۳۸۴). قانون خانواده. تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد
- ۴۰) موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۶). حقوق خانواده، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد
- ۴۱) موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۳). مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، اجتماعی. تهران، ایران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی
- ۴۲) مهر پور، حسین (۱۳۸۳). مباحثی از حقوق زن. تهران: نشر انتشارات اطلاعات
- ۴۳) مهرپور، حسین (۱۳۷۹). مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی. تهران: انتشارات اطلاعات
- ۴۴) مهریزی، مهدی (۱۳۸۲). شخصیت و حقوق زن در اسلام. تهران: شرکت بازرگانی کتاب گستر
- ۴۵) نهاد تحقیقاتی حقوق زنان و اطفال (۱۳۸۵). گزارش تحقیقی، تعدد زوجات در افغانستان، کابل: نهاد تحقیقاتی حقوق زنان و اطفال
- ۴۶) وزارت امور زنان (۱۳۸۷). پلان کاری ملی برای زنان افغانستان. کابل: وزارت امور زنان
- ۴۷) هدایت نیا گنجی، فرج الله (۱۳۸۵). حقوق مال زوجه: اجرت المثل، نخله و تعدیل مهریه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
- ۴۸) یونیفم (۲۰۰۶). ناشمردن و کم شمردن. یک پروژه تحقیقی بر مبنای معلومات دست دوم در باره خشونت علیه زنان در افغانستان. کابل، افغانستان: UNIFEM

منابع عربی

- ۱) القرآن الکریم
۲) أبو داود سلیمان بن الأشعث السجستانی. سنن ابوداود. بیروت: دار الکتب العربی. ب ت
۳) ابن جبرین، عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله. شرح أخصر

المختصرات.

(٤) ابن جبرين، عبدالله بن عبدالرحمن بن عبدالله. شرح عمدة الأحكام. موقع الشبكة الإسلامية

(٥) ابن عابدين، محمد امين. حاشية علي الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه مذهب الامام ابى حنيفة النعمان. دمشق: دارالفكر

(٦) ابن عابدين، محمد امين، ردالمحتار على الدر المختار. كوثته: مكتبه ماجديه

(٧) ابن قدامه، عبدالله (١٤٠٥). المغنى. دار الفكر

(٨) ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني. سنن ابن ماجه. بيروت: دارالفكر

(٩) ابن نجيم الحنفى، زين الدين (٩٢٦ق - ٩٧٠ق). البحر الرائق شرح كز الدقائق. بيروت: دار المعرفة

(١٠) الاصبحي، مالك بن انس، المدونه الكبرى، ١٣٢٤، قاهره، مصر: مطبعه الخيريه

(١١) البحرانى، يوسف بن احمد. الحدايق الناظره . قم: نشر اسلامى

(١٢) بن رشد القرطبي الاندلسى، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد

(١٣) الترمذى، محمد بن عيسى ابو عيسى الترمذى السلمى تحقيق: أحمد محمد شاکر وآخرون. الجامع الصحيح سنن الترمذى. بيروت: دار

إحياء التراث العربى

(١٤) جُرّ، خليل) ١٣٧٠). فرهنگ لاروس. تهران: اميرکبير

(١٥) الجزيرى، عبدالرحمن. الفقه على المذاهب الاربعه. بيروت: دارالفكر

(١٦) حمدى الحناوى، سلوى عبدالباقي (٢٠١٠). «التكليف الاقتصاديه و النفسيه للطلاق في مصر»، القاهره: مركز قضايا المرأة المصريه،

(١٧) الخويى، السيد ابوالقاسم (١٤١٠). منهاج الصالحين. قم: مدينه العلم

(١٨) الدار قطنى، على بن عمر أبو الحسن البغدادي (١٩٦٦). سنن دارقطنى. بيروت: دارالمعرفة

(١٩) الدارمى، عبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد (١٤٠٧). سنن الدارمى.

- بیروت: دار الكتاب العربی
۲۰) الزُّحَيْلِيُّ، وَهْبَةُ (۱۴۰۹). الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية. دمشق: دار الفكر
۲۱) الزرقاء، مصطفى (۱۹۹۹). فتاوى مصطفى الزرقاء. دمشق: دارالقلم
- ۲۲) السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث. سنن أبي داود. بيروت: دار الكتاب العربي
- ۲۳) سليمان بن اشعث، سنن أبي داود، بيروت: دارالكتاب
۲۴) السيد سابق، فقه السنة، بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي
۲۵) الشافعي، محمد ادر يس، الام، جلد ۵، بيروت، لبنان: دار المعرفة
۲۶) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (۱۴۱۱). الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان. دمشق: دار الفكر
۲۷) الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم (۱۹۸۳). المعجم الكبير للطبراني. الموصل: مكتبة العلوم والحكم
۲۸) العاملي، زين الدين. مسالك الافهام.
۲۹) القرضاوي، يوسف. الحلال و الحرام في الاسلام. مكتبة وهيبه
۳۰) كتاب التعريفات (۱۹۹۵). دارالكتب العلمية، بيروت
۳۱) محمد أفندی المغربي، السرخسي. المبسوط
۳۲) محمد بن اسماعيل، صحيح بخارى، دارالنجات
۳۳) مصطفوي، حسن (۱۳۶۰). التحقيق في كلمات القرآن الكريم. تهران: بنگاه ترجمه و نشر كتاب
۳۴) مفتي خدای نظر (۱۳۷۸). محمود الفتاوى. زاهدان: انتشارات صديقي
- ۳۵) نجفی، محمد حسن. جواهر الكلام،
۳۶) النسائي، ابو عبدالرحمن احمد بن شعيب (۱۴۲۰). سنن النسائي. بيروت: دارالمعرفة
- ۳۷) النسفي، عبدالله بن احمد بن محمود، كنز الدقايق. كوئته: المكتبة الحبيبية.
- ۳۸) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، منهاج الطالبين، بيروت، لبنان:

منابع انگليسي

- 1- Abdulati, Hammudah (2008). the Family Structure in Islam. Kuala Lumpur: The Other Press
- 2- Bernard-Maugiron, N. (2010). Personal Status Laws in Egypt FAQ. Cairo: GIZ
- 3- Carroll, L. and Kappor. H. (1996). Talaq-i- Tafwid: The Muslim Women's Contractual Access to Divore, An Information Kit, Women Living Under Muslim Law
- 4- Center for Policy and Human Development, Kabul University (2007). Afghanistan Human Development Report. Kabul: Saboor Printing Press
- 5- Finkelhor, D. (1988). Stopping Family Violence, Research for the Coming Decade, Beverly Hills
- 6- Hoodfar. H. Kelly, P. (1996). Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, France: WLUML
- 7- INS, Statistical Yearbooks for Tunisia, (1958-2000). Tunisia
- 6- Kamali, H. (1985) Law in Afghanistan: A Study of the Constitutions, Matrimonial Law and the Judiciary, Leiden, VII_IX
- 9- Kazemi Mussavi, Ahmad (2005). Guide to Equality in Family in the Maghreb,
- 10- Masudi, Masdar F. (2002). Islam & Women Reproductive Rights, Kuala Lumpur: Sisters in Islam
- 11- Medica Mondiale (2007). Dying to Be Heard, research on self-immolation in Afghanistan. Kabul: Medica Mondiale
- 12- Nik Badlishah, Nik Noriani (2000). Marriage and Divorce: law reform within Islamic framework, Malaysia: International Law Book

Services

- 13- Nik Badlishah, Nik Noriani (2003). Islamic Family Law and Justice for Muslim Women, Kuala Lumpur: Sisters in Islam
- 14- NWRO, Legal Guide: for development a more just integrated family law. Cairo: NWRO
- 15- Schneider, Irene (2007). Recent Development in Afghan Family Law: Research Aspects. ASIEN,
- 16- Soliman, Azza and others, (2003). The Harvest: Two Years after Khol. Cairo: CEWLA
- 17- The International Legal Foundation (2004). Customary Law of Afghanistan. Available at:
http://www.usip.org/files/file/ilf_customary_law_afghanistan.pdf
- 18- UNAMA, OHCHR (9 December 2010). Harmful Traditional Practices and Implementation of the Law on Elimination of Violence against Women in Afghanistan. Kabul, Afghanistan: UNAM
- 19- UNAMA (2012). Still a Long Way to Go: Implementation of the Law on Elimination of Violence against Women in Afghanistan, Kabul, Afghanistan
- 20- UNIFEM (2007). Violence against women, primary database, Kabul, Afghanistan: UNIFEM
- 21- Welchmen, L. (2004). Women's Rights & Islamic Family Law. London: Zed Book Ltd
- 22- WLUML (2006). Knowing Our Rights: Women, family, laws and customs in the Muslim World. UK: The Russell Press

معاهدات بین المللی و قوانین کشورهای اسلامی

میثاقهای جهانی

- اعلامیه جهانی حقوق بشر (نیویارک، ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸)
- اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر اسلامی (قاهره، ۵ اگست،

(۱۹۹۰)

- کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (نیویارک، ۱۸ دسمبر، ۱۹۷۹). افغانستان آن را در تاریخ ۱۴/۰۸/۱۹۸۰ امضاء و در تاریخ ۰۵/۰۳/۲۰۰۳ بدون هیچ حق تحفظی تصویب کرده است.
- توصیه‌ها و سفارشات کلی کمیته کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان
- میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (نیویارک، ۱۶ دسمبر ۱۹۶۶).
- الحاق افغانستان ۲۴/۰۱/۱۹۸۳
- میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (نیویارک، ۱۶ دسمبر، ۱۹۶۶). الحاق افغانستان ۲۴/۰۱/۱۹۸۳
- کنوانسیون حقوق طفل (نیویارک، ۲۰ نومبر ۱۹۸۹). امضای افغانستان ۲۷/۰۹/۱۹۹۰ (با اعلامیه). تصویب ۲۸/۰۳/۱۹۹۴. و دو پروتوکول اختیاری کنوانسیون.
- اعلامیه منع خشونت علیه زنان قطع‌نامه ۴۸/۱۰۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوبه ۲۳ فبروری ۱۹۹۴
- کنوانسیون مربوط به رضایت با ازدواج، حداقل سن برای ازدواج و ثبت ازدواج‌ها، براساس قطع‌نامه (هفدهم) ۱۷۶۳ A مورخ ۷ نوامبر ۱۹۶۲ مجمع عمومی برای امضا و تایید گشوده شده است. این کنوانسیون از ۹ دسمبر ۱۹۶۴ براساس ماده ۶ به اجرا در آمده است.
- توصیه در باره رضایت با ازدواج، حداقل سن برای ازدواج و ثبت ازدواج‌ها، قطع‌نامه (بیستم) ۲۰۱۸ مورخ اول نوامبر ۱۹۶۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد

قوانین

افغانستان

- قانون اساسی ۱۳۸۲
- قانون مدنی ۱۳۵۵
- قانون اصول محاکمات مدنی

- قانون احوال شخصیه اهل تشیع
- قانون منع خشونت علیه زن
- قانون ازدواج
- قانون جزا ۱۳۵۵
- قانون رسیدگی به تخلفات اطفال
- قانون ثبت احوال و نفوس افغانستان

مغرب: المدونت الآسره (۲۰۰۴)

مصر:

- قانون الاحوال الشخصیه
- قانون رقم ۱ لسنة ۲۰۰۰ م باصدار قانون تنظیم بعض اوضاع واجراءات التقاضی فی مسائل الاحوال الشخصیه
- قانون محکمة الأسرة ۲۰۰۴
- قانون رقم ۴ لسنة ۲۰۰۵ بشأن سن حضائنه الصغیر

ایران:

- قانون مدنی
- قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳
- الجزایر: قانون الاسره (۲۰۰۵)
- اردن: قانون الاحوال الشخصیه ۱۹۸۷
- تونس: قانون الاحوال الشخصیه
- اندونزیا: قانون ازدواج مسلمین
- پاکستان: قانون خانواده اسلامی ۱۹۶۱
- ترکیه: قانون مدنی
- مالزی: قانون خانواده اسلامی ۱۹۸۴
- یمن: قانون الاحوال الشخصیه

**The Status of Family and Women:
According to the Shari`a, Law and
Customary Practices in Afghanistan**